

GUILHERME MARKOSSIAN DE CASTRO NUNES

**PARÂMETROS TEÓRICOS E JURISPRUDENCIAIS DO PRINCÍPIO
DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Associada Dra. Mariângela Gama de Magalhães Gomes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

GUILHERME MARKOSSIAN DE CASTRO NUNES

**PARÂMETROS TEÓRICOS E JURISPRUDENCIAIS DO PRINCÍPIO
DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, sob orientação da Professora Associada Dra. Mariângela Gama de Magalhães Gomes. Versão Corrigida.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

Catálogo na publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Nunes, Guilherme Markossian de Castro

PARÂMETROS TEÓRICOS E JURISPRUDENCIAIS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL ; Guilherme Markossian de Castro Nunes ; orientadora Mariângela Gama de Magalhães Gomes - - São Paulo, 2023.

182 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Jurisdição constitucional. 3. Princípio da proporcionalidade. 4. Tipos penais. I. Gomes, Mariângela Gama de Magalhães, orient. II. Título.

NUNES, Guilherme Markossian de Castro.

Parâmetros teóricos e jurisprudenciais do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade do tipo penal.

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, sob orientação da Professora Associada Dra. Mariângela Gama de Magalhães Gomes.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Realizar pesquisa acadêmica no período de 2020 a 2023, durante o qual esta Dissertação foi desenvolvida, mostrou-se particularmente difícil. Concluir este trabalho nunca teria sido possível sem a ajuda de pessoas que diariamente tornam a vida muito mais feliz.

Agradeço aos professores, funcionários e colegas discentes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que permitiram que se mantivessem vivas as atividades de ensino, pesquisa e extensão, de excelência e de caráter público, mesmo durante a pandemia.

Também agradeço à minha orientadora, professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, pela confiança, transmissão de conhecimento e oportunidades concedidas; sua competência e empatia são inspiração. Agradeço igualmente às professoras Helena Regina Lobo da Costa e Raquel Lima Scalcon pelas valiosas contribuições e incentivos feitos durante o Exame de Qualificação.

Aos meus pais, Paulo e Vitória, agradeço por apoiarem, de forma contínua e generosa, todos os meus projetos. Agradeço também ao meu irmão Paulo, e à minha cunhada Isabella, pela amizade profunda, e por terem me dado a oportunidade de me tornar um tio (e padrinho) muito apaixonado; com os pequenos Pedro e Gabriel, que nasceram ao longo deste Mestrado, aprendi que o amor sempre pode crescer, mesmo quando ele já parece infinito.

A Joaquim, Pilar, César, Valdir, Marcella e Thayná, agradeço pelas conversas sobre esta pesquisa e sobre a vida, e por me convencerem de que sou capaz de alcançar os meus objetivos. Agradeço, também, pela carinhosa e dedicada ajuda na revisão do texto da Dissertação. A todos os demais amigos, agradeço pelo privilégio de tê-los sempre ao meu lado, e pela compreensão, quando estar ausente foi preciso.

Além de permitir agregar conhecimento sobre um tema que nos intriga, a investigação acadêmica ainda pode trazer crescimento pessoal e a percepção sobre nossos próprios limites frente à imensidão dos saberes. O que é infinito, não se domina; respeita-se. Eu tive essa sorte e, por isso, também sou grato.

RESUMO

NUNES, Guilherme Markossian de Castro. **Parâmetros teóricos e jurisprudenciais do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade do tipo penal.** 2023. 182 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2023.

Este trabalho objetiva sistematizar os parâmetros para o juízo de constitucionalidade de leis penais baseado na proporcionalidade, tendo como fundamento o que a doutrina e a jurisprudência das Cortes Constitucionais vêm estabelecendo sobre o tema. Valendo-se de métodos descritivos e prescritivos para analisar o material bibliográfico da doutrina sobre o assunto, a pesquisa se inicia com a abordagem de alguns aspectos gerais sobre a relação existente entre a Constituição e o Direito Penal, ponto de partida e fundamento lógico do controle de constitucionalidade de leis penais. O objetivo é apontar a força normativa do princípio da proporcionalidade, sua condição como requisito de legitimidade das leis penais e a aproximação que ele pode promover entre o Direito Constitucional e a dogmática penal. O estudo segue com a análise das especificidades existentes no controle constitucional da proporcionalidade dos tipos penais, destacando-se a influência dos mandados de criminalização neste juízo, a relevância do conhecimento empírico e os diferentes níveis de intensidade de controle a que os tipos penais podem ser submetidos. Torna-se possível, então, aprofundar o exame dos parâmetros que a proporcionalidade impõe ao Direito Penal, em especial na tipificação de condutas e na graduação das sanções, destacando-se os critérios para a aplicação dos subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para testar a validade dos tipos penais. A investigação avança para compreender como a jurisdição constitucional brasileira vem empregando a proporcionalidade na avaliação da constitucionalidade dos tipos penais. Para tanto, promove-se a análise qualitativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, a partir da observação dos precedentes selecionados de acordo com o recorte temático proposto. Nesse contexto, são apontadas a evolução do entendimento da Corte sobre o assunto, a argumentação e as estratégias adotadas, e sinalizadas algumas observações que podem contribuir para a disciplina. Ao final, são apresentadas algumas conclusões sobre o tema pesquisado, salientando-se a multiplicidade de fatores envolvidos na avaliação constitucional da proporcionalidade dos tipos penais.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Jurisdição constitucional. Princípio da proporcionalidade. Tipos penais.

ABSTRACT

NUNES, Guilherme Markossian de Castro. **Theoretical and case law parameters of the principle of proportionality in the constitutional review of criminal law.** 2023. 182 p. Master's Thesis in Law - Law School, University of São Paulo. São Paulo, 2023.

This Master's thesis aims to systematize the parameters for the constitutional review of criminal laws based on proportionality, taking into account what the legal doctrine and the judicial decisions of Constitutional Courts have been expressing on the subject. Using descriptive and prescriptive methods to analyze the doctrinal literature on the subject, the research begins by addressing some general aspects concerning the relationship between the Constitution and Criminal Law, the starting point and logical foundation of the constitutional review of criminal laws. The purpose is to identify the normative force of the principle of proportionality, its status as a requirement for the legitimacy of criminal laws, and the convergence that it can promote between Constitutional Law and criminal dogmatics. The study further proceeds to analyze the existing specificities of constitutional control regarding the proportionality of conducts defined as crimes, emphasizing the influence of criminalization warrants in this assessment, the relevance of empirical knowledge, and the different levels of scrutiny to which conducts defined as crimes can be subjected. It becomes possible, therefore, to delve into the examination of the parameters that proportionality imposes on Criminal Law, especially in the characterization of conducts as crimes and the gradation of sanctions, underlining the criteria for the application of the subprinciples of proportionality (suitability, necessity, and proportionality in the narrower sense) to test the validity of conducts defined as crimes. The investigation proceeds to understand how Brazilian constitutional jurisdiction has been employing proportionality in assessing the constitutionality of conducts defined as crimes. To do so, a qualitative analysis of the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court on the subject is conducted, based on the observation of precedents that were selected pursuant to the proposed thematic framework. In this context, the evolution of the Court's understanding on the subject, its argumentation and adopted strategies, are presented, and some observations that may contribute to the discipline are indicated. In conclusion, some findings on the researched topic are presented, emphasizing the multiplicity of factors involved in the constitutional assessment of the proportionality of conducts defined as crimes.

Keywords: Judicial review. Constitutional jurisdiction. Proportionality principle. Conducts defined as crimes.

LISTA DE ABREVIACOES

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
LCP	Lei das Contravenções Penais
Min.	Ministro
Red.	Redator
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A PROPORCIONALIDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL	21
1.1. Relação entre a Constituição e o Direito Penal	23
1.2. Proporcionalidade no Direito Constitucional e no Direito Penal	29
1.3. A expansão penal e a desproporcionalidade.....	36
1.4. Proporcionalidade e teoria do bem jurídico.....	40
1.5. Mandados de criminalização e o controle da proporcionalidade	44
1.5.1. Mandados constitucionais de criminalização.....	45
1.5.2. Mandados internacionais de criminalização	48
1.5.3. O impacto dos mandados no controle constitucional da proporcionalidade.....	53
1.6. Níveis de intensidade de controle de constitucionalidade	55
1.6.1. O lócus do controle constitucional dos tipos penais nos diferentes níveis	61
1.6.2. Empíria e o controle constitucional dos tipos penais.....	65
2. PARÂMETROS DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE AO DIREITO PENAL	72
2.1. Aplicabilidade da proporcionalidade	74
2.2. Análise da proporcionalidade pelo legislador e pelo juiz constitucional	78
2.2.1. O papel contramajoritário da Corte Constitucional	82
2.2.2. Distanciamento temporal e controle constitucional.....	85
2.3. Proporcionalidade como uma estrutura	89
2.4. Parâmetros do subprincípio da adequação.....	94
2.4.1. Adequação dos fins do Direito Penal.....	95
2.4.1.1. Controle sobre a seleção de bens jurídicos.....	97
2.4.1.2. Controle sobre bens jurídicos coletivos	101

2.4.2. Idoneidade da tutela penal	104
2.4.3. Adequação, ofensividade e os crimes de perigo abstrato	107
2.4.4. O problema das leis meramente simbólicas	112
2.5. Parâmetros do subprincípio da necessidade	116
2.5.1. Necessidade e subsidiariedade do Direito Penal.....	119
2.5.2. Dificuldade do teste de necessidade diante da força do Direito Penal	122
2.5.3. Necessidade e propostas alternativas	124
2.6. Parâmetros do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito	127
2.6.1. Composição da balança.....	130
2.6.2. Atribuição dos pesos da ponderação no controle de leis penais	132
2.6.2.1. Estabelecimento dos pesos abstratos.....	134
2.6.2.2. Intensidade da afetação do princípio da liberdade	137
2.6.2.3. Intensidade da realização da tutela penal	139
2.6.3. Proporcionalidade em sentido estrito e presunção de constitucionalidade.....	141
3. CONTROLE CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE DOS TIPOS PENAS NO BRASIL: ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	145
3.1. Metodologia empregada e resultado do levantamento de casos.....	146
3.2. Fases do controle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	150
3.3. Avaliação crítica	163
CONCLUSÃO	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	172
DECISÕES JUDICIAIS	180

INTRODUÇÃO

Em seus escritos sobre política criminal, Winfried Hassemer alerta que o discurso de combate ao crime se adequa perfeitamente às estratégias de governos populistas, que se aproveitam dos sentimentos de ameaça e insegurança socialmente enraizados – muitas vezes não exatamente condizentes com a realidade – para justificar a progressiva ampliação dos poderes policiais, a partir da instituição de instrumentos com ampla capacidade de afetação de direitos fundamentais.¹ Ocorre que, como aponta o autor, essas poderosas ferramentas outorgadas aos agentes do Estado não costumam ter seu impacto verificado, com fim de se examinar o que concretamente trouxeram de positivo e de negativo para a sociedade e, assim, permitir seu aprimoramento e a preservação das liberdades por elas afetadas.

Essa tendência de adoção de uma política criminal populista pode se traduzir na aprovação legislativa de tipos penais que não guardam harmonia com os valores previstos na Constituição, notadamente com os direitos fundamentais e com os vetores normativos do princípio da proporcionalidade, indispensáveis ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, como bem observam André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth,

a politização do Direito Penal por meio da utilização política da noção de segurança, resulta de um empobrecimento ou simplificação do discurso político-criminal, que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas efetivamente emancipatórios.²

Nesse cenário, formado também por outras falhas graves na produção legislativa, é defensável afirmar que a tarefa do Tribunal encarregado de defender a Constituição será a de, com o objetivo de tutelar de forma efetiva direitos constitucionalmente protegidos, excluir do sistema as leis penais com eles incompatíveis ou declarar as interpretações que com eles se harmonizam. O desempenho dessa tarefa atribuída à jurisdição constitucional, no entanto, traz uma série de desafios e dificuldades, tanto de ordem política, quanto de ordem jurídica.

¹ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. In: HASSEMER, Winfried. Três Temas de Direito Penal. Porto Alegre: *Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público*, 1993, p. 61-63.

² CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

Entram em cena, assim, diversos questionamentos envolvendo a capacidade institucional dos Tribunais para decidir sobre certas questões, a separação entre os Poderes e o contraste entre a legitimidade dos representantes populares e a legitimidade das Cortes Constitucionais, assim como dificuldades em se estabelecer, com clareza, quais são os limites traçados pela Constituição em relação às leis que restringem direitos fundamentais, vale dizer, em atestar com precisão até onde podem ser estabelecidas criminalizações e cominações de sanção que, indiscutivelmente, afetam as liberdades individuais.

Durante muitos anos, a temperatura desses questionamentos permaneceu amena. Com efeito, Tribunais Constitucionais de diversos países, reiteradamente, vinham decidindo que o legislador infraconstitucional tem uma ampla margem de discricionariedade para desenhar tipos penais, podendo decidir o que é e o que não é considerado crime, e quais sanções devem ser aplicadas em cada situação. Nesse sentido, quando provocadas a decidir se determinado tipo penal violava ou não o princípio da proporcionalidade, as Cortes Constitucionais italiana, portuguesa e espanhola, por exemplo, vinham adotando posições de autocontenção e endereçando as discussões para o campo parlamentar.³

Isso, no entanto, vem mudando. Com efeito, mais recentemente, foram proferidas decisões de controle de leis penais sob o parâmetro da proporcionalidade com características bastante arrojadas e que parecem ilustrar uma alteração significativa do quadro então narrado. Pode-se citar, a título de exemplo, decisões da Corte Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Espanhol⁴ e do Tribunal Constitucional Português⁵ que, sem prejuízo da discussão quanto ao acerto ou desacerto dos resultados obtidos, exerceram o juízo de proporcionalidade de modo mais frequente, intenso e rigoroso que antes se observava.

Sabendo-se que as decisões de Cortes Constitucionais no cenário global se influenciam de forma recíproca, e que não raramente o Supremo Tribunal Federal brasileiro participa ativamente desse *diálogo de Cortes*, frequentemente citando julgados estrangeiros em suas próprias decisões, é certo que esse quadro jurisprudencial observado noutros países também tem grande relevância para o Direito nacional.

³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 224.

⁴ 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*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 319-371.

⁵ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 21-29.

De fato, o estudo da história da jurisprudência do STF demonstra a ocorrência de algo parecido em terras brasileiras. Em julgamento de 2003, a Segunda Turma do Tribunal apreciou um recurso extraordinário que questionava, sob o parâmetro da proporcionalidade, a constitucionalidade da pena cominada ao crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, CP), pelo qual o recorrente fora condenado. Naquela oportunidade, o órgão destacou que incumbe exclusivamente ao Poder Legislativo a adoção de política criminal, em que se estabelece a quantidade de pena em abstrato cominada pela norma penal, quadro que vedaria ao Poder Judiciário o exercício de juízo de valor sobre o *quantum* da sanção penal cominada. Com base nisso, rejeitou o pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma definidora da pena cominada ao crime, mantendo a condenação do réu estabelecida pela Corte de origem.⁶

Já em 2012, no julgamento de um *habeas corpus*, a mesma Turma, com base no mesmo parâmetro constitucional, admitiu o controle de constitucionalidade de leis penais definidoras do tipo penal. Em apertada síntese, o colegiado destacou que o Supremo deve ponderar que a Constituição, ao mesmo tempo em que fornece ao legislador a liberdade de eleição dos bens jurídicos que merecem proteção penal, mediante a atribuição ao Congresso Nacional da legitimidade política para decidir sobre a forma pela qual a norma de proteção será positivada, também limita as escolhas que transgridam os direitos constitucionais⁷.

Nessa oportunidade, o Tribunal descreveu três níveis de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, lastreando-se em diretrizes elaboradas pela jurisprudência constitucional e doutrina alemãs, a saber, o controle de evidência, o controle de sustentabilidade (ou de justificabilidade), e o controle material de intensidade. Registrou, então, que a mera previsão de crimes de perigo abstrato, no caso, o porte ilegal de arma de fogo (art. 16, Lei nº 10.826/03), por si só, não viola o princípio da proporcionalidade, e rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do tipo.⁸

Em 2016, a Primeira Turma do STF julgou um *habeas corpus* impetrado em face de decisão que decretara a prisão preventiva dos pacientes no bojo de ação penal movida pela prática do crime de aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126, CP), em concurso material com o antigo crime de formação de quadrilha (art. 288, CP), por

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 358.315, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12 de agosto de 2003.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06 de março de 2012.

⁸ No referido julgado, o voto condutor, de lavra do relator Ministro Gilmar Mendes, registra farta doutrina alemã sobre a eficácia dos direitos fundamentais, bem como elenca precedentes da Corte Constitucional alemã sobre o tema, em especial, sobre a intervenção estatal penal em relação ao aborto.

quatro vezes. Na ocasião, o Ministro Roberto Barroso, além de conceder a ordem de ofício para afastar a prisão cautelar, decidiu conferir interpretação conforme à Constituição aos tipos penais do aborto consentido (arts. 124 e 126, CP) para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Esse entendimento sagrou-se vencedor ao ser acompanhado pelos votos dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, registrando-se, no acórdão, que a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, além do princípio da proporcionalidade, já que não se revela medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito ao objetivo almejado pela norma.⁹

É certo que essa afirmação se deu em caráter *obiter dictum*, na medida em que a pretensão posta em juízo, em princípio, se voltava apenas à obtenção da liberdade provisória dos pacientes sob o argumento de ausência dos requisitos da prisão preventiva. Apesar disso, a própria dinâmica do julgamento demonstra a predisposição de ao menos alguns integrantes da Suprema Corte em avançar no controle de constitucionalidade de leis sobre o tipo penal, notadamente sobre a própria escolha legislativa de se criminalizar determinada conduta, e isso diante de tema altamente controverso no Brasil, como é a questão do aborto.

A mudança de posicionamento do Supremo foi, como se observa, bastante substancial, sobretudo porque realizada num curto espaço temporal. Observa-se, de plano, ao menos três resultados bastante diferentes em cada um dos julgados mencionados: de uma posição integralmente autocontida, que sequer adentrou no juízo de constitucionalidade, alguns anos depois a Corte proferiu duas decisões de mérito, sendo que, na última delas, embora com as ressalvas já apresentadas, afirmou expressamente a desproporcionalidade da própria tipificação da conduta relacionada ao aborto voluntário.

Já em 2021, o Plenário do STF examinou recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral no âmbito do qual fixou tese no sentido de que a aplicação do preceito secundário do crime previsto no art. 273 do Código Penal (reclusão de 10 a 15 anos, e multa) é inconstitucional, quando a conduta praticada consistir na importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária (art. 273, § 1º-B, I, CP), devendo, assim, incidir o

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 124.306, Red. para o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 29 de novembro de 2016.

preceito secundário estabelecido antes da alteração legislativa que foi considerada desproporcional.¹⁰⁻¹¹

Do ponto de vista formal, esse novo posicionamento da Corte sobre o controle de constitucionalidade de leis penais pode se traduzir na progressiva substituição de ações individuais (*habeas corpus*, recursos ordinários e recursos extraordinários), por ações de controle concentrado, com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.¹² Tanto é assim que a discussão sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto, já examinada (em caráter *obiter dictum*) em ação individual julgada pela Primeira Turma do Tribunal, como destacado, está sendo revisitada pelo Plenário, desta vez no âmbito de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹³ Da mesma forma, está na agenda decisória atual da Corte, em regime de repercussão geral, a discussão a respeito da constitucionalidade de outros tipos penais, a exemplo do crime de uso de drogas (art. 28, Lei nº 11.343/06), sendo que os votos já proferidos enfrentam a matéria sob a ótica da proporcionalidade.¹⁴

Já do ponto de vista material – mais interessante para este trabalho – esse novo comportamento judiciário pode significar que, para o Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade é parâmetro legítimo para o controle de constitucionalidade dos tipos penais, bem como que todas as técnicas de decisão inerentes ao controle de constitucionalidade¹⁵ podem, eventualmente, ser usadas pela Corte Constitucional para a defesa dos direitos fundamentais acolhidos no texto constitucional.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário nº 979.962, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24 de março de 2021.

¹¹ No particular, vale apontar que o inciso V, também do tipo penal do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, e que estabelecia conduta similar (importação, venda e distribuição de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada) também teve sua inconstitucionalidade declarada pela Corte Especial do STJ por meio da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363, igualmente por infringência do princípio da proporcionalidade. Sem embargo, a solução jurídica ali conferida foi diversa, qual seja, remeteu-se, por aplicação analógica, ao preceito secundário de tipo penal diverso.

¹² Sem prejuízo disso, deve-se ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática, passou a acolher a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, fruto de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, razão pela qual a Corte passou a conceber a possibilidade de declarar efeitos amplos mesmo em decisões tomadas em lides constitucionais subjetivas (ADI nº 3.406 e ADI nº 3.470, Rel. Min. Rosa Weber, julgadas em 29 de novembro de 2017).

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, Rel. Min. Rosa Weber, atualmente em trâmite.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário nº 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁵ Art. 28, parágrafo único, Lei nº 9.868/99. *A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*

Ou seja, com base na referida norma, podem, em tese, ser declarados inconstitucionais tipos penais inteiros, ou apenas invalidados determinados verbos nucleares do delito; pode ser pronunciada a interpretação do tipo penal conforme a Constituição, preservando-se leituras que se coadunam com o texto constitucional e afastando-se aquelas que o contrariam; pode, ainda, ser declarada a exclusão, ou a substituição, de preceitos secundários, ou de determinados tipos de sanções, bem como de medidas (penais ou extrapenais) decorrentes da condenação criminal definitiva. De fato, além da própria tipificação da conduta, também o *quantum* e o tipo de sanção cominada no tipo exercem intensa influência sobre a atuação punitiva do Estado e, conseqüentemente, sobre os direitos fundamentais, notadamente a liberdade de locomoção.¹⁶

Vale apontar que a mencionada mudança de comportamento decisório do STF em relação ao tema é um processo relativamente recente, bastante acentuado, e que aparentemente segue em curso, com a continuidade da intensificação do controle de constitucionalidade de leis penais sob o parâmetro da proporcionalidade, quadro que suscitou o interesse na realização desta pesquisa.

O cenário narrado dá alguns sinais do grande potencial que a atuação da jurisdição constitucional tem no sentido de transformar de forma substancial a dogmática penal e, como consequência, afetar a política criminal estabelecida pela via legislativa, o que é um fenômeno político e jurídico bastante significativo.

Como já foi dito, no entanto, essa atuação provoca grandes controvérsias. O desafio que se apresenta, assim, é o de apontar, de forma sistemática, parâmetros de atuação das Cortes Constitucionais, isto é, balizas a serem observadas para que elas possam, nos limites constitucionalmente determinados, controlar as escolhas legislativas criminais, aperfeiçoando o Direito Penal sem, no entanto, invadir a esfera decisória do poder político legítimo.

Com o intuito garantir maior clareza e objetividade para esse controle, a própria jurisprudência buscou estabelecer um procedimento organizado para a aplicação da proporcionalidade, destacando, de forma majoritária, que sua estrutura é formada por três subprincípios, a saber, o subprincípio da adequação, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁷ A verificação a respeito da compatibilidade de determinada norma restritiva de um direito fundamental com a

¹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 176-177.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 34-35.

Constituição, assim, envolvendo um procedimento que a submete a três testes, correspondentes aos três subprincípios descritos.

Sem embargo, é certo que o princípio da proporcionalidade, aqui entendido como estrutura de controle, foi concebido no âmbito do Direito Público, para o exame de validade dos atos normativos expedidos pelo Estado, sem que envolvesse, num primeiro momento, normas de natureza penal. O controle de constitucionalidade de leis penais com base nessa técnica, tema da presente pesquisa, é um fenômeno mais recente e que ainda vem se consolidando.

Por outro lado, mostra-se indispensável que o juízo sobre a constitucionalidade de leis penais seja feito em consonância com a dogmática penal, diante da fundamentalidade dos direitos envolvidos (as liberdades), da intensidade da restrição que tais leis provocam em tais direitos, e do profundo impacto que o exercício da jurisdição constitucional pode causar na política criminal.

A premissa adotada nesta pesquisa, assim, foi a de que o princípio da proporcionalidade pode (e deve) ser entendido como uma estrutura racional que articula diversos outros princípios fundamentais ao Direito Penal, sem olvidar que o controle de constitucionalidade sob esse parâmetro se mostra um fenômeno complexo e que pode trazer uma série de tensões institucionais e dificuldades práticas.¹⁸ Apesar dessa inegável complexidade, há quem aponte a boa operatividade oferecida pelo princípio da proporcionalidade enquanto técnica de controle de constitucionalidade das leis que delimitam os tipos penais, sobretudo nos *casos difíceis*¹⁹, como acabam sendo boa parte das situações levadas ao conhecimento das Cortes Constitucionais.

Esta pesquisa, assim, é voltada para a tentativa de sistematizar alguns parâmetros para o juízo de constitucionalidade de leis penais baseado na proporcionalidade, tendo como base o que a doutrina e a jurisprudência das Cortes Constitucionais vêm estabelecendo sobre o tema. Parte-se da premissa de que a atribuição de um sentido claro e sistematizado aos argumentos envolvidos nessa análise é condição basilar da legitimidade da jurisdição constitucional.

Para tanto, esta dissertação foi organizada em três capítulos.

¹⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 2, núm. 3, p. 15-38, jan./jun. 2015.

¹⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 290-304.

O capítulo inaugural é dedicado ao estudo dos aspectos gerais da relação existente entre a Constituição e o Direito Penal, ponto de partida e fundamento lógico do controle de constitucionalidade de leis penais. O seu objetivo é reafirmar a fundamentação desse controle, e apontar a força normativa do princípio da proporcionalidade, o que se revela condição para que o Tribunal Constitucional possa avaliar, em certas situações, e seguindo diversos critérios, a conformidade constitucional das escolhas efetuadas pelo Parlamento.

Portanto, assumindo que o Direito Penal é a ferramenta estatal que tem o maior potencial de vulnerar o direito fundamental de liberdade de locomoção e, eventualmente, outros direitos fundamentais²⁰, o capítulo inaugural da dissertação é iniciado com alguns apontamentos sobre o que o texto constitucional oferece, em termos gerais, para a dogmática penal e, conseqüentemente, para o controle de constitucionalidade de leis com essa natureza.

Ainda nesse primeiro capítulo, a investigação avança para a tentativa de compreender as formas pelas quais a dogmática penal e a doutrina de direitos fundamentais concebem a proporcionalidade como requisito de constitucionalidade das leis penais, explorando seu sentido e alcance, enquanto princípio e enquanto postulado normativo.²¹

Também é abordado o ponto de encontro entre o princípio da proporcionalidade e a teoria do bem jurídico, cuja influência irradia sobre os três subprincípios da proporcionalidade que guiam a análise da legitimidade constitucional da norma questionada. Por esse motivo, este primeiro capítulo também terá como objetivos reforçar a importância da categoria do bem jurídico-penal, essencial para a disciplina, e discutir como harmonizá-la com a técnica de controle dos tipos penais baseada na proporcionalidade.

Outro aspecto que será tratado no primeiro capítulo diz respeito aos mandados de criminalização, advindos da Constituição e de normas do Direito Internacional. No particular, é explorada a potencial influência que esses mandados exercem sobre o controle constitucional da proporcionalidade, haja vista que parte da doutrina costuma relacioná-las ao efeito da vedação à proteção deficiente decorrente da proporcionalidade, o que imporá a adoção da tutela penal em certas circunstâncias.²²

²⁰ Caso, por exemplo, do direito fundamental à liberdade de expressão, diante das previsões legais que preveem os crimes contra a honra e o desacato, bem como do direito fundamental de propriedade, em face de medidas patrimoniais e multas impostas no bojo de uma investigação, processo ou condenação criminal.

²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

²² FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Por fim, o primeiro capítulo ainda introduz a discussão em torno dos diferentes níveis de intensidade de controle de constitucionalidade. Com efeito, no exame de constitucionalidade baseado na proporcionalidade, o juízo sobre a legitimidade das restrições de direitos fundamentais depende, em boa medida, do grau de certeza a respeito das premissas adotadas para a confecção da norma.²³ O ponto tem grande relevância para as leis penais, que restringem os direitos fundamentais com maior intensidade do que quaisquer outros atos normativos estatais. Assim, importa saber: qual é o grau de certeza empírica a respeito da aptidão das normas penais para a proteção do bem jurídico? Quanto se sabe, em termos científicos, a respeito dos efeitos colaterais causados pela criminalização? Quem tem o ônus de fazer essas demonstrações empíricas? As respostas a essas perguntas podem repercutir de forma relevante no grau de presunção de sua constitucionalidade dos tipos penais e, conseqüentemente, no nível da intensidade do controle exercido pela Corte Constitucional, como será enfrentado no último tópico do primeiro capítulo.²⁴

Após a apresentação desses aspectos introdutórios, o segundo capítulo reúne os apontamentos já direcionados especificamente ao controle constitucional da proporcionalidade de tipos penais. São explorados, assim, o campo de aplicabilidade desse parâmetro, as peculiaridades envolvidas na análise da proporcionalidade quando ela é realizada pela Corte Constitucional e o caráter estrutural da proporcionalidade, do qual decorre a necessidade de sua articulação harmoniosa com outros vetores propostos pela dogmática penal.

Em seguida, ainda neste segundo capítulo, são traçados alguns dos parâmetros a serem observados pelo juiz constitucional em relação a cada um dos elementos integrantes do princípio da proporcionalidade, apresentando-se, assim, alguns aspectos relacionados à aplicação dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Tendo em vista o inegável caráter interdisciplinar desta pesquisa, o desafio foi o de investigar em que medida Direito Constitucional e Direito Penal se encontram, aprofundando-se, portanto, as discussões que haviam sido apresentadas no capítulo inaugural.

Por fim, o terceiro capítulo é voltado ao estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em matéria de controle de constitucionalidade de leis penais com o fim de descortinar como a temática discutida nos capítulos anteriores vem sendo tratada no cenário brasileiro atual.

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 224-226.

²⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 163/2020, p. 19-60, jan. 2020.

Os julgados do Tribunal selecionados para a composição da amostra examinada foram definidos de acordo com parâmetros de pesquisa que atenderam ao recorte temático de interesse, conforme registrado de forma detalhada no capítulo próprio.

O objetivo desse último capítulo, portanto, é o de, com fundamento nas considerações e parâmetros veiculados nos capítulos anteriores, bem como em trabalhos desenvolvidos por observadores do processo decisório praticado no Supremo, conhecer com mais profundidade e analisar criticamente a forma pela qual a jurisdição brasileira vem efetivamente realizando o juízo constitucional de leis penais sob o parâmetro da proporcionalidade.

Vale registrar que a metodologia adotada neste trabalho levou em consideração os objetivos específicos de cada capítulo. Assim a elaboração dos dois primeiros capítulos se baseou principalmente em pesquisa doutrinária (Revisão Bibliográfica) relacionada à relação entre a Constituição e a legitimidade do ordenamento penal, ao controle de constitucionalidade de leis penais exercido por Cortes Constitucionais, e ao estudo da densidade potencial do princípio da proporcionalidade para a realização dessa tarefa pela jurisdição constitucional.

O objetivo, no particular, foi identificar o modo pelo qual as autoras e os autores estudados entendem que a jurisdição constitucional deve efetuar o juízo de proporcionalidade das leis penais, o que se faz também pelo estudo da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais sobre a matéria citada e analisada nas respectivas obras. Pretendeu-se, portanto, nesses dois primeiros capítulos, por meio de métodos descritivos e prescritivos, conhecer e analisar os parâmetros teóricos e jurisprudenciais relacionados ao controle constitucional da proporcionalidade de leis que estabelecem tipos penais.

A opção por uma abordagem conjunta das considerações formuladas pela doutrina e praticadas pela jurisprudência ali abordada se justifica por três principais razões.

A primeira delas decorreu da própria inter-relação existente entre esses dois campos. Com efeito, boa parte da bibliografia consultada aponta considerações teóricas ao mesmo tempo em que, de forma indissociável, reflete criticamente sobre decisões já tomadas por Cortes Constitucionais, até mesmo para que o tema, que é complexo e muitas vezes bastante abstrato, ganhe alguma concretude a partir de exemplos reais. Por outro lado, muitas das decisões dos Tribunais Constitucionais também refletem posições doutrinárias, até mesmo como decorrência do dever geral de fundamentação das decisões judiciais, existente em muitos ordenamentos.

A segunda razão consiste no fato de que a própria estrutura da proporcionalidade e o juízo de ponderação foram desenvolvidos no âmbito da prática jurisdicional do controle de

constitucionalidade, ou seja, a matéria, embora seja muito bem estudada por respeitável doutrina, é, por natureza, um tema bastante familiar aos Tribunais, sendo por eles frequentemente revisitado.

Por fim, a terceira razão reside no fato de que, apesar da grande contribuição da doutrina enquanto fonte do Direito, é inegável que o próprio conteúdo e o alcance de uma norma acabam sendo conformados pelo que as Cortes decidem nos casos levados ao seu conhecimento, impactando a realidade e a própria disciplina jurídica. No particular, aproximar a dogmática penal do controle constitucional da proporcionalidade constitui um desafio para a jurisdição constitucional; desafio esse que, se bem cumprido, poderá aprimorar a argumentação desenvolvida pelas Cortes e, em última análise, aprimorar o próprio Direito Penal. A abordagem conjunta, inclusive no âmbito da pesquisa jurídica acadêmica, parece a melhor trilha para esse empreendimento.

Para o cumprimento dos objetivos traçados nos dois primeiros capítulos, e diante da interdisciplinaridade do tema, a bibliografia adotada abrange doutrina de Direito Constitucional, principalmente envolvendo direitos fundamentais, e de Direito Penal, que tratam do controle de constitucionalidade, do parâmetro da proporcionalidade e de aspectos da dogmática penal que não podem ser ignorados pela jurisdição constitucional quando o objeto a ser controlado é o tipo penal. Foram consultados autoras e autores de origem estrangeira e brasileira, na medida em que os temas pesquisados interessam tanto ao Direito brasileiro quanto ao Direito de vários outros países.

Por sua vez, a metodologia aplicada à elaboração do terceiro capítulo, dedicado ao exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se baseou na análise empírica qualitativa dos acórdãos da Corte que atenderam ao desenho de pesquisa, conforme especificado no capítulo próprio. Reúnem-se nesse capítulo, assim, apontamentos sobre os avanços observados na jurisprudência da Suprema Corte brasileira a respeito do tema, assim como os espaços para novos desenvolvimentos.

Ao final, são apresentadas algumas conclusões a que foi possível chegar ao longo da pesquisa e do desenvolvimento deste texto.

1. A PROPORCIONALIDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL

O capítulo que inaugura esta dissertação tem como objetivo apresentar algumas considerações sobre aspectos gerais envolvidos na aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade dos tipos penais. Para tanto, o texto foi organizado em seis tópicos, que ilustram discussões tidas como pontos de partida importantes para iniciar a exposição dos parâmetros teóricos e jurisprudenciais exigidos das Cortes Constitucionais para o referido controle, tema a ser aprofundado no segundo capítulo.

A existência de uma relação entre a Constituição e o Direito Penal é pressuposto lógico do controle de constitucionalidade dos tipos penais. Pode-se dizer que o controle de constitucionalidade baseia-se, de forma bastante resumida, num exame de comparação entre um objeto, consistente no ato atacado por um legitimado, e um parâmetro, presente numa norma prevista na Constituição ou, de acordo com um entendimento mais abrangente, no bloco de constitucionalidade.²⁵ O parâmetro, conforme premissa básica no Constitucionalismo contemporâneo, é dotado de superioridade hierárquica em relação aos demais atos normativos, de forma que, em havendo incompatibilidade com o objeto, tem-se a prevalência do primeiro.

Isso significa que, para que seja possível concluir que determinado objeto é inconstitucional, por ser *desproporcional*, exige-se o reconhecimento de que há, no arcabouço constitucional, o requisito da proporcionalidade dos atos editados pelas autoridades competentes, mesmo aquelas investidas pela representação popular, norma esta apta a figurar como parâmetro de aferição no âmbito do controle.

A despeito da consolidada exigência de que os atos infraconstitucionais devem se harmonizar com os direitos fundamentais, procura-se demonstrar no primeiro tópico deste capítulo inaugural que o controle constitucional da proporcionalidade é um fenômeno recente na jurisprudência das Cortes Constitucionais, refletindo-se sobre as razões desse fenômeno.

²⁵ Como explica Luís Roberto Barroso, a expressão *bloco de constitucionalidade*, originada de construção jurisprudencial efetuada no âmbito do Direito Francês, “*serve para identificar a existência de normas materialmente constitucionais fora da Constituição. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu corpo, mas inclui outros textos normativos. No caso da Decisão n. 71.44 DC, de 16.7.1971, do Conselho Constitucional (...), considerou-se ter caráter materialmente constitucional a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946.*” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, versão digital, parte I, capítulo III, item V, nota 241).

O segundo tópico deste primeiro capítulo se dedica a estudar como o Direito Constitucional e o Direito Penal concebem o princípio da proporcionalidade, explorando suas especificidades e aproximações, de forma que seja possível compreender o ponto onde os dois campos se encontram, ponto este correspondente ao objeto central da investigação acadêmica que subsidia este trabalho.

Apresenta-se no terceiro tópico breve reflexão sobre a expansão penal observada em tempos recentes e sua relação com a desproporcionalidade legislativa.

Em seguida, o quarto tópico visa a explorar o papel que setores da doutrina vêm atribuindo ao princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade do tipo penal, e sua interface com a teoria do bem jurídico, que ocupa papel central em diferentes propostas da dogmática penal para tornar concreta a contenção da expansão do Direito Penal e sua racionalização.

Já o quinto tópico se dedica a apresentar alguns dos principais termos do debate em torno da influência exercida pelos mandados de criminalização no controle de constitucionalidade dos tipos penais. Busca-se, no ponto, compreender a correlação existente entre tais mandados e a proposta de reconhecimento da existência de duas faces da proporcionalidade, quais sejam, a proibição de excesso e a vedação à proteção deficiente. Embora o tema da vedação à proteção deficiente não seja objeto de aprofundamento, dado que a face da proporcionalidade que mais interessa a esta pesquisa é aquela voltada à contenção de tipificações penais que afetam direitos fundamentais, serão apresentadas ao menos as linhas principais sobre a matéria, até porque, como será registrado no tópico próprio, as duas facetas em questão não são tão separáveis como se poderia imaginar.

Por fim, o primeiro capítulo é concluído com um sexto tópico no qual são abordadas considerações teóricas sobre os diferentes níveis de intensidade de controle por parte da jurisdição constitucional, a depender do tipo de medida restritiva cuja constitucionalidade é desafiada. O tópico abrange, assim, as especificidades da matéria penal e sua correlação com a referida escala de intensidade do controle, bem como uma reflexão sobre o papel do conhecimento empírico na calibragem do nível de intensidade do controle a ser realizado em cada caso.

Vale destacar que as considerações apresentadas nesses seis tópicos que compõem o panorama geral sobre o tema pesquisado naturalmente não têm a pretensão de esgotar temas de tamanha profundidade, pretensão esta que, aliás, não anima nem mesmo a elaboração dos

demais capítulos, nos quais os temas introdutórios são aprofundados. A intenção aqui é, assim, apenas apresentar algumas linhas iniciais para que as discussões apresentadas nos capítulos posteriores sejam contextualizadas.

1.1. Relação entre a Constituição e o Direito Penal

Muitos autores já exploraram com grande profundidade e erudição a relação existente entre a Constituição e os diferentes ramos do Direito, o que também vale para o Direito Penal. Não é exagero afirmar que muitos manuais de Direito Penal dedicam ao menos uma parte relevante de seu conteúdo a essa temática, tão importante à disciplina. Não cabe aqui, então, apenas reproduzir o conteúdo desses trabalhos, conquanto sua importância seja inquestionável. Também não parece imprescindível repisar a necessidade de que o ordenamento infraconstitucional esteja em harmonia com os valores constitucionais, notadamente com os direitos fundamentais, concepção que já conta com aceitação consolidada no quadro contemporâneo do Constitucionalismo. Apresentar alguns elementos sobre o tema, todavia, certamente contribuirá para iniciar a discussão a respeito do controle de constitucionalidade de leis penais.

A noção básica subjacente a qualquer reflexão envolvendo o papel da Constituição na conformação do Estado se assenta sobre a limitação do poder que a Carta exerce. No campo do Direito Penal, e em relação ao poder desempenhado pelos juízes, esse papel é atribuído principalmente à exigência constitucional da estrita legalidade, a partir da difundida ideia de que o Direito positivo deve estabelecer rígidas barreiras para que a atividade judicial seja limitada por contornos certos, de forma a conter-se o arbítrio do julgador. Nessa trilha, atribui-se ao princípio da legalidade o mérito de assegurar uma série de garantias ao cidadão, no sentido de que ele possa guiar suas ações protegido pelas exigências, interdependentes entre si, da reserva legal, da taxatividade e da anterioridade da lei penal²⁶, sem que corra o risco de ser surpreendido por incriminações e imposição de sanções que desconhecia.

Sem prejuízo da grande importância desempenhada pela exigência do princípio constitucional da estrita legalidade em matéria penal, é certo que ela já não é suficiente em um

²⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 09.

modelo de Estado Democrático de Direito, que protege a liberdade e outros direitos fundamentais na maior extensão possível. Nesse sentido, André Ramos Tavares aponta que

a vinculação do legislador aos direitos fundamentais coloca uma questão central para a teoria da Constituição. Isso porque a dimensão principiológica que os direitos fundamentais assumem acaba por jogá-los num contexto de conflituosidade. Ou seja, os direitos fundamentais encontram-se em potencial conflito e, assim, a ideia pura e simples de que os direitos fundamentais também vinculam o legislador será vazia de sentido sem que haja alguma sorte de complementação. Daí a proporcionalidade ser compreendida como a exata medida dessa vinculação. A partir dessa concepção, passou-se a entender que a legalidade clássica, no sentido de exigência da lei, foi superada pela exigência de lei proporcional, como expressão daquela vinculação do legislador aos direitos fundamentais.²⁷

Aponta-se que, na verdade, já em 1791, Gian Domenico Romagnosi alertava que nada impedia que o Estado, sem se afastar da prévia legalidade, criasse delitos perversos e penas atentatórias contra a dignidade da pessoa humana, de forma que também existe a necessidade de contenção, ou, se possível, eliminação, do arbítrio do próprio legislador.²⁸ Como bem sintetiza Roxin, “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”²⁹, e a avaliação crítica dessa legitimação não pode ser feita à margem do compromisso constitucional.

Durante muito tempo predominou na jurisprudência de diferentes Tribunais Constitucionais a visão segundo a qual vários aspectos do Direito Penal seriam intocáveis pela jurisdição constitucional. Embora as Cortes Constitucionais não se vissem constrangidas a declarar a inconstitucionalidade de leis tributárias, de regulamentos administrativos ou de normas que afetassem a livre concorrência, por exemplo, isso não acontecia com diversas leis penais. Em relação a normas que criminalizavam condutas, ou que cominavam sanções tidas como exageradas, se comparadas com as sanções previstas para condutas menos graves, os Tribunais Constitucionais tendiam a sequer adentrar no mérito da pretensão, invocando a liberdade do Parlamento para definir, sozinho, a política criminal.

Essa forma de decidir, vale dizer, reproduzia-se na jurisprudência de várias Cortes Constitucionais europeias³⁰, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, e da Suprema Corte

²⁷ TAVARES, André Ramos. *de Direito Constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, versão digital, título III, capítulo XX, item 2.4.3.

²⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. Ed., rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 38.

²⁹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal? *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e trad.). *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. Ed., 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 11.

³⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 224.

Americana. Em relação à última, chama a atenção que o Tribunal, mesmo recentemente, decidiu que os legisladores gozam do mesmo grau de discricionariedade política, em relação a quais comportamentos podem ser considerados crime, que aquele reconhecido em favor do Poder Executivo em relação a assuntos militares.³¹

Nesse mesmo sentido, a posição histórica do Supremo Tribunal Federal, que será objeto de exame mais aprofundado no terceiro capítulo, é ilustrativa. Aponta-se uma decisão da Corte, tomada em 1951, relacionada à tutela do direito de propriedade, como a primeira em que teria havido referência ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, embora não mencionasse exatamente essa nomenclatura. Na ocasião, o Tribunal admitiu controlar a constitucionalidade de uma lei federal para avaliar a eventual ocorrência de excesso de poder estatal quanto à exigência de tributos em face dos contribuintes.³² Só a partir de 2009, entretanto, o Supremo começaria a admitir o exame de mérito sobre questionamentos envolvendo a proporcionalidade de tipos penais³³, após certa relativização do entendimento registrado em decisão de 2003, em que esse exame fora peremptoriamente negado.³⁴

Quando se busca compreender os motivos para essa postura de autocontenção das Cortes Constitucionais de diferentes países em relação ao controle da proporcionalidade de leis penais, são apresentadas hipóteses que envolvem certas particularidades desses ordenamentos³⁵, mas principalmente a ausência de um conteúdo objetivo no princípio da proporcionalidade que permita um juízo categórico sobre a constitucionalidade de determinada estruturada típica, e o conseqüente risco de que o juiz constitucional extrapole suas competências e afete a legítima esfera decisória do legislador.³⁶

De fato, a percepção que determinada comunidade tem sobre a divisão dos Poderes e sobre a legitimidade do Poder Judiciário para controlar escolhas efetuadas no âmbito do

³¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais...*, p. 19-60.

³² Trata-se do Recurso Extraordinário nº 18.331, julgado pela 2ª Turma da Corte em 21 de setembro de 1951, sob a relatoria do Min. Orozimbro Nonato e citado em MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, versão digital, capítulo 3, parte II, item 3.3.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 443.388, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18 de agosto de 2009.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 358.315, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12 de agosto de 2003.

³⁵ Nesse sentido, Mariângela Gama de Magalhães Gomes aponta, por exemplo, lei italiana que estabelece limites para o controle constitucional sobre leis sempre que presente uma valoração discricionária por parte do legislador, disposição normativa que tem sido comparada com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos segundo as quais, determinadas matérias, por configurarem *political questions*, escapam ao exame da jurisdição constitucional (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 225).

³⁶ *Ibidem*, p. 207-227.

Parlamento certamente explica posições jurisprudenciais que tendem a rejeitar a judicialização em vários casos. Com efeito, se essa comunidade entende que a atuação da Corte Constitucional não pode frustrar decisões tomadas pelos representantes populares, é esperado que os juízes constitucionais assim se comportem. Vale lembrar que só recentemente, a partir da segunda metade do século XX, é que se passou a conceber um papel mais arrojado por parte dos Tribunais Constitucionais na conformação do Direito.³⁷

Mas essa hipótese, em princípio, não explicaria completamente a adoção de posturas mais incisivas da Corte em relação a normas de outras naturezas. Aqui surge uma segunda hipótese: decidir sobre a constitucionalidade de leis penais, em muitos casos, pareceria *juridicamente* mais complicado que examinar temas sobre os quais a Constituição trata de forma minudente, como a divisão de competências entre os entes federativos, por exemplo.

A Constituição Federal de 1988 tem diversas normas de natureza penal. Outras normas, embora não sejam, em princípio, especificamente concebidas para essa disciplina, também acabam conformando o seu desenho. É possível perceber, no entanto, que nem todas elas têm o mesmo grau de clareza. Não é juridicamente complexo afirmar que são inconstitucionais, no Brasil, leis penais que, por exemplo, estabeleçam a criminalização do exercício de certas religiões, ou que cominem pena de caráter perpétuo, em função de previsões como as contidas, respectivamente, no art. 5º, VI e XLVII, b, da Constituição³⁸; essas situações podem ser consideradas casos fáceis.

Além disso, alguns casos de desproporcionalidade são flagrantes na legislação criminal, a exemplo da sanção estabelecida pela Lei nº 9.677/98 para o delito do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, que envolve o comércio de medicamentos ou mesmo de cosméticos sem registro administrativo, equiparando tal conduta à própria falsificação desses medicamentos (art. 273, *caput*, CP), e a reprimindo de forma mais rigorosa que condutas como o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), a extorsão mediante sequestro (art. 159, CP) e a tortura qualificada pela morte (art. 1º, § 3º, Lei nº 9.455/97).

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2. Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49-69.

³⁸ Art. 5º, Constituição Federal. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...) XLVII - não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo;*

Mas o que dizer sobre a constitucionalidade de normas que criminalizam o aborto e o uso de drogas, por exemplo? Ou sobre a legitimidade de tipo penal que comina sanção mais grave que outro, mas cuja gravidade da conduta ou do resultado para a coletividade é menos flagrante? Vale dizer, onde está, no texto constitucional, a proibição a decisões legislativas que conformam esses tipos? Não se nega que, a depender da orientação jurídica que se adote, é válido sustentar que tais vedações efetivamente existem na Constituição. O fato é que, nesse segundo grupo de casos, o esforço hermenêutico e argumentativo em torno do juízo de constitucionalidade precisa ser muito maior.

O problema dessa hipótese, no entanto, é considerar que os limites constitucionais impostos ao Direito Penal sempre são menos claros que os de outras disciplinas, de forma que sua interpretação dependeria, necessariamente, de um grande esforço argumentativo em torno dos termos contidos no texto constitucional, o que, como se notou do parágrafo anterior, não é uma afirmativa universal. Da mesma forma, decidir sobre quais valores devem ser privilegiados no caso de conflito envolvendo outros ramos do Direito também pode trazer dificuldades, ou seja, isso não é uma exclusividade das normas constitucionais penais.

Pode-se pensar, então, num conjunto de razões mais gerais, e que podem inclusive se apresentar de forma combinada entre si e com os demais motivos já mencionados, para explicar o fenômeno da autocontenção: muitos juízes constitucionais simplesmente deixaram de decidir sobre questionamentos de leis penais porque (a) acreditavam na efetividade do Direito Penal como um instrumento de tutela de valores essenciais à comunidade; (b) entendiam que a restrição da liberdade individual, via criminalização de condutas, é aceitável mesmo sem que haja certeza, mensurável por dados científicos, a respeito dos benefícios dessa restrição para a coletividade; ou (c) porque, mesmo nas situações em que essa efetividade não lhes era tão visível assim, não quiseram assumir o pesado ônus político e social de invalidar uma norma penal.

Vale lembrar que a crença no potencial protetivo do Direito Penal é bastante forte e difundida socialmente em várias nações, o que potencializaria os efeitos descritos nas três razões destacadas. Esse quadro, aliás, revela-se particularmente marcante em relação aos delitos que mais frequentemente são processados perante o Poder Judiciário, a exemplo dos crimes patrimoniais, dos delitos vinculados a costumes e valores religiosos arraigados (como é o caso do aborto) e da persecução estatal fundada no forte apelo da chamada guerra às drogas.

Não parece possível responder categoricamente se as hipóteses acima explicam de forma satisfatória a adoção de certa postura dos Tribunais Constitucionais quando se deparam com ações que desafiam a constitucionalidade de leis penais. O que é importante perceber neste primeiro momento, por outro lado, é que não há, em termos estritamente jurídicos, argumento razoável que legitime adotar um controle de constitucionalidade tão tímido quando o objeto é uma norma de natureza penal, até porque é esse o ramo do ordenamento que, em geral, afeta direitos fundamentais de forma mais intensa, além de exigir do Estado e da sociedade o emprego de valiosos recursos humanos e financeiros.

Na realidade, vale lembrar que a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Penal figura na própria gênese do Estado de Direito e da limitação do poder estatal. Nesse sentido, como esclarece André Ramos Tavares, “a leitura atenta dos direitos fundamentais consagrados pelas diversas Constituições bem demonstra que em todas encontrar-se-ão normas próprias (em sua origem histórica) do campo penal”³⁹, de que seria exemplo o princípio da legalidade, conceituado como a proibição da criminalização sem lei anterior que a defina e que comine a pena correspondente.

Com efeito, se se entende a Constituição como o sistema de normas que, dentre outros “regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias”⁴⁰, e que esse conjunto de normas goza de uma posição de supremacia em relação ao ordenamento, é de se concluir que Cortes Constitucionais podem, e devem, controlar a constitucionalidade de leis penais, o que, todavia, não significa agir de forma arbitrária e invadir a esfera decisória do Parlamento, foro por essência para a tomada de decisões coletivas no regime democrático.

Com efeito, a doutrina relata que o Tribunal Constitucional Alemão, já em 1951, reconheceu sua competência para apreciar a *legitimidade* de uma norma, mas não a *conveniência* dessa norma. O impasse nessa afirmação é que, não raramente, a própria extensão da liberdade discricionária conferida ao legislador precisa ser discutida e esclarecida pela Corte.⁴¹ É diante dessa difícil fronteira que ganha importância o estabelecimento de critérios

³⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional...*, título I, capítulo IV, item 4.2.3.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. Ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo, Malheiros, 2016, p. 39-40.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, capítulo 3, parte II, item 3.3.

claros e objetivos voltados a delimitar até onde pode agir o juiz constitucional, destacando-se a proporcionalidade como um dos recursos concebidos para essa tarefa.

A proporcionalidade figura, ainda, como um importante instrumento para a convivência entre os diferentes objetivos traçados pela Constituição de um Estado Democrático de Direito, que abrangem tanto o dever estatal de preservar bens e interesses coletivos, quanto a guarda dos direitos individuais, ou seja, ela é um meio relevante para o estabelecimento de limites ao *jus puniendi* estatal reclamados pela dogmática penal.⁴²

Nesse mesmo sentido, Nilo Batista aponta que alguns princípios básicos “constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas”, compondo “uma plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito”, em função de sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos de tradição romano-germânica, do expressivo significado das funções política e social por eles desempenhadas historicamente, e da importância jurídica que adquiriram.⁴³

Esse grupo, que no entender do autor seria formado pelos princípios da legalidade, da intervenção mínima, da lesividade (ou ofensividade), da humanidade e da culpabilidade, vincularia tanto o legislador, no âmbito da política criminal, quanto todos os aplicadores da lei.⁴⁴ Conforme será debatido em tópico futuro, a proporcionalidade permite que esses (outros) vetores protetivos concebidos pela dogmática penal sejam considerados de forma articulada na avaliação sobre a constitucionalidade dos tipos penais.

Nos tópicos a seguir, serão explorados mais alguns aspectos gerais sobre a relação entre a Constituição e o Direito Penal e que podem contribuir para o avanço da contextualização do tema do controle da proporcionalidade dos tipos penais.

1.2. Proporcionalidade no Direito Constitucional e no Direito Penal

Proporcionalidade interessa a muitos, senão todos, os ramos do Direito contemporâneo. Diferentes e consagrados autores sustentam que a proporcionalidade deve ser vista como um princípio geral do Direito, que impõe ao operador o dever de encontrar, em cada caso, um equilíbrio entre os interesses em conflito. Ela é apontada, assim, como um critério hermenêutico

⁴² MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método*. 2. Ed., reimp. Julio César Fara Editor, 2003, p. 141-142.

⁴³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 61-62.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 63-64.

adotado pela jurisprudência de Tribunais Constitucionais que permite a tomada de decisões a partir da contraposição e da hierarquização de valores que, em muitas situações, se apresentam de forma sobreposta.⁴⁵

Os estudiosos da proporcionalidade costumam apontar normas presentes nas Constituições que servem para fundamentar o seu acolhimento em determinado ordenamento positivo. Em alguns casos, a imposição constitucional da proporcionalidade é registrada de maneira expressa. É o que ocorre, por exemplo, com a Constituição da República Portuguesa, de 1976, que afirma, em seu art. 18º, § 2, que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”⁴⁶, texto que estabelece a norma da vedação ao excesso, também presente em várias outras passagens do documento⁴⁷, e que tem sido usado como parâmetro de controle de constitucionalidade dos tipos penais naquele país.⁴⁸

Noutros cenários, mesmo quando ausente norma específica registrada de forma expressa, costumam ser apontadas como manifestações constitucionais da proporcionalidade aptas a condicionar a atividade do legislador infraconstitucional e do aplicador do Direito previsões como as que indicam a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito e o reconhecimento de direitos fundamentais que o caracteriza; a consagração do devido processo legal em sua dimensão substantiva; a proibição de penas cruéis e degradantes, ao lado do próprio conceito constitucional de *pena*, dado o caráter garantístico de limitação racional do poder incorporado ao Direito Penal; e a indicação de valores como justiça, liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana como fundamentos constitucionais de importância destacada.⁴⁹

Pode ser apontada, ainda, a visão segundo a qual a proporcionalidade consistiria num “postulado jurídico com raiz no Direito suprapositivo”, ou como decorrência “de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo”, noção que faz com que o registro de uma norma expressa no texto constitucional, ou mesmo a referência a uma norma extraível

⁴⁵ BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador*. 4. Ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 643-645.

⁴⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 20 de março de 2023.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed., 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

⁴⁸ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade...*, p. 51.

⁴⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 63-72.

de determinadas previsões mais amplas, como enunciações de direitos e de adesão ao Estado Democrático de Direito, passe a não ser indispensável para que produza efeitos normativos.⁵⁰

Nesse sentido, Matthias Klatt e Moritz Meister sustentam que, a despeito de algumas vozes críticas na literatura internacional, a proporcionalidade pode ser vista como um princípio constitucional universal, consistindo num “requisito básico para toda e qualquer conduta estatal”, tendo se difundido intensamente nos ordenamentos dos mais diferentes países e no Direito Internacional, inclusive no âmbito do Direito Comunitário Europeu e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁵¹

No mesmo contexto, destaca-se a experiência narrada por Bernhard Schlink, realizada em instituição de ensino norte-americana em 1996, oportunidade em que se propôs a sete juízes integrantes de Tribunais Superiores e Tribunais Constitucionais de sete diferentes países, a resolução de um problema jurídico hipotético, inserido em uma ordem constitucional também hipotética. O fato que merece ser salientado é que esses juízes “encontraram rapidamente uma ‘língua’ comum – a língua do princípio da proporcionalidade”, passando então a avaliar sob esse parâmetro a legitimidade dos objetivos do legislador, bem como a necessidade das restrições impostas à liberdade dos cidadãos para o atingimento desses objetivos, o que ilustraria o papel da proporcionalidade como ferramenta universal do discurso jurídico.⁵²

Em sentido convergente, doutrinadores contemporâneos passaram a conceber a proporcionalidade como uma norma implícita de solução de conflitos entre diferentes direitos fundamentais, ou entre direitos fundamentais e interesses constitucionalmente legítimos, a partir das noções de unidade da Constituição e de concordância prática dos valores por ela acolhidos.⁵³ De acordo com essa visão, a proporcionalidade figura como a melhor forma de solucionar racionalmente situações de colisão entre princípios, entendidos, no modelo proposto por Robert Alexy, como mandados de otimização, normas que exigem que algo seja realizado na maior extensão possível.⁵⁴ Nesse caso, considerando-se que os direitos fundamentais são

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, capítulo 3, parte II, item 3.3.

⁵¹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A proporcionalidade como princípio constitucional universal. Trad. Philippe Seyfarth de Souza Porto. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, núm. 1, 2015, p. 30-70.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, capítulo 3, parte II, item 3.3.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Post-scriptum - Constituição, Democracia e supremacia judicial: Direito e Política do Brasil contemporâneo, versão digital, parte III, tópico II, subtópico 3 (As colisões das normas constitucionais).

⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, vol. 1, núm. 4, p. 23-51, 2006, p. 27-28.

estruturados sob a forma de princípios, a proporcionalidade é a ferramenta aplicável para permitir a sua realização na maior extensão possível, em conformidade com as circunstâncias fáticas e jurídicas observadas no caso concreto.⁵⁵

Também sob esse enfoque, portanto, sequer se mostraria necessário encontrar uma previsão específica prevendo a proporcionalidade no texto constitucional e indicá-la como parâmetro de controle de constitucionalidade. Consoante essa abordagem, tem-se que o direito fundamental à segurança, de titularidade coletiva, entra em conflito aparente com o direito individual de liberdade, o que atrai a proporcionalidade como critério de solução.⁵⁶ Sob perspectiva semelhante, tem-se que a preservação de direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a propriedade ou o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, exige do Estado a adoção de meios proporcionais que restrinjam o direito fundamental de liberdade.

Muito antes desse desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário observado no âmbito do Direito Público como forma de harmonização de princípios constitucionais em conflito, todavia, a proporcionalidade já dava os contornos dos sistemas arcaicos de controle social e sancionamento que viriam a se tornar o Direito Penal na Modernidade. Nesse sentido, os pesquisadores apontam que a proporcionalidade, entendida como a exigência de correspondência entre a infração praticada e as sanções, já estava presente em normas da Antiguidade, a exemplo do Código de Hamurabi, do Antigo Testamento e da Lei das XII Tábuas.⁵⁷ Nesse contexto, ela expressava uma concepção retribucionista da pena⁵⁸, típica do jusnaturalismo então prevalecente, no sentido de que o autor de uma infração deveria sofrer um mal proporcional ao mal que provocou.⁵⁹

É somente a partir do século XVIII, no seio do Iluminismo europeu, no entanto, que a proporcionalidade começa a ser concebida como um princípio que, ao lado de outros – a exemplo dos princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal e da personalização da responsabilidade penal – fundamenta a limitação do poder estatal que caracteriza o Direito Penal moderno. Esse contexto conduz à elaboração de uma ciência da legislação penal

⁵⁵ ALEXY, Robert. Princípios formais. Trad. Alexandre Trevissoni Gomes Trevissoni. In: ALEXY, Robert. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...*, p. 5.

⁵⁶ ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal: de acordo com as Leis nº 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 35.

⁵⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 41.

⁵⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 85, p. 267-296, jul./ago. 2010.

⁵⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 41.

condizente com as demandas de um Estado centralizado e de um ordenamento racionalizado, a partir da combinação de diferentes ideologias penais então difundidas. Passa-se a conceber o princípio da proporcionalidade como exigência de que as penas devem ser aplicadas somente quando úteis à paz social e à prosperidade financeira (*utilitarismo*), devendo guardar relação com a gravidade do delito (*proporção*), a partir da percepção de que penas demasiadamente graves não são úteis (*humanidade da pena*), ideias que serão reafirmadas e aprimoradas nas obras de Montesquieu e Beccaria.⁶⁰

Já no século XIX, o conceito de proporcionalidade estabelecido para o Direito Penal foi empregado no desenvolvimento de uma concepção liberal do direito de polícia, que passou a ser controlável pelo juiz e limitado em função da proteção de direitos individuais. A proporcionalidade, assim, passa a ser uma orientação central no Direito Administrativo, no sentido de exigir que a autoridade atue apenas dentro do que for necessário e adequado ao interesse público perseguido.⁶¹ A organização de seu sentido e alcance foi sendo, assim, objeto de sistematização na doutrina constitucional e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, inicialmente para o controle de atos administrativos normativos e, depois, também para o controle de leis, inclusive leis penais.⁶²

Sem embargo da enorme relevância da proporcionalidade, a doutrina penalista enfatiza a importância de que outros limites materiais impostos ao ordenamento penal sejam a ela integrados, como os princípios da necessidade de pena, subsidiariedade, *ultima ratio*, fragmentariedade, intervenção mínima, lesividade e exclusiva proteção de bens jurídico-penais.⁶³ Torna-se perceptível, assim, a noção de proporcionalidade como uma estrutura que, embora já contenha relevantes diretrizes, identificadas por seus subelementos *adequação*, *necessidade*, e *proporcionalidade em sentido amplo*, ainda requer o preenchimento por outras normas.

Concepção autoral que ajuda a compreender o controle constitucional dos tipos penais é aquela desenvolvida por Humberto Ávila, que vê a proporcionalidade como norma dotada de estrutura peculiar que, por reunir aspectos próprios, deve ser reconhecida como categoria autônoma, que não se confunde, portanto, com as regras e nem com os princípios. Com efeito,

⁶⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 42-50.

⁶¹ *Ibidem*, p. 50-52.

⁶² *Ibidem*, p. 78-79.

⁶³ MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidade como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho penal. In: MIR PUIG, P. (Dir.); JIMÉNEZ, J. J. Q. (Dir.); BAUTISTA, S. F. (Coord.). *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant Lo Blanche, 2010, p. 74.

em sua obra *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, o autor examina criticamente os critérios tradicionalmente invocados pela doutrina para distinguir princípios e regras, propondo formas diferentes de fazê-lo, da mesma forma que defende, até como consequência da mencionada ruptura com os modelos então existentes, que a forma como os princípios e as regras são interpretados e aplicados seja revista.

Além disso, Ávila afasta-se das tradicionais concepções que classificam as normas jurídicas apenas entre regras ou princípios e propõe o reconhecimento de outra categoria de normas, que intitula *postulados normativos*. No seu entender, postulados seriam “condições essenciais sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido” condições essas que, quando relacionadas ao Direito, poderiam ser classificadas em *postulados meramente hermenêuticos* e em *postulados normativos aplicativos*. Os primeiros seriam “destinados à compreensão em geral do Direito”⁶⁴, de forma que a sua “utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa”⁶⁵, caso do postulado da unidade do ordenamento, do postulado da coerência e do postulado da hierarquia.⁶⁶ Já os *postulados normativos aplicativos* consistiriam em “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação”⁶⁷, de forma que seriam metanormas, ou normas de segundo grau.⁶⁸

Assim, enquanto regras e princípios seriam normas de primeiro grau, os *postulados normativos*, dentre os quais o autor inclui a proporcionalidade, consistiriam em normas de segundo grau, que teriam como função dirigir metodicamente o intérprete na interpretação e aplicação de outras normas. Ávila fundamenta o reconhecimento dos *postulados* como uma categoria autônoma porque eles não se situam no mesmo nível que os princípios e as regras, não possuem os mesmos destinatários, e não se relacionam com outras normas da mesma forma que os princípios e as regras.⁶⁹ Os *postulados* não se confundem com os princípios na medida em que, enquanto os últimos estabelecem os fins que devem ser buscados, isto é, o dever de realização de um estado de coisas, os primeiros esclarecem o modo como esse dever deve ser implementado.⁷⁰

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 166-167.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 168.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 168-169.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 167.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 180.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 167.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 168 e 179-181.

Como anunciado, é no grupo dos *postulados normativos aplicativos* que Ávila insere a proporcionalidade, ao lado da razoabilidade e da proibição de excesso.⁷¹ Percebe-se, portanto, que, diferentemente do que ocorre em outras formulações teóricas e jurisprudenciais bastante difundidas, para o autor, a proporcionalidade não traz necessariamente dentro de sua estrutura a proibição de excesso e tampouco a ponderação, as quais são por ele consideradas *postulados inespecíficos*.⁷²

Segundo Ávila, considerando que os postulados normativos aplicativos estruturam a aplicação de outras normas (princípios e regras), a eventual violação causada por uma certa medida não atinge exatamente a estrutura (a proporcionalidade ou a razoabilidade, por exemplo), e sim as normas cuja aplicação é estruturada pelo postulado. Assim, quando o juiz conclui que houve violação à proporcionalidade ou à razoabilidade, por exemplo, o que ocorre, a rigor, seria a violação apenas de forma indireta desses postulados, ao passo que a violação direta atingiria uma regra ou um princípio referidos pela proporcionalidade ou pela razoabilidade.⁷³

Ávila destaca que a proporcionalidade, enquanto postulado normativo, deve ser considerada meramente formal, uma vez que sua aplicação depende da incorporação de razões substanciais⁷⁴, e é precisamente esse espaço que a dogmática penal precisa preencher, como exposto anteriormente. Em relação às normas penais isso pode ser compreendido da seguinte forma: determinada lei penal pode ser considerada inconstitucional por violar (a) direitos fundamentais, notadamente a liberdade em sentido amplo, ou suas facetas específicas, como liberdade de expressão, (b) outros princípios, ou (c) regras, todos incidentes sobre o caso concreto e estruturados por meio da proporcionalidade. Nesse caso, a violação seria revelada a partir do exame de proporcionalidade, que conjugaria a aplicação simultânea de diferentes normas (regras ou princípios) na situação examinada.

Sem embargo, além de figurar como a estrutura de harmonização e diferentes normas, a proporcionalidade também tem um valor reconhecido em si mesmo pela dogmática penal, que prega a observância de uma razão proporcional entre conduta e punição. No controle de tipos penais, portanto, ela pode atuar, simultaneamente, de dois modos: como estrutura, na forma

⁷¹ *Ibidem*, p. 179.

⁷² *Ibidem*, p. 188-195.

⁷³ *Ibidem*, p. 179-180.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 187.

concebida pela doutrina dos direitos fundamentais; e como norma integrante dessa mesma estrutura, ao lado de outras normas igualmente desenvolvidas pela dogmática penal.

1.3. A expansão penal e a desproporcionalidade

A despeito dos reclamos da dogmática penal, a proporcionalidade nem sempre vem sendo observada na legislação de muitas nações, e isso se faz visível não apenas quando se constata casos de incoerência interna do ordenamento penal, isto é, o descumprimento da exigência de que tipos penais que retratam condutas com maior afetação da convivência social cominem sanções mais graves que aqueles organizados em torno de condutas menos graves, mas também quando se nota o emprego do Direito Penal para enfrentar situações em relação às quais a incidência desse ramo não é justificável.

Nesse sentido, Andrew von Hirsch analisa a proporcionalidade sob duas dimensões. De acordo com o autor, a proporcionalidade ordinal se baseia numa comparação entre as penas cominadas pelo ordenamento em diferentes tipos penais, exigindo-se a observância de três critérios, quais sejam, “a) paridade; b) distribuição de uma graduação de acordo com um *ranking* do crime mais grave ao menos grave; e c) criação de espaçamentos entre as penas aplicadas”, o que traduz, portanto, uma ideia de proporcionalidade relativa. Já a segunda dimensão, que o autor chama de proporcionalidade cardinal, “diz respeito aos limites intrínsecos, ou seja, aos limites imanentes à proporcionalidade de um castigo. Limites não ultrapassáveis, que impõem uma barreira a qualquer castigo”⁷⁵, conceito que a aproxima de uma noção de proporcionalidade absoluta.

O fenômeno da expansão desproporcional do Direito Penal não é novo, embora tenha se acentuado nas últimas décadas. Luiz Luisi observa que, apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e compor o pensamento iluminista, pregando-se “reduzir a legislação em geral, e especialmente a penal, a ‘poucas, claras e simples leis’, a verdade é que a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente”, o que causou alarme nos penalistas dos mais diversos contextos culturais.⁷⁶

⁷⁵ AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O Neorretribucionismo em matéria punitiva. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 24, núm. 1, jan./abr. 2019, p. 161.

⁷⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais...*, p. 41.

Referindo-se à continuidade desse mesmo fenômeno, mas em tempo mais recente, Thiago Baldani Gomes De Filippo aponta o contexto global pós-moderno como o principal fator responsável pela desproporcionalidade da legislação penal. De acordo com avaliação do pesquisador, “a pós-modernidade tem ditado o ritmo de uma irradiação expansiva, também observada no Direito Penal brasileiro, que trouxe uma série de complexidades, riscos e inseguranças às relações sociais”⁷⁷. Conforme expõe o autor, esse fenômeno poderia ser compreendido de acordo com três bases, quais sejam, uma *base epistemológica*, uma *base político-econômica* e uma *base sociológica*.

A *base epistemológica* consistiria em transformações nas ciências sociais clássicas a partir de sua desdogmatização e da recusa ao conhecimento científico a uma pretensão de ser universal, cenário que, no Direito, expressar-se-ia pela crise da legalidade e por uma maior atenção à eficácia social das normas, abandonando-se sistematizações e os rigores típicos da dogmática em nome de um pragmatismo aplicável ao ordenamento. Nesse quadro, a intervenção penal é alargada para abarcar esferas antes reguladas pelo Direito Administrativo, ao mesmo tempo em que as sanções penais aplicáveis são recrudescidas, sob o pretexto de tornar o Direito Penal mais efetivo.⁷⁸

Por sua vez, ao falar numa *base político-econômica*, o autor aponta para os efeitos da globalização na vulneração da soberania estatal, o que acarretaria o enfraquecimento da Política e da Democracia como espaços de exercício do poder, frente a um conjunto de normas e interesses próprios, patrocinados por agentes econômicos privados e por organismos internacionais.

O Direito Penal também sofreria as consequências desse processo de internacionalização, o que se faria sentir em três frentes: na expansão da tutela penal em nome da proteção de grupos vulneráveis, patrocinada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos; na propagação de um discurso hegemônico da insegurança social, notadamente pela ação de meios de comunicação de massas e formadores de opinião pública, tornando evidente a seletividade socioeconômica do ordenamento penal; e na aposta na intervenção penal para a defesa de interesses econômicos titularizados por grandes potências mundiais e vocalizados por organismos transnacionais.⁷⁹

⁷⁷ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 29.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 29-41.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 42-63.

A *base sociológica*, por fim, reúne apontamentos do autor a respeito da multiplicação dos riscos na sociedade contemporânea e das transformações na gestão de tais riscos, orientada conforme a prevalência dos interesses potencialmente por eles afetados; no caso do Direito Penal, esse cenário traduzir-se-ia na antecipação da tutela penal e na consequente multiplicação de novos tipos penais, principalmente estruturados sob a forma de crimes de perigo.⁸⁰

Em sentido convergente, Luiz Flávio Gomes observa nas transformações causadas pela globalização, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, uma ruptura com os princípios e conceitos da tradição clássica e liberal do Direito Penal e que produz, em consequência, tutelas exacerbadas e abusivas a bens jurídicos, assim como a conversão da via penal de *ultima* para *prima ratio* para o tratamento de agudos e complexos problemas sociais.⁸¹

Uma forma de se refletir sobre o manejo desproporcional do Direito Penal é aquela que se baseia nas taxas de encarceramento de cada país e na sua comparação com o cenário global. É claro que determinada sociedade, de acordo com uma vasta e complexa gama de fatores de ordem histórica, política, econômica, social e cultural, e em harmonia com seus valores, poderá entender, de forma legítima, que o recurso à ameaça de sancionamento penal é possível (ou mesmo imperativo) em determinadas situações.

Nesse sentido, vale lembrar que cada contexto histórico contém uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, sobre a qual o Direito se forma⁸² de modo que, em princípio, é bastante natural a existência de peculiaridades na forma como cada nação concebe o poder legítimo do Estado e os limites do emprego de restrições às liberdades individuais em nome da convivência harmônica e da preservação de bens comunitários.

Sem embargo, é certo que a forma como o poder está organizado nessas sociedades, também definida por esse intrincado arranjo de características formativas, será definitiva no estabelecimento do desenho legislativo e institucional, apto a evidenciar, assim, o caráter mais ou menos democrático da comunidade e, conseqüentemente, a existência de uma relação proporcional entre liberdades e limitações às liberdades.

Com efeito, conquanto seja natural algum grau de divergência a respeito de até que ponto os direitos individuais podem ser restringidos, em busca da convivência das liberdades públicas, parece plausível concluir que disparidades muito latentes observadas estatísticas de

⁸⁰ *Ibidem*, p. 63-75.

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal tradicional versus “moderno e atual” Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 42, p. 236-241, jan. /mar. 2003.

⁸² REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 16-17.

aplicação de penas de certos países, sobretudo aquelas envolvendo a privação da liberdade, constituem indícios relevantes de desproporcionalidade no recurso ao Direito Penal.

Nessa trilha, Ingo Sarlet cita dados de 1995, relativos aos índices de encarceramento em relação à população total de diversos países, e expostos por Eric Lotke em Seminário Internacional organizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, para, após um exame comparado, concluir que as estatísticas prisionais relacionadas aos Estados Unidos, “quando vinculadas à política de uma intervenção baseada na ideia de ‘tolerância zero’, indicam que esta solução é, por definição, desproporcional”, principalmente quando se constata haver punição mais rigorosa para infrações menos graves, ao lado da crença de que a criminalidade decorre mais da desordem do que de fatores como pobreza e discriminação racial.⁸³

Como bem observa Marcelo Almeida Ruivo, a produção legislativa não tem refletido o conhecimento produzido pelas ciências criminais, o que pode acarretar problemas como a baixa eficiência da legislação penal, a exagerada ampliação da intervenção penal e a geração de mais malefícios sociais do que benefícios, problemas que o autor relaciona, respectivamente, aos parâmetros da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Como bem sintetiza Ruivo, esse quadro normativo se conformaria na medida em que

o fenômeno criminal tende a excitar sentimentos e reações exagerados que influenciam o debate público demandando respostas penais nem sempre adequadas, necessárias e proporcionais. Em contextos de medo ou ódio populares difusos, argumentos de autoridade ou opiniões pessoais de práticos são equiparados a resultados de pesquisa científica teórica e empírica, colocando em perigo a justiça e as liberdades do cidadão. Algumas demandas políticas por intervenção penal em fenômenos altamente complexos sobre os quais falta informação científica qualificada, podem resultar em ações estatais meramente simbólicas em nome da segurança.⁸⁴

A defesa da atuação da jurisdição constitucional, conquanto se reconheça que a ponderação não leva necessariamente a uma única resposta correta em cada caso⁸⁵, se insere, assim, no seu papel como mecanismo de correção de rumos e preservação de direitos fundamentais ameaçados pela legislação desproporcional, em meio ao panorama de expansão desenfreada e pouco racional do poder punitivo estatal.

⁸³ SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47, p. 60-122, 2004.

⁸⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 147, ano 26, p. 587-614, set. 2018.

⁸⁵ ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. In: Idem. *Direito, Razão, Discurso*: estudos para a Filosofia do Direito. Trad. Luís Afonso Heck. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 95-96.

1.4. Proporcionalidade e teoria do bem jurídico

Não é exagero afirmar que boa parte da comunidade jurídica passou os últimos séculos se dedicando à difícil tarefa de estabelecer critérios minimamente objetivos de limitação do poder do Estado, inclusive no campo penal, até por se tratar do ramo que afeta as liberdades individuais de forma mais drástica. Com efeito, muitos dos mais consagrados penalistas se utilizaram da categoria de bem jurídico-penal para o cumprimento dessa missão.

Luiz Luisi relata que, já em 1819, Carl Joseph Anton Mittermaier criticava a legislação penal por ser exageradamente excessiva, e apontava que a criação de um número grande de crimes expressava a decadência da ordem jurídica. Explica o professor brasileiro que o desenvolvimento da noção de que o Direito Penal deveria proteger bens jurídicos, e não meros direitos subjetivos, decorreu da pretensão de conter excessos criminalizadores. É nessa trilha que, em 1834, de forma pioneira, Johann Michael Franz Birnbaum sustentou que ao Direito Penal competia, exclusivamente, a tutela de bens jurídicos.⁸⁶

Ao longo de décadas posteriores, em um processo que permanece em curso até os dias atuais, sucessivas linhas dogmáticas desenvolveram propostas para o estabelecimento de um conteúdo material para o bem jurídico-penal, a fim de que o Direito Penal se voltasse contra condutas que efetivamente consistissem em ofensas ou perigos a bens e interesses sociais fundamentais de uma determinada comunidade, de forma que outros segmentos se ocupassem de transgressões menos graves e infrações a normas morais ou mesmo divinas.⁸⁷

Nesse sentido, quando o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos prega que essa categoria dogmática seja adotada como parâmetro para o estabelecimento de limites ao poder punitivo estatal, tem-se implícita a exigência de que o conceito de bem jurídico seja transcendente ao sistema legal, atrelando-se, portanto, a dados da realidade social, em suas diferentes dimensões plurais. Somente assim o recurso à noção de bem jurídico pode desempenhar um papel crítico à legislação penal, considerando-se que o conceito de crime não é ontológico, e sim produto de um determinado contexto histórico e cultural específico.⁸⁸

O problema é que, como bem sintetizado por Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, “embora nascido com vocação limitadora ou crítica contra a arbitrariedade legislativa em matéria de criminalização primária, a realidade demonstrou uma utilização do conceito de bem

⁸⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais...*, p. 168-169.

⁸⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 79-85.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 89.

jurídico em direção oposta, tendente a legitimizar qualquer nova incriminação”⁸⁹, quadro que vem levantando questionamentos quanto à efetiva capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico como efetivo instrumento limitador da intervenção legislativa penal apenas às situações nas quais o seu emprego é efetivamente necessário, bem como sobre sua compatibilidade com um Direito Penal condizente com os novos riscos sociais.⁹⁰

Nessa trilha, ao mesmo tempo que se insiste na necessidade de continuidade do aprimoramento da noção de bem jurídico-penal, propostas diferentes são desenvolvidas, baseadas em parâmetros e mecanismos próprios, embora também voltados à contenção da expansão desarrazoada do ordenamento penal. É o caso, por exemplo, das propostas concebidas por Amelung, Hirsch e Stratenwerth. Como aponta Thiago Baldani Gomes De Filippo,

Amelung enfoca a necessidade de se aferir a legitimidade dos tipos a partir da danosidade social da conduta, sem qualquer referência à noção de bem jurídico. Já Hirsch procura estabelecer critérios a partir do princípio da proporcionalidade, observando que a legitimidade das incriminações apenas se esvazia naqueles âmbitos de condutas nos quais não se enxerga motivo algum para sua incriminação. E, por fim, Stratenwerth admite bastar o consenso social, confluindo na possibilidade de tipificação de alguns tabus culturais ou normas de condutas elementares.⁹¹

Ulfrid Neumann, por sua vez, relata que a doutrina atual vem rechaçando a importância da teoria do bem jurídico sob o fundamento de que o estabelecimento de limites ao Direito Penal deveria ficar a cargo do Direito Constitucional. Essa visão, segundo o autor, encontra apoio na decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a constitucionalidade do tipo penal do incesto, oportunidade em que a maioria da Corte teria expressamente negado uma noção suprapositiva de bem jurídico, ao entender que a ordem constitucional confere ao legislador democrático a liberdade para selecionar os bens a serem tutelados pela via penal, assim como para delimitar os fins da pena. Dessa forma, a tentativa de pré-estabelecer quais bens poderiam ser considerados bens jurídico-penais, ou aceitar que outras instâncias fizessem essas escolhas, para além do próprio legislador, violaria a Constituição. Segundo a visão registrada pelo Tribunal Alemão, portanto, a Constituição não traria em seu texto um conteúdo normativo de bem jurídico passível de ser controlado pela jurisdição constitucional.⁹²

⁸⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 268.

⁹¹ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 89.

⁹² NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. Trad. de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário*. Ed. Marcial Pons, 2012, p. 526.

Neumann observa, no entanto, que essa posição é contraditória porque a maioria do Tribunal, para exercer o juízo de proporcionalidade da lei penal em questão, inevitavelmente recorreu à noção de proteção ao bem jurídico, particularmente quando se debruçou sobre o aspecto da adequação da norma típica. Destaca o autor, então, que a referência feita na decisão pode ser um indício de que Direito Constitucional e teoria do bem jurídico guardam uma forte relação material, de modo que referida teoria pode desempenhar um caráter instrumental no controle constitucional da proporcionalidade.⁹³

Apresentam-se, ainda, algumas propostas teóricas que não buscam, necessariamente, abandonar a teoria do bem jurídico e outras balizas da dogmática clássica, mas veem na proporcionalidade uma ferramenta apta a incrementar as possibilidades de avaliar criticamente o Direito Penal, a partir do controle de constitucionalidade.

Seguindo por esse caminho, Massimo Donini, em texto em que examina os pressupostos para que o exercício do controle judicial sobre o Direito Penal se compatibilize com a Constituição, classifica os princípios extraídos do texto constitucional em dois grupos, de acordo com o seu grau de operatividade⁹⁴: o grupo dos *princípios demonstrativos*, e o dos *princípios argumentativos* (ou de direção política).⁹⁵ O primeiro, no qual o autor insere a legalidade e a culpabilidade, seria formado por princípios que trariam em si mesmos critérios técnicos de aplicação, de forma que seria possível que a Corte Constitucional os invocasse para anular leis, sem provocar alegações de usurpação de suas atribuições institucionais, sabendo-se que a avaliação de natureza política compete ao Parlamento.

Já no grupo dos *princípios argumentativos*, figurariam princípios constitucionais com conteúdo insuficiente para servirem de parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade dos atos infraconstitucionais, conquanto possam ser utilizados, em conjunto com *princípios*

⁹³ *Ibidem*, p. 527.

⁹⁴ Na versão consultada, traduzida para o espanhol, o termo adotado é *justiciabilidad*. Opta-se, em tradução livre para a língua portuguesa, pela adoção da palavra *operatividade* por se compreender que o traço que o autor discute é a capacidade (ou melhor, a ausência de capacidade) das normas citadas de fornecer um efetivo controle judicial de constitucionalidade, nos casos em que o ordenamento infraconstitucional se afasta dos mandamentos da Constituição. Por outro lado, a expressão *justiciabilidad*, embora também seja empregada em português, é mais frequentemente usada para debater o grau de exigibilidade judicial de direitos constitucionais sociais (e, mais recentemente, também de direitos constitucionais econômicos, culturais e ambientais), sabendo-se que tais direitos costumam ser classificados como normas programáticas, de forma que sua implantação, em princípio, exige a regulamentação pelo legislador ordinário e a organização de políticas públicas por parte do Poder Executivo. Também adotando a expressão *operatividade*: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 340.

⁹⁵ DONINI, Massimo. Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 58, 2005, p. 403-420, p. 410-411.

demonstrativos, para argumentar a respeito da legitimidade ou não de uma lei penal. Nesse segundo grupo seriam incluídos, de acordo com Donini, princípios como o da subsidiariedade e da ofensividade do Direito Penal, argumentando o autor que, mesmo atualmente, é difícil que uma Corte Constitucional declare a ilegitimidade de uma lei penal apenas sob o fundamento de que o ilícito penal examinado, em razão do valor normativo da subsidiariedade do Direito Penal, deveria ser combatido apenas no âmbito do Direito Administrativo.

Essa distinção entre dois tipos de princípios emanados pela Constituição permite aproximar o controle de constitucionalidade, exercido pelas Cortes Constitucionais sob parâmetro da proporcionalidade, da dogmática penal, de modo que a submissão da lei questionada aos três testes de proporcionalidade *lato sensu* (subprincípios da proporcionalidade) leve em consideração os princípios desenvolvidos pela doutrina penalista. A proporcionalidade figura, assim, como norma dotada da operatividade necessária para tornar efetivo o controle constitucional das leis penais, ao mesmo tempo em que abre espaço para que outras normas sejam articuladas na análise do caso concreto.

Entendimento similar, no Brasil, é compartilhado por Ademar Borges de Sousa Filho. O pesquisador também reconhece que a proporcionalidade outorga à jurisdição constitucional maior operatividade para o exercício do controle, em comparação com outras fórmulas propostas pela dogmática penal, inclusive por teorias que adotam o conceito de bem jurídico-penal.⁹⁶ O pesquisador apresenta, assim, cinco razões, para que o controle constitucional das leis penais seja baseado na proporcionalidade, a saber: i) o princípio da proporcionalidade reconhece a existência de múltiplas interpretações do ordenamento e propõe uma forma para solucionar as disputas que essa multiplicidade provoca, baseada na teoria da argumentação jurídica; ii) a proporcionalidade permite que os argumentos do legislador sejam levados em consideração na determinação do conteúdo dos direitos fundamentais; iii) o juízo de proporcionalidade admite a ponderação entre as dimensões institucional e autoritativa contidas na elaboração das leis penais; iv) a proporcionalidade torna possível exercer o controle de constitucionalidade em diferentes níveis, a depender do grau de restrição que a norma questionada provoca nos direitos fundamentais; e v) por fim, o princípio da proporcionalidade permite o reconhecimento de força normativa aos direitos fundamentais, sem excluir o papel do legislador de estabelecer o ponto em que os princípios relevantes se otimizam.⁹⁷

⁹⁶ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 120-121 e 294.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 117-118.

É curioso notar, no entanto, que embora o autor sustente, em certo momento de sua obra, a *substituição* da teoria do bem jurídico pela proporcionalidade⁹⁸, o que há, na realidade, é uma proposta de emprego tanto de uma fórmula, quanto de outra, ao destacar a capacidade da proporcionalidade de interagir com os princípios e limites desenvolvidos historicamente pela dogmática penal, assim como a grande contribuição que a categoria do bem jurídico fornece no sopesamento dos valores em conflito, ponderando-se, em cada caso, por exemplo, a maior ou menor relevância constitucional do bem jurídico tutelado ou o seu grau de fundamentalidade.⁹⁹

De fato, como será aprofundado no segundo capítulo, a noção de bem jurídico é empregada para o exame constitucional da proporcionalidade da lei penal em todas as etapas que compõem a sua estrutura interna. Como ensina Roxin, é difícil vislumbrar um sentido totalmente autônomo para proporcionalidade, sendo certo que referido princípio e a concepção de um Direito Penal voltado à tutela de bens jurídicos se completam de forma mútua.¹⁰⁰

Assim, quando se fala que o tipo penal deve ser considerado *adequado*, isso significa que a medida restritiva e a sanção cominada devem ser adequadas à tutela do bem jurídico; da mesma forma, a afirmação de que o Direito Penal deve ser *necessário*, remete à exigência de que outros instrumentos, menos rigorosos, não protejam o bem jurídico com a mesma eficácia da via penal; por fim, a noção de bem jurídico também é empregada para verificar se há uma relação *proporcional em sentido estrito* entre o grau de proteção desse bem e a intensidade dos impactos que a criminalização acarreta no exercício do direito fundamental de liberdade.

1.5. Mandados de criminalização e o controle da proporcionalidade

Mandados de criminalização são ordens dirigidas às autoridades competentes para que tomem providências no sentido de estabelecer marcos normativos adequados à criminalização de certas condutas, por se entender que elas são nocivas a certos interesses de elevada relevância. Trata-se, assim, de disposições jurídicas que, além de legitimar a atuação do legislador penal, em determinados casos, exigem sua atuação.¹⁰¹

⁹⁸ *Ibidem*, p. 117.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 120 e 298.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Dir. Jorge de Figueiredo Dias, ano 23, núm. 1, jan./mar. 2013, p. 36-38.

¹⁰¹ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. Ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

As Constituições e os tratados internacionais adotam os mandados para sinalizar a importância da tutela de determinados bens ou interesses, embora não estabeleçam, desde logo, o regime protetivo voltado à concretização dessa tutela. Observa-se, a partir da posituação de mandados, uma alteração profunda na relação historicamente estabelecida entre a Constituição e o Direito Penal: a primeira, concebida como *limite*, passa a desempenhar, concomitantemente, um papel de *fundamento* da intervenção penal estatal.¹⁰²

O objetivo deste tópico, assim, é apresentar alguns apontamentos sobre como os mandados de criminalização podem impactar o controle constitucional da proporcionalidade dos tipos penais.

1.5.1. Mandados constitucionais de criminalização

Dentre as muitas normas presentes na Constituição Federal de 1988 aplicáveis ao Direito Penal, algumas se apresentam sob a forma de mandados expressos de criminalização, mandados esses compostos por diferentes estruturas textuais e caracterizados por graus não uniformes de detalhamento semântico e conteúdo normativo.

Em alguns casos, o texto constitucional cuidou de estabelecer, de forma explícita, até mesmo a forma de execução de determinada conduta indesejada e o tipo de sanção penal cominada. É o que se nota quando o texto constitucional prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII); ou quando afirma 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 (art. 5º, XLIII); assim como quando estabelece que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Na mesma linha, a Constituição destaca que a proteção do salário, na forma da lei, é direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, “constituindo crime sua retenção dolosa” (art. 7º, X); prevê que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente

¹⁰² 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 Júris, 2018, p. 75.

da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, § 3º); e que a lei, além de regular as atividades dos notários, oficiais de registro e seus prepostos e definir a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário, disciplinará sua responsabilidade civil e criminal (art. 236, § 1º).

Em outras situações, entretanto, o texto constitucional afirma o desvalor de certas condutas, mas não prevê, aprioristicamente, que a via a ser adotada para o seu enfrentamento é necessariamente a do Direito Penal. Isso ocorre, por exemplo, quando se afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI); que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º); e, ainda, que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (art. 227, § 4º).

A doutrina aponta que, a despeito de haver previsões similares nas Constituições de outros países, o rol previsto na Constituição brasileira é particularmente extenso, o que seria criticável por indicar uma “crença inabalável no potencial do Direito Penal” para a tutela de certos valores, e para tratar de problemas complexos e bastante diferentes entre si, como o são os comportamentos descritos nos parágrafos anteriores.¹⁰³ Por outro lado, é certo que as valorações subjacentes aos mandados de criminalização, baseadas nos critérios de merecimento e necessidade de pena, decorrem da experiência histórica vivenciada¹⁰⁴ e do reconhecimento a respeito da importância dos valores que se quer prestigiar no momento constituinte, quadro que, em princípio, confere especial legitimidade democrática à tutela dos interesses veiculados nos mandados.

Ao lado dessas previsões constitucionais expressas, alguns setores da doutrina entendem haver também mandados implícitos de criminalização no texto constitucional. Essa visão costuma ser associada à chamada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual desses direitos também decorreriam certos imperativos de tutela que exortariam o Estado a adotar posturas ativas no sentido de zelar pela sua proteção mesmo em face de terceiros. Assim, a tutela de direitos fundamentais, exercida pela autoridade pública, fundamentaria, quando necessário, o emprego do Direito Penal a fim de desestimular e reprimir ataques promovidos por terceiros.¹⁰⁵

¹⁰³ DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 96.

¹⁰⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 110-111.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo. *Constituição e proporcionalidade...*, p. 60-122.

Nesse sentido, Luciano Feldens destaca que o constituinte opta por inserir no texto constitucional previsões expressas com o objetivo de adiantar o juízo de necessidade sobre a tutela penal em relação a condutas cuja criminalização não seria objeto de um claro consenso social no futuro. Por outro lado, sustenta o autor que não seria necessário proceder dessa forma em relação às situações em que a incidência do Direito Penal seria óbvia, caso da tutela da vida, por exemplo. Ademais, sustenta não ser crível que o constituinte tenha se pretendido proteger apenas alguns objetos, a exemplo do patrimônio, no caso da previsão que prevê a criminalização da retenção dolosa do salário, sem se preocupar com a integridade dos próprios sujeitos, notadamente num Estado de Direito que tem na dignidade da pessoa humana seu fundamento.¹⁰⁶

Esse reconhecimento sobre a existência de mandados implícitos, além de incrementar o grau de esforço hermenêutico exigido e, conseqüentemente, tornar ainda mais complexa a disputa entre as diferentes correntes de pensamento sobre a matéria, poderia ampliar ainda mais o rol de condutas cujo enfrentamento, sob a óptica constitucional, seria da incumbência do sistema criminal.

Noutro giro, todavia, Dolcini e Marinucci rechaçam a existência de obrigações implícitas deduzíveis do texto constitucional, aduzindo que o reconhecimento da importância de direitos fundamentais não impõe que sua tutela seja feita, necessariamente, pela via penal. Em sentido harmônico, Pulitanò defende que é tarefa do legislador avaliar a importância dos bens constitucionais em jogo e, de acordo com sua discricionariedade política, definir os contornos da intervenção penal.¹⁰⁷ Afirma-se, ainda, que o reconhecimento de obrigações impostas ao legislador ordinário esbarraria na compreensão da Constituição como um sistema aberto de valores, que resguarda certos espaços livres para deliberação futura, a partir de processos políticos que acompanhem as mudanças sociais.¹⁰⁸

Também há controvérsia na doutrina a respeito de como, e em que extensão, as previsões constitucionais explícitas vinculam as escolhas político-jurídicas do legislador infraconstitucional, compreensão que, por decorrência lógica, também tem o condão de definir a extensão do controle constitucional de leis penais, inclusive nos casos em que se postula o reconhecimento de omissão atribuída ao legislador. Mariângela Gama de Magalhães Gomes, por exemplo, sustenta que os mandados expressos de criminalização adiantam o juízo sobre a *necessidade* de algumas criminalizações, mas ainda remanesceria ao legislador ordinário

¹⁰⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal...*, p. 92-94.

¹⁰⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 109-111.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 97-101 e 110.

estruturar a tutela penal do bem jurídico, bem como avaliar a *adequação* e a *proporcionalidade em sentido estrito* dos tipos penais a ele relacionados.¹⁰⁹

De fato, muitas das previsões constitucionais estruturadas sob a forma de mandados são bastante vagas, ao não descreverem sequer as condutas a serem consideradas ilícitas, e nem indicarem as sanções correspondentes. Assim, ainda caberia à legislação ordinária estabelecer diversos elementos normativos indispensáveis à concretização da tutela penal e, ao assim agir, não se poderia dizer que o juízo sobre a proporcionalidade das escolhas legislativas estaria fora do âmbito de fiscalização pela Corte Constitucional.

1.5.2. Mandados internacionais de criminalização

Além das determinações de criminalização contidas na Constituição, explícitas e eventualmente implícitas, também o Direito Internacional exorta os Estados nacionais a adotarem a via penal para lidar com certas condutas tidas como violadoras de valores e interesses de caráter transnacional, o que pode tornar ainda mais complexa a análise sobre a proporcionalidade dos tipos penais, até mesmo em função da sobreposição de ordenamentos e de instâncias decisórias.

Com efeito, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e seus respectivos Protocolos, veiculam, além de uma série de outros deveres, mandados expressos de criminalização a serem observados pelos Estados signatários. Nesse sentido, a Convenção prevê como deveres dos Estados-parte a criminalização da participação em um grupo criminoso organizado (artigo 5); a criminalização da lavagem do produto do crime (artigo 6); e a criminalização dos atos de corrupção (artigo 7).

Da mesma forma, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, prevê como dever dos Estados-parte a criminalização do tráfico de migrantes (artigo 6, 1), inclusive na modalidade tentada e nos casos de mera participação (artigo 6, 2).

Também nessa direção, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 113-114.

Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças determina a criminalização do tráfico de pessoas em uma série de circunstâncias (artigo 5).

Em todos esses casos, os citados documentos do Direito Internacional cuidam de estabelecer diversas balizas para a definição da legislação penal interna, havendo verdadeira descrição de condutas e de circunstâncias elementares dos tipos penais, a serem incorporadas pelos ordenamentos dos Estados.

Na mesma linha, são vários os tratados internacionais de Direitos Humanos que estabelecem normas de conteúdo similar, pronunciando a obrigatoriedade do recurso ao Direito Penal. Podem ser apontadas, a título de exemplo, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, firmada no âmbito da Organização das Nações Unidas¹¹⁰, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura¹¹¹, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹¹², a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio¹¹³ e as Convenções de Genebra, componentes do Direito Internacional Humanitário.¹¹⁴

Por sua vez, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas, embora não mencione de forma expressa a via penal, como fazem os demais documentos internacionais mencionados, afirma que os Estados signatários “comprometem-se a adotar, por todos os meios

¹¹⁰ O tratado estabelece em seu artigo 4 que “1. Cada Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura. 2. Cada Estado Parte punirá estes crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade.”

¹¹¹ O artigo 6 do tratado prevê que “Os Estados Partes segurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade.”

¹¹² Segundo o artigo 7 do tratado, “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: (...) b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; (...)”.

¹¹³ De acordo com o artigo V do referido tratado, “As Partes Contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com suas respectivas constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar as aplicações das disposições da presente Convenção, e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III.”

¹¹⁴ O artigo 49 da 1ª Convenção de Genebra para melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha, de 12 de agosto de 1949, estabelece que “As Altas Partes Contratantes se comprometem a tomar tôdas as medidas legislativas necessárias para fixar as sanções penais adequadas a serem aplicadas às pessoas que cometam, ou dêem ordem de cometer, qualquer das infrações graves à presente Convenção, definidas no artigo seguinte”, sendo que as infrações em questão são, nos termos do artigo 50, “homicídio intencional, tortura e tratamento desumanos, inclusive as experiências biológicas, o fato de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde, a destruição e a apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e excetuadas em grande escala de maneira ilícita e arbitrária.”

apropriados e sem tardar uma política de eliminação da discriminação racial em tôdas as suas formas e de promoção de entendimento entre tôdas as raças”, devendo, para atingir esse objetivo, “proibir e por fim, a discriminação racial praticadas por pessoa, por grupo ou das organizações” (artigo II, 1, d), “declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos”, o que também inclui “qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento” (artigo IV, a).

Para além de previsões explícitas em convenções internacionais incorporadas pelo Brasil ao Direito interno, André de Carvalho Ramos aponta que a jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos entende que certos documentos internacionais veiculam mandados implícitos de criminalização, de forma que os Estados estariam obrigados, a partir de sua participação em sistemas de proteção de Direitos Humanos, a incorporar em seus ordenamentos normas de criminalização.¹¹⁵

Nesse sentido, pode-se registrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu no Caso *Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, a título de exemplo, que “os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado para conduzir a investigação, o que implica regulamentar como delito autônomo, em suas legislações internas, o desaparecimento forçado de pessoas”, afirmando expressamente que “a persecução penal é um instrumento adequado para prevenir futuras violações de direitos humanos dessa natureza”, de forma que “o Estado deve garantir que nenhum obstáculo normativo ou de outra índole impeça a investigação desses atos, e se for o caso, a punição dos responsáveis.”¹¹⁶

Nesta mesma decisão, que culminou com a responsabilização internacional do Brasil em razão da prática de detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas após a ação do Exército brasileiro, entre 1972 e 1975, para reprimir a chamada Guerrilha do Araguaia, a Corte impôs ao Estado brasileiro, como garantia de não repetição, que inserisse na legislação interna o tipo penal desaparecimento forçado de pessoas.

No ponto, destacou-se que “o Tribunal insta o Estado a que dê prosseguimento à tramitação legislativa e a que adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para

¹¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 62, p. 09-55, set. 2006.

¹¹⁶ CORTE IDH. Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, § 109, Sentença de 24 de novembro de 2010.

ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas” e que, “o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos”. Afirmou, ainda, que o Estado brasileiro deve “adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno.”¹¹⁷

André de Carvalho Ramos explica que a invocação da via penal por parte das normas e das instituições internacionais de proteção de Direitos Humanos se dá por dois fundamentos, cada qual relacionado a um momento. Afirmo o professor, assim, que a exigência da tipificação de certas condutas, atentatórias contra esses direitos, decorre da crença utilitarista no caráter preventivo do Direito Penal, ou seja, na noção de que a tipificação de condutas produz um efeito dissuasório. Por sua vez, a insistência na aplicação da lei penal em face de causadores de violações de Direitos Humanos, com a superação dos obstáculos que conduzem à impunidade, reafirma a eficiência do Estado na proteção desses direitos, assim como assegura o caráter isonômico do ordenamento, no sentido de que a lei vale para todos.¹¹⁸

Embora decisões dessa natureza possam ser objeto de críticas sob diferentes aspectos¹¹⁹, é inegável que elas podem influenciar decisões dos Tribunais internos a respeito do juízo sobre a proporcionalidade de determinado tipo penal, o que também se aplica para o reconhecimento de eventual omissão legislativa em tutelar os bens de interesse transnacional. Vale lembrar, no ponto, que as jurisprudências de diferentes Cortes mantêm certo diálogo, de forma que se estabelece uma relação de mútua influência, ao mesmo tempo em que decisões judiciais produzidas pelos Poderes Judiciários nacionais também podem ensejar a responsabilização internacional dos Estados perante os órgãos internacionais.

¹¹⁷ *Ibidem*, § 287.

¹¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos...*, p. 09-55.

¹¹⁹ Françoise Tulkens, por exemplo, observa que o Direito Internacional dos Direitos Humanos exerce um papel duplice sobre o Direito Penal dado que, embora em sua gênese, e durante certo tempo, tenha contribuído para a humanização das punições e contenção do poder estatal no exercício da persecução penal, em tempos mais recentes vem-se notando o forte apelo no sentido de que a via penal é a ferramenta que os Estados devem empregar para proteger os direitos (TULKENS, Françoise. *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, num. 3, p. 577-596, jul. 2011, p. 593). Em sentido harmônico, Silva Sánchez também critica a atuação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sustentando que a ruptura de balizas clássicas da dogmática penal, como as garantias da lei escrita, não retroativa e taxativa, e a proteção da coisa julgada, tem levado à construção de algo distinto do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83).

No mesmo sentido, vale apontar que a doutrina internacionalista tem defendido que, ao lado do controle de constitucionalidade, os atos normativos também devem ser objeto de um controle de convencionalidade, tanto por Tribunais internacionais, quanto por Tribunais internos, de forma que os atos normativos estejam em conformidade não apenas com as Constituições nacionais, mas também com os tratados internacionais incorporados ao ordenamento interno.¹²⁰

Parece existir, portanto, um certo – embora ainda pouco conhecido – impacto, na avaliação de proporcionalidade de determinada estrutura típica, nos casos em que determinado tratado internacional assume que uma certa conduta deve, necessariamente, ser considerada crime por parte do Estado que o incorporou ao Direito interno. Nessas situações, poderia ser questionado: ainda é possível ao juiz constitucional dizer que a tutela penal é *inadequada*? Pode ser considerada juridicamente válida a conclusão de que a via penal é *desnecessária*? Se um tratado estabelece a importância da tipificação de certa conduta para a comunidade internacional, é sustentável afirmar que os malefícios da criminalização superam os seus benefícios e que, portanto, ela é *desproporcional em sentido estrito*?

Os desafios também envolvem situações em que direitos protegidos por tratados internacionais são afetados, de forma *desproporcional*, por normas nacionais que estabelecem tipificações, assim como casos em que diferentes Cortes divergem a respeito da possibilidade de criminalização e persecução penal de certos comportamentos. Os exemplos mais lembrados envolvem a discussão sobre a legitimidade da criminalização do desacato, tido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal¹²¹ mas inconveniente pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹²², bem como sobre a validade das leis de anistia

¹²⁰ MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. Ed., vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133-134.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento pelo Plenário virtual de 12 de junho de 2020 a 19 de junho de 2020.

¹²² De autoria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, destacam-se, além de vários casos concretos examinados, o Relatório sobre a incompatibilidade das leis de desacato e a Convenção Americana, de 1995, e a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, de 2000, que registra em seu Princípio nº 11, que “*Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.*” Já no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem ser citados, a título não exaustivo, os Casos Velásquez Rodríguez v. Honduras, com sentença de 29 de julho de 1988; Barrios Altos v. Peru, com sentença de 14 de março de 2001; Palamara Iribarne v. Chile, com sentença de 22 de novembro de 2005; Kimel v. Argentina, com sentença de 2 de maio de 2008; e Mémoli v. Argentina, com sentença de 22 de agosto de 2013.

aprovadas em vários países da América do Sul durante o período de redemocratização, contestadas pela Corte Interamericana¹²³, mas canceladas pela Suprema Corte brasileira.¹²⁴

Responder a essas difíceis perguntas escapa ao objeto desta investigação, mas é importante perceber, ainda que em caráter bastante introdutório, a influência que o ordenamento internacional pode acarretar na percepção que os intérpretes nacionais têm sobre a proporcionalidade de medidas restritivas de liberdade. Num mundo altamente globalizado e juridicamente integrado, esses pontos de aproximação e de eventuais conflitos devem se tornar cada vez mais frequentes, com o surgimento de novas normas no âmbito internacional e de diferentes disputas interpretativas conformadoras do ordenamento jurídico-penal.

1.5.3. O impacto dos mandados no controle constitucional da proporcionalidade

Nos tópicos anteriores buscou-se apontar, ainda que de forma singela, algumas normas constitucionais e convencionais estruturadas sob a forma de mandados dirigidos às autoridades competentes para que tipifiquem condutas atentatórias contra alguns bens jurídicos específicos.

Procurou-se demonstrar que a existência de mandados de criminalização, mesmo aqueles expressos, não significa o completo esvaziamento do controle de constitucionalidade das leis penais, inclusive sob o parâmetro da proporcionalidade. Com efeito, o fato de haver uma norma constitucional ou internacional pronunciando um dever de criminalização não encerra o debate sobre a proporcionalidade dos tipos penais relacionados a esse dever. Assim, a estrutura típica estabelecida pelo legislador infraconstitucional ainda pode ser examinada sob os aspectos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Foi apontado também que a presença dos mandados de criminalização, tanto os emanados da Constituição, quanto aqueles decorrentes de compromissos internacionais assumidos perante a comunidade internacional, costuma ser associada a uma segunda face da proporcionalidade, para além de sua compreensão tradicional como vedação ao excesso. Essa segunda face se traduz em uma proibição de proteção deficiente por parte do Estado, que imporia a adoção de certas medidas, inclusive legislativas, no sentido de evitar e reprimir

¹²³ CORTE IDH. Casos Barrios Altos v. Peru, Sentença de 14 de março de 2001; Almonacid Arellano e outros v. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006; e Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 143, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 29 de abril de 2010.

condutas que afetem de forma importante bens jurídicos essenciais, notadamente, os direitos fundamentais.¹²⁵

De acordo com essa orientação, os direitos fundamentais impõem, além de limites às atividades estatais, também certos imperativos de tutela, consistentes numa atuação estatal ativa, de forma que a omissão do legislador em aprovar a tipificação de condutas atentatórias contra esses direitos, ou a escolha de sanção insuficiente a ser aplicada em caso de transgressão, traduzir-se-ia em comportamento inconstitucional por parte do Parlamento¹²⁶, apto a ensejar a atuação aditiva da jurisdição constitucional.

No Brasil, essa vertente da proporcionalidade foi invocada na decisão do Supremo Tribunal Federal que, no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão concernente à aprovação de lei voltada ao combate da homofobia e da transfobia decidiu, dentre outros, enquadrar tais condutas, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 (norma que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), até que sobrevenha legislação específica sobre a matéria.¹²⁷

Apesar de ser um tema muito importante, a atuação da jurisdição constitucional tendo como fundamento essa face da proporcionalidade, vale dizer, o controle de constitucionalidade da omissão, por meio de sentenças aditivas, é um tema que não será explorado nesta dissertação, por envolver peculiaridades que escapam ao objeto investigado. Nessa equação, entram em discussão elementos adicionais, como a aplicação da garantia da estrita legalidade em matéria penal, a extensão da proibição à analogia *in malam partem*, bem como o *déficit* democrático em razão da ausência de legitimidade eleitoral dos integrantes das Cortes Constitucionais para emanarem decisões que ampliam o espaço de atuação estatal em desfavor da liberdade.

Sem embargo, é preciso ter em mente que a noção de proporcionalidade como vedação à proteção deficiente de bens jurídicos, mesmo quando a análise, em princípio, envolve apenas o questionamento sobre eventuais excessos por parte do legislador, acaba influenciando a compreensão que se tem a respeito das tarefas que se atribui ao Direito Penal. Isso fica particularmente claro, por exemplo, nos votos do Ministro Gilmar Mendes lançados nos

¹²⁵ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal...*, p. 108.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 109-110.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Rel. Min. Celso de Mello; e Mandado de Injunção nº 4.733, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13 de junho de 2019.

precedentes em que o Supremo Tribunal Federal discutiu a constitucionalidade do tipo de porte ilegal de arma de fogo.¹²⁸

Nesses julgamentos, o Ministro destacou que a Constituição Federal de 1988 veicula mandados que determinam a criminalização de certas condutas, o que expressa a feição objetiva dos direitos fundamentais, a exigir do Estado uma posição de guardião em face de agressões perpetradas por terceiros. Aduziu o Ministro que direitos dessa natureza veiculam não apenas uma proibição de excesso dirigida ao legislador, mas também imperativos de tutela, que se traduzem em vedações de proteção insuficiente. Assim, por força constitucional, o legislador teria o dever de, com o intuito de proteger certos direitos, instituir a proteção pela via penal.

Portanto, embora se possa, didaticamente, explorar a proporcionalidade de forma desdobrada, reconhecendo-se duas facetas em seu valor normativo (vedação de excesso e proibição de proteção deficiente), cada uma delas com relativa independência, o fato é que essas duas vertentes não são tão independentes assim, no sentido de haver, em cada caso, uma margem limitada – por um teto e por um piso – de discricionariedade legislativa que é considerada compatível com a tutela de direitos fundamentais.

Como consequência desse entendimento, tem-se que a existência de mandados de criminalização, mesmo nos casos em que, em princípio, se questiona apenas eventual excesso no rigor da tipificação, acaba exercendo influência sobre a compreensão que se tem a respeito das próprias funções desempenhadas de forma legítima pelo Direito Penal.

1.6. Níveis de intensidade de controle de constitucionalidade

Em 2003, quando a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu rejeitar um recurso extraordinário que sustentava, sob os parâmetros da igualdade e da proporcionalidade, a não recepção pela Constituição de 1988 do preceito do tipo do furto qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, IV, CP), ficou clara a baixa disposição, ao menos por uma parte da Corte à época, de controlar a constitucionalidade de leis penais. Essa afirmação não se baseia no teor da decisão em si, mas na fundamentação contida no voto da Ministra Relatora, acompanhado de forma unânime pelo colegiado fracionário, no qual afirma-se expressamente que não cabe ao Poder Judiciário “exercer juízo de valor concernente ao *quantum* da sanção

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas Corpus* n° 102.087, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28 de fevereiro de 2012; e *Habeas Corpus* n° 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06 de março de 2012.

penal estipulada no preceito secundário, que deverá recair sob o transgressor da norma penal”, e isso em razão do princípio da separação dos Poderes.¹²⁹

Pesquisa de Mestrado concluída por Mariângela Gama de Magalhães Gomes no mesmo ano apontou que as Cortes Constitucionais italiana, portuguesa e espanhola também vinham adotando posições de retração quando provocadas a exercer o juízo de constitucionalidade de leis penais sob o parâmetro da proporcionalidade, preservando a margem de atuação discricionária do legislador infraconstitucional em patamares bastante amplos.¹³⁰

Esse tipo de decisão, que sequer adentra no mérito do pedido deduzido pela parte, abreviando o exame judicial por se entender que não compete ao Poder Judiciário, diante do lugar que ocupa no esquema jurídico-político de divisão de competências, sequer examinar a postulação requerida, se aproxima daquilo que vem sendo chamado de um controle de constitucionalidade *fraco*. Diz-se que esse controle é *fraco* pois, nele, o juiz constitucional reconhece em favor do Parlamento uma ampla liberdade de escolha na elaboração legislativa, reconhecendo uma forte presunção de constitucionalidade material das leis aprovadas sob o rito formalmente válido.¹³¹

A estruturação do controle de constitucionalidade em diferentes níveis, por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos, é atribuída ao registro feito pelo Tribunal na nota de rodapé número 4 do Caso *United States v. Carolene Products Co.*, julgado em 1938, o que ensejou uma importante mudança de paradigma no Direito Constitucional norte-americano. Entende-se que “a nota autorizou a estruturação de uma teoria da decisão complexa em matéria constitucional”, destacando-se que “pode existir um âmbito mais restrito para a presunção de constitucionalidade quando a legislação se apresenta como violadora de proibições específicas da Constituição”¹³², isto é, o grau de presunção de constitucionalidade das leis não seria o mesmo em todos os casos e, como consequência, o rigor do controle exercido pela Corte Constitucional também seria variável, de forma inversamente proporcional à intensidade da presunção de constitucionalidade.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 358.315, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12 de agosto de 2003.

¹³⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 224.

¹³¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais...*, p. 19-60.

¹³² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 7, p. 155-204, ago. 2015.

Ao longo dos anos, a jurisprudência da Suprema Corte Americana foi sistematizando os diferentes níveis de intensidade sob os quais deve exercer o controle de constitucionalidade das leis, bem como organizando as matérias que atrairiam um tipo de controle mais ou menos rigoroso, o que foi entendido como um movimento Poder Judiciário contra abusos observados no processo político. Esse processo envolveu, assim, uma tentativa de “traçar os limites para o exercício da jurisdição constitucional – ainda que se possa discordar do rol elencado por ela e da circunscrição do controle a uma perspectiva Procedimentalista”, destacando-se que “a nota de rodapé número 4 foi produzida em um cenário de crescente abuso por parte das políticas majoritárias e do declínio do constitucionalismo democrático”.¹³³

Outras Cortes Constitucionais também caminharam no mesmo sentido, tendo estabelecido diferentes graus de exigência para examinar a constitucionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais, a exemplo do Tribunal Constitucional Alemão, a respeito do qual se falará no tópico a seguir, e da Corte Constitucional da Colômbia, que tem combinado aspectos do controle de proporcionalidade por meio da submissão do objeto questionado aos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com os critérios fixados pela Suprema Corte Americana.¹³⁴

A questão dos diferentes níveis de intensidade do controle de constitucionalidade suscita várias (e difíceis) questões, sobre as quais se buscará refletir nos próximos tópicos e capítulos. Desde logo, no entanto, já se pode apresentar algumas indagações sobre o tema, com o objetivo de introduzir as discussões que serão aprofundadas oportunamente e revelar a grande relevância da temática em exame.

Pode-se indagar, assim, num primeiro momento: *todas* as leis penais devem, necessariamente, ser submetidas ao mesmo nível de intensidade de controle? Mesmo leis penais que sequer cominam penas privativas de liberdade devem ter sua constitucionalidade verificada segundo um critério necessariamente mais forte que aquele ao qual medidas restritivas menos severas são submetidas? Diante de indagações como essas, vale lembrar que a ponderação, integrante do subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, exige que haja uma relação proporcional entre a restrição de um direito e o benefício ao objetivo perseguido, de modo que, se a liberdade não está, de fato, ameaçada nem mesmo por uma remota possibilidade de imposição de prisão, a resposta às perguntas acima registradas haveria de ser negativa.

¹³³ *Ibidem*, p. 155-204.

¹³⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais...*, p. 19-60.

Por outro lado, é de se destacar o forte efeito estigmatizante das penas em geral, além dos prejuízos causados ao indivíduo submetido a um processo de natureza criminal, independentemente do resultado a que ele chegue. Já sob uma perspectiva de política criminal, é preciso ter em mente que o estabelecimento de que determinada conduta é crime significa impor ao Estado a mobilização de valiosos recursos humanos e financeiros, vinculados ao funcionamento do aparato policial e judicial, ao mesmo tempo em que o investimento em outras formas de enfrentamento, como programas sociais ou políticas públicas, deixa de ser priorizado.

Para além disso, não podem ser ignorados os efeitos secundários decorrentes da condenação penal, estabelecidos por diversas normas previstas no ordenamento. Assim, é relevante perceber que, no Direito brasileiro, a condenação criminal, mesmo que não imponha uma pena privativa de liberdade, pode configurar mau antecedente (art. 59, CP) ou reincidência (art. 63, CP), a serem valorados no caso da eventual prática de nova infração penal. Da mesma forma, a condenação criminal pode resultar na revogação da suspensão condicional de pena anteriormente imposta (art. 77, I e § 1º, CP) ou na revogação do livramento condicional (art. 86, II, CP). No mesmo sentido, o registro de prévia condenação criminal pode impedir, no caso de instauração de um novo processo, que o acusado celebre transação penal, *sursis* processual (arts. 76, § 2º, III, e 89, *caput*, ambos da Lei nº 9.099/95) e acordo de não persecução penal (art. 28-A, § 2º, II, CPP).

E isso sem falar nos efeitos secundários extrapenais, sejam genéricos, isto é, aqueles de aplicação automática, incidindo na condenação pela prática de qualquer delito (art. 91, CP), sejam específicos, consistentes naqueles aplicados somente em circunstâncias legais particulares (art. 92, CP). Diplomas de outros ramos do Direito também preveem efeitos extrapenais importantes, a exemplo do art. 83 da antiga Lei de Licitações¹³⁵ e do art. 181 da Lei de Falências.¹³⁶

Uma segunda indagação envolvendo os critérios para indicar a qual dos níveis de intensidade do controle de constitucionalidade a norma penal deve ser submetida envolve o grau de certeza empírica sobre as premissas necessárias para examinar a *proporcionalidade*, ou mesmo a *razoabilidade*, entre os fins perseguidos e os meios eleitos. Vale dizer, para que uma

¹³⁵ Art. 83, Lei nº 8.666/93. *Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.*

¹³⁶ Art. 181, Lei nº 11.101/05. *São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei: I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; II – o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei; III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.*

determinada norma de criminalização seja legítima, qual grau de segurança empírica deve haver a respeito da idoneidade do Direito Penal para a proteção do bem jurídico em jogo? E quanto de certeza deve-se exigir, em termos de conhecimento empírico, a respeito dos efeitos colaterais da criminalização de determinada conduta para que a medida legislativa questionada seja considerada válida? Noutros termos, até qual grau de dúvida, segundo critérios científicos, uma comunidade, num modelo constitucional de Estado Democrático de Direito, estará disposta a aceitar, em nome de uma pretensa segurança oferecida pelo Direito Penal? Como se nota, são perguntas difíceis.

Por fim, também se poderia questionar, em terceiro lugar, sobre quem recai o ônus dessa demonstração empírica. Assim, seria o caso de esclarecer: o legislador penal precisa, sob pena de invalidação da lei aprovada, demonstrar que a medida restritiva tem aptidão concreta para tutelar bens penais, e que os benefícios que ela acarreta, em termos de proteção, superam os malefícios causados aos outros direitos envolvidos? Ou o ônus de comprovar que a criminalização positivada não é proporcional ou razoável é exclusiva de quem questiona a sua legitimidade perante a Corte Constitucional? É fácil perceber que a distribuição do ônus para um ou para outro lado pode ser suficiente, em muitos casos, para praticamente determinar o resultado da decisão tomada quando do exercício da jurisdição constitucional.

Exemplo de como a adoção de um ou outro parâmetro de controle por parte do Tribunal Constitucional pode impactar de forma direta no resultado do julgamento sobre a constitucionalidade das medidas questionadas perante a jurisdição constitucional foi explorado por Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, que se debruçou sobre o debate travado na Suprema Corte dos Estados Unidos a respeito da legitimidade estatal para criminalizar o aborto. Aponta o pesquisador que a adoção do parâmetro da razoabilidade faz com que a Corte Constitucional aceite a constitucionalidade de “qualquer tipo de regulamentação que seja minimamente relacionada ao objetivo” pois tal critério, na prática, assegura aos Poderes Executivo e Legislativo uma ampla margem de discricionariedade para estabelecer medidas restritivas, bastando que tais medidas se destinem à promoção do objetivo constitucional eleito.¹³⁷

Noutro giro, a adoção do parâmetro da proporcionalidade significa que a Corte Constitucional ainda deverá avaliar se a medida restritiva é efetivamente adequada, necessária

¹³⁷ PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. Caso dos EUA revela desafios e limites da regulamentação do aborto. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-21/observatorio-constitucional-eua-revela-desafios-limites-regulamentacao-aborto>. Acesso em 06 de fevereiro de 2023.

e proporcional em sentido estrito para o atingimento do objetivo buscado, ou seja, exige-se muito mais do que uma mera ligação razoável entre meios e fins. Especificamente em relação ao aborto, Pereira notou que no *Caso Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1992, o debate orbitou justamente sobre a escolha entre a adoção do *strict scrutiny*, mais rigoroso, de um lado, ou do mero juízo de razoabilidade, amplamente deferente com o legislador, de outro.

A situação narrada ilustra, no limite, o risco de que o órgão jurisdicional submeta determinada norma restritiva a um teste rigoroso caso simplesmente *queira* pronunciar a sua exclusão do ordenamento, ao passo que outras normas, que não contassem com sua antipatia, poderiam ser toleradas a partir da adoção de um teste mais tolerante. É justamente esse risco que evidencia a importância de que os critérios de controle sejam minimamente objetivos e estabelecidos *a priori* pelo Tribunal Constitucional.

Nesse sentido, é certo que a organização do controle de constitucionalidade em diferentes níveis de rigor, acompanhada do estabelecimento de critérios objetivos e prévios para a sistematização do procedimento, caminha na direção do cumprimento dos ônus argumentativos que o juiz deve cumprir, segundo o entendimento de Carlos Ari Sundfeld. O professor manifesta preocupação com decisões judiciais baseadas em princípios vagos, destacando que o juiz deve “respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar vantagens e desvantagens”, sob pena de cometer arbítrio. Para tanto, quando decidir com base em princípios – normas que, no seu entender, caracterizar-se-iam por grande indeterminação –, o juiz deve cumprir dois ônus.¹³⁸

O primeiro, que Sundfeld intitula *ônus da competência*, consiste em expor, na decisão, a presença de certos “elementos especiais de ordem institucional” que justifiquem a competência do Poder Judiciário para solucionar questões jurídicas a partir de princípios, na medida em que nem sempre haverá clareza quanto à divisão de competências, entre os diferentes atores institucionais, para solucionar cada situação.¹³⁹ Sustenta, assim, que o juiz deve refletir sobre a própria possibilidade de intervenção judicial e justificá-la no caso concreto, inclusive levando em consideração as consequências da intervenção feita pelo Poder Judiciário em detrimento do encaminhamento da solução ao legislador.¹⁴⁰

¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para críticos*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205-206.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 206.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 220.

O segundo ônus, nomeado *ônus do regulador*, envolve “formular de modo explícito uma regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, seus possíveis efeitos positivos e negativos” uma vez que não basta, para a aplicação de um determinado princípio, que haja mera pertinência entre o seu conteúdo e o caso analisado.¹⁴¹ No âmbito do controle de normas penais, isso significa o dever de, por exemplo, conhecer e considerar aspectos da política criminal e o conhecimento empírico existente sobre o tema.

São notáveis os ganhos advindos do cumprimento desses ônus por parte da Corte Constitucional, em termos de segurança jurídica, clareza sobre os limites de sua competência normativa e mitigação do voluntarismo¹⁴², o que é particularmente relevante no controle de constitucionalidade de tipos penais, que em muitos casos é feito com base em princípios, como a proporcionalidade ou a ofensividade, por exemplo.

1.6.1. O lócus do controle constitucional dos tipos penais nos diferentes níveis

O controle de constitucionalidade que a Suprema Corte dos Estados Unidos realiza sobre os tipos penais se dá sob o parâmetro do princípio da razoabilidade, ali entendido como parte integrante do devido processo legal em sua dimensão substantiva.¹⁴³ Essa avaliação sobre a razoabilidade das leis se dá em relação a três elementos, a saber, *meios*, *fins* e *efeitos*. Tem-se, então, que os *meios* eleitos pelo legislador devem ser adequados para a satisfação dos fins pretendidos; os *fins* visados devem ser legítimos e relevantes, sob o ponto de vista do ordenamento; e os *efeitos* provocados pela lei questionada não podem violar substancialmente a liberdade e a propriedade.¹⁴⁴

Thiago Baldani Gomes De Filippo explica que, diante da preocupação com a grande fluidez e baixa densidade normativa que caracterizam o princípio da razoabilidade – traços que, aliás, no entender do autor, também estariam presentes no princípio da proporcionalidade – a Suprema Corte Americana estabeleceu três *standards* de intensidade de controle de constitucionalidade de medidas restritivas a direitos. A realização do juízo de razoabilidade de uma determinada lei, a partir do cotejo entre os objetivos por ela visados e os meios adotados

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 206.

¹⁴² *Ibidem*, p. 222-227.

¹⁴³ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 168.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 171.

para o seu atingimento, considerando as razões que motivaram o legislador, deve ser feita de acordo com o grau de restrição do direito atingido. A técnica consiste, assim, em identificar e classificar a medida questionada, de acordo com alguns critérios e, após, submetê-la a um dos três *standards* estabelecidos pela Corte.¹⁴⁵

Aponta o pesquisador que leis que afetem algum direito fundamental são submetidas ao nível mais rigoroso de controle constitucional da razoabilidade, consistente no chamado *escrutínio estrito*, o qual exige do Estado a demonstração de que está presente uma *razão constrangedora* para justificar a edição da medida restritiva, bem como a indicação de que outras formas de intervenção, menos gravosas, seriam insuficientes ao objetivo perseguido. A jurisprudência da Suprema Corte Americana exerce essa forma de controle, por exemplo, sobre medidas que restringem direitos de minorias raciais e que afetam as liberdades de expressão e de religião.¹⁴⁶

Já o segundo *standard* de controle da razoabilidade envolve o chamado *escrutínio intermediário*, incidente sobre normas que afetam direitos de especial importância, mas que não são considerados direitos fundamentais pelo Tribunal, como aquelas que acarretam discriminações baseadas no gênero e em prejuízo de filhos havidos fora do casamento. Nesses casos, a norma será considerada razoável e, portanto, constitucional, se estiver baseada numa *razão importante* e se o Poder Público demonstrar que ela é um meio necessário e *substancialmente eficaz* para que o seu objetivo seja atingido.¹⁴⁷

Por fim, o terceiro *standard* tem abrangência residual pois contempla todas as demais leis que causam restrição a direitos ou formas de discriminação não enquadráveis nos demais casos, bastando, para que sejam consideradas válidas, que haja uma *razão legítima* para sua existência e uma *conexão racional* entre os meios adotados e os fins perseguidos, de acordo, assim, com um *escrutínio de mera racionalidade*. Como exemplos, são mencionadas as normas que fazem discriminações com base na idade ou na condição socioeconômica do indivíduo.¹⁴⁸

Baldani menciona dois precedentes em que a Suprema Corte Americana submeteu tipos penais ao *escrutínio estrito*, isto é, exerceu o controle constitucional com viés mais rigoroso. O primeiro envolveu a declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Ohio que tipificava “a apologia a ‘crime, sabotagem, violência ou métodos ilegais de terrorismo como

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 171-172.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 172-173.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 173-174.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 174-175.

forma de execução de reforma industrial ou política’ por reputar violado o direito fundamental à liberdade de expressão”, entendendo que os crimes de apologia somente são legítimos se a descrição típica “indicar ou produzir diretamente condutas ilícitas (...)” e se revelar “idônea a incitar ou produzir tais ações”, o que o Tribunal não vislumbrou no tipo em questão. O segundo caso foi de uma lei do Estado do Texas que punia o ato de vandalismo cometido em face de “objetos sobre os quais se devesse ter respeito”, invocado para punir pessoa que ateou fogo na bandeira dos Estados Unidos com a aparente intenção de ofender transeuntes.¹⁴⁹

Por outro lado, sem prejuízo do que foi verificado nos dois precedentes mencionados, um estudo efetuado pela professora Sherry F. Colb apontou que a Suprema Corte Americana, “ao passo que submete outras privações de direitos fundamentais a escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*), tem analisado as privações de liberdade usando apenas o escrutínio menos intenso (*rational basis scrutiny*)”, a despeito de o próprio Tribunal reconhecer, desde o século XIX, que a liberdade de locomoção é um direito fundamental.¹⁵⁰ Colb apresenta algumas explicações para essa posição da Corte Americana, sendo que umas delas consistiria na compreensão de que o legislador infraconstitucional tem liberdade para criminalizar qualquer conduta não protegida pela Constituição como um direito fundamental em si. Ao lado disso, Colb sugere que a Corte releva o rigor do controle constitucional pois leva em consideração a ampla proteção processual conferida aos acusados da prática de crimes, o que seria criticável pois o caráter protetivo do procedimento não pode fazer com que sejam tolerados excessos provocados pela ausência de limites substanciais.¹⁵¹

Já no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Gilmar Ferreira Mendes também observou o desenvolvimento sistemático de três diferentes níveis de intensidade do controle de constitucionalidade. O primeiro nível, consistente no chamado *controle de evidência*, se caracteriza pela concessão de uma “ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico”, preservando substancial deferência quanto à escolha efetuada pelo legislador, de modo que só se reconhece haver inconstitucionalidade se a norma claramente for inidônea para a referida tutela.¹⁵²

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 173.

¹⁵⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais...*, p. 19-60.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 19-60.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade. *Revista Magister de direito penal e processual penal*. Porto Alegre, vol. 15, núm. 90, p. 30-51, jun./jul. 2019.

Já o *controle de sustentabilidade* (ou *controle de justificabilidade*), consistente no segundo nível de intensidade do controle constitucional, “está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei”, ou seja, objetiva 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”, preservando-se, em caso afirmativo, a sua discricionariedade para decidir sobre como conduzir juridicamente os perigos que ameaçam a sociedade.

Por fim, o terceiro nível de intensidade compreende o chamado *controle material intensivo* e deve ser aplicado “às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido”, de forma que, se constatada uma interferência mais gravosa em direitos fundamentais “poderão os Tribunais 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”, o que revela o rigor da avaliação.

No Brasil, o desenvolvimento de parâmetros para orientar a intensidade do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário é atribuído a Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento, que elencaram seis variáveis a serem examinadas, de forma graduada, no caso concreto. Para eles, o controle deve ser calibrado, majorando-se sua intensidade se (a) o processo de aprovação da lei não tiver sido efetivamente democrático; (b) os pressupostos mínimos de funcionamento da Democracia estiverem ameaçados; (c) a lei questionada impactar de forma negativa os direitos de minorias estigmatizadas; (d) os direitos impactados se revelarem materialmente fundamentais; (e) o Poder Judiciário tiver condições de examinar a matéria com *expertise*; e (f) as normas questionadas tiverem sido editadas após a vigência da Constituição atual.¹⁵³

Também com o objetivo de estabelecer diretrizes para orientar o grau de intensidade do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre decisões dos demais Poderes, de forma a evitar que a jurisdição constitucional extrapole suas próprias competências, Humberto Ávila sustenta que

¹⁵³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais...*, p. 19-60.

o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser *tanto maior* quanto maior for: (1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo; (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental; (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido; (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo, vida e igualdade) e pela hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundamentais). (...) De outro lado, o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser *tanto menor*, quanto mais: (1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição.¹⁵⁴

Baseando-se nas mencionadas diretrizes desenvolvidas por Souza Neto e Sarmiento, e partindo do exame do ordenamento penal brasileiro e de dados estatísticos, Ademar Borges de Sousa Filho defende que a constitucionalidade das leis penais brasileiras deve ser examinada sob forte desconfiança, de modo que passem a ser submetidas pela jurisdição constitucional a exames rigorosos. Além disso, defende a adoção de níveis diferenciados em cada caso, de acordo com o seu conteúdo mais ou menos restritivo a direitos fundamentais, e com a forma como se deu a sua deliberação pelo Poder Legislativo, isto é, baseando-se na qualidade do debate parlamentar e na representatividade dos grupos mais atingidos.¹⁵⁵

Defende o pesquisador, assim, que (a) em regra, as leis penais devem ser submetidas a um controle intensivo de constitucionalidade; (b) leis penais que cominem penas que não são a prisão devem ser submetidas a um controle intermediário; e (c) leis penais benéficas, e casos de omissão legislativa em matéria penal, devem ser submetidos a um controle apenas leve.¹⁵⁶

1.6.2. Empiria e o controle constitucional dos tipos penais

O reconhecimento de diferentes níveis de intensidade de controle, e sua relação com o grau de presunção de constitucionalidade da medida restritiva examinada em cada caso concreto, vem acompanhado da percepção a respeito do incremento da importância do conhecimento empírico na mensuração da proporcionalidade. Entram em cena, assim, debates sobre o grau de exigência de certeza quanto às premissas empíricas que fundamentam restrições

¹⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 224-225.

¹⁵⁵ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais...*, p. 19-60.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 19-60.

a direitos fundamentais¹⁵⁷, e sobre a identificação do agente institucional (legislador ou autor da ação de controle constitucional) sobre quem pende o ônus político e processual de demonstrar a existência e a correção desse conhecimento empírico.

O modelo concebido por Robert Alexy para a tomada de decisões por parte das Cortes Constitucionais, em sua versão inaugural, não considerava argumentos empíricos.¹⁵⁸ O próprio autor, no entanto, em revisão de sua proposta original sobre a fórmula do peso, passou a incluir como variável do sopesamento a certeza das suposições empíricas e das suposições normativas aplicáveis ao caso concreto, questionando a validade de limitações a direitos fundamentais baseadas em premissas incertas.¹⁵⁹

Em sentido convergente, Matthias Klatt e Moritz Meister relatam que novas pesquisas passaram a defender o acréscimo de duas novas variáveis à equação do sopesamento, com o objetivo de torná-la mais racional e condizente com as especificidades do caso concreto, quais sejam, (i) a atribuição de pesos abstratos aos princípios colidentes e (ii) o grau de segurança das premissas cognitivas envolvidas no sopesamento.¹⁶⁰ Em relação à segunda variável, que é a que interessa neste ponto, Klatt e Meister sustentam que considerar a segurança das premissas que fundamentam a medida restritiva do direito fundamental traz maior racionalidade ao sopesamento.¹⁶¹

É possível perceber que a incorporação de investigações empíricas ao teste judicial da proporcionalidade, se implementada com algum rigor, poderá fazer com que as incertezas sobre a eficácia do Direito Penal para prevenir condutas atentatórias contra bens jurídicos nem sempre militem de forma estanque e absoluta em benefício da manutenção de toda e qualquer medida de criminalização positivada pelo Poder Legislativo.

Vale lembrar, no ponto, da lição de Winfried Hassemer no sentido da necessidade de se examinar a idoneidade de uma norma penal não apenas de forma abstrata ou de acordo com as intenções subjetivas do legislador ao aprová-la¹⁶², sendo imperativo conhecer, além de seu

¹⁵⁷ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade...*, p. 88-89.

¹⁵⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O peso da argumentação empírica na jurisdição constitucional. In: ALEXY, Robert. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...*, p. 71-87.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. Princípios formais. Trad. Alexandre Trevissoni Gomes Trevissonno. In: ALEXY, Robert. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...*, p. 71-87.

¹⁶⁰ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. Tradução de João Costa Neto. *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 7, núm. 1, jan./jun. 2014, p. 33-34.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 34-35.

¹⁶² HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, Buenos Aires, num. 1, p. 23-36, 1991, p. 29.

conteúdo, também as suas possibilidades reais de produzir os efeitos para os quais ela foi concebida, a partir, dentre outros elementos, de dados empíricos. Noutras palavras, impõe-se avaliar se a norma analisada é apta a cumprir, efetivamente, com o mandamento da prevenção da conduta indesejada e da proteção de bens jurídicos que ela promete tutelar.

Seria exigível, assim, em princípio, que o Parlamento, quando decidisse tipificar uma conduta, apresentasse provas, consubstanciadas em estudos de diferentes áreas do conhecimento, a respeito da efetiva necessidade de tutela pelo Direito Penal, de sua aptidão concreta como o ramo do ordenamento adequado para o tratamento do problema que se quer solucionar e de que os benefícios da tipificação e da mobilização dos aparatos policial e jurisdicional superam os custos e potenciais efeitos colaterais inevitavelmente observados.

Assim ocorrendo, a Corte Constitucional ainda poderia fiscalizar o adimplemento dessas obrigações por parte do Parlamento, fazendo recair sobre o legislador o ônus da prova de que o tipo penal cumpre com as exigências dos subprincípios da proporcionalidade e, caso contrário, declarar a inconstitucionalidade da norma, em virtude da não demonstração de que a supressão ou afetação de direitos fundamentais foram devidamente justificadas.

É preciso, todavia, equilíbrio. Se levadas ao extremo, as exigências narradas poderiam levar a uma completa e abrupta desestruturação do ordenamento, pois é notório que boa parte da legislação penal atualmente vigente, mesmo aquela aprovada em tempo recente, não foi resultado de rigorosa avaliação científica. Esse cenário é agravado quando se recorda que o Código Penal atual foi promulgado em 1940, e que muitos tipos penais em vigor foram concebidos e redigidos há décadas, quando o modelo citado não era sequer debatido e a pesquisa jurídica empírica e interdisciplinar não era praticada.

Por outro lado, vale lembrar que a flagrante repulsa social em relação a alguns delitos praticamente exonera o legislador de demonstrar a idoneidade de certos bens jurídico-penais. Poucas pessoas questionam, por exemplo, que condutas graves atentatórias contra a vida, a integridade física ou a dignidade sexual, por exemplo, precisam ser criminalizadas com algum rigor, embora o potencial preventivo do Direito Penal seja objeto de constante questionamento no âmbito da academia.

Se não bastasse, a observação do processo decisório do Congresso Nacional brasileiro, e a compreensão sobre a complexidade dos arranjos ali travados, mesmo quando estão em deliberação apenas matérias legislativas aparentemente simples, levam o espectador a perceber

como é utópica, pelo menos no quadro atual da Democracia brasileira, a proposta de implantação de um modelo exigente de controle envolvendo o próprio processo legislativo.

Todas essas dificuldades, entretanto, não significam que o Congresso Nacional esteja exonerado do dever de permanentemente revisar e aprimorar as leis atualmente vigentes. Nesse sentido, a título ilustrativo, Luiz Luisi relata que a Itália enfrentou os problemas da multiplicação de normas penais de duas formas, a saber, por meio da despenalização de infrações de menor gravidade, bem como do estabelecimento de critérios para orientar o legislador na decisão de quais situações devem ou não ser objeto do Direito Penal. Afirma o professor, assim, que a partir de 1967, sucessivas leis passaram a transformar os tipos penais menos graves em infrações administrativas; despenalizar praticamente todas as condutas que só eram punidas com sanções pecuniárias; despenalizar delitos presentes no Código Rocco, como o que tipificava o consumo de bebida alcoólica em tempo de proibição, bem com aquele que tipificava a recusa ao recebimento de moeda de curso legal; e descriminalizar contravenções relacionadas ao tráfego e à segurança pública.¹⁶³

De outro lado, prossegue Luisi, um grupo de juristas, notadamente, os professores Francesco Palazzo e Emilio Dolcini, a partir de 1983, estabeleceu, no âmbito do Conselho de Ministros, uma série de circulares voltadas a orientar a elaboração de novos tipos penais. Tais recomendações se pautavam nos critérios da proporção e da necessidade, no sentido de se exigir que a conduta a ser criminalizada atingisse, de forma efetiva e grave, valores fundamentais ao convívio social; e de se demonstrar que o ordenamento não dispusesse de outros meios para a prevenção e repressão das condutas com a mesma eficácia que a sanção penal.¹⁶⁴

O bom funcionamento do Parlamento na avaliação da legislação penal, noutro giro, não impede que a Corte Constitucional, quando provocada pelos atores legitimados, exerça o controle sobre os atos cuja legitimidade é questionada. Na verdade, esse é seu dever institucional, na medida em que o texto constitucional característico do modelo de Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que proclama a harmonia e a independência entre os Poderes, *determina* que o Tribunal Constitucional atue em defesa da Constituição, o que é particularmente necessário em relação a medidas que afetam direitos fundamentais.

A jurisdição constitucional não pode, portanto, ignorar a sua função institucional. Tampouco pode ignorar a realidade fática que envolve o Direito. Nessa trilha, Gilmar Ferreira

¹⁶³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais...*, p. 44.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 45.

Mendes defende que o controle de constitucionalidade não pode se restringir a uma simples avaliação a respeito da compatibilidade entre o parâmetro constitucional e o ato questionado, impondo-se também a fiscalização sobre fatos e prognoses legislativos.¹⁶⁵

Mendes expõe pesquisa conduzida por Klaus Jürgen Philippi sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, considerada referência sobre o tema do controle de fatos. O levantamento de dados levou Philippi a concluir que “a Corte Constitucional tem revelado uma grande capacidade para estabelecer prognósticos corretos, capacidade essa que se mostra muito superior à do próprio Legislativo” haja vista que ela emprega “métodos de análise que se revelam superiores àqueles eventualmente utilizados pelo Parlamento, permitindo que as decisões judiciais sejam racionalmente mais fundamentadas que as do legislador”. Para tanto, o estudo revelou que o Tribunal, para verificar os fatos legislativos, examina documentos históricos, socorre-se à literatura especializada, considera dados estatísticos e avaliações efetuadas por peritos ou colegiados de peritos, nesse caso, inclusive com composição pluralista, privilegiando-se, portanto, no controle constitucional de várias questões controvertidas, verificações de índole fática.¹⁶⁶

Exemplo de decisão dessa natureza apontado por Mendes é o precedente do Tribunal Constitucional Alemão sobre a constitucionalidade de lei, aprovada por ente subnacional, que exigia a obtenção de licença administrativa como requisito para a instalação de novas farmácias. Alegou-se que a Corte não teria instrumentos para avaliar a *adequação* da medida restritiva, diante da impossibilidade de levantamento de outros meios igualmente eficazes ao atingimento do objetivo perseguido, e tampouco legitimidade para fazê-lo, que seria exclusiva do legislador. Em resposta, o Tribunal, invocando sua competência para salvaguardar direitos fundamentais em face das escolhas legislativas, promoveu exigente avaliação sobre o prognóstico do legislador para fundamentar a medida restritiva e concluiu

a) que a liberdade de instalação de farmácias, em outros países com o mesmo *standard* civilizatório da Alemanha, não levou a uma efetiva ameaça da saúde pública (examinou-se em particular a situação existente na Suíça com base nos laudos apresentados pelos peritos designados); b) que a liberdade de instalação de farmácias não levaria, necessariamente, a uma multiplicação ilimitada desses estabelecimentos, porquanto a decisão sobre a sua instalação ou não, tendo em vista os elevados custos financeiros, passa por inevitáveis considerações de ordem econômica e análise de mercado; c) que o temor revelado pelo legislador quanto à eventual impossibilidade de os

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, vol. 766, ago. 1999b. Fascículo Cível, Primeira Seção, p. 11-28.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 20-23.

farmacêuticos cumprirem seus deveres legais em razão da queda de sua capacidade financeira revelava-se igualmente infundada, uma vez que uma decisão pessoal economicamente equivocada não poderia servir de base para a decisão legislativa em apreço. Ademais, a tendência revelada no sentido da superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de simples entrega de produtos acabados reduz a responsabilidade do farmacêutico e aumenta o seu tempo livre; d) que a maior procura de medicamentos decorreria, segundo a opinião dos *experts*, fundamentalmente, das mudanças ocorridas nas condições de vida durante a guerra – subnutrição, estresses físico-emocionais –, não estando relacionada com a existência de múltiplos locais de venda de produtos farmacêuticos.¹⁶⁷

No precedente destacado, percebe-se a profunda investigação que o órgão constitucional desenvolveu, valendo-se de uma série de aspectos até então examinados apenas no âmbito legislativo. É notável que o exercício desse dever de que se incumbe o juiz constitucional somente se mostra possível se o procedimento de controle permitir à Corte Constitucional a possibilidade de empregar instrumentos eficientes para a verificação dos fatos e prognósticos, o que inclui não apenas o exercício de diligências investigatórias, como a requisição de informações junto a instituições e a solicitação de consultas a técnicos, mas também a abertura do processo para a participação de terceiros, por meio de instrumentos como a intervenção do *amicus curiae*¹⁶⁸ e as audiências públicas.

De fato, passar a avaliar criticamente a legislação criminal por meio de filtros de racionalidade, com o fim de examinar, de forma científica, se os objetivos prometidos efetivamente podem ser alcançados, e sem que, colateralmente, custos sociais ainda mais gravosos sejam produzidos, superando-se dogmas consolidados, pode trazer muitos benefícios.

Nesse ponto, vale insistir na lição de Hassemer em defesa de uma postura pragmática frente ao debate sobre a segurança pública, no sentido de que a eficácia dos meios de enfrentamento da violência e da criminalidade seja permanentemente avaliada, bem como monitorados os eventuais efeitos colaterais não desejados nesse enfrentamento, de forma que, se necessário, sejam providenciadas as devidas correções.¹⁶⁹

Parece óbvio que a compreensão sobre o comportamento humano, no âmbito do exercício das mais diversas atividades, é importante para a conformação, interpretação e aplicação do Direito Penal, campo que envolve, por essência, a regulação de comportamentos e a ambição de inibição de condutas. Mesmo assim, o conhecimento produzido por ciências

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 26-28.

¹⁶⁹ HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no Estado de direito...*, p. 74.

como a Sociologia, a Psicologia e a Criminologia ainda é muito pouco aproveitado na formulação legislativa da política criminal.

A contribuição que o conhecimento empírico pode oferecer à doutrina jurídica e à própria legislação, na direção da racionalização do ordenamento e produção de resultados protetivos mais efetivos, vem sendo percebida por alguns autores. Um exemplo mencionado por Emanuel V. Towfigh a respeito da inter-relação entre estudos de Psicologia e os critérios estabelecidos pela lei alemã sobre jogos de azar para definir sua permissão ou proibição é ilustrativo. A intenção da legislação, como explica o professor, era a de proteger os indivíduos contra vícios comportamentais, notadamente em face de mecanismos que induzam nos participantes a falsa sensação de controle. Para estabelecer quais são os jogos perigosos e, portanto, não permitidos, a legislação os divide em *jogos de sorte* e *jogos de habilidades*, classificação da qual também se vale a doutrina sobre o tema. Assim, a pergunta delimitada foi: os *jogos de sorte* realmente são mais nocivos para o indivíduo que os *jogos de habilidades*?¹⁷⁰

O resultado obtido pela pesquisa que, segundo Towfigh, cumpriu com o rigor metodológico esperado de testes empíricos, chama a atenção: o teste sobre as variáveis psicológicas envolvidas nos dois tipos de jogos (os permitidos e os proibidos), quais sejam, a *ilusão de controle* e o *excesso de confiança do usuário* demonstrou que a premissa fática sobre a qual se assenta a lei (e a doutrina) não é verdadeira e, portanto, não havia qualquer sentido em permitir uns e proibir outros. Conclui o docente, assim, que os estudos empíricos podem enriquecer a dogmática, e que o emprego de diferentes metodologias na pesquisa jurídica é muito valioso para o Direito Público.¹⁷¹

Em relação às ciências criminais, é patente que o conhecimento empírico é um consistente contributo à racionalização da política criminal, a fim de que o Estado seja capaz de enfrentar ataques a bens jurídicos importantes com efetividade, mas sem ignorar a variedade de fatores que contribuem para a multiplicação da criminalidade, bem como os malefícios que esse enfrentamento pode acabar provocando de forma colateral. A ideia, assim, é equilibrar a preservação dos diferentes direitos fundamentais em jogo, distribuindo-se com sabedoria os escassos recursos de que a comunidade dispõe, para que possam ser empregados em estratégias que realmente produzam bons resultados.

¹⁷⁰ TOWFIGH, Emanuel V. Empirical arguments in public law doctrine: should empirical legal studies make a “doctrinal turn”? *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, num. 3, p. 670-691, jul. 2014, p. 682-690.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 690-691.

2. PARÂMETROS DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE AO DIREITO PENAL

No capítulo anterior foram examinados alguns aspectos gerais da proporcionalidade e da ampla e forte relação existente entre a Constituição e o Direito Penal. Buscou-se traçar algumas considerações introdutórias sobre o controle constitucional da proporcionalidade das leis penais, e demonstrar que a harmonia com os valores presentes no texto constitucional é condição irrenunciável de legitimidade do ordenamento jurídico-penal. Esses temas serão aprofundados neste segundo capítulo, dedicado ao estudo de aspectos mais específicos do princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro de controle de constitucionalidade de tipos penais.

O objetivo aqui, portanto, é continuar a apontar algumas diretrizes que a doutrina e a jurisprudência vêm estabelecendo para a fiscalização que a jurisdição constitucional exerce sobre o Direito Penal, tendo em mente a tarefa de preservação dos direitos fundamentais incumbida às Cortes Constitucionais, mas atentando-se aos limites dessa atividade jurídico-política no esquema de repartição de competências institucionais.

Para tanto, nos três primeiros tópicos deste segundo capítulo serão destacados alguns pressupostos a respeito do modo por meio do qual uma Corte Constitucional realiza o exame de proporcionalidade de determinada lei penal cuja constitucionalidade é desafiada. São abordados, assim, respectivamente, o campo de aplicabilidade da proporcionalidade; as peculiaridades do controle efetuado pelo legislador e daquele a cargo do juiz constitucional, sabendo-se que cada um desses atores institucionais atua de modo peculiar; e a compreensão da proporcionalidade como uma estrutura, composta por subelementos que se relacionam com diferentes princípios penais.

Posteriormente, nos três tópicos seguintes, serão indicados de modo sucessivo os parâmetros de atuação da jurisdição constitucional em relação a cada um dos subprincípios componentes da proporcionalidade, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, organizados em subtópicos próprios. O objetivo, assim, é o de expor as exigências normativas específicas impostas por cada um desses subprincípios, traçando, sempre que possível, as inter-relações que eles estabelecem com outros elementos próprios da dogmática penal, os quais não podem ser ignorados pela Corte Constitucional.

A subdivisão desses três tópicos do capítulo seguiu a compreensão majoritária sobre a estrutura do próprio princípio da proporcionalidade¹⁷², a exemplo do que também foi feito em importantes trabalhos doutrinários sobre o tema, caso das pesquisas de Mestrado de Suzana de Toledo Barros¹⁷³ e de Mariângela Gama de Magalhães Gomes¹⁷⁴ e de Doutorado de Ademar Borges de Sousa Filho¹⁷⁵, embora haja, entre elas, alguma divergência quanto ao conteúdo dos subprincípios da proporcionalidade, e quanto à ordem de verificação estabelecida entre eles.

Vale destacar, no entanto, que a bibliografia sobre a proporcionalidade no Direito Penal é bastante vasta e diversificada, de forma que este trabalho, em virtude das limitações que lhe são inerentes, não teve a pretensão de esgotar todos os aspectos relevantes sobre o tema. Para fins de aprofundamento na matéria, portanto, a consulta às obras citadas e a outras sobre o assunto é fundamental.

Além disso, parcela significativa das fontes acessadas se dedica a examinar a proporcionalidade como um princípio aplicável ao Direito em sentido amplo, isto é, como um conjunto de diretrizes a serem observadas pelo estudioso, pelo legislador e pelo aplicador do Direito sempre que estiver em jogo uma medida restritiva de um direito fundamental. O que se buscou neste capítulo, por sua vez, foi explorar com maior ênfase as implicações desse desenvolvimento teórico na específica atividade que as Cortes Constitucionais exercem quando são provocadas a controlar a constitucionalidade dos tipos penais.

Para isso, almejou-se tanto apontar as peculiaridades do Direito Penal que devem ser incorporadas na avaliação de proporcionalidade das medidas restritivas pertencentes a esse ramo, quanto apresentar aspectos específicos da disciplina e que influenciam os debates sobre a atuação da jurisdição constitucional destinada a controlar a legitimidade de tais medidas, traçando-se os limites entre esse controle e a esfera política decisória a cargo do legislador.

O desafio que se coloca para as Cortes, quando se debruçam sobre a avaliação constitucional da proporcionalidade de determinada lei penal, é não deixar de lado as especificidades dogmáticas envolvidas e o amplo conhecimento produzido pelas ciências criminais. Afinal, se a familiaridade dos Tribunais Constitucionais com a aplicação da

¹⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...*, p. 35.

¹⁷³ Trabalho publicado sob o título “O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, pela Brasília Jurídica, em 2003.

¹⁷⁴ Trabalho publicado sob o título “O Princípio da proporcionalidade no direito penal”, pela Editora Revista dos Tribunais, em 2003.

¹⁷⁵ Trabalho publicado sob o título “O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão”, pela Editora Fórum, em 2019.

proporcionalidade é um elemento que, em princípio, pode favorecer o bom desenvolvimento do controle dos tipos penais, também se vislumbra o risco de que esse exame ignore aspectos singulares da disciplina, procedendo-se da mesma forma que se faria se o objeto questionado fosse um ato administrativo ou uma lei de outro ramo. Foi nesse sentido, a propósito, o alerta que se fez no primeiro capítulo (item 1.4.) no sentido de que o controle constitucional da proporcionalidade não substitui, em todos os aspectos, a teoria do bem-jurídico penal, por exemplo.

2.1. Aplicabilidade da proporcionalidade

Foi destacado no primeiro capítulo (item 1.2.) que muitas Cortes Constitucionais vêm empregando a proporcionalidade para exercer o controle de constitucionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais a partir da noção de que direitos dessa estatura podem entrar em conflito entre si, ou com interesses constitucionalmente legítimos, de forma que as diretrizes de unidade da Constituição e de concordância prática dos valores por ela acolhidos impõem que se chegue a soluções que harmonizem as situações de colisão.¹⁷⁶

Avalia-se, por meio da proporcionalidade, a legitimidade de uma determinada medida restritiva de um direito fundamental, a partir das finalidades almejadas e dos impactos que tal medida acarreta nesse direito. Essa noção permite compreender que também as leis que criminalizavam condutas e cominam sanções podem ser avaliadas sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, levando em consideração o contexto em que tais leis estão inseridas, e de forma combinada com outros marcos normativos. Nesse sentido, Roxin lembra que “não existe uma proporcionalidade em si mesma: o juízo de proporcionalidade estabelece antes uma relação entre intervenção estatal e os objetivos por ela perseguidos”¹⁷⁷, de modo que ela foi concebida para analisar a relação travada entre uma medida concreta e a realização de uma finalidade.

Aplicar a proporcionalidade, no âmbito do controle constitucional, portanto, depende da presença, em cada caso, de um *meio* e de um *fim*, sendo ela destinada justamente a avaliar, de forma sistematizada, se entre esses dois elementos se estabelece uma relação proporcional. *Fim* é um resultado concreto que se ambiciona alcançar no âmbito extrajurídico, como a

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-198.

¹⁷⁷ ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova...*, p. 36.

configuração de um estado de coisas ou a realização ou inibição de certas condutas.¹⁷⁸ *Meio*, por sua vez, é a medida causalmente relacionada ao *fim* e cuja legitimidade é questionada.

A identificação desses dois elementos, portanto, consiste na tarefa preliminar do exame da proporcionalidade. Se se entende que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos de elevada importância para a vida social, então o exame viabilizado pela proporcionalidade se dirige a verificar se o tipo penal tem efetiva aptidão, e é necessário, para proteger determinado bem jurídico.¹⁷⁹ De outro lado, o controle sobre a legitimidade do tipo tende a ser bem menos intenso se se aceita que o Direito Penal pode desempenhar funções mais amplas que a tutela de certos bens jurídicos, como proteger interesses socialmente relevantes ou reafirmar a vigência das normas, por exemplo.

Classificação dos fins atribuídos ao Direito Penal com grande utilidade para o controle constitucional dos tipos penais é apresentada por Raquel Lima Scalcon, que concebe três grupos de fins. No primeiro, o dos *fins constitucionalmente proibidos*, figura um conjunto relativamente vasto de situações afetadas por vedações expressas previstas na Constituição e dirigidas ao legislador, que impõem um dever de abstenção. Nesse grupo, Scalcon insere (a) os direitos fundamentais, (b) os fins constitucionalmente reconhecidos, consistentes num estado de coisas que deve ser concretizado pelas autoridades públicas, a exemplo da concessão de asilo político por parte do Estado brasileiro, em relação às suas relações internacionais (art. 4º, X, CF), e (c) os fins constitucionalmente proscritos, como é o caso das proibições de submissão de qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante e de aplicação de penas cruéis (art. 5º, III e XLVII, CF). As situações ilustradas nesse primeiro grupo de fins, portanto, não podem ser afetadas por normas que estabeleçam tipificações, de modo que tipos penais que suprimam direitos fundamentais ou que afetem fins constitucionalmente reconhecidos e fins constitucionalmente proscritos são facilmente identificadas como inconstitucionais.¹⁸⁰

No grupo seguinte, Scalcon trata dos *fins constitucionalmente obrigatórios*, estruturados por meio de mandados expressos de criminalização. Essas normas, ao obrigarem o Estado a promover a proteção de certos fins considerados especialmente importantes pelo constituinte, acabam fundamentando a adoção de um regime legislativo adequado a essa tutela.¹⁸¹ Como foi exposto no primeiro capítulo (item 1.5.3.), há uma grande controvérsia em torno do alcance

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 210-211.

¹⁷⁹ FREITAS, Marcio Luiz Coelho. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 111.

¹⁸⁰ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais...*, p. 65-68.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 72-76.

desses mandados especificamente na atividade legislativa penal e, conseqüentemente, na atuação da jurisdição constitucional quando se depara com norma infraconstitucional a eles relacionados. O que interessa neste momento é perceber que, nesse segundo grupo proposto por Scalcon, figuram situações que impõem ao legislador certos deveres de ação, o que poderá ou não, a depender da corrente interpretativa adotada, envolver, necessariamente, a positivação de tutela de natureza penal.

Por fim, o terceiro grupo proposto por Scalcon é formado por espaços outorgados pela Constituição ao legislador para decidir de forma mais ampla sobre o tratamento normativo mais adequado. O cumprimento dessa tarefa envolveria três passos, quais sejam, (i) a eleição de fins a serem perseguidos pela norma infraconstitucional, como é o caso da tutela de determinados bens jurídicos, (ii) a decisão sobre o emprego do Direito Penal para assegurar essa tutela, em detrimento de outros meios, e (iii) a concretização dessas decisões políticas na forma de textos legais.¹⁸² Esse grupo, no entender da autora, é ocupado por dois tipos de fins: os *fins constitucionalmente previstos*, amparados por norma constitucional que indica de forma expressa o objetivo a ser perseguido pela lei penal, caso em que a dignidade penal do bem jurídico correspondente é facilmente percebida¹⁸³; e os *fins implícitos* que, embora não encontrem referência em norma expressa, são coerentes com a Constituição, de modo que a criminalização é possível, embora atraia um ônus de justificação maior.¹⁸⁴

É especialmente em relação a esse terceiro grupo de situações que Scalcon confere maior ênfase à aplicação da proporcionalidade como critério de análise da constitucionalidade da legislação. Sustenta, assim, que em relação a esse grupo de casos, os três elementos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) imporiam ao legislador uma série de limites¹⁸⁵, aferíveis no âmbito do controle de constitucionalidade, quadro que, a propósito, será examinado nos tópicos futuros deste capítulo. De fato, enquanto nos dois primeiros grupos (o dos *fins constitucionalmente proibidos* e o dos *fins constitucionalmente obrigatórios*) a atuação do legislador é muito mais restrita, moldada, respectivamente, por uma proibição ou uma exigência de tutela penal que lhe são dirigidas, o terceiro grupo envolve a concessão de maior liberdade política, liberdade essa que, em todo caso, precisa se traduzir numa lei proporcional.

¹⁸² *Ibidem*, p. 96-116.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 97-98.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 111-115.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 111-110.

Também Matthias Klatt e Moritz Meister enfatizam que a proporcionalidade se dirige ao controle dos fins. Segundo os autores, a estrutura da proporcionalidade é formada por cinco elementos, de modo que, antes de se verificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, devem ser avaliadas a legitimidade do objetivo perseguido e a legitimidade do meio.¹⁸⁶ Afirmam que avaliar se o objetivo é legítimo envolve dois passos: num primeiro momento, deve-se identificar o objetivo perseguido e verificar se ele se coaduna com a situação fática e, num segundo momento, examinar se esse objetivo, isoladamente considerado, é admitido pelo ordenamento. Por sua vez, o exame sobre a legitimidade do meio também envolve avaliar sua admissão pelo ordenamento de forma autônoma, a exemplo do que ocorre no juízo sobre a aplicação da pena de morte, que é um meio não admitido pela Constituição Alemã, embora o objetivo perseguido (redução dos custos da execução penal) seja legítimo.¹⁸⁷

Outras formulações, todavia, incluem a fiscalização sobre a legitimidade dos fins dentro do exame do subprincípio da adequação. Com efeito, a despeito da compreensão de Klatt e Meister, para quem a avaliação sobre a legitimidade do objetivo perseguido pelo meio configura uma etapa preliminar à realização do teste de adequação, sendo, portanto, dele independente, defende-se majoritariamente que o exame da adequação envolve tanto a verificação da constitucionalidade da própria finalidade perseguida pela medida restritiva, quanto a avaliação sobre a aptidão do meio para se alcançar tal finalidade.¹⁸⁸

O desenvolvimento de uma cultura de justificação da atividade estatal, segundo a qual a legitimidade do Estado passa a ser concebida não apenas como produto do mero exercício da autoridade, mas justificada em virtude da racionalidade e razoabilidade, tem sido apontado como um dos benefícios do emprego da proporcionalidade para o controle constitucional. Nesse sentido, Moshe Cohen-Iliya e Iddo Porat argumentam que decidir com base na proporcionalidade fortalece o caráter democrático do Estado, dado que a atuação das autoridades públicas passa a ser justificada de forma persuasiva, e não com base apenas na coerção.¹⁸⁹

Em sentido convergente, Mattias Kumm sustenta que a proporcionalidade tem aptidão para favorecer o diálogo institucional, trazendo maior clareza e legitimidade para as decisões políticas. Para o autor, as Cortes Constitucionais devem decidir em conformidade com o método

¹⁸⁶ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *A Máxima da Proporcionalidade...*, p. 26.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 27-28.

¹⁸⁸ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 284.

¹⁸⁹ LIMA, Rafael Bellem de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, núm. 1, p. 184-206, jan./abr. 2020, p. 190-191.

socrático de interlocução, a partir da formulação de uma série de questionamentos voltados a compelir as autoridades a justificarem a medida restritiva cuja legitimidade foi contestada. A partir daí, se instauraria um diálogo argumentativo entre Tribunal Constitucional e outros órgãos estatais, sem que, todavia, o primeiro se envolvesse diretamente no jogo político típico de outras instâncias. Segundo esse modelo, a proporcionalidade teria o papel de orientar a interação entre os juízes constitucionais e os demais atores políticos, cabendo aos primeiros apenas avaliar se os argumentos fornecidos pelas autoridades estatais são aceitáveis. No entender de Kumm, portanto, o emprego da proporcionalidade poderia aprimorar as decisões emanadas dos Poderes Executivo e Legislativo, ao demandar um incremento dos argumentos que legitimam as medidas restritivas de direitos, corrigindo distorções observadas no processo político. Como consequência, a proporcionalidade também permitiria que a sociedade em geral conhecesse e avaliasse as razões por trás das normas, de forma que o debate jurídico não ficaria restrito apenas aos especialistas.¹⁹⁰

As diferentes perspectivas até aqui analisadas demonstram que as apostas na proporcionalidade enquanto ferramenta de controle constitucional dos atos estatais são altas. Para que as promessas sejam cumpridas, e com o fim de evitar que a proporcionalidade, concebida para combater atos arbitrários, acabe, paradoxalmente, sendo invocada justamente para conferir aparência de legitimidade a tais atos, é fundamental que haja rigor na sua conceituação e na delimitação do procedimento a ser percorrido argumentativamente pela Corte Constitucional.¹⁹¹

2.2. Análise da proporcionalidade pelo legislador e pelo juiz constitucional

Os limites que a proporcionalidade impõe ao legislador e ao juiz constitucional são, em princípio, os mesmos, no sentido de que, tanto um, quanto o outro, por estarem igualmente vinculados à Constituição e ao dever de salvaguardar direitos fundamentais de titularidade universal, devem atuar para coibir limitações indevidas à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana. Sem embargo, é certo que a forma como cada um desses atores avalia a proporcionalidade do Direito Penal é muito diversa, até porque o papel atribuído pela Constituição a cada um dos Poderes, a natureza da investidura dos seus membros, e a forma de atuação institucional dos respectivos órgãos são diferentes.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 191-193.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, p. 210.

Thiago Baldani Gomes De Filippo apresenta as linhas gerais de algumas propostas teóricas desenvolvidas por autores como José Luís Díez Ripollés, Douglas Husak, Raquel Lima Scalcon, Carolina Costa Ferreira, Salo de Carvalho, Ricardo Gloeckner e Marcelo Buttelli Ramos com o objetivo de racionalizar a atividade legislativa de tipificação de condutas, embora revele certo ceticismo quanto à influência que critérios científicos desenvolvidos pela academia efetivamente exercem no estabelecimento das políticas criminais.¹⁹²

De fato, predomina a percepção de que a produção legislativa não tem sido guiada por teorias da legislação e pelas ciências criminais, ao mesmo tempo em que se assiste a uma multiplicação dos casos de desproporcionalidade legislativa penal, num contexto em que meros sentimentos e opiniões pessoais são equiparados ao conhecimento empírico.¹⁹³ No entender de De Filippo, esse quadro de baixa adesão do Parlamento ao diálogo proposto pela academia poderia explicar, ao lado de outros fatores, como a consolidação do Positivismo jurídico, o fato de as ciências jurídicas terem, progressivamente, se afastado da Política e dedicado mais esforços ao convencimento diretamente dos integrantes do Poder Judiciário.¹⁹⁴

Alerta-se, todavia, que a proporcionalidade permite que a Corte Constitucional atue somente como uma instância de revisão, dedicando-se apenas a verificar se a medida restritiva aprovada pelo legislador satisfaz o conteúdo dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se, portanto, de uma ferramenta que autoriza que o Tribunal Constitucional avalie a legitimidade de medidas concebidas por outros agentes, o que não abrange o poder de substituir a medida avaliada por outras que, no seu entender, estabelecem uma relação mais interessante entre a promoção dos fins perseguidos e a restrição de direitos fundamentais. É nesse sentido, aliás, que Alan Brady aponta que a proporcionalidade, quando empregada pela jurisdição constitucional, constitui um questionamento secundário, em oposição à noção de questionamento primário, praticado pelo agente que regula a matéria originariamente.¹⁹⁵

A atuação das Cortes Constitucionais, nesse contexto, enfrenta uma série de objeções relacionadas, principalmente, com a necessidade de não usurpação das atribuições do Poder Legislativo e, conseqüentemente, com contestações da legitimidade e da capacidade

¹⁹² DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 195-207.

¹⁹³ RUIVO, Marcelo Almeida. *Legislação penal e ciências criminais...*, p. 588.

¹⁹⁴ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 196-197.

¹⁹⁵ LIMA, Rafael Bellem de. *Proporcionalidade no Supremo...*, p. 188-189.

institucional dos Tribunais para tomarem decisões relacionadas ao estabelecimento das balizas do ordenamento penal.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso observa que a superação da crítica quanto ao *déficit* de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, quando se compara com a investidura política dos membros dos demais Poderes, se dá a partir da consideração de que o Tribunal também é um representante popular. Isso, no entanto, dependeria da desvinculação entre as noções de representatividade e eleições, e de uma justificativa para a prevalência da representação exercida pela Corte Constitucional sobre aquela decorrente das eleições. Barroso aponta que, no entender de Alexy, esses objetivos podem ser atingidos a partir da noção de *representação argumentativa*, no sentido de que a Democracia também envolve o argumento. Seria possível, então, falar-se numa Democracia deliberativa e na institucionalização, a partir da atuação da jurisdição constitucional, de uma dinâmica segundo a qual pessoas racionais aceitam argumentos sólidos e corretos.¹⁹⁶

Por outro lado, a defesa de uma postura mais intervencionista do Poder Judiciário na delimitação das balizas do ordenamento penal, por meio de um controle de constitucionalidade classificado como *forte*¹⁹⁷, se assenta sobre questionamentos quanto à própria legitimidade das deliberações tomadas na seara legislativa¹⁹⁸, em um contexto de crise da representação democrática perante os órgãos parlamentares.

Também poderia ser invocado, em tese, o maior equilíbrio e acerto das decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais em relação à preservação de direitos fundamentais, quando comparadas com aquelas tomadas por representantes populares eleitos, na medida em que aqueles órgãos estariam, até mesmo por seu caráter não eleitoral, blindados contra um preocupante cenário em que se consolidam leis penais pouco racionais e uma política criminal orientada somente por inflamados e populistas discursos de segurança.¹⁹⁹

Sem embargo, é preciso ter em mente que, embora as decisões tomadas por Cortes Constitucionais sejam guiadas eminentemente por aspectos jurídicos, não são poucos os fatores

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy...*, p. 66-67.

¹⁹⁷ Nos termos abordados no primeiro capítulo (item 1.6).

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: DE PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (Coord). *Interpretação Constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 33-35.

¹⁹⁹ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A força do teste de proporcionalidade no Direito Penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 182, p. 69-103, ago. 2021.

de ordem extrajurídica que também influenciam a atuação dos Tribunais, e isso também se aplica ao exercício do controle de constitucionalidade de leis penais. Para além de compreensões de ordem técnico-jurídica em relação a cada um dos temas com os quais se deparam, os juízes integrantes de um Tribunal Constitucional também têm suas posições moldadas, por exemplo, conforme (a) a sua compreensão a respeito do papel institucional da Corte no arranjo da separação dos Poderes, (b) a eventual relação de proximidade estabelecida com os integrantes dos demais Poderes, (c) suas orientações político-ideológicas, (d) o grau de preocupação com a repercussão de seus posicionamentos junto à mídia e à opinião pública, e (e) eventuais impactos sociais e econômicos de suas decisões, caso atuem sob orientação consequentialista.

Nos julgamentos em que o controle de constitucionalidade tem como objeto uma norma que trata de institutos de natureza penal, alguns desses fatores podem se mostrar ainda mais influentes sobre a Corte. Sabe-se que temas relacionados à segurança pública e a costumes, por exemplo, são particularmente caros a determinados setores da sociedade e capazes de mobilizar a opinião pública, pressionando os posicionamentos dos julgadores num ou noutro sentido, embora, em princípio, o juiz constitucional não deva se curvar aos entendimentos das majorias quando suas compreensões se afastarem das balizadas constitucionais.²⁰⁰

Assim, embora o estabelecimento de critérios pretensamente objetivos e puramente jurídicos efetivamente possa contribuir para a redução do voluntarismo praticado pelo juiz constitucional quando toma decisões nos *casos difíceis* e socialmente controversos, o fato é algum grau de subjetivismo estará sempre presente e poderá repercutir na argumentação desenvolvida pela Corte como, aliás, acontece em qualquer atividade intelectual. Nesse ponto, cabe lembrar, a título exemplificativo, da reversão do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no que tange à constitucionalidade de leis estaduais que restringiam o aborto, tidas como constitucionais a partir de 2022²⁰¹, embora já rechaçadas em precedente de 1973 do mesmo Tribunal²⁰², parcialmente ratificado em julgamentos posteriores.²⁰³

²⁰⁰ ABOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, vol. 921, p. 191-211, jul. 2012.

²⁰¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, n. 19-1392, 597 U.S. (2022).

²⁰² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Casos *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

²⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Casos *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) e *Whole Woman's Health v. Cole*, 579 U.S. 582 (2016).

Nos subtópicos a seguir, dois traços peculiares da atuação das Cortes Constitucionais que podem repercutir no modo como interpretam e aplicam o parâmetro da proporcionalidade para decidir sobre a validade da legislação penal são objeto de aprofundamento: o papel contramajoritário desempenhado pela Corte Constitucional e o distanciamento temporal entre o momento de deliberação e aprovação da lei impugnada e aquele em que sua conformidade é examinada pelo Tribunal.

2.2.1. O papel contramajoritário da Corte Constitucional

Parlamentares são eleitos por setores sociais que neles depositam a missão de os representar no Poder Legislativo e, em seu nome, projetarem suas visões de mundo na confecção de leis, atividade que inevitavelmente também abrange as leis que criminalizam condutas e cominam as sanções correspondentes. É natural, assim, que a política criminal, tal como ocorre com o ordenamento positivo em geral, seja definida de acordo com as decisões das maiorias políticas.

Sem prejuízo, mesmo diante de certos consensos majoritários, a Democracia não admite, por sua própria essência, limitações que afetem direitos individuais de forma desproporcional. Noutros termos, é consequência da própria dinâmica democrática que as posições políticas e os eventuais valores morais, religiosos e culturais dos grupos sociais majoritários se espelhem no Direito Penal positivado, mas, em um Estado Democrático de Direito, há limites relativos ao que se pode criminalizar e quanto à intensidade da punição.

A Constituição alberga em si um conjunto de direitos individuais indisponíveis cujo núcleo essencial, em suas mais variadas vertentes, não pode ser afetado nem mesmo diante de um expressivo consenso social. O constituinte quis estabelecer, por exemplo, a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF), o que não pode ser revertido por eventuais maiorias políticas nem mesmo por meio de emenda à Constituição, dada a vedação à supressão de direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CF).

No contexto do Constitucionalismo contemporâneo, a jurisdição constitucional tem sido encarada como mecanismo institucional contramajoritário. Nessa trilha, Dimitri Dimoulis sustenta que “o objetivo fundamental das normas constitucionais é impedir que sejam impostas certas decisões tomadas pela maioria dos representantes populares. O poder constituinte

desconfia do poder e dos desígnios da maioria”²⁰⁴ e, assim, insere na Constituição mecanismos para a preservação de seu próprio sentido, como é o caso da jurisdição constitucional.

Na mesma trilha, Georges Abboud defende que, em um Estado Democrático de Direito, as Cortes Constitucionais são responsáveis por, dentre outras funções, corrigir equívocos e omissões do Poder Legislativo e garantir a existência de minorias e a preservação de direitos fundamentais previstos no texto constitucional e em tratados internacionais, atribuições que encontram fundamento na própria garantia de tais direitos e na evolução do Constitucionalismo no Ocidente.²⁰⁵

Luís Roberto Barroso aponta que “a despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade se tornou quase universalmente aceito”, reconhecendo-se a legitimidade democrática da jurisdição constitucional como decorrência da tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e da proteção que a Corte Constitucional deve oferecer às regras do jogo democrático e à ampla participação política, o que naturalmente inclui a preservação dos direitos das minorias. Como consequência, defende-se que “nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador”, quadro que explicaria o reduzido percentual de dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo, a partir da Constituição de 1988.²⁰⁶

No âmbito do controle de constitucionalidade de tipos penais, as discussões sobre o papel contramajoritário das Cortes são particularmente relevantes diante do notório fato de que o sistema criminal afeta com muito mais intensidade grupos sociais vulneráveis e sub-representados no Parlamento, quadro que, aliás, acentua a desconfiança em relação à consolidação e preservação da igualdade, em seu sentido material, mesmo em sistemas formalmente democráticos.

Alguns autores têm apontado, no entanto, o risco de que uma atuação muito arrojada do Poder Judiciário, assumindo protagonismo em discussões sobre temas sensíveis, produza um efeito colateral contrário ao pretendido, a partir de uma reação conduzida por forças conservadoras que busquem reverter determinados posicionamentos da jurisdição constitucional com os quais não se alinham ideologicamente.

²⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Direito Penal Constitucional...*, p. 07.

²⁰⁵ ABOUD, Georges. *STF vs. vontade da maioria...*, p. 191-211.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto...*, p. 31-32.

A forma como se operaria esse fenômeno, descrito na literatura norte-americana como *backlash*, foi bem descrita por George Marmelstein, e envolve um processo que se desenvolve a partir dos seguintes passos:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.²⁰⁷

O autor apresenta um exemplo dessa situação envolvendo o debate constitucional sobre os limites do Direito Penal. Narra Marmelstein que, em 1972, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por maioria apertada, pela inconstitucionalidade da pena de morte, sob o parâmetro da 8ª Emenda à Constituição Americana, que proibira a aplicação de penas cruéis. Ocorre que essa decisão acabou gerando forte mobilização dos campos políticos favoráveis à referida espécie de pena, quadro que culminou com a vitória expressiva de setores conservadores nas eleições seguintes. Dessa forma, quando passaram a ocupar cargos nos Poderes Legislativo e Executivo, esses grupos foram capazes de instituir reformas que tornaram a legislação penal mais gravosa, e que inclusive ampliaram os casos em que a pena de morte poderia ser aplicada. O autor narra, por outro lado, que em 1976 a Suprema Corte reavaliou sua posição anterior e passou a entender que, em certas condições, a condenação à pena de morte era compatível com a 8ª Emenda. O que se observou, ao final, foi o enfraquecimento do movimento pela abolição dessa espécie de sanção penal e o incremento do número de Estados norte-americanos que a aplicavam, fruto, em tese, de reação política à jurisprudência liberal.²⁰⁸

²⁰⁷ MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional*: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, realizado em outubro de 2016, em Bolonha, Itália. Disponível em https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf, p. 06-07. Acesso em 24 de setembro de 2021.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 05-06.

No mesmo sentido, Bruno Heringer Júnior, inspirado nos estudos conduzidos pelos professores Corinna Barrett Lain e por William J. Stuntz, apresenta perspectiva bastante cética quanto aos resultados produzidos a longo prazo por decisões tomadas em cinco dos casos processuais penais mais emblemáticos da Era Warren na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Observa o pesquisador que, eventualmente, a Corte se apressou em consagrar conquistas sociais no contexto dos anos 1960, menosprezando os cenários menos favoráveis que poderiam se instaurar nos anos seguintes, assim como os efeitos que tais decisões teriam na atuação de outros atores do sistema de justiça criminal. Assim, o que se notou na década seguinte, ao lado de decisões liberais em favor das partes envolvidas nos poucos casos que chegaram à instância judicial superior, teria sido o fortalecimento de discursos de ordem, desenfreada tipificação legislativa de uma série de novas infrações e expressivo crescimento da população carcerária.²⁰⁹

É difícil estabelecer com precisão o nexo de causalidade entre a adoção de determinada decisão judicial e reações políticas em sentido contrário, mas quem observa a deliberação no Supremo Tribunal Federal, e as estratégias praticadas por seus integrantes, nota que o risco de reação parlamentar é levado em consideração pelo menos em algumas situações. Nesse sentido, Marmelstein narra que, ao se posicionar em favor da declaração de inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para uso próprio, o Ministro Roberto Barroso mencionou, de forma explícita, o risco de *backlash* como um dos motivos para que o seu voto se restringisse apenas à maconha, em uma tentativa de se alcançar a adesão do voto da maioria dos integrantes da Corte.²¹⁰

2.2.2. Distanciamento temporal e controle constitucional

Examinar a legitimidade de tipos penais após o decurso de um lapso temporal relevante desde sua aprovação, isto é, quando eles já estão em vigor e provavelmente sendo aplicados pela jurisdição ordinária permite que a Corte Constitucional leve em consideração as consequências que a criminalização e o sancionamento vêm produzindo na realidade social. Os tipos penais que incriminam a prática do aborto (arts. 124 a 126, CP), por exemplo, constam da redação originária do Código Penal vigente, uma lei de 1940, e têm sua constitucionalidade

²⁰⁹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 115, p. 61-80, jul./ago. 2015.

²¹⁰ MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional...*, p. 13-14.

questionada junto ao Supremo Tribunal Federal atualmente, portanto, mais de oitenta anos desde sua aprovação.

Além disso, a própria dinâmica de funcionamento da jurisdição constitucional muitas vezes acaba fazendo com que o juízo de constitucionalidade se alongue no tempo, haja vista que sua deflagração e processamento estão sujeitos a uma série de fatores e de atos sucessivamente ordenados, como a iniciativa das partes (no caso do controle difuso) ou dos legitimados (no caso do controle concentrado), o preenchimento de requisitos formais e o desenvolvimento de determinadas etapas procedimentais, como a eventual habilitação de *amicus curiae* e realização de audiências públicas, a inclusão da causa em pauta de julgamento, sessões de deliberação e possíveis pedidos de vista.

Por outro lado, embora haja a expectativa de que o Poder Legislativo reavalie periodicamente a legislação criminal com o objetivo de aprimorar o Direito Penal, tomando por base discussões qualificadas e novos desenvolvimentos científicos que passaram a estar disponíveis, inclusive dados concretos a respeito da real eficácia do ordenamento penal e do impacto da criminalização em direitos fundamentais, é sabido que, na prática, nem sempre é esse o cenário que se observa. O que mais se percebe são reações políticas pontuais a determinados fatos de grande repercussão e que, sem maior reflexão e debate aprofundado, têm conduzido à aprovação de novos tipos penais ou à majoração de penas daqueles já existentes, muitas vezes resultando em normas pouco técnicas e desproporcionais.²¹¹

O distanciamento temporal entre deliberação legislativa e julgamento constitucional permite, assim, que a Corte Constitucional avalie se o prognóstico adotado pelo Parlamento, quando decidiu aprovar o tipo penal, se confirmou ou se revelou falho. Como exposto no primeiro capítulo (item 1.6.2.), o juízo constitucional da proporcionalidade abrange o exame de dados empíricos, o que pode envolver a observação da aplicação prática da lei penal ao longo do tempo, isto é, os resultados concretos que determinada política criminal produziu.

Nesse sentido, Raquel Lima Scalcon defende que, quando o que se discute é uma norma de Direito Penal, a fiscalização sobre o subprincípio da adequação da medida restritiva deve ser avaliada não apenas *in abstracto*, de acordo com uma avaliação hipotética realizada pelo legislador no plano discursivo, mas também *in concreto*, isto é, a partir da própria realidade, a

²¹¹ A título de exemplo, comentando as alterações promovidas pela Lei nº 9.677/98, em especial no que tange à equiparação da falta de registro de cosméticos à falsificação de medicamentos: FRANCO, Alberto Silva. *Há Produto Novo na Praça*. Boletim IBCCrim, num. 70, p. 5.

fim de que os dados atualizados sobre o impacto da criminalização, aferíveis apenas quando a norma já está produzindo efeitos, sejam considerados. Assim, seria possível examinar a aplicação de determinada política criminal, mensurando seus impactos criminógenos, consequências secundárias e eventuais distorções que não eram conhecidas quando da concepção do tipo penal.²¹²

A autora reconhece os méritos de propostas concebidas por entusiastas da Legística, mas aponta uma série de limitações enfrentadas pelo Parlamento relacionadas ao ato de legislar, que abrangem (a) obstáculos materiais, como o vultoso volume de tempo e de recursos humanos e financeiros se complexos estudos fossem realizados em relação a toda a produção legislativa, (b) barreiras epistêmicas, relacionadas à dificuldade de estabelecer com absoluta precisão uma relação causal entre inovações legislativas e a realidade social, (c) barreiras relacionadas à própria dinâmica democrática observada nos processos políticos de deliberação parlamentar e (d) eventuais desencontros entre o sentido da norma que foi concebido pelo legislador e aquele conferido pelo aplicador do Direito, como resultado de disputas hermenêuticas.²¹³

A tese desenvolvida por Scalcon para a fiscalização da realização dos fins promovidos pelo Direito Penal envolve, assim, tanto o controle constitucional realizado *ex ante*, sobre os efeitos potenciais da norma penal, à luz de um exame hipotético-normativo a respeito da confiabilidade da prognose legislativa, quanto aquele realizado *ex post*, em que se leva em consideração os efeitos reais, concretamente produzidos pela norma, apurados por métodos empíricos-estatísticos. No segundo caso, o decurso de certo tempo razoável a partir do ingresso da norma no ordenamento permitirá avaliar o estado de coisas produzido, de forma que os efeitos concretos dos tipos penais, e não apenas os seus textos abstratamente considerados, sejam fiscalizados.²¹⁴

De outro lado, diante da própria natureza relacional da proporcionalidade, é fácil notar que a evolução no tempo é um fator que pode influenciar profundamente sua avaliação. A compreensão sobre a configuração de um tratamento como degradante ou de uma pena como cruel (art. 5º, III e XLVII, CF), por exemplo, em 1988, quando essas normas foram promulgadas, pode ser muito diferente daquela a que a Corte Constitucional chega em 2023 ou no futuro. O mesmo se aplica para a compreensão sobre quais escopos podem ser buscados pelo Direito Penal, ou sobre quais bens jurídicos têm dignidade penal. É patente, pois, que o contexto

²¹² SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais...*, p. 103-104.

²¹³ *Ibidem*, p. 154-161.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 179-180.

histórico determina os rumos da interpretação e da argumentação constitucional, como, aliás, ocorre com relação a qualquer texto.

Além disso, ao longo do tempo, reformas legislativas que modificam as sanções podem, conseqüentemente, alterar radicalmente os parâmetros de comparação utilizados pela Corte Constitucional para se fiscalizar a proporcionalidade interna ao ordenamento penal, inerente ao juízo guiado pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Na ocasião em que reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal destacou que a sanção então cominada, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, era excessiva principalmente à luz das penas que o Direito Penal atribui a condutas mais danosas à sociedade, como o estupro de vulnerável, a extorsão mediante sequestro e a tortura seguida de morte.²¹⁵ Assim, se, hipoteticamente, eventuais alterações legislativas elevassem as penas desses delitos invocados comparativamente, tornando-as ainda mais severas que os citados patamares, não poderia a Corte Constitucional recorrer ao argumento da exigência de coerência das punições atribuídas pelo ordenamento nos diferentes tipos.

Vale salientar que a teoria constitucional concebe técnicas interpretativas cujo objetivo é justamente lidar de forma adequada com a passagem do tempo. Nesse sentido, recorda-se que a doutrina constitucionalista reconhece que processos naturais, decorrentes de sucessivas alterações dos ambientes político, social e cultural, e dos costumes, são aptas a alterarem o sentido das normas constitucionais, para além dos processos formais de alteração do texto. Entende-se, assim, que transformações imperceptíveis operadas no mundo dos fatos são aptas a, progressivamente, influenciar a forma como as disposições constitucionais são interpretadas, de modo que a norma tem seu sentido e alcance alterados, mesmo sem qualquer edição formal no texto, configurando-se o fenômeno da mutação constitucional.²¹⁶

No mesmo sentido, o Supremo Federal Tribunal tem incorporado em suas decisões, sob a influência do Tribunal Constitucional Alemão, a figura da inconstitucionalidade progressiva no tempo, consistente em técnica por meio da qual a Corte declara que a lei ainda é constitucional, mas está no caminho da inconstitucionalidade. Ela é aplicada pela Corte nas situações em que “peculiaridades fáticas ou sociais impõem a validação provisória de norma a

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário nº 979.962, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24 de março de 2021.

²¹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 06-11.

rigor inconstitucional para evitar-se situação de anomia ou dano ainda maior à ordem constitucional”²¹⁷, isto é, diante da percepção de que “à luz das circunstâncias que vêm surgindo ao longo do tempo, a norma impugnada está caminhando para uma progressiva inconstitucionalidade”, de modo que a declaração sobre a conformidade constitucional é acompanhada da indicação de prazo para que o emissor da norma edite um novo ato.²¹⁸

É assim que se compreende, ao lado de outros fatores, que determinado tipo penal pode ser considerado constitucional num determinado momento, mas inconstitucional noutra. O entendimento sobre a adequação do Direito Penal para a realização de um fim pode ser alterado à luz de uma nova compreensão sobre a realidade, ou mesmo em virtude de novos resultados de pesquisas empíricas que alterem conclusões anteriores. O mesmo vale para os exames de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito, pois a existência de elementos de demonstração quanto à indispensabilidade da tutela penal, quando comparada com outros meios menos gravosos, assim como a percepção sobre o grau da afetação dos direitos fundamentais imbricados na situação concreta, podem variar ao longo do tempo.

Como consequência, o afastamento temporal em relação ao objeto avaliado significa, ao menos em tese, que existe a possibilidade de que o Tribunal Constitucional aprecie a constitucionalidade da tipificação e das sanções cominadas não apenas de forma estanque, mas também valorando as consequências dessa decisão legislativa verificadas no plano concreto.

2.3. Proporcionalidade como uma estrutura

Virgílio Afonso da Silva alerta que a proporcionalidade, enquanto ferramenta de controle da legitimidade das leis restritivas de direitos fundamentais, na forma desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, não significa uma mera exigência de que os atos estatais sejam razoáveis ou um simples exame a respeito da relação entre meio e fim, sendo, na realidade, “uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes (...) que são aplicados em uma ordem pré-definida (...)”, noção que, a propósito, permitiria sua distinção em relação à razoabilidade.²¹⁹

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.359, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 14 de maio de 2020.

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.148, Red. para o acórdão Min. André Mendonça, julgado em 06 de maio de 2022.

²¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 30.

Sem embargo dessa compreensão, que bem destaca o caráter estruturalmente organizado dos diferentes elementos componentes da proporcionalidade, como observa Suzana de Toledo Barros, na maioria das situações de aplicação desse princípio é comum que a violação atinja, concomitantemente, mais de um dos seus elementos, bem como que a norma questionada padeça de outros tipos de vícios, atentando, concomitantemente, contra outras normas constitucionais.²²⁰

No caso da avaliação sobre a proporcionalidade de leis penais, esse cenário de múltiplas violações pode ficar particularmente claro pois, para além do princípio da proporcionalidade, a dogmática penal é rica no estabelecimento de diversas outras regras e princípios voltados à contenção de leis que reduzem o espaço de liberdade protegido como direito fundamental, de forma que uma lei penal considerada desproporcional muito provavelmente também incorrerá em violações de vetores constitucionais adicionais.

É justamente nesse sentido, aliás, a contribuição elucidativa da posição de Humberto Ávila, que, como se explorou no primeiro capítulo (item 1.2.), classifica a proporcionalidade não como um princípio propriamente dito, e sim como espécie normativa diversa intitulada *postulado normativo*, que estrutura a aplicação de outras normas (princípios e regras). Nesse caso, por meio do juízo constitucional de proporcionalidade, seria revelada a violação de uma segunda norma, como o princípio da ofensividade ou o princípio da individualização da pena, por exemplo. Noutras palavras, a proporcionalidade e seus subprincípios atuam como a estrutura que permite analisar de forma racional e controlável a validade da medida restritiva, e revelar, argumentativamente, a ofensa a uma ou mais normas.

É por isso que a proporcionalidade tem sido indicada como a ferramenta adequada para aproximar o Direito Constitucional e o Direito Penal, ao permitir que o extenso e apurado conhecimento produzido pela dogmática penal, expresso por uma série de princípios clássicos, passe a ter a operatividade e a eficácia necessárias para controlar a legitimidade das escolhas legislativas. A proporcionalidade, que goza de ampla aceitação na atuação dos Tribunais Constitucionais e de grande capacidade de aplicação prática enquanto método de controle de medidas restritivas de direitos fundamentais, permitiria, assim, que normas como a exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da intervenção mínima tivessem seu valor normativo concretizado.²²¹

²²⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 77-78.

²²¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...* p. 293-298.

Críticas comumente dirigidas à proporcionalidade apontam que sua grande proximidade com a Política e com a Moral comprometeria sua juridicidade. A proporcionalidade esconderia, destarte, sob uma aparente objetividade jurídica, uma argumentação moral sobre valores. Em resposta, Matthias Klatt e Moritz Meister destacam que a proporcionalidade de fato se baseia em juízos morais, como, diga-se de passagem, acontece em toda forma de argumentação jurídica, mas sustentam que isso não é ocultado, até porque a atribuição de pesos aos princípios em conflito, e a necessidade de se tecer considerações sobre a validade das restrições em cada caso, se baseiam explicitamente em considerações morais. Na realidade, argumentam os autores, o bom desempenho da estrutura formal da proporcionalidade seria consequência justamente de sua capacidade de apresentar com clareza e transparência as ponderações morais envolvidas, o que fomentaria a racionalidade da argumentação. Concluem, assim, que a proporcionalidade, embora se apresente como uma estrutura formal neutra, não esconde a inevitável necessidade de que essa estrutura seja preenchida com argumentos de cunho moral, os quais vão variar conforme as concepções filosóficas e políticas envolvidas.²²²

No mesmo sentido, Thiago Baldani Gomes De Filippo destaca que a aparente debilidade da proporcionalidade, consistente na sua insuficiência para figurar, por si só, como ferramenta de controle de constitucionalidade dos tipos penais é, na realidade, o seu grande trunfo, na medida em que ela permite que institutos próprios do Direito Penal, como o bem jurídico-penal, a ofensividade, a *ultima ratio* e a subsidiariedade, por exemplo, sejam integrados aos elementos componentes da proporcionalidade e traduzidos em termos constitucionais.²²³

A respeito da composição dessa estrutura, há certa controvérsia na doutrina, mas, como bem sistematizado por Virgílio Afonso da Silva, é possível verificar a existência de pelo menos três tendências. A primeira, que o professor afirma ser amplamente majoritária, sendo, inclusive, por ele adotada, é aquela que concebe a proporcionalidade como sendo formada pelos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A segunda tendência, que seria seguida por autores críticos do sopesamento como método de aplicação do Direito – notadamente Böckenförde e Schlink – conceberia a proporcionalidade como sendo formada apenas pelos exames de adequação e necessidade. Por sua vez, a terceira tendência acolheria como elemento adicional a verificação sobre a legitimidade dos fins que a medida

²²² KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *A proporcionalidade como princípio constitucional universal...*, p. 42-47.

²²³ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 176.

questionada pretende atingir, elemento esse que consistiria em uma etapa preliminar ao exame dos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.²²⁴

De fato, Mariângela Gama de Magalhães Gomes aponta que a estrutura do princípio da proporcionalidade como mecanismo de controle de constitucionalidade de atos administrativos normativos, na versão historicamente formulada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão e da Corte Constitucional da Áustria, e pela doutrina, era composta por quatro etapas. Haveria, assim, uma etapa preliminar, destinada a verificar “se o escopo perseguido pela disposição legal consiste num interesse público, num escopo constitucionalmente legítimo e não arbitrário”, realizada antes da análise sobre os testes de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.²²⁵

Neste trabalho, optou-se por examinar a constitucionalidade da própria finalidade perseguida pela medida restritiva dentro do exame da adequação, ao lado, portanto, da avaliação sobre a aptidão do meio para se alcançar tal finalidade. Com efeito, no âmbito de um controle guiado pelo princípio da proporcionalidade, parece difícil sustentar a adequação do tipo penal que é idôneo para atingir um determinado objetivo se esse próprio objetivo não se coaduna com a Constituição. Vem sendo defendido, assim, que “não basta aferir se a medida restritiva está direcionada à proteção de um princípio, mas também é necessário que o princípio que fundamenta a restrição seja adequado à ordem de valores constitucionais”²²⁶, de modo que o tópico dedicado ao subprincípio da adequação (item 2.4.) inclui o exame sobre a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo Direito Penal.

O tópico seguinte, por sua vez, reúne as reflexões sobre o subprincípio da necessidade (item 2.5.), voltado a examinar se a via penal é a única que promove a realização do objetivo, não podendo ser substituída, sem perda de eficácia, por outra menos gravosa à liberdade individual.²²⁷ Deve-se ressaltar que a ideia de necessidade, enquanto subprincípio integrante da proporcionalidade, segundo as teorias de princípios e direitos fundamentais integrantes do Direito Constitucional, não se confunde necessariamente com o princípio da necessidade concebido pela dogmática penal.

Essa não coincidência entre as noções de *necessidade* empregadas em cada uma das disciplinas pode explicar o fato de Luiz Luisi apontar tanto o princípio da necessidade quanto

²²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...*, p. 35.

²²⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 78.

²²⁶ FREITAS, Marcio Luiz Coelho. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente...*, p. 71.

²²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...*, p. 38.

o princípio da proporcionalidade, um ao lado do outro, quando menciona os princípios penais implícitos na Constituição Federal de 1988.²²⁸ Nota-se, portanto, que o mencionado professor compreende o princípio da necessidade como uma norma constitucional autônoma, e não como um subprincípio componente do princípio da proporcionalidade, como fazem as teorias constitucionalistas majoritariamente difundidas.

De acordo com Luisi, o princípio da necessidade seria extraído da norma do *caput* do art. 5º da Constituição, que assegura uma série de direitos individuais invioláveis, de forma que a privação ou a restrição a esses direitos só seriam justificáveis quando estritamente necessários. Assim, a cominação de sanção de natureza penal só seria viável quando se mostrasse indispensável para a proteção de algum bem jurídico, isto é, quando outras modalidades de sanção fossem insuficientes para o atingimento desse objetivo.²²⁹

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade, no entender de Luisi, também decorreria do *caput* do art. 5º da Constituição, e exigiria que a privação e a restrição dos direitos nele previstos fossem proporcionais à importância do bem jurídico tutelado, à gravidade da ofensa contra ele perpetrada e à culpabilidade do agente. Essa exigência de proporcionalidade seria alcançada em duas etapas: na definição legislativa das penas abstratas cominadas em cada tipo penal, e na aplicação das sanções pelo juiz em cada caso concreto.²³⁰

Em sentido convergente, o valor normativo do princípio da necessidade, no Direito Penal, é relacionado à “exigência constitucional de que o interesse a ser protegido pela norma apresente relevância suficiente para justificar, em contrapartida, uma delimitação da esfera de liberdade” entendendo-se que a proteção de bens jurídicos almejada pela intervenção penal, embora legítima, também acarreta ameaças à liberdade dos destinatários da norma. Nessa quadra, atribui-se ao legislador “aferir quais bens, e perante quais situações, merecem receber uma tutela que autorize a mais dura intervenção na vida dos cidadãos”, como é o caso da criminalização de condutas e cominação de sanções penais.²³¹

Essas considerações, quando aplicadas ao controle constitucional da proporcionalidade, têm relação direta com a verificação da legitimidade do objetivo perseguido pelo tipo penal, que, como exposto em parágrafos anteriores, optamos por abordar no tópico dedicado ao subprincípio da adequação.

²²⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, p. 178-179.

²²⁹ *Ibidem*, p. 183-184.

²³⁰ *Ibidem*, p. 184.

²³¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 83

Por fim, no último tópico deste capítulo (2.6.), é estudado o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, consistente no sopesamento entre o grau de sacrifício do direito fundamental atingido pela medida restritiva e a relevância da realização do direito fundamental que com ele entra em conflito e que fundamenta a adoção da restrição.²³² Aplicada essa noção de sopesamento ao controle constitucional de tipos penais, a proporcionalidade em sentido estrito significa avaliar se a intensidade da restrição da liberdade individual provocada pela lei penal questionada se justifica em face da realização do objetivo perseguido pelo tipo penal, como a proteção de um bem jurídico.

2.4. Parâmetros do subprincípio da adequação

No Direito Público, o subprincípio da adequação impõe que seja verificado se a medida restritiva de um direito fundamental é um meio adequado (ou um meio idôneo, daí também falar-se em subprincípio da idoneidade) para fomentar o fim que ela objetiva alcançar. Trata-se, assim, de analisar a relação entre meio e fim para esclarecer se o meio escolhido efetivamente contribui para a obtenção do resultado pretendido.²³³

Virgílio Afonso da Silva observa que algumas obras brasileiras, ao se debruçarem sobre decisões do Tribunal Constitucional Alemão que tratam do subprincípio da adequação, traduziram de forma equivocada o verbo *fördern*, utilizado nos precedentes estrangeiros, para *alcançar*, quando o melhor verbo correspondente em língua portuguesa seria *fomentar*. De acordo com o professor, “adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. Isso significa que “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”²³⁴, entendimento que reduz a amplitude da avaliação efetuada pelo juiz constitucional.

Essa orientação ajuda a explicar a posição majoritária observada na doutrina do Direito Constitucional segundo a qual o subprincípio da adequação conduziria apenas a um controle constitucional fraco, de modo que, se a medida restritiva questionada reunisse uma aptidão

²³² SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...*, p. 40.

²³³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 78; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 126.

²³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...*, p. 36-37.

mínima para realizar o fim almejado, ela não poderia ser considerada inadequada, situação que ficaria reservada apenas às medidas totalmente inócuas ou ineficientes.²³⁵

No âmbito da doutrina penal, e nos termos do que já exposto em tópico anterior deste capítulo (item 2.3.) afirma-se que, além de testar a aptidão da medida restritiva de um direito fundamental para fomentar o objetivo que ela pretende alcançar, o subprincípio da adequação também impõe avaliar se o próprio resultado pretendido pelo meio é legítimo, isto é, ele deve consistir na realização de um direito fundamental reconhecido, ou de um interesse admitido pela ordem constitucional.²³⁶

Com efeito, embora alguns autores entendam que a legitimidade do objetivo perseguido pelo meio configura uma etapa preliminar à realização do teste de adequação, sendo, portanto, dele independente, defende-se majoritariamente que o exame da adequação envolve tanto a verificação da constitucionalidade da própria finalidade perseguida pela medida restritiva, quanto a avaliação sobre a aptidão do meio para se alcançar tal finalidade.²³⁷

É possível perceber, portanto, que, na realidade, o exame da adequação engloba uma dupla verificação: aquela relativa à legitimidade do fim pretendido pela medida restritiva, e aquela a respeito da idoneidade do meio eleito para contribuir à realização desse fim²³⁸, o que, portanto, abre espaço para o controle da legitimidade dos próprios fins buscados pelo ordenamento penal.

2.4.1. Adequação dos fins do Direito Penal

A primeira exigência do exame da adequação dos tipos penais é que o próprio fim perseguido pela lei esteja em harmonia com o que se entende como o escopo constitucionalmente legítimo do Direito Penal. Em oposição a concepções que o entendem como um sistema valorativamente neutro, no sentido de se admitir como finalidade legítima a intervenção penal voltada à mera garantia de vigência das normas estatais e das expectativas sociais desafiadas pelo comportamento transgressor, muitos autores insistem no referencial da proteção de bens jurídicos como o único objetivo passível de tutela penal.²³⁹

²³⁵ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 283.

²³⁶ FREITAS, Marcio Luiz Coelho. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente...*, p. 71.

²³⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 284.

²³⁸ *Ibidem*, p. 283-284.

²³⁹ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 87-88.

Ocorre, no entanto, que as tentativas de traçar uma correlação entre o conteúdo da Constituição e a legitimidade do Direito Penal encontram uma dificuldade inicial em razão da ausência de indicação de um catálogo de quais bens jurídicos são merecedores da tutela penal. Com efeito, a própria natureza do texto constitucional, enquanto um documento político-jurídico sintético, voltado ao desenho institucional básico do Estado e à positivação de direitos fundamentais e de princípios básicos aplicáveis à regência das relações sociais, não apresenta indicações tão precisas a ponto de ser possível dele extrair um elenco definitivo de bens jurídico-penais reconhecidos por aquela sociedade.²⁴⁰

Justamente por força dessa limitação, é legítimo o reconhecimento de que alguns bens jurídicos têm sua importância reconhecida na Constituição apenas de forma implícita. Nesse sentido, ninguém questiona, por exemplo, a validade constitucional da proteção penal da vida humana, fundamento central de todo o ordenamento, embora esse bem jurídico não seja mencionado de forma expressa como um bem jurídico-penal em vários documentos constitucionais.²⁴¹

Por outro lado, é certo que nem todo interesse reconhecido pela Constituição se qualifica como penalmente relevante. Além disso, o fato de um bem jurídico ser mencionado de forma explícita no texto constitucional não resolve todas as exigências indispensáveis para que a intervenção penal seja legítima, o que depende, em boa medida, da forma como os tipos penais relacionados a esse bem jurídico são definidos em nível infraconstitucional.

Essa dificuldade se torna ainda maior quando se entende a Constituição como um sistema aberto de valores, em que determinadas questões deixam de ser definidas, intencionalmente, no momento constituinte para que, no futuro, e por meio de processos políticos livres e atentos às mudanças sociais, possam ser estabelecidas.²⁴²

Ao lado da definição a respeito de qual é o objetivo perseguido pelo Direito Penal, também a compreensão da Corte Constitucional a respeito de quais são as funções que a sanção penal pode desempenhar repercutem no desenvolvimento do exame da adequação. Noutros termos, a avaliação sobre o cumprimento do subprincípio da adequação por parte de um tipo penal também tem relação com a interpretação que se faz a respeito da função constitucionalmente estabelecida para a pena.

²⁴⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 95.

²⁴¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade...*, p. 98.

²⁴² *Ibidem*, p. 97-98.

É nesse sentido que Mariângela Gomes destaca que “o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, comporta um componente teleológico, que será diferente segundo o sentido que é dado à pena pelo ordenamento”, de forma que os critérios de análise da idoneidade do tipo penal diferem se se entende que a pena deve retribuir o mal que o agente causou, ou que o seu papel é o de prevenir a prática e a reiteração de delitos ou, ainda, que todas essas funções podem ser desempenhadas de forma concomitante.²⁴³

2.4.1.1. Controle sobre a seleção de bens jurídicos

Como foi exposto no capítulo anterior (item 1.4.), a efetividade do emprego da teoria do bem jurídico como ferramenta de análise crítica da política criminal suscita uma série de controvérsias. Também há dificuldades em explicar situações em que a legitimidade da intervenção penal é considerada evidente, mesmo sem referência a bens jurídicos, como os delitos que envolvem maus tratos contra animais e aqueles relacionados à proteção ao embrião e aos interesses das futuras gerações.²⁴⁴ No entanto, e sem prejuízo da importância da continuidade das investigações científicas para o seu aprimoramento frente às transformações observadas na contemporaneidade²⁴⁵, a categoria do bem jurídico-penal ainda se mostra um recurso que pode contribuir para a aplicação da proporcionalidade ao apontar relevantes parâmetros para o legislador e para a Corte Constitucional, a exemplo da exigência de que o bem que fundamenta a tipificação se encontre cristalizado na sociedade.²⁴⁶

O desafio que se coloca, então, é o de definir critérios adequados para que a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pela via criminal seja feita de forma legítima. A dogmática penal se ocupou dessa difícil tarefa nas últimas décadas, tendo sido produzidas, por obra de diversos autores consagrados, uma ampla gama de propostas teóricas diferentes, muitas vezes conflitantes entre si.

A complexidade dessa tarefa já se apresenta no ponto de partida, uma vez que nem todas as teorias contemporâneas partem do mesmo fundamento para a identificação de bens jurídico-penais. Em contraste com as *teorias sociológicas*, as chamadas *teorias constitucionais* se

²⁴³ *Ibidem*, p. 127-128.

²⁴⁴ NEUMANN, Ulfrid. *Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal...*, p. 528-532.

²⁴⁵ SOARES, Hugo. Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídicos-penais?: elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 147, p. 333-374, set. 2018.

²⁴⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade...*, p. 100.

baseiam na ideia de que é a Constituição, enquanto norma de elevado patamar hierárquico, que deve orientar o legislador infraconstitucional na definição do *jus puniendi* estatal, o que envolve a seleção de quais devem ser os bens merecedores da proteção pela via penal.²⁴⁷

Se se pretende encarregar a jurisdição constitucional da tarefa de controlar a legitimidade das leis penais, é preciso reconhecer algum grau de vinculação obrigatória entre o legislador e o texto constitucional, de forma que é o estudo das *teorias constitucionais* que mais interessa a esta pesquisa. Mariângela Gomes destaca que a compreensão a respeito de uma vinculação obrigatória entre o texto constitucional e a legislação infraconstitucional criminal começou a ser defendida no final da década de 1960 pela doutrina alemã, tendo sido seguida, num segundo momento, pela doutrina italiana.²⁴⁸

Assim, registra-se que os primeiros esforços nessa direção partiram de Sax e Roxin, que atrelaram a noção de bem jurídico à teoria dos direitos fundamentais e às finalidades da pena. Esses autores foram seguidos por Rudolphi, Michael Marx e Otto, que, ao observarem que a Constituição acolhe um Estado pluralista, contestaram a legitimidade da tutela penal da moralidade. Essa compreensão é importante, embora já estivesse presente na doutrina, porque indica os princípios constitucionais como pontos de referência para a legislação criminal²⁴⁹, o que traz mais densidade normativa e controlabilidade às decisões políticas de criminalização.

Posteriormente, autores italianos como Franco Bricola, de forma pioneira, Enzo Musco e Francesco Angioni também aprofundaram os debates sobre a irrenunciável relação a ser estabelecida entre a noção de bem jurídico-penal e o texto constitucional, enfatizando que as disposições criminais devem se harmonizar com o expressivo valor que a Constituição Italiana atribui a certos direitos fundamentais, notadamente à liberdade individual.²⁵⁰

Nessa trilha, cita-se o trabalho de Angioni, que organizou os bens constitucionais em três grupos, de acordo com o seu grau de importância, estratégia que tornaria possível indicar aqueles que poderiam ser objeto de proteção pelo Direito Penal. No primeiro grupo, o dos *bens fundamentais*, figurariam aqueles indispensáveis à caracterização das bases essenciais do sistema de direitos e instituições conformador do Estado Social de Direito. Além deles, haveria outros dois grupos, compostos, respectivamente, por *bens primários* e *bens secundários*.

²⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-43 e 62-65.

²⁴⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 90-91.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 91-93.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 93.

Conclui o autor italiano que, como o bem jurídico atingido pelo crime deve ter grau de importância proporcional àquele ameaçado pela pena, apenas os *bens primários*, compatíveis com o *status* ocupado pela liberdade pessoal, poderiam ser tutelados pela via criminal.²⁵¹ A proposta se destina a estabelecer as fronteiras entre o que pode e o que não pode ser abarcado pelo Direito Penal, dentre todos os bens que as Constituições geralmente abraçam; na prática, entretanto, pode ser difícil alcançar consenso a respeito de quais seriam esses *bens primários*.

Luiz Regis Prado entende possível classificar as *teorias constitucionais* em *teorias constitucionais de caráter geral* e *teorias de fundamento constitucional estrito*. No primeiro grupo, figuram as fórmulas de Sax, Michael Marx, Pulitanò, Fiandaca, Roxin e Rudolphi, que inferiam o conceito de bem jurídico por meio de referências mais amplas à Constituição, apoiando-se na forma de Estado nela estabelecida (Estado de Direito, Estado Democrático e Social de Direito) e nos seus princípios mais fundamentais. Já os autores inseridos em um segundo grupo, composto por Bricola, Musco, Angioni, Gonzalez Rus e E. Gregori, se baseiam em previsões constitucionais específicas, embora nem sempre explícitas, que indicariam os objetos e as respectivas formas de tutela em cada caso, o que sugeriria, portanto, margens menos amplas de decisão política ao legislador infraconstitucional.²⁵²

Essa classificação permite compreender os diferentes modelos e graus de vinculação entre a Constituição e o Direito Penal, o que pode repercutir na intensidade do controle constitucional da legislação. Com efeito, em cenários de vinculação mais estreita, o controle de constitucionalidade de tipos penais embasado na proporcionalidade dependeria, em alguma medida, da compreensão de que esse parâmetro decorre de normas gerais previstas no texto constitucional, ou de uma previsão específica nesse sentido o que, todavia, não é o caso de todas as Constituições.²⁵³

A tarefa inicial do legislador, assim, será a de selecionar quais bens jurídicos, em virtude de sua natureza fundamental, serão objeto de tutela penal. Percebe-se, então, que fragmentariedade desse ramo do ordenamento não configura um defeito e sim “uma exigência de ordem político-criminal, tendo em vista a natureza e a função desse ramo do Direito”, sendo

²⁵¹ *Ibidem*, p. 94.

²⁵² PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição...*, p. 62-65.

²⁵³ Sabe-se que a Constituição Portuguesa, de 1974, por exemplo, prevê em seu artigo 18, § 2, que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” De outro lado, a Constituição Brasileira, de 1988, não tem norma com esse mesmo grau de concretude, embora a doutrina extraia a exigência de proporcionalidade no Direito Penal de uma série de previsões importantes contidas no texto constitucional.

justamente essa característica que torna possível a sua harmonia com a preservação das liberdades.²⁵⁴

Defendendo a necessidade de se atribuir à fragmentariedade um conteúdo normativo, de forma que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos seja dotado da máxima efetividade, Sávio Guimarães Rodrigues propõe critérios com pretensão minimamente objetiva para a identificação dos bens jurídicos mercedores de tutela penal. Sustenta, assim que (a) o bem que se busca proteger pelo Direito Penal “deve ser identificado na realidade do convívio social”, isto é, deve ter caráter concreto; (b) esse bem deve ser “imprescindível à consecução dos fins determinados por princípios constitucionais”, e ocupar um lugar privilegiado dentre os valores constitucionais, por se referir a direitos de liberdade; e (c) que, diante de “uma situação de conflito normativo, a promoção dos princípios fundamentais, através da proteção do bem jurídico, deve preponderar sobre a proteção dos outros princípios igualmente fundamentais afetados pela aplicação da pena”²⁵⁵, ou seja, o autor insere a proporcionalidade dentro da fragmentariedade, em caminho inverso ao trilhado neste trabalho.

Questão delicada e de difícil resposta diz respeito à possibilidade ou não de que a Corte Constitucional declare a reprovação de um tipo penal no teste de adequação em virtude de não se identificar a tutela de um bem jurídico, ou de se entender que o bem jurídico tutelado, embora efetivamente existente, não tem dignidade penal.

Na Alemanha, por exemplo, essa pretensão foi rechaçada pelo Tribunal Constitucional de forma expressa. Com efeito, na decisão tomada em 2008, já citada no primeiro capítulo (item 1.4.), a Corte concluiu pela constitucionalidade da norma que tipificava condutas de incesto e destacou que a Constituição daquele país assegura ao legislador democraticamente eleito escolher quais bens serão tutelados pela via penal, assim como estabelecer os fins da sanção penal. Na realidade, já em 1957, o Tribunal Alemão teria rejeitado a teoria do bem jurídico, embora de modo implícito, quando decidiu pela constitucionalidade de tipo penal que criminalizava a prática de atos homossexuais entre adultos.²⁵⁶

²⁵⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 86.

²⁵⁵ RODRIGUES, Sávio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais. em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 97, 2012, p. 183-213.

²⁵⁶ 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 (Coord). *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 205.

A rejeição do emprego da categoria de bem jurídico para os fins de controle constitucional, todavia, não significa que os tipos penais como os narrados no parágrafo anterior necessariamente teriam sua constitucionalidade confirmada, à luz da proporcionalidade, como se deu nos precedentes apontados. Vale lembrar, no ponto, que a Constituição impõe uma série de outros limites ao legislador penal, a serem articulados a partir da estrutura da proporcionalidade, que (também) poderiam demonstrar a ilegitimidade constitucional dos objetivos perseguidos.

Nesse sentido, vale mencionar o entendimento do Tribunal Constitucional Português que, embora tradicionalmente exerça o controle de constitucionalidade a partir da noção de bem jurídico²⁵⁷, invalidou tipo penal que incriminava a prática de atos homossexuais com adolescentes baseando-se principalmente em parâmetro diverso, a saber, o princípio constitucional da igualdade. No particular, o tipo impugnado, então previsto no art. 175 do Código Penal Português, se configurava quando pessoa maior praticasse atos homossexuais com menor com idade entre 14 e 16 anos. Ocorre que, para que a mesma punição fosse aplicada em face de pessoa maior que mantivesse relações heterossexuais também com menor com idade entre 14 e 16 anos, a norma exigia a demonstração de *abuso de confiança* em face da vítima, revelando, de forma disfarçada, um tratamento legal mais gravoso e injustificado na primeira situação.²⁵⁸

2.4.1.2. Controle sobre bens jurídicos coletivos

A legitimidade do objetivo perseguido pela tutela penal costuma ser mais contestada em relação aos tipos que se destinam a preservar bens jurídicos coletivos. Perspectivas tidas como *pessoais* do bem jurídico, como a que é acolhida, na Alemanha, por Tiedemann e Hassemer, por exemplo, entendem que bens jurídicos coletivos só podem ser protegidos pela via penal quando encontram referência direta na proteção à pessoa.²⁵⁹

Além disso, também são questionados (a) o próprio caráter verdadeiramente coletivo de bens que, na realidade, seriam apenas bens individuais agrupados; (b) a legitimidade das técnicas legislativas usualmente concebidas para a proteção desses bens, como a antecipação

²⁵⁷ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade...* p. 51.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 27.

²⁵⁹ HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, vol. 12, 45/48, p. 275-285, 1989.

da intervenção penal; (c) a conformidade constitucional de tipos de perigo abstrato, diante da previsão de intervenção penal pautada em presunções de perigo a bens jurídicos; e (d) a proporcionalidade das respectivas sanções presentes em tipos que tutelam bens coletivos.²⁶⁰

Critério para a verificação da constitucionalidade de tipos penais que se propõem a tutelar bens coletivos, sob o aspecto da adequação do objetivo perseguido, é proposto por De Filippo. O pesquisador, inspirado nos parâmetros presentes na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, diferencia o tipo de escrutínio ao qual a intervenção legislativa penal deve ser submetida a depender da titularidade (individual ou coletiva) do bem. Assim, sugere que a proteção penal a bens jurídicos individuais seja analisada sob um escrutínio de *mera racionalidade*, enquanto a proteção a bens jurídicos coletivos seja avaliada sob um *escrutínio estrito*, o que exige do legislador o cumprimento de alguns deveres adicionais e que, como consequência, podem ensejar um controle mais rigoroso por parte da Corte Constitucional.

Sustenta, assim, que leis penais que objetivam proteger de forma direta interesses individuais devem ser vistas, em princípio, como legítimas, “bastando que se vislumbre no interesse individual protegido uma conexão com um direito fundamental da pessoa humana, ainda que esse não seja expressamente previsto no texto constitucional”, daí porque falar-se num escrutínio de *mera racionalidade*.²⁶¹ Nesse grupo, o pesquisador insere a proteção penal a todos os interesses que têm relação direta com direitos individuais básicos: desde aqueles identificados como direitos de primeira geração, que formam o cerne do Direito Penal nuclear, caso dos tipos penais que protegem a vida, a integridade física, a honra, o domicílio, a correspondência, o patrimônio e a liberdade sexual, até tipos que protegem direitos de segunda e terceira gerações, como o abandono intelectual, a omissão de socorro e aqueles cometidos contra o consumidor.²⁶²

O critério apontado pelo pesquisador para a submissão de medidas restritivas ao controle de *mera racionalidade* é a vinculação do interesse protegido com a dignidade da pessoa humana, notadamente na sua vertente relacionada ao valor intrínseco de cada pessoa. Destaca De Filippo, assim, que sua orientação reflete um postulado antiutilitarista, que impõe seja o ser humano tomado como um fim em si mesmo, bem como um postulado antiautoritário, no sentido de que é o Estado que satisfaz o indivíduo, e não o contrário. Conclui, desse modo, pela primazia

²⁶⁰ 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, vol. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

²⁶¹ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 210.

²⁶² *Ibidem*, p. 210-212.

da tutela penal a bens jurídicos individuais, entendendo ser, em princípio, adequada a intervenção penal que guarde conexão com algum direito fundamental.²⁶³

Já a tutela penal de interesses coletivos, como o meio ambiente, a Administração da Justiça, a saúde pública, a segurança viária, a ordem econômica ou a ordem pública, devem ser avaliados, segundo De Filippo, de acordo com critérios adicionais de delimitação, ou seja, mais rigoroso. A proposta do autor, nesse caso, envolve uma adaptação do *escrutínio estrito*, típico da jurisprudência norte-americana, que, em sua versão original, impõe ao Estado o cumprimento de dois ônus, quais sejam, o de “demonstrar que razões sociais constrangedoras embasaram a nova lei” que restringe direitos fundamentais, bem como “que não havia possibilidades de atendimento dos objetivos visados por meios menos restritivos”, isto é, expor concretamente a necessidade e a subsidiariedade da intervenção.²⁶⁴

Para tanto, o autor sustenta que são deveres especiais a serem cumpridos pelo legislador que pretender tutelar criminalmente bens jurídicos coletivos: a) demonstrar que o interesse coletivo tem uma efetiva relação com um direito fundamental também de natureza coletiva, ou seja, que a Constituição confere *status* protetivo especial ao interesse coletivo, apto a qualificá-lo como um direito fundamental²⁶⁵; b) explicitar a “medida em que esse interesse coletivo se coloca a serviço de direitos fundamentais individuais”, apontando-se a “funcionalização de tal interesse coletivo, ou seja, sua antecipação na proteção de interesses básicos da pessoa humana”²⁶⁶; c) avaliar se está presente um “grande consenso social a respeito da pretendida proteção penal” de forma que “a produção normativa não se reduza a mero instrumento de vontade do Estado, mantendo-se harmônica aos interesses individuais e sociais”, o que seria alcançado com a ampliação dos canais de participação popular, com o aprimoramento das audiências públicas, a realização de plebiscitos, referendos e a implantação de conselhos populares e pesquisas de opinião, por exemplo²⁶⁷; e, por fim, d) demonstrar a subsidiariedade da via penal, consistente na inexistência de “outros meios menos severos para impedir a prática de comportamentos que se quer coibir”, o que seria alcançado por meio da apresentação de estudos técnicos.²⁶⁸

²⁶³ *Ibidem*, p. 212-213.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 215.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 217.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 217-218.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 217-218.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 219.

Ressalta, ainda, que todos esses deveres devem ser cumpridos pelo Estado já durante o processo legislativo que culmina na aprovação da lei penal, no âmbito do qual as discussões populares têm mais espaço, de forma que a procedência dos fatores invocados pelo legislador penal possa ser objeto de contestação e revisão caso a constitucionalidade da norma seja questionada perante o Tribunal Constitucional.²⁶⁹

Para o atendimento satisfatório desses deveres especiais de justificação, De Filippo sugere que o Parlamento brasileiro se inspire no modelo sueco e passe a deliberar em diálogo com especialistas em ciências criminais e outros campos relacionados, como a Sociologia e a Filosofia jurídica. A fórmula sugerida envolve a organização desses técnicos em comitês, com composição plural, responsáveis pela elaboração de relatórios a serem remetidos aos legisladores a respeito da legitimidade da incriminação em cada situação.²⁷⁰ Esses relatórios apontariam inclusive aspectos empíricos relacionados aos efeitos esperados a partir da intervenção penal e sua comparação com aqueles advindos de meios de tutela alternativos.²⁷¹ Nesse particular, a proposta contribui para o debate porque enfatiza a necessidade de aprimoramento do processo legislativo, incumbindo o Parlamento de cumprir o seu ônus argumentativo na defesa das leis restritivas de direitos fundamentais que vier a aprovar, bem como de embasar a formulação de normas penais em dados técnicos.

Além disso, o modelo sugerido também acerta ao tentar harmonizar o combate à expansão desenfreada de tipos que tutelam situações em que não há clareza quanto à efetiva titularidade coletiva de supostos novos bens jurídicos, alguns deles tidos como *falsos bens coletivos* pela doutrina²⁷², com a inegável importância de se proteger direitos que não se submetem à lógica dos direitos puramente individuais, mas cuja preservação é indispensável à vida pós-moderna. A adoção de parâmetros mais rigorosos para a tutela de bens jurídicos coletivos significa a necessidade de que as justificativas invocadas pelo legislador penal sejam mais substanciais, impondo-se um ônus argumentativo maior, de forma que, como consequência lógica, a fiscalização da Corte Constitucional revelar-se-á mais intensa.

2.4.2. Idoneidade da tutela penal

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 215-216.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 218.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 222.

²⁷² GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato..., p. 89-147.

Além da questão da verificação da legitimidade do objetivo buscado pelo ordenamento penal com a criminalização de certa conduta, já abordada em tópico anterior, o teste de adequação também envolve a tarefa de examinar se o tipo penal tem efetiva aptidão para atingir esse objetivo.

Ademar Borges de Sousa Filho sustenta que a fiscalização da idoneidade do tipo penal deve ser feita em duas fases autônomas, sob o argumento de que ela atua de forma diferente em relação à norma que descreve a conduta e à norma que comina a sanção (respectivamente, os preceitos primário e secundário do tipo penal), aspecto que seria ignorado pela maioria dos estudos a respeito do tema.²⁷³ O autor, no entanto, reconhece um traço comum entre essas duas avaliações, consistente no fato de que, em relação a ambas, mostra-se indispensável a adoção da categoria do bem jurídico.²⁷⁴

Segundo o pesquisador, o exame da adequação da norma de conduta consiste em verificar se a ação ou omissão descrita no preceito primário do tipo penal é efetivamente capaz de afetar o bem jurídico tutelado pela norma, de forma que devem ser consideradas inidôneas as tipificações de condutas que não ostentam qualquer potencialidade lesiva para o bem tutelado.²⁷⁵ Por sua vez, a verificação da adequação na norma de sanção consiste em avaliar se a resposta penal cominada no tipo penal protege de forma real o bem jurídico, isto é, se a sanção específica cominada no tipo penal apresenta alguma capacidade de prevenir ofensas ao bem jurídico.²⁷⁶ Essa verificação, portanto, deve considerar tanto a *quantidade* das penas cominadas, quanto a *qualidade* dessas sanções.²⁷⁷

A doutrina aponta para o fato de que a verificação da adequação da norma penal envolve uma valoração baseada principalmente em dados empíricos, com o fim de esclarecer se ela tem aptidão concreta para conformar os comportamentos individuais por ela esperados. Essa avaliação é efetuada pelo legislador ainda durante a tramitação do projeto de lei na forma de um juízo prognóstico.²⁷⁸ Assim, a previsão efetuada pelo legislador poderá ou não se confirmar ao longo da vigência da norma, e os resultados produzidos a partir da aplicação da lei penal no mundo real poderão ser levados em consideração no juízo de adequação promovido pela Corte Constitucional, como foi ressaltado em tópico anterior deste capítulo (item 2.2.2.).

²⁷³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais...*, p. 319 e nota de rodapé nº 1132.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 320-321.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 319.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 320.

²⁷⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 137-144.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 131.

Dentre as circunstâncias que indicam que a intervenção penal pode não ser um meio protetivo adequado em determinada situação, costuma-se apontar para as cifras obscuras, consistentes na discrepância entre o número de delitos efetivamente cometidos e aqueles contabilizados em índices criminais oficiais, ou seja, entre a realidade e o que é de alguma forma combatido ou ao menos conhecido pelas autoridades. Von Liszt, por exemplo, destaca a relevância das estatísticas sociológicas, obtidas a partir da observação em massa dos comportamentos, para mensurar com precisão científica a real eficácia preventiva de um tipo penal, ao mesmo tempo em que reconhece a inexistência de dados dessa natureza para esclarecer todos os questionamentos em torno da criminalização.²⁷⁹

Além disso, é preciso ter em mente que a própria categoria em estudo tem sua aptidão como ferramenta de análise colocada em xeque quando se entende alguns dos problemas observados na confecção das estatísticas criminais que compõem essas cifras. Sobre o ponto, embora reconheça a importância desse instituto como um caminho aberto para se pesquisar empiricamente a atuação das instituições de segurança pública, Luís Antônio Francisco de Souza também alerta que

a cifra negra revela que a prática policial seleciona os registros e os delitos que merecem receber a atenção da justiça criminal. ‘Apenas ínfima parcela dos crimes perpetrados chega a receber pena, sendo que destes, tão-somente uma minoria leva os autores ao cárcere’ (Thompson, 1983). Diante da falta de uma política penal consistente, a própria polícia induz a pessoa que quer prestar queixa a não registrá-la quando o caso não tem importância, ou quando, evidentemente, a polícia é incapaz de dar-lhe solução adequada. A polícia atua como um juizado de pequenas causas e decide quais casos são ou não são compensadores e interessantes à justiça pública. Às vezes, a polícia assim procede porque se não o fizesse aumentaria ainda mais o fluxo contínuo de detidos nos xadrezes das delegacias ou, por muito, a lotação dos presídios (Oliveira, 1984). A polícia seleciona os casos para não revelar sua incapacidade em resolvê-los. Ação policial implica na criação de uma instância de julgamento não prevista nos quadros legais. Essa instância opera com certa eficácia no controle da pequena delinquência, mas não deixa rastros nos dados estatísticos. O não registro de determinadas ocorrências, além de desviar o criminoso da trilha capaz de conduzi-lo à condenação, prejudica qualquer atividade de planejamento. Além disso, a seleção que a polícia realiza pode criar um sentimento de impunidade corrosivo, sobretudo quando se trata de crimes cometidos em esferas da chamada alta sociedade. Assim, a criminalidade pode ser definida tanto pelos valores dos policiais, pelos critérios de seleção utilizados pela polícia, quanto pelas transformações dos

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 150-152.

valores sociais, do crime e do comportamento do criminoso (Paixão, 1988; Ferreira, 2002).²⁸⁰

Ao lado das dificuldades narradas, é certo que altas taxas de cifras obscuras podem decorrer de muitos fatores, alguns deles consistentes inclusive em falhas estruturais e multifatoriais na gestão da segurança pública e no funcionamento do sistema de justiça criminal, de forma que estatísticas, mesmo quando refletem a realidade com grande precisão, não significam, isoladamente consideradas, a inaptidão, em tese, de determinado tipo penal.

Nesse sentido, sabe-se que crimes de furto, roubo e lesão corporal, por exemplo, apresentam altas taxas de cifras obscuras, superiores a 50% (cinquenta por cento)²⁸¹, e que tendem a ser ainda mais elevadas quando as vítimas pertencem a setores sociais com menor escolaridade e renda.²⁸² Ainda assim, a adequação desses tipos penais, referidos a bens jurídicos pessoais e integrantes do chamado Direito Penal clássico, não costuma ser questionada, e dificilmente a Corte Constitucional terá argumentos para afirmar que tipos que criminalizam atos violentos devem ser reprovados no exame da adequação.

É preciso ter em mente, ainda, que há limitações intrínsecas em torno das estatísticas criminais principalmente porque é ainda mais difícil estimar com precisão quantas condutas descritas no tipo penal seriam cometidas se ele simplesmente não existisse²⁸³ ou se a sanção nele cominada fosse diferente.

Do que foi exposto, portanto, é possível concluir que, embora níveis elevados de cifras obscuras não signifiquem, por si sós, que o tipo penal afetado é inidôneo para o cumprimento do objetivo esperado, eles constituem indícios de inadequação da intervenção penal que devem ser levados em consideração pela Corte Constitucional.

2.4.3. Adequação, ofensividade e os crimes de perigo abstrato

Aponta-se como fundamento constitucional do princípio da ofensividade o papel central que o modelo de Estado Democrático de Direito atribui à pessoa humana, ao indicar que a

²⁸⁰ SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Polícia, direito e poder de polícia. A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 43, p. 295-321, 2003.

²⁸¹ CAETANO, Fábio Massaú et al. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009, *Estudos Econômicos*, São Paulo, vol. 50, núm. 4, p. 647-670, out./dez. 2020, p. 655. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/162269>. Acesso em 10 de abril de 2023.

²⁸² *Ibidem*, p. 662-664.

²⁸³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 154.

afetação da liberdade individual, a partir da imposição de uma pena, só se justifica quando a própria existência humana esteja em risco. Esse quadro, que coloca o ser humano como um valor ético em si mesmo, associado à noção de que a mera submissão do acusado a um processo que o ameace com a imposição de uma sanção criminal configura relevante afetação de atributos pessoais, impede o manejo do Direito Penal como instrumento para o cumprimento de outras finalidades que não a própria preservação de bens jurídicos essenciais à vida social.²⁸⁴

Entende-se, assim, que a restrição da liberdade de locomoção, afetada pela cominação de sanção criminal, sob a égide do Estado Democrático de Direito e de uma ordem constitucional que exalta o direito geral de liberdade, está sujeita a uma dupla limitação: uma formal, imposta pelo princípio da estrita legalidade, e outra material, consistente no princípio da ofensividade. Essa limitação material se traduz na consagração da liberdade e da autonomia individual como a regra geral, de forma que a legitimidade da intervenção jurídico-penal se restringe às externalizações que transcendem o foro íntimo e que prejudicam ou colocam em perigo bens jurídicos.²⁸⁵

Na mesma trilha, Nilo Batista aponta que o princípio da ofensividade, ao se basear nos atributos de exterioridade e alteridade, demarca a separação entre Direito e Moral. Isso porque tal princípio proclama que uma conduta individual somente tem relevância para o Direito Penal quando é exteriorizada e quando adentra na esfera de outro sujeito, o que é representado pela noção de afetação de um bem jurídico.²⁸⁶ Aponta Batista, então, a existência de quatro funções desempenhadas pelo princípio da ofensividade, funções essas que, se bem analisadas, configuram critérios a serem examinados no âmbito do controle constitucional da proporcionalidade dos tipos penais.

A primeira delas consiste na ideia de que é vedada a incriminação de atitudes internas dos indivíduos, de modo que meros pensamentos, desejos, convicções, ideias e sentimentos não podem ser objeto de criminalização, ainda que essas aspirações envolvam hipotéticas práticas de crimes. Essa orientação é compatível com a posição segundo a qual a cogitação não é punível pelo Direito Penal, conquanto os aspectos psicológicos do agente possam interessar ao Direito, após a externalização de uma conduta, a exemplo do que se dá nas investigações sobre o dolo.²⁸⁷ A segunda função desempenhada pela ofensividade consiste na exigência de que a conduta

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 87-88.

²⁸⁵ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 107 e 109.

²⁸⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro...*, p. 91.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 92.

praticada pelo autor exceda sua própria esfera, o que afasta a legitimidade de tipos baseados em autolesão. Essa mesma função explica a previsão legal²⁸⁸ no sentido de que seja iniciada a execução do delito para que os atos preparatórios, ou o conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime, sejam punidos.²⁸⁹ Por sua vez, a terceira função consiste na vedação da criminalização de simples estados ou condições existenciais, impondo-se, como decorrência da ofensividade, efetivas ações praticadas pelo sujeito, no âmbito da exigência de um Direito Penal do fato, e não do autor.²⁹⁰ Por fim, a quarta função do princípio da ofensividade apontada pelo professor se relaciona à condição de que a criminalização abranja apenas condutas que afetem um bem jurídico, não bastando que práticas sejam perseguidas apenas porque contrariam valores morais majoritários.²⁹¹

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, relaciona a proporcionalidade em sentido amplo e o princípio da ofensividade ao destacar que ambos, em conjunto com os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da intervenção mínima, atuam como critérios de orientação para a seleção de quais bens jurídicos podem ser convertidos em bens jurídicos-penais, bem como de indicação de quais modalidades de ataque a esses bens podem ser tipificadas.²⁹² Assim, sustenta o autor que, diante de situações que envolvam a perda ou a privação de um direito fundamental, principalmente o da liberdade individual, valores como a proporcionalidade e a justiça exigem que tenha ocorrido violação de outra liberdade de importância maior ou ao menos igual, o que permite concluir que o Direito Penal só pode incidir quando a infração for lesiva ou concretamente perigosa para o bem jurídico.²⁹³

Nesse quadro, tipos penais estruturados sob a forma de crimes de perigo abstrato, por se configurarem mesmo sem a demonstração de que a conduta praticada produziu uma situação concreta de perigo para o bem jurídico, figuram dentre as espécies de previsões legais penais cuja legitimidade é mais frequentemente contestada, notadamente por infringência do subprincípio da *adequação*.

A doutrina observa que normas com essa estrutura são de difícil aplicação, ou tendem a ter aplicação totalmente aleatória, pois dependem da descoberta da prática delitiva no momento

²⁸⁸ Na forma dos arts. 14, II, e 31, ambos do Código Penal.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 92.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 93.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 94.

²⁹² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 45-46.

²⁹³ *Ibidem*, p. 46.

em que ela é realizada, em oposição ao que se dá em relação aos crimes de lesão ou de perigo concreto. Essa característica demonstraria, desde logo, sua inadequação para a tutela de bens jurídicos, diante da impossibilidade de que o aparato estatal exerça uma fiscalização abrangente sobre as mais variadas atividades. Além disso, essa aplicação aleatória dos tipos penais de perigo abstrato colocaria em risco a eficácia preventiva da norma e a credibilidade do ordenamento, além de dar margem para a adoção de condutas arbitrárias e seletivas por parte das autoridades.²⁹⁴

Sem embargo das críticas, o fato é que a antecipação da intervenção penal mediante a adoção de tipos de perigo abstrato vem sendo adotada como parte da solução, concebida por vários juristas, para problemas sociocriminais observados na sociedade moderna, dependente da higidez de políticas econômicas, financeiras e tributárias, e ameaçada pela atuação de grupos criminosos organizados e por agressões a bens de titularidade difusa, como o meio ambiente.²⁹⁵

Diante desse cenário, no que concerne ao controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, a pergunta básica a ser respondida é: pode o legislador, à luz dos limites impostos pela Constituição, positivar normas que tipificam condutas e estabelecem presunções absolutas de que elas causam perigo a bens jurídicos?

Nas duas oportunidades em que se manifestou expressamente sobre o tema, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal aderiu à posição do Ministro Gilmar Mendes, no sentido da conformidade constitucional de estruturas típicas de perigo abstrato. Nas ocasiões, Mendes destacou ser inquestionável a influência na interpretação e aplicação da lei penal exercida pelo princípio da ofensividade, mas que era imperativa uma evolução jurisprudencial para que a Corte o aplicasse de forma conjunta com o princípio da proporcionalidade. Sustentou-se, assim, que tipos penais dessa espécie, embora não sejam, em princípio, considerados inconstitucionais, dado que é lícito que o legislador adote, em cada caso, a melhor forma de tutelar o bem jurídico, devem ser submetidos a um controle constitucional rígido, sobretudo sob o viés do subprincípio da adequação. Acolhendo esse entendimento, o Tribunal observou que estruturas típicas de perigo abstrato são formas eficazes de tutela de bens jurídicos coletivos, mas sua legitimidade depende de que sejam observados alguns requisitos. Destacou-se, na esteira do magistério de Tereza Aguado Correa, que tipos de perigo abstrato devem ser considerados idôneos desde que dados empíricos valorados pelo legislador demonstrem que as condutas tipificadas geralmente

²⁹⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 134-136.

²⁹⁵ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64-65.

configuram um perigo ao bem jurídico tutelado, o que exclui do âmbito típico as situações em que a materialização desse risco é apenas excepcional, assim como os casos de meras infrações administrativas.²⁹⁶

Em sentido harmônico, Thiago Baldani Gomes De Filippo sustenta que a legitimidade dos tipos de perigo abstrato deve ser avaliada sob parâmetros mais rigorosos do que aqueles aplicáveis aos tipos de dano ou de perigo concreto. Tal como fez em relação à verificação da constitucionalidade de tipos penais que se propõem a tutelar bens coletivos²⁹⁷, o pesquisador defende a adoção de uma versão adaptada dos critérios presentes na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, de forma que a legitimidade dos tipos penais de perigo abstrato seja avaliada sob um *escrutínio estrito*. Assim, sustenta que, se o legislador pretender se valer de tipos de perigo abstrato, ele precisa cumprir dois deveres adicionais àqueles que já seriam exigidos para a aprovação de qualquer norma penal.

O primeiro dever impõe que os tipos penais abstratos contemplem *possibilidades não-fabricadas de dano* a bens jurídico-penais, exigindo-se que a estrutura típica reflita o conhecimento obtido a partir de dados científicos e empíricos e, quando necessário, descreva uma finalidade especial de agir, sob o fundamento de que “a ausência de substrato empírico nos desvalores de resultado jurídico dos tipos de perigo abstrato deve ser compensada pelo reforço da gravidade dos desvalores abstratos de suas condutas típicas.”²⁹⁸

A obtenção desse conhecimento técnico, segundo a proposta do pesquisador, se daria a partir do diálogo com especialistas integrantes de comitês de assessoramento ao Parlamento, composto por estudiosos de diferentes correntes.²⁹⁹ De Filippo exemplifica a aplicação de sua proposta ao afirmar que “as estatísticas relativas ao número de incêndios provocados por balões deveria ter sido debatida quando da edição do tipo do art. 42 da Lei Federal 9.605/1998”, assim como “o número de mortes ou lesões ocorridas no âmbito doméstico por disparos acidentais de armas de fogo afigurar-se-ia extremamente oportuno quando da edição do crime de posse de arma de fogo e munições”.³⁰⁰

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal, Segunda Turma, *Habeas Corpus* n° 102.087, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28 de fevereiro de 2012; e *Habeas Corpus* n° 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06 de março de 2012.

²⁹⁷ Tema abordado no item 2.4.1.1.

²⁹⁸ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 230.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 231.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 231.

Defende o pesquisador que, no caso das ações concretamente perigosas, basear-se nesses dados empíricos já se mostra suficiente para que os respectivos tipos reflitam possibilidades reais de danos. Por outro lado, nos crimes preparatórios de posse e de *status*, a ofensividade demanda, além dos mencionados dados, que se insira no tipo penal a descrição de uma finalidade especial de agir para conferir sentido à antecipação da proibição das condutas.³⁰¹

Por sua vez, o segundo dever imposto ao legislador, no entender de De Filippo, envolve demonstrar a “absoluta necessidade de utilização da estrutura típica de perigo abstrato, constatando-se a inviabilidade das outras formas preferíveis de proteção, a saber, tipos de dano ou tipos de perigo concreto”, ou seja, evidenciar a subsidiariedade do modelo de tipo penal abstrato dentre as outras estruturas típicas possíveis (tipos de dano e de perigo concreto).³⁰² E isso sob o fundamento de que a estrutura de tipo penal abstrato é aquela que mais afeta a liberdade individual, na medida em que é proibida mesmo sem alteração da realidade empírica, a exigir do legislador a demonstração, mediante dados técnicos, de sua necessidade com maior ênfase.³⁰³

Implementadas essas exigências em face do Parlamento, o controle da proporcionalidade pautado na ofensividade permitiria que a Corte Constitucional, quando provocada a se manifestar a respeito da constitucionalidade de tipos penais de perigo abstrato, examinasse se os ônus foram cumpridos e, conseqüentemente, se esse modelo de criminalização se justifica no caso examinado.

2.4.4. O problema das leis meramente simbólicas

Quando se discute a exigência de que as normas penais sejam adequadas, no sentido de que elas devem se mostrar idôneas para oferecer efetiva proteção de bens jurídicos, surge a necessidade de enfrentar o problema das chamadas leis meramente simbólicas, cuja constitucionalidade poderá ser questionada perante a Corte Constitucional. Como observa Rodrigo Fuziger, “a pecha de ‘simbólico’ é um manifesto juízo de reprovação acerca da política criminal que tem sido cada vez mais observada em diversas legislações”³⁰⁴ e, não raramente, resulta em intervenção penal desproporcional.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 231-233.

³⁰² *Ibidem*, p. 230 e 233.

³⁰³ *Ibidem*, p. 234.

³⁰⁴ FUZIGER, Rodrigo José. *As faces de Jano: o simbolismo no Direito Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 184.

Winfried Hassemer observa que não há na doutrina um conceito preciso e adequado de *símbolo* ou de *legislação simbólica*³⁰⁵, ao mesmo tempo em que reconhece que todas as leis, sobretudo as leis penais, estão sempre vinculadas a efeitos simbólicos³⁰⁶, dado que comunicam um comando estatal de abrangência geral. O autor afirma, todavia, existir um certo consenso no sentido de se conceber o Direito Simbólico como aquele consistente numa oposição entre *realidade* e *aparência*, entre *manifesto* e *latente*, entre o que *é verdadeiramente querido* e o que *é diversamente aplicado*, e sempre envolve que sejam considerados os efeitos reais produzidos pelas leis penais³⁰⁷, daí porque o autor aduzir ser pressuposto necessário ao próprio reconhecimento do termo Direito Penal Simbólico que se conceba um Direito Penal orientado às consequências. Assim, no seu entender, seria possível definir a lei penal simbólica como aquela em que há um descompasso entre as chamadas *funções manifestas* e as *funções latentes* da norma penal: nela, prevalece a inefetividade instrumental para alcançar *funções manifestas*, cumprindo adequadamente apenas as *funções latentes*, o que revela sua incapacidade estrutural para funcionar de forma efetiva como medida protetiva de um bem jurídico.³⁰⁸ Noutros termos, o resultado que a norma simbólica aparenta produzir não se confirma na realidade.

Hassemer expõe que, na doutrina, pode ser encontrada uma forma plausível de classificação que agrupa leis de Direito Penal Simbólico em quatro grupos: (i) leis de declaração de valores, de que seria exemplo o tipo penal do aborto, ao polarizar a autodeterminação das mulheres, de um lado, e a proteção da vida intrauterina, de outro; (ii) leis com caráter de apelo moral, caso das normas penais que tutelam o meio ambiente, por pretenderem estimular a consciência ecológica por parte das pessoas que ocupam posições relevantes; (iii) leis que servem como um alibi do legislador em resposta a crises, tendo como objetivo conter o medo social, a exemplo das normas de enfrentamento do terrorismo; ou (iv) leis de compromisso, caso das cláusulas penais gerais, que satisfazem uma necessidade de ação.³⁰⁹

No Brasil, o Direito Penal Simbólico é descrito como um fenômeno indesejado, impulsionado pela primazia da emergência no cenário político-jurídico, e que acarreta um crescimento desordenado do ordenamento punitivo, quadro que resulta em um conjunto de leis penais desproporcionais e disfuncionais.³¹⁰ Nesse sentido, Marcelo Neves se vale da figura da

³⁰⁵ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...*, p. 28.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 25.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 28.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 29-30.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 26.

³¹⁰ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 82.

legislação-álibi para alertar que “as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes”, inserindo essa específica forma de atuação estatal num quadro mais amplo de manipulação social a partir da contraposição entre a *Constituição simbólica*, caracterizada por normas de baixa eficácia e que intencionalmente veicula apenas promessas, e a *Constituição normativa*.³¹¹

Em sentido harmônico, De Filippo aponta como manifestações do Direito Penal Simbólico no ordenamento brasileiro a “proliferação de tipos que hasteiam bandeiras de temas como meio ambiente, defesa do consumidor, proteção da mulher, luta contra a corrupção, segurança no trânsito etc”, reformas legislativas que aumentam penas de tipos já existentes, de forma repentina, a exemplo do furto e da recepção envolvendo semoventes, e “normas penais explicativas que distorcem certos significados próprios de outros ramos do Direito, como a equiparação a documentos públicos de certas cártulas”. Na visão do autor, muitos desses traços descortinariam a pressão de determinados grupos econômicos que se valeriam do Direito Penal para aumentar a proteção de seu próprio patrimônio.³¹²

No entendimento de Hassemer, tais normas padecem de absoluta inefetividade instrumental para alcançar a proteção de um bem jurídico, embora transmitam uma aparência de efetividade, o que permite dizer que elas se traduzem num engano³¹³, pelo que não poderiam ser consideradas compatíveis com o subprincípio da adequação. Além disso, de acordo com o autor, leis penais simbólicas também provocam a despolitização social e a simplificação dos debates, assim como a descontextualização de conflitos, fornecendo uma falsa sensação de segurança à sociedade³¹⁴, ou seja, trazem mais malefícios do que benefícios, de forma que também poderiam ser desqualificadas sob o viés do subprincípio da desproporcionalidade em sentido estrito.

Sem embargo, De Filippo alerta que as críticas ao Direito Penal Simbólico formuladas por Hassemer são contrastadas com as posições de José Luis Díez Ripollés, para quem os efeitos simbólicos das leis penais são, na realidade, indispensáveis à prevenção de comportamentos e, conseqüentemente, partes integrantes da própria função de proteção de bens jurídicos. Nessa trilha, De Filippo destaca que o autor espanhol inclusive propõe a substituição do termo *efeitos simbólicos* por *efeitos expressivo-integradores* sob o argumento de que eles “suscitam emoções

³¹¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 38.

³¹² DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 83.

³¹³ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos...*, p. 29-30.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 28-31.

e sentimentos (expressividade), além de determinarem representações valorativas nas mentes das pessoas” de forma que, ao lado dos *efeitos materiais*, conduziriam à prevenção de comportamentos nocivos ao bem jurídico.³¹⁵ Destaca-se, assim, que no pensamento de Díez Ripollés, o problema não decorreria do descompasso entre as chamadas *finalidades manifestas* e as *finalidades latentes*, sendo, na realidade, verificado nas situações em que a preservação da ordem social e a proteção de bens jurídicos importantes independem dos *efeitos expressivo-integradores* presentes nas normas penais.³¹⁶

Por sua vez, Ademar Borges de Sousa Filho, ao constatar que a opção pela criminalização e cominação de sanção em face de determinada conduta acarreta simultaneamente funções instrumentais e simbólicas, sustenta que as últimas só devem ser levadas em consideração no juízo de adequação caso se convertam em funções instrumentais. Assim, defende que a comunicação da importância de um bem jurídico e da proibição de uma conduta só importa, em termos de adequação da lei penal, na medida em que contribuir para a proteção do bem jurídico. Para o autor, o controle de constitucionalidade de cada tipo penal deve se dar a partir da comprovação fática de que a ameaça de imposição de sanção fomenta a proteção ao bem jurídico, o que reforçaria a importância das finalidades preventivas da pena. Por sua vez, à função retributiva incumbiria apenas o papel de limitar a sanção, não lhe servindo de fundamento.³¹⁷

As críticas dirigidas à legislação penal simbólica, embora não permitam, em princípio, encerrar a discussão sobre a proporcionalidade de determinada norma penal, são valiosas e se harmonizam com ideias que vêm sendo difundidas neste trabalho. Nesse sentido, insiste-se na importância de que, num sistema democrático, medidas restritivas de direitos fundamentais e, mais ainda, leis penais, tenham sua legitimidade avaliada não apenas de forma abstrata, sendo imperativo conhecer, além de seu conteúdo, também os efeitos reais produzidos, a partir de elementos empíricos.³¹⁸ Dados que demonstrem a ocorrência de defeitos na aplicação dos tipos penais e desvios indevidos no respectivo processo legislativo, portanto, devem ser considerados pela Corte Constitucional quando do juízo constitucional sobre sua proporcionalidade.

³¹⁵ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 84.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 84-85.

³¹⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais...*, p. 337-338.

³¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no Estado de Direito...*, p. 68.

2.5. Parâmetros do subprincípio da necessidade

O subprincípio da necessidade impõe seja verificado se a medida restritiva constitui um meio indispensável para realizar o fim que ela objetiva alcançar, ao mesmo tempo em que se constata que ela não pode ser substituída por outra medida, menos gravosa ao direito fundamental afetado, sem perda da eficácia.³¹⁹ Essa noção explica o fato de o subprincípio da necessidade também ser intitulado subprincípio da exigibilidade, no sentido de que as restrições somente são aceitáveis se, e na medida em que, se mostrarem imperativas para que se alcance a proteção de um valor essencial.

Essa análise se traduz, assim, numa avaliação comparativa que se processa por meio de duas operações conjugadas: a primeira, voltada à verificação a respeito da existência de um meio alternativo com idoneidade superior ou, pelo menos, igual àquela do meio que está sendo examinado; e a segunda, no sentido de que esse meio alternativo apresenta menor onerosidade para o direito atingido, quando comparado com o meio cuja legitimidade está sendo examinada.³²⁰

A compreensão do teste de necessidade permite constatar, assim, que ele traz dentro de si o teste de adequação³²¹, haja vista que a conclusão sobre a maior ou a menor onerosidade de uma determinada medida alternativa, a partir de um juízo comparativo com a medida questionada, depende, antes, da avaliação a respeito da idoneidade dos dois objetos que estão sendo comparados. Tanto é assim que, na ordem lógica concebida pela doutrina majoritária e pela jurisprudência, o teste de adequação logicamente precede ao teste de necessidade³²², analisando-se se o meio é necessário apenas após se constatar que ele é adequado ao objetivo legítimo perseguido.

A realização do teste de necessidade traz um ônus argumentativo para o juiz constitucional consistente na indicação concreta da medida alternativa, isto é, da medida menos gravosa que permite concluir que o meio questionado era desnecessário. Impõe-se ao juiz que conclui pela *desnecessidade* do meio questionado, assim, “indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios

³¹⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 81.

³²⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais...*, p. 284.

³²¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 83.

³²² SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 30.

adequados ao fim colimado”³²³, sob pena de o juízo sobre a necessidade converter-se em mero voluntarismo por parte do julgador.

Sustenta-se que a comparação entre os graus de idoneidade da medida avaliada e da medida alternativa é uma tarefa complexa, ao exigir que sejam consideradas diferentes dimensões de eficácia. Assim, essa comparação envolve a valoração dos aspectos *quantitativo*, *qualitativo*, *probabilístico* e *temporal* da idoneidade apresentada por cada medida avaliada no caso concreto, de modo que seria possível compreender com profundidade se a medida alternativa promove o objetivo com a mesma intensidade, qualidade, grau de êxito e velocidade que a medida submetida ao teste.³²⁴

O mesmo pode ser afirmado em relação à investigação a respeito da menor onerosidade da medida alternativa quando comparada com a medida questionada, de forma que os impactos de ambas sobre os direitos envolvidos no caso também sejam medidos em relação aos seus traços *material*, *temporal*, *espacial*, *pessoal* e *probabilístico*. Dessa forma, a conclusão a respeito da menor onerosidade de uma ou de outra medida deve considerar variáveis como a intensidade da afetação desses direitos, suas dimensões no tempo, no espaço e nos grupos sociais envolvidos, além da probabilidade de esses efeitos efetivamente se configurarem.³²⁵

O teste de necessidade se harmoniza com o princípio da intervenção mínima desenvolvido pela doutrina penal, ao apontar para as consequências que a tipificação de condutas e a aplicação de penas provocam no direito fundamental de liberdade. Esse quadro obriga que o Direito Penal seja reduzido tanto quanto possível, de forma que esse ramo intervenha “somente no que for essencial para a tutela da coletividade, ou seja, minimamente”³²⁶, encaminhando-se para outros setores do ordenamento a regulação de ações de menor repercussão.

Em sentido harmônico, Nilo Batista aponta que a adoção da via penal como *ultima ratio* decorre do conhecimento, baseado em extensa pesquisa empírica, de que a pena nem sempre é a solução perfeita para a obtenção de proteção suficiente a bens jurídicos. Para o autor, a despeito de não se encontrar previsto de forma expressa na Constituição ou no Código Penal, sua observância obrigatória pelo legislador e pelo intérprete do ordenamento advém do fato de ser um princípio imanente e conectado com outros princípios jurídico-penais, esses sim

³²³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 82.

³²⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais...*, p. 284-285.

³²⁵ *Ibidem...*, p. 285.

³²⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.*, p. 84.

positivados, bem como de sua ligação com os pressupostos políticos do Estado Democrático do Direito.³²⁷

Como bem observa De Filippo, “a superação do filtro de adequação significa dizer que o *objeto* é digno de tutela penal, o que representa a solução de apenas a primeira das questões em torno da legitimidade dos tipos penais”, haja vista que ainda será necessário examinar “o *modo* da tutela penal, ou seja, a maneira pela qual ela se manifesta a fim de se verificar em que medida a estrutura típica eleita pelo legislador restringe o direito fundamental à liberdade”³²⁸, daí porque proceder-se ao exame da necessidade.

Defende-se, então, que o legislador infraconstitucional penal, guiado pela noção de intervenção mínima e pela exigência constitucional da necessidade, deve agir em dois momentos distintos. Inicialmente, sua atuação envolve decidir quais bens jurídicos presentes no contexto social podem ser considerados bens jurídicos-penais, no sentido de que sua proteção ficará a cargo do Direito Penal. Após, o legislador deverá avaliar quais situações de ataque a esses bens jurídicos-penais selecionados serão objeto de criminalização.³²⁹ Pode-se dizer, assim, que esses dois momentos correspondem à concretização das características da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal³³⁰, assim como do princípio da ofensividade, o que reforça o alerta já registrado em tópicos anteriores a respeito da importância de que o interior da estrutura da proporcionalidade seja preenchido com os reclamos da dogmática penal.

Em relação ao controle de constitucionalidade, Ademar Borges de Sousa Filho sustenta que o juízo de necessidade da lei penal deve ser entendido de forma diferenciada em relação à norma de conduta e à norma de sanção, da mesma forma que o autor defende em relação ao juízo de adequação.³³¹ Em relação à norma de conduta, sustenta que a afirmação de que uma lei penal é necessária depende da demonstração de que a descriminalização da conduta, ou sua substituição por uma tipificação alternativa, com menor âmbito de proibição, alteraria a eficácia protetiva do bem envolvido.³³² Já quanto à norma de sanção, a necessidade concretiza a ideia de subsidiariedade, e determina que o recurso ao Direito Penal só seja invocado quando outros meios, menos onerosos, não se mostrarem suficientes à tutela do bem jurídico (*subsidiariedade*

³²⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro...*, p. 85.

³²⁸ DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal...*, p. 106-107.

³²⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 83.

³³⁰ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais...*, p. 40.

³³¹ Como exposto no item 2.4.

³³² SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais...*, p. 345.

externa), ao mesmo tempo em que veda a imposição de sanções mais severas quando as mais leves se mostrarem suficientes à obtenção do mesmo resultado em termos de proteção (*subsidiariedade interna*).³³³

2.5.1. Necessidade e subsidiariedade do Direito Penal

Vislumbra-se na subsidiariedade o estabelecimento de um conteúdo material ao mandamento constitucional da necessidade, evitando-se, na fase de elaboração legislativa, que se recorra de forma automática e indiscriminada ao Direito Penal, ramo que, sob um primeiro olhar, apresenta-se como sendo o mais eficaz do ordenamento em termos de proteção a bens jurídicos.³³⁴

Luís Greco destaca que o desenvolvimento teórico da subsidiariedade, que ele classifica como um princípio, precede o princípio da proporcionalidade. Isso não teria impedido, no entanto, que a subsidiariedade passasse, atualmente, a ser vista como uma concretização da proporcionalidade, principalmente do subprincípio da necessidade.³³⁵

A exigência constitucional de que o Direito Penal seja subsidiário abrange dois aspectos complementares: se a tutela do bem jurídico puder ser alcançada por outras medidas sociopolíticas, não é permitido que o Estado se valha da via penal (aspecto negativo); de outro lado, o Estado tem o dever de adotar todas as medidas não penais que evitem o emprego da criminalização (aspecto positivo), de forma que se organize uma política social sadia e previna a ocorrência de problemas criminais.³³⁶

Nessa trilha, como bem aponta Santiago Mir Puig,

o Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado Social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da “máxima utilidade possível” para as eventuais vítimas deve ser combinado com o “mínimo sofrimento necessário” para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção

³³³ *Ibidem*, p. 350.

³³⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal...*, p. 86.

³³⁵ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 170.

³³⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 85-86.

possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o “princípio da subsidiariedade”, segundo o qual o Direito penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos.³³⁷

A despeito da inegável importância do princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade do Direito Penal para a racionalização desse ramo do ordenamento, é valiosa a lição de Massimo Donini, para quem a subsidiariedade não pode ser usada isoladamente para controlar a legitimidade das leis penais. Segundo o autor italiano, a subsidiariedade é princípio despido de critérios técnicos sindicáveis pelos juízes, característica que imporá a mobilização conjunta de outras normas que, articuladas com a subsidiariedade, permitissem ao Poder Judiciário exercer um juízo crítico concreto sobre as leis penais.³³⁸ Deriva dessa mesma percepção o recurso à proporcionalidade para controlar a constitucionalidade das leis penais, tratando-se de estrutura que tem operatividade conhecida pelos Tribunais Constitucionais, ao mesmo tempo em que permite a mobilização de outras normas e critérios de controle já consolidados pela dogmática penal.

Uma importante dúvida relacionada ao valor normativo que a subsidiariedade ocupa quando da submissão ao teste de necessidade consiste em saber se o recurso ao Direito Penal depende, obrigatoriamente, de uma efetiva tentativa prévia da comunidade em proteger o bem jurídico de outras formas, ou se basta uma mera projeção hipotética de fracasso dessa tentativa para que o emprego desse ramo jurídico mais gravoso já se mostre, desde logo, legítimo.

É certo que há situações em que poucos colocariam sob suspeita a necessidade da intervenção penal sob o argumento de que a subsidiariedade não foi preservada. A necessidade de criminalização de condutas contra a vida e de graves violações de Direitos Humanos, por exemplo, encontra certo consenso, mesmo entre os defensores de um Direito Penal mínimo. Em outras situações, todavia, a necessidade da tutela penal pode ser desafiada e submetida a testes de natureza empírica, seja no âmbito das discussões parlamentares, seja quando de eventual controle por parte de um Tribunal Constitucional.

Para tornar o teste de necessidade da tutela penal mais seguro, em termos de embasamento em elementos concretos, nessas situações em que a capacidade protetiva de outros ramos do Direito para a tutela pretendida pode ser suficiente, Ademar Borges de Sousa

³³⁷ MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93-94.

³³⁸ DONINI, Massimo. *Jueces y democracia...*, p. 411.

Filho sugere alguns critérios de análise. Dentre eles, defende o estudo do Direito Comparado para que experiências de descriminalização, despenalização ou abrandamento de sanções, efetuadas noutros países, sejam utilizadas para avaliar de forma segura os impactos protetivos de medidas alternativas e sua comparação com a tutela penal. Segundo o autor, a dificuldade em se isolar os fatores componentes de determinado resultado observado após a reforma legislativa seria superada nos casos em que todas as experiências convergem num mesmo sentido. Como exemplo, aponta os casos de descriminalização do aborto e do porte de drogas para uso pessoal, que, em quase todos os países, teria provocado redução de danos aos bens jurídicos tutelados.³³⁹

Acrescenta-se a essa proposta, noutro giro, a necessidade de que as peculiaridades dos contextos nacionais em que essas iniciativas de descriminalização de condutas ou abrandamento da repressão penal foram adotadas, bem como de que eventuais diferenças sociais e culturais em relação à realidade brasileira sejam levadas em consideração por meio de cuidadosa análise, ainda que todos os resultados obtidos em diferentes locais sejam convergentes, pois, em princípio, é certo que uma mesma política legislativa pode produzir efeitos particulares em cada país.

Um segundo critério apontado por Sousa Filho é aplicável aos tipos penais novos, inseridos no ordenamento, portanto, após o decurso de certo lapso temporal em que medidas extrapenais, voltadas aos mesmos objetivos perseguidos pela norma típica, já estavam em vigor. Nesse caso, seria possível mensurar os resultados produzidos após a criminalização e, eventualmente, por meio de um juízo comparativo entre os cenários anterior e o posterior à tipificação, demonstrar que a intervenção penal não acarretou uma efetiva melhoria na proteção do bem jurídico.³⁴⁰

Já no campo da dogmática, Luís Greco defende que uma das tarefas urgentes da doutrina penalista moderna é reestudar o princípio da subsidiariedade, levando-se em consideração o fato de que, na linha do pensamento de Klaus Tiedemann, com quem afirma expressamente concordar, muitas vezes a limitação que o Direito Administrativo ou o Direito Civil acarreta na liberdade é mais intensa que aquela provocada pelo Direito Penal. Nessa trilha, o pesquisador brasileiro conceitua o princípio da subsidiariedade como sendo a norma que impede a via penal para tutelar interesses ínfimos diante do caráter especialmente grave das sanções próprias desse

³³⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais...*, p. 357.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 357-358.

ramo sem reproduzir, portanto, entendimentos tradicionais de subsidiariedade, que se baseiam no caráter *mais* gravoso das sanções penais.³⁴¹

Vale notar que, mesmo diante da referida proposta de redefinição da subsidiariedade, segue intacta a grande contribuição argumentativa fornecida para o controle constitucional da proporcionalidade-necessidade, haja vista que, num modelo de Estado Democrático de Direito, a legitimidade de qualquer limitação de direitos, notadamente aquelas graves – ainda que, eventualmente, não sejam exatamente as *mais* graves conhecidas pelo ordenamento em certas situações – precisa estar submetida a uma avaliação racional de sua indispensabilidade.

2.5.2. Dificuldade do teste de necessidade diante da força do Direito Penal

Foi dito no início de tópico anterior (item 2.5.) que o teste de necessidade envolve uma dupla análise de índole comparativa, que se baseia, inicialmente, em investigar se existe um meio alternativo com idoneidade superior ou, pelo menos, igual àquela do meio que está sendo examinado e, em seguida, avaliar se essa medida alternativa onera menos o direito atingido, quando comparado com a medida testada.

Ocorre que os efeitos práticos da aplicação do teste de necessidade correm o risco de serem esvaziados, no âmbito do controle de leis penais, diante da percepção, bastante difundida, segundo a qual, à primeira vista, nenhum outro ramo do ordenamento é tão eficaz na tutela de bens e interesses quanto o Direito Penal, ou seja, nunca haveria um meio jurídico alternativo para se atingir o fim perseguido pela norma.

Segundo essa visão, tipificações penais *sempre* têm maior impacto em termos de proteção de bens jurídicos quando comparadas com previsões de infrações administrativas, da mesma forma que normas que cominam sanções mais elevadas *sempre* são entendidas como mais protetivas do que aquelas que veiculam punições menos severas. Desse modo, a existência de uma resposta fixa e apriorística, no sentido de uma suposta superioridade de força do Direito Penal, tornaria sem utilidade a verificação a respeito da existência de um meio alternativo com idoneidade superior ou, pelo menos, igual àquela do meio penal.

Da mesma forma, também se entende, em geral, que as medidas de natureza penal *sempre* afetam mais intensamente direitos do que medidas de outros ramos. Com efeito, sem

³⁴¹ GRECO, Luis. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato..., nota de rodapé nº 34.

ignorar a possibilidade de existência de situações em que o regime traçado pelo Direito Administrativo ou pelo Direito Civil acaba impondo limitações à liberdade (e, com ainda maior clareza, à propriedade) mais intensas que aquela provocada pela incriminação, na linha do que foi exposto em tópico anterior (item 2.5.1.), o fato é que a doutrina em geral ainda se baseia no caráter intrinsecamente *mais* gravoso das sanções penais, decorrendo desse quadro a defesa de um Direito Penal subsidiário.

O desafio reside, assim, em evitar que essas percepções prévias, estanques e universalizantes a respeito, tanto de uma maior efetividade do Direito Penal, quanto de uma inequívoca maior afetação de direitos a partir da incidência desse ramo, impeçam a realização de uma análise particularizada da necessidade constitucional de cada norma penal. A ideia é que, assim, seja possível encontrar uma solução ótima para a tutela de bens e interesses em cada caso concreto, levando em consideração os efeitos reais da intervenção penal e sua comparação com outras alternativas normativas existentes.

Ademar Borges Sousa Filho observa que os acadêmicos vêm notando problemas na aplicação prática do teste de necessidade justamente porque as medidas alternativas quase nunca têm a mesma eficácia que a medida questionada, especialmente quando se considera que a sanção penal é encarregada pelo legislador de diversos tipos de finalidades preventivas (prevenção geral positiva e negativa e prevenção especial positiva e negativa).³⁴²

Essa forma de entendimento do subprincípio da necessidade, que o autor nomeia *tradicional*, seria responsável por uma postura de grande deferência da jurisdição constitucional com as escolhas do legislador, limitando o alcance e a intensidade do juízo de necessidade sobre os atos estatais, que, com isso, passa a ser classificado como um teste *fraco*.³⁴³ Para ilustrar esse cenário, o autor menciona precedente no qual o Tribunal Constitucional da Espanha destacou que a lei só deve ser reprovada no teste de necessidade se “à luz do raciocínio lógico, de dados empíricos não controversos e do conjunto de sanções que o mesmo legislador julgou necessário para atingir os fins de proteção análogo”, ficar demonstrada a “manifesta suficiência de um meio alternativo menos restritivo de direitos para a consecução igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador”³⁴⁴, quadro que seria de configuração bastante rara.

³⁴² SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais...*, p. 340.

³⁴³ *Ibidem*, p. 339 e 344.

³⁴⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional da Espanha, Sentencia 60/2010, *apud* SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais...*, p. 339.

Relata o pesquisador, assim, que estudiosos como Humberto Ávila, Gloria Patricia Lopera Mesa, Raquel Lima Scalcon e Lucas Catib de Laurentis defenderam ajustes no entendimento do subprincípio da necessidade de forma a reabilitar o seu funcionamento enquanto meio de contenção dos excessos punitivos. Em síntese, as propostas defendidas pelos diferentes autores mencionados para conferir efetividade ao subprincípio da necessidade sustentam a viabilidade de invalidar a medida questionada, ainda que uma medida alternativa seja um pouco menos eficaz para a concretização do objetivo perseguido, se ela se mostrar, em contrapartida, muito menos gravosa para o direito afetado. Sugere-se, assim, seja feita uma ponderação, dentro do teste de necessidade, entre o grau de promoção da finalidade almejada e o grau de restrição do princípio afetado, em adição às demais avaliações que já seriam feitas nesta etapa segundo uma perspectiva *tradicional*.³⁴⁵

Ao contrário do que se poderia imaginar à primeira vista, essa avaliação não poderia ser feita quando da realização do teste de proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque o que essas propostas propõem é que o teste de necessidade passe a incluir mais uma faceta quando da comparação entre a medida questionada (no caso, o tipo penal cuja constitucionalidade é desafiada) e as medidas alternativas (normas de Direito Civil ou Direito Administrativo, por exemplo), ao passo que o teste de proporcionalidade em sentido estrito envolve a comparação entre a restrição do direito fundamental (tipo penal) e a realização da finalidade da lei (tutela de bens jurídicos ou de interesses essenciais da coletividade).³⁴⁶

Nessa trilha, Raquel Scalcon sustenta que “não basta olhar isoladamente para a capacidade de a medida realizar o objetivo almejado. Deve-se sempre verificar a proporção existente entre grau de promoção e grau de restrição”, concluindo que o melhor meio é aquele que estabelece uma relação mais harmônica com os valores constitucionais em termos de perdas e ganhos. Haveria, assim, a escolha pelo meio que mais se coaduna com a Constituição, mesmo não sendo exatamente o mais eficaz, em atenção ao mandamento da concordância prática entre os diferentes valores constitucionais envolvidos no caso.³⁴⁷

2.5.3. Necessidade e propostas alternativas

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 340-341.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 340.

³⁴⁷ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais...*, p. 106.

O mandamento de que o Direito Penal seja mobilizado como mecanismo de controle social e tutela de bens jurídicos apenas quando restar demonstrado que nenhum outro ramo do ordenamento é igualmente apto a essa função recomenda o conhecimento a respeito das alternativas que se apresentam para o atingimento da proteção esperada pela sociedade contra ataques aos seus valores essenciais.

Sabe-se que diversos tipos penais descrevem condutas que também encontram no Direito Administrativo o enquadramento como ilícitos administrativos, o que é particularmente comum em ramos como o Direito Ambiental e o Direito Tributário e no bojo de atividades econômicas reguladas. Nessas situações em que há uma sobreposição de instâncias punitivas, a declaração de inconstitucionalidade de tipos penais não terá como efeito deixar totalmente descoberta a proteção dos bens jurídicos. Isso não acontece, por outro lado, quando a única tutela oferecida para determinado bem ou interesse consiste na lei penal cuja constitucionalidade se contesta.

É claro que, sob um prisma estritamente jurídico, o exame sobre a compatibilidade de uma determinada lei penal com os limites constitucionais ao *jus puniendi* deveria bastar para que a Corte Constitucional afastasse do ordenamento qualquer disposição que com eles se incompatibilize. É inegável, no entanto, que, na prática, muitos fatores externos ao Direito acabam influenciando a jurisdição constitucional, como, aliás, já se registrou em tópico anterior (item 2.2.). Assim, a existência ou não de alternativas normativas extrapenais em vigor é um dos fatores que pode influenciar a decisão do Tribunal Constitucional, sobretudo em Cortes que se baseiam em orientações consequencialistas e que atuam sob forte pressão social.

Uma situação concreta ilustra esse quadro. A Corte Constitucional da Colômbia decidiu pela inconstitucionalidade do delito de ultraje a emblemas ou símbolos pátrios destacando, dentre outros fundamentos, que a tipificação mencionada não se coadunava com o subprincípio da necessidade dado que já existiam, no ordenamento colombiano, outras medidas, de caráter administrativo, capazes de proteger os mesmos valores constitucionais que a intervenção penal intentava tutelar.³⁴⁸

De outro lado, na linha do que já se registrou quando do estudo sobre a inadequação das leis penais puramente simbólicas (item 2.4.4.), a escolha pela criminalização de certas condutas, como forma de solucionar problemas sociais complexos e multifacetados, acaba de certo modo isentando o legislador e o administrador da responsabilidade de desenvolver outros arcabouços

³⁴⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-575/09, item 6.3.

normativos e políticas públicas mais eficientes. Nesse quadro, alguns penalistas têm notado que a defesa da redução do Direito Penal precisa ser acompanhada do desenvolvimento de propostas concretas para lidar com os comportamentos nocivos à sociedade contemporânea.

O modelo de Direito Penal mínimo elaborado por Winfried Hassemer, por exemplo, caminha nesse sentido. Segundo o autor, a criminalização recairia, em princípio, apenas sobre as condutas que causassem lesão aos bens jurídicos individuais clássicos, ou que os colocassem em perigo de forma grave e evidente. De forma paralela, Hassemer propõe o desenvolvimento de um novo ramo que intitula Direito de Intervenção, formado por medidas de regulação e sanções menos graves que as sanções penais, e que poderiam ser aplicadas com menos formalidades e garantias processuais.³⁴⁹

Assim, a proposta de Hassemer prevê, em relação a várias situações, a substituição da intervenção penal por instrumentos dotados de maior capacidade de prevenção, direcionados ao efetivo controle de comportamentos, e disciplinados por outros ramos jurídicos, como Direito Administrativo, Direito Sanitário, Direito do Trabalho ou Direito Tributário, instrumentos esses que, em trabalho anterior, o autor já intitulava Direito da Intervenção.³⁵⁰ Prevê, ainda, a adoção de outras medidas mais eficazes de responsabilização por danos, como a inclusão da contratação de seguro como requisito legal para o desenvolvimento de certas atividades econômicas e a facilitação de acesso ao Poder Judiciário para a eventual obtenção de responsabilização cível.³⁵¹

Além disso, Hassemer também lista como medidas mais adequadas que a via penal certos instrumentos de prevenção técnica, que imporiam obstáculos fáticos, organizacionais e econômicos à prática de delitos, de que seriam exemplos o intercâmbio regulamentado de informações sobre atos suspeitos de corrupção e os acordos internacionais para a prevenção e persecução da lavagem de dinheiro.³⁵²

A proposta, embora seja objeto de forte crítica, sob o argumento de que restringir a tutela penal aos bens jurídicos individuais ignora as repercussões de comportamentos socialmente

³⁴⁹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 22, 1998, p. 27-35.

³⁵⁰ HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, Valencia, vol. 1, num. 1, jan. 1998, p. 40.

³⁵¹ HASSEMER, Winfried; CONDE, Munoz. *La responsabilidad por el producto em Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 41-47 e 187-199.

³⁵² HASSEMER, Winfried. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 6, num 23, p. 27-28, jul./set. 1998.

danosos e direciona a repressão criminal apenas aos pobres, já negligenciados pelo Estado³⁵³ é interessante exemplo de desenvolvimento teórico dedicado a tratar de aspectos dogmáticos em conjunto com modelos alternativos extrapenais, pretensamente condizentes com as complexidades da era contemporânea.

Como se nota, todavia, a implementação de propostas abrangentes de reformulação do Direito Penal e de ramos alternativos depende de uma verdadeira revolução nas mentalidades e no sistema jurídico, o que não é algo simples e nem rápido.

2.6. Parâmetros do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

No Direito Público, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é a terceira e última etapa de verificação da justiça da medida restritiva, sendo avaliado quando a medida restritiva já foi validada nos juízos de adequação e necessidade. Dedicar-se esse subprincípio à verificação da existência ou não de uma razoável proporção entre o sacrifício que o meio utilizado causa em determinado direito fundamental e o benefício que assegura ao fim perseguido. Seu objetivo, assim, é evitar que haja um ônus muito gravoso ao direito atingido, mesmo nos casos em que se constate que a restrição é idônea para atingir o objetivo perseguido, e que não existe outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para realizar o mesmo fim.³⁵⁴

O teste de proporcionalidade em sentido estrito, portanto, se destina a esclarecer se a restrição do princípio afetado pela medida questionada é compensada pela satisfação do outro princípio por ela tutelado. Suzana de Toledo Barros explica o seu funcionamento afirmando que “se o meio M1 propicia a melhor realização do direito D1, mas impõe uma carga coativa exacerbada ao direito D2, está autorizada uma ponderação entre as vantagens proporcionadas a D1 e os prejuízos a D2”³⁵⁵, o que permitiria ao juiz declarar que a medida adotada é juridicamente inviável. Quer-se, assim, direcionar a atividade do legislador, num primeiro momento, e do juiz constitucional, quando provocado, para que promovam escolhas que distribuam os ônus de forma equânime.³⁵⁶

³⁵³ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.

³⁵⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 84-85.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 85.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 87.

A proporcionalidade em sentido estrito consiste, assim, num trabalho argumentativo baseado numa balança de sopesamento que deve ser calibrada mediante a atribuição de pesos nos seus dois lados, de forma que a intensidade da restrição que a medida causa em determinado princípio, o direito fundamental D1, por exemplo, possa ser contrastada com o grau de promoção observado no direito fundamental D2 ou no interesse constitucionalmente relevante que se busca promover. Pretende-se, assim, avaliar se a restrição que a medida estatal provoca num direito fundamental é compensada pela realização de um objetivo legítimo, como a proteção de outro direito dessa mesma estatura ou a promoção de um interesse elevado.³⁵⁷

Decisão judicial que ilustra a aplicação do subprincípio em estudo é aquela por meio da qual o Tribunal Constitucional Alemão declarou a inconstitucionalidade, por vislumbrar a ocorrência de violação desproporcional dos direitos à vida e à integridade física, de uma lei que, em 18 de junho de 1974, alterara os contornos do tipo penal do aborto com consentimento da gestante para afastar a punibilidade da conduta, em certos casos, se a interrupção da gravidez tivesse ocorrido nas 12 (doze) semanas iniciais da gestação. O Tribunal compreendeu que o caso envolvia um conflito de direitos fundamentais de igual hierarquia, quais sejam, a proteção da vida do feto, de um lado, e a liberdade de escolha da mulher grávida, de outro. Estabeleceu, assim, que a vida intrauterina, em princípio, deve prevalecer sobre o direito de escolha, de forma que, em regra, a criminalização da conduta seria legítima. No entanto, o Tribunal asseverou que tal prevalência não mais subsistiria se a gestação colocasse em perigo a vida da gestante, ou se tivesse sido fruto de ação criminosa. Desse modo, destacou que, nessas duas situações especiais, não seria possível exigir que a mulher suportasse a gravidez, independentemente do estágio da gestação, e concluiu que a fixação do limite de 12 (doze) semanas para a interrupção da gestação atentava contra o princípio da proporcionalidade.³⁵⁸

Como se nota, do ponto de vista jurídico, decisões dessa natureza tendem a ser bastante complexas pois envolvem uma comparação entre grandezas diversas³⁵⁹, isto é, abarcam ponderações sobre pelo menos dois direitos fundamentais ou interesses com *status* constitucional dotados de grande importância para o ordenamento, mas que são concretizados de formas diferentes e afetados de formas e em graus também variados.

Ademais, é notável que a ponderação que concretiza a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito não indica, por si só, a justa medida a ser considerada correta em cada caso

³⁵⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 285-286.

³⁵⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 86-87.

³⁵⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 286.

concreto. Em face dessas dificuldades, foram sendo concebidos certos parâmetros, pretensamente objetivos, com o fim de orientar a aplicação do teste em exame. Nessa trilha, Suzana Barros narra que o Tribunal Constitucional Alemão estabeleceu diretrizes para a efetivação da ponderação entre meios e fins, destacando que a afetação dos direitos individuais pode ser gradativamente mais intensa conforme mais relevantes forem os interesses da comunidade que com eles colidem, ao mesmo tempo em que os diferentes pesos dos direitos fundamentais podem ser organizados numa régua escalonada de valores, tal como se faz em relação aos bens jurídicos-penais.³⁶⁰

Costuma-se dizer que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito decorre diretamente da ideia de justiça por envolver uma ponderação entre os benefícios provocados pela medida, na tutela de certos bens e valores, e os malefícios que ela, conseqüentemente, causa noutros bens e valores. Nesse ponto, a proporcionalidade em sentido estrito se diferencia dos demais subprincípios que integram a proporcionalidade em sentido amplo, uma vez que os testes de adequação e necessidade são guiados principalmente por vieses utilitaristas e pragmáticos.³⁶¹

Outra forma de diferenciar a proporcionalidade em sentido estrito dos demais subprincípios se baseia no objeto ao qual se dirige a otimização: enquanto os testes de adequação e necessidade envolvem uma otimização relacionada a possibilidades fáticas, o teste de proporcionalidade em sentido estrito cuida apenas de uma otimização relacionada a possibilidades jurídicas.³⁶² Desse modo, se nos juízos de adequação e necessidade se analisa a relação estabelecida entre a medida restritiva e o objetivo perseguido considerando elementos externos a essa relação, a proporcionalidade em sentido estrito se volta para o equilíbrio estabelecido internamente entre os princípios em jogo.

Na doutrina penal, diz-se que a proporcionalidade em sentido estrito se relaciona à delimitação da medida da resposta sancionatória que é cominada no tipo penal, isto é, diz respeito à exigência de que seja observada uma proporção entre o delito e a sanção, de acordo com os valores que são objeto de tutela.³⁶³ Isso significa que quanto mais relevante for o interesse da coletividade que se busca proteger com a criminalização da conduta, e quanto mais

³⁶⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 88.

³⁶¹ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 111.

³⁶² ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 22, p. 51-65, 2014, p. 52.

³⁶³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade...*, p. 155-156.

intensa for a agressão a esse interesse, maior é a margem de rigor punitivo autorizada.³⁶⁴ A ponderação a ser feita pelo legislador e, eventualmente, reavaliada pela Corte Constitucional envolve, assim, o cálculo da medida de sacrifício que pode ser suportada pela liberdade individual, afetada pela criminalização, em nome da proteção de bens relevantes para a coletividade.³⁶⁵

2.6.1. Composição da balança

Como mencionado no tópico anterior, a aplicação prática do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no controle de constitucionalidade envolve um trabalho argumentativo a ser desenvolvido recorrendo-se ao recurso de uma hipotética balança de sopesamento, a fim de que a intensidade da restrição ao direito fundamental afetado pela medida restritiva possa ser avaliada em conjunto com a relevância da realização do outro direito que com ele colide³⁶⁶, justificando-se a prevalência de um deles.

Para tanto, foram desenvolvidos parâmetros normativos destinados à atribuição de pesos aos princípios que ocupam os dois lados dessa balança, de modo que a importância dos diferentes elementos envolvidos (direitos fundamentais, bens jurídicos e interesses constitucionalmente relevantes), e a medida das possibilidades de sua restrição, sejam traduzidos em valores variáveis, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso concreto.³⁶⁷ Com o objetivo de controlar a aplicação do teste de proporcionalidade em sentido estrito, Robert Alexy desenvolveu uma equação composta por três variáveis, intitulada *fórmula do peso*. Seria possível, assim, mensurar a importância dos dois princípios em conflito (os dois lados da balança) a partir de considerações sobre (i) a importância que o ordenamento lhes atribui, em abstrato, (ii) a intensidade com que tais princípios são realizados e restringidos, no caso concreto, a partir, portanto, da restrição-promoção que a medida questionada acarreta, e (iii) o grau de segurança das premissas empíricas que permitem afirmar a restrição e a realização mencionadas.³⁶⁸

A cada uma dessas variáveis, então, deve ser atribuído um peso, mediante o exercício argumentativo por parte do intérprete constitucional. Numa primeira operação, a importância

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 170.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 171.

³⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 40.

³⁶⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 286.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 286-287.

abstrata do hipotético princípio P1 (*peso abstrato* do P1, estabelecido de acordo com a importância que o ordenamento constitucional lhe confere) é multiplicada pelo peso condizente com o grau de restrição que ele sofre: atribui-se, assim, peso 1 para restrições leves; peso 2 para restrições médias; e peso 4 para restrições graves. Após, realiza-se uma segunda operação de multiplicação, desta vez de acordo com o grau de certeza empírica quanto a essas restrições: atribui-se, então, peso 1 no caso de certezas empíricas; peso 1/2 no caso de premissas plausíveis; e peso 1/4 no caso de premissas não evidentemente falsas. De outro lado, as mesmas operações devem ser feitas em relação ao hipotético princípio P2. Multiplica-se, então, sua importância abstrata (*peso abstrato* do P2) pelo peso compatível com o grau de realização promovido pela medida adotada: adota-se peso 1 para realizações leves; peso 2 para realizações médias; e peso 4 para realizações elevadas. Em seguida, multiplica-se o produto obtido pelo peso condizente com o grau de certeza empírica quanto à realização do princípio P2, de acordo com os mesmos patamares narrados (pesos 1, 1/2 ou 1/4).³⁶⁹

Em síntese, portanto, o *peso concreto* de P1 é obtido a partir da multiplicação do *peso abstrato* de P1 pelo peso decorrente do grau de restrição que P1 sofre em razão da medida restritiva, bem como pelo peso decorrente da certeza empírica relacionada a essa restrição em face de P1. Por sua vez, o *peso concreto* de P2 é obtido a partir da multiplicação do *peso abstrato* de P2 pelo peso decorrente do grau de promoção que a medida restritiva promove em P2, bem como pelo peso decorrente da certeza empírica relacionada a essa promoção em benefício de P2. Processadas essas operações em relação aos dois princípios em jogo, seria possível obter-se os *pesos concretos* de P1 e de P2, a fim de indicar, no caso concreto, qual deve prevalecer.

A realização da ponderação no âmbito do controle constitucional da proporcionalidade dos tipos penais pretende, portanto, avaliar se a relação estabelecida entre a afetação da liberdade pessoal, a partir da criminalização da conduta (restrição de um princípio P1) é proporcional, em sentido estrito, à proteção oferecida ao bem jurídico (promoção do princípio P2). Dessa forma, nota-se que a importância do bem constitucional agredido pelo delito, e a gradação do dano ou do perigo ao qual esse bem é exposto, deve repercutir na intensidade da intervenção penal.³⁷⁰

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 287-289.

³⁷⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade...*, p. 157.

A organização das variáveis a serem consideradas no juízo de proporcionalidade em sentido estrito em torno da *fórmula do peso* descrita pode trazer benefícios ao debate constitucional porque objetiva incorporar racionalidade e objetividade ao sopesamento dos valores conflitantes, esclarecendo a prevalência de um deles, no caso concreto. Todavia, como observa Virgílio Afonso da Silva, o mais importante nesse procedimento é o estabelecimento de regras de argumentação jurídica, para que os critérios e a fundamentação empregados sejam idôneos, e para que fiquem claras todas as variáveis importantes no caso, até porque a argumentação jurídica não pode ser substituída por fórmulas matemáticas.³⁷¹

Além disso, é importante perceber que a *fórmula*, conquanto possa contribuir para o exercício do sopesamento, por conferir organização e racionalidade aos elementos a serem ponderados em cada caso, não elimina a influência dos aspectos subjetivos do intérprete constitucional, que precisará, de acordo com sua interpretação sobre os elementos axiológicos da Constituição, hierarquizar a importância dos princípios em conflito, atribuindo-lhes *pesos abstratos*, assim como decidir se os graus com que eles são afetados ou realizados devem ser considerados pouco ou muito intensos. Como foi exposto em tópico anterior deste capítulo (item 2.3.), a proporcionalidade, embora constitua uma estrutura formal, não esconde a necessidade de valorações morais e políticas; pelo contrário, almeja tornar mais claras e transparentes as ponderações morais que o juiz constitucional precisa desenvolver ao longo da argumentação.

Outro benefício observado em formulações dessa natureza é a inclusão do conhecimento empírico na avaliação crítica sobre o ordenamento penal, tão negligenciado na produção legislativa. Viabiliza-se, assim, que as Cortes Constitucionais incorporem estudos científicos na fiscalização dos tipos penais, de forma que as suposições normativas possam ser confrontadas com o conhecimento produzido pelas ciências criminais, contestando-se, então, limitações em direitos fundamentais baseadas em premissas equivocadas ou incertas.

2.6.2. Atribuição dos pesos da ponderação no controle de leis penais

Como apontado no tópico anterior, a ponderação realizada no âmbito do juízo sobre a proporcionalidade em sentido estrito, na forma concebida por Alexy, envolve considerar três variáveis, quais sejam, (i) a importância que o ordenamento atribui, em abstrato, aos princípios

³⁷¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 360.

em conflito (dimensão do *peso abstrato*), (ii) as intensidades com que tais princípios são realizados e afetados, no caso concreto, a partir da atuação da medida examinada e (iii) o grau de segurança das premissas empíricas envolvendo as afirmações sobre a realização e a afetação mencionadas.

A multiplicação dessas três grandezas conduziria ao *peso concreto* dos dois princípios em conflito, o que permitiria decidir pela prevalência de um deles, em cada caso, identificando-se, assim, a medida da intervenção penal proporcional a cada conduta indesejada. É notória, no entanto, a dificuldade do legislador penal em estabelecer, diante da multiplicidade de fatores que precisam ser valorados, e da inexistência de parâmetros precisos e definitivos no texto constitucional, quais penas, e em quais quantidades, devem, à luz da Constituição, ser atribuídas a cada conduta atentatória contra os valores nela estabelecidos. Em razão desses motivos, afirma-se que a deliberação legislativa em relação à cominação das sanções está sujeita a uma ampla margem de discricionariedade legislativa.³⁷²

Por isso, defende-se que valorações em torno do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito efetuadas pela Corte Constitucional estão sujeitas a limites ainda mais restritos do que aqueles impostos ao exame dos subprincípios da adequação e da necessidade. Em relação à adequação, tem-se que o legislador está autorizado a eleger como finalidade tudo aquilo que não for proibido pela Constituição. Por sua vez, em relação à necessidade, em princípio, nada impede que o legislador opte por um determinado meio, dentre todos aqueles que fomentam a finalidade eleita.³⁷³

Já quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, são apontados dois espaços de discricionariedade política que, no particular, tornam razoavelmente amplas as possibilidades por parte do legislador. O primeiro assegura que ele decida, segundo seu próprio juízo de oportunidade e conveniência, nos casos em que há empate na ponderação entre argumentos favoráveis e contrários à lei penal. Nesse sentido, sabe-se que o princípio democrático determina que o Poder Judiciário, inclusive no exercício da jurisdição constitucional, observe a presunção de constitucionalidade das leis, de modo que, num cenário de empate, a decisão do Parlamento, em princípio, deve ser considerada constitucionalmente válida. Por sua vez, o segundo espaço de discricionariedade legislativa se verifica nos cenários de incerteza quanto às premissas empíricas. Nesse caso, a decisão legislativa também deve ser

³⁷² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade...*, p. 157.

³⁷³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 363.

considerada legítima, o que, logicamente, não abrange decisões baseadas em premissas falsas.³⁷⁴

Como vem sendo defendido nesse trabalho, o controle constitucional de leis penais pautado na proporcionalidade deve ser efetuado levando em consideração as especificidades da dogmática penal, exigência que naturalmente também se aplica quando da ponderação entre a severidade da incriminação e a demanda por tutela de bens ou interesses constitucionais. Dessa forma, é necessário que o estabelecimento dos *pesos abstratos* dos princípios em jogo (liberdade individual e força da tutela) reflita as reflexões teóricas a respeito dos bens jurídico-penais. Impõe-se, no mesmo sentido, que a atribuição dos pesos relativos à intensidade da afetação do princípio da liberdade e à realização do princípio correspondente ao direito tutelado estejam em harmonia com o conhecimento produzido pelas ciências criminais. Os tópicos a seguir se dedicam a essas questões.

2.6.2.1. Estabelecimento dos pesos abstratos

Ponderações envolvendo tipos penais polarizam, de um lado, liberdades e, de outro lado, direitos e bens afetados por determinadas condutas socialmente indesejadas. Num lado da balança, portanto, figura um direito fundamental de liberdade, em sentido geral, podendo, ao lado dele, se somar uma liberdade específica, como a liberdade de expressão. No outro lado, figuram direitos, bens e interesses³⁷⁵ cuja proteção se mostra essencial para a vida comunitária, como a vida, o patrimônio ou o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo.

Nos termos descritos nos tópicos anteriores, assim, a cada um desses lados da balança, ocupados por direitos fundamentais (estruturados sob a forma de princípios), deve ser atribuído, como ponto de partida, um peso abstrato. Dizer que cada princípio tem um determinado peso abstrato significa reconhecer que alguns direitos, por gozarem de proteção mais intensa pelo ordenamento, deverão, em princípio, prevalecer no caso de conflito com outros direitos e interesses de menor estatura.³⁷⁶

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 363-364.

³⁷⁵ Já para os adeptos da teoria do bem jurídico, somente aqueles bens reconhecidos como bens jurídico-penais seriam passíveis de gozar de proteção por meio da via penal.

³⁷⁶ 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: Ed. Juspodivm, 2013, p. 163.

Essa concepção, vale notar, é compatível com o conteúdo do princípio da intervenção mínima regente do Direito Penal, segundo o qual somente se considera legítima a criminalização de determinada conduta nos limites em que essa medida for indispensável para a proteção de bens jurídicos, isto é, se não houver outros meios de controle social aptos à tutela de tais bens. Ora, afirmar que a via penal deve ser a *ultima ratio* a ser adotada para a preservação dos interesses coletivos significa reconhecer na liberdade um bem de elevado prestígio na ordem constitucional, de forma que sua restrição somente se justifica em certas situações.

Defende-se, então, que a restrição da liberdade pessoal deve refletir, de maneira proporcional, a importância dos bens e interesses constitucionais atacados pelas condutas delitivas, o que significa que a atribuição de pesos abstratos aos diferentes princípios em conflito, por parte da Corte Constitucional, logicamente também deve ser feita com referência aos valores presentes na Constituição, tutelando-os, portanto, em sua exata medida. Ocorre, no entanto, que essa exigência pode ser difícil de ser cumprida, uma vez que estabelecer uma hierarquia entre eles, e extrair quantidades de penas compatíveis com cada incriminação, a partir do texto constitucional, beira a impossibilidade.³⁷⁷

Segundo Daniel Sarmiento, para estabelecer o grau de importância dos interesses protegidos pela Constituição – e, conseqüentemente, atribuir um peso abstrato para cada princípio envolvido na ponderação – dois critérios devem ser observados, a saber, a forma como o texto constitucional trata o direito em jogo, e o quanto tal direito se aproxima de vetores como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o Estado Democrático de Direito.³⁷⁸ Esses critérios, vale dizer, se revelam compatíveis com a própria pretensão da teoria de Alexy, que embora não negue a existência de algum grau de subjetividade na interpretação da Constituição – como, aliás, é inerente a qualquer tipo de interpretação – defende que a atribuição de pesos reproduz os valores estabelecidos pela própria axiologia disposta na Constituição.³⁷⁹

De fato, podem ser identificadas no texto constitucional algumas indicações sobre o desenho a ser conferido ao ordenamento penal. O conhecimento dos fatos antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte, e dos debates travados ao longo do processo de elaboração do texto, a serem acessados por meio de pesquisa histórica junto aos arquivos e ao que fora publicado na imprensa, por exemplo, podem indicar os valores mais prestigiados na conformação do novo modelo de Estado e de sociedade que se idealizou.

³⁷⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade...*, p. 157.

³⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade...*, p. 163.

³⁷⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 286.

Noutro giro, pode ser apontado o critério topográfico como um dos vetores de compreensão da proeminência das normas constitucionais, de forma que dispositivos inaugurais do texto seriam os de importância mais elevada. No particular, vale notar que os quatro primeiros artigos da Constituição de 1988 compõem o Título I (*Dos princípios fundamentais*), incumbindo aos arts. 1º e 3º indicar a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito e enunciar os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de modo que todas as demais normas do documento, em princípio, devem se harmonizar com tais valores basilares.

Na mesma linha, a ênfase dada pelo texto vigente em relação a alguma disposição em particular fornece uma orientação interpretativa que poderá conduzir à compreensão de que se trata de um valor fundamental protegido pela Constituição com maior intensidade. O art. 227 do texto constitucional atual, por exemplo, afirma que a tutela à criança, ao adolescente e ao jovem deve ser oferecida pelo Estado *com absoluta prioridade*; elenca uma série de direitos, que, na realidade, já são previstos de forma universal noutras partes do texto; e enfatiza que tais grupos devem ser protegidos *de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*. O emprego dessas expressões parece demonstrar o elevado grau de importância que o texto constitucional reconhece na proteção dos grupos sociais mencionados, e isso pode repercutir na avaliação sobre a legitimação de eventuais disposições penais que objetivem tutelá-los.

Na mesma linha, a existência de mandados de criminalização, e a forma como eles são estruturados, também são avaliações valorativas efetuadas pelo constituinte, ainda que bastante embrionárias e notoriamente incompletas para efeito de criminalização e sancionamento de condutas, como, inclusive, já foi destacado no primeiro capítulo (item 1.5.).

Por fim, cabe ainda observar que o modo como se compreendem os valores constitucionais tende a mudar de acordo com a evolução sociocultural experimentada pela comunidade, de forma que, mesmo sem alteração do texto, o sentido e o alcance da norma dele emanada podem sofrer transformações ao longo do tempo. A ideia de proteção ao meio ambiente, por exemplo, embora já gozasse de reconhecimento em 1988, tem um sentido ainda mais pronunciado em 2023, conforme se tornam mais conhecidas e urgentes as demandas por preservação de recursos sabidamente escassos e não renováveis.

Para além desses elementos, atrelados ao estudo do texto da Constituição e de fatos históricos e sociológicos, também as valorações contidas no próprio Direito Penal permitem

extrair uma hierarquia da importância atribuída aos diferentes bens jurídicos e, portanto, descortinar a relevância que os princípios a serem ponderados recebem do ordenamento. Com efeito, a Corte Constitucional pode se valer das valorações efetuadas pelo legislador para assegurar que haja uma harmônica relação interna ao próprio ordenamento, coerente com a importância reconhecida em relação a cada valor a ser tutelado.³⁸⁰

Nesse sentido, Mariângela Gama de Magalhães Gomes chama a atenção para a utilidade da comparação entre o juízo de reprovação contido em diferentes tipos penais, de modo que a relevância que o legislador atribui a determinados bens jurídicos, e o grau de reprovação que certas modalidades de ataque recebem do ordenamento positivo, podem contribuir para uma avaliação crítica a respeito da proporcionalidade da legislação³⁸¹ e, assim, também para a atribuição de pesos abstratos aos princípios imbricados na avaliação constitucional.

2.6.2.2. Intensidade da afetação do princípio da liberdade

Por sua vez, em relação aos elementos a serem valorados na atribuição do peso correspondente à intensidade da afetação do princípio da liberdade, recebe destaque o trabalho de sistematização desenvolvido por Gloria Patricia Lopera Mesa. A autora aponta cinco critérios para essa tarefa, a saber, (i) o alcance do tipo penal, de forma que o peso deve ser mais elevado quanto maior for o número de posições jurídicas afetadas pelo tipo penal, (ii) a probabilidade de incidência da intervenção penal, (iii) a duração da afetação do direito fundamental, (iv) os efeitos secundários decorrentes da incriminação, isto é, aqueles que afetam indiretamente a liberdade, e (v) a comparação da sanção cominada no tipo penal com aquelas presentes noutras previsões típicas, de natureza similar, previstas no próprio ordenamento penal e no Direito Comparado.³⁸²

Corroborando com a compreensão desses elementos, sobretudo quanto ao critério do alcance do tipo penal, Ademar Borges de Sousa Filho destaca a necessidade de que a atribuição do peso considere a eventual imprecisão da lei penal, na medida em que, quanto mais genérica e abrangente for a redação do tipo penal, mais ações podem ser nele enquadradas. Assim, sem prejuízo da concorrência da avaliação constitucional quanto à exigência de taxatividade da lei

³⁸⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 179.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 186-188.

³⁸² LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y ley penal. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2006, p. 504-510 *apud* SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 361.

penal, defende o autor que o nível de precisão da tipificação, determinante da extensão com que o direito à liberdade é afetado, também deve compor a ponderação.³⁸³

Noutro giro, o pesquisador reforça a importância de que sejam igualmente computados os efeitos secundários que a incriminação pode acarretar, indiretamente, em direitos fundamentais, ao atrair a atenção para o chamado efeito resfriador (ou silenciador) das intervenções estatais (*chilling effect*). Sousa Filho sustenta, assim, que a criminalização de certas condutas, sobretudo se o texto normativo for mais abrangente, pode provocar embaraços no exercício de alguns direitos legítimos, notadamente na liberdade de expressão, ainda que, à primeira vista, não fosse essa a intenção do legislador.³⁸⁴ Destacam-se, nesse sentido, a título de exemplo, o desacato e as tipificações de condutas contra a honra que podem, indiretamente, constranger o exercício das liberdades de expressão e de imprensa e do direito de crítica.

Ainda em relação à atribuição de peso relativo à intensidade da afetação da liberdade, reforça-se a necessidade de realização de uma análise global da incriminação, de modo que sejam valorados não apenas os elementos estanques componentes do tipo penal, mas todos os desdobramentos do contexto jurídico em que ele se concretiza.³⁸⁵ Quer-se dizer com isso que a mera análise do *quantum* de pena cominado a cada conduta, em muitos casos, pode ser insuficiente para a tomada de decisão a respeito da proporcionalidade em sentido estrito, exigindo-se a consideração sobre o sistema penal como um todo.³⁸⁶

Dessa forma, é importante notar que, no Direito brasileiro, a quantidade de pena final repercutirá de forma direta na fixação do regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, § 2º, CP), na possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e, assim ocorrendo, na quantidade de penas restritivas substitutivas (art. 44, I, e § 2º, CP), bem como na possibilidade ou não de suspensão condicional da pena (art. 77, CP). Na realidade, a cominação de detenção ou reclusão já é suficiente para, em princípio, delimitar o regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, *caput*, CP).

No âmbito processual, o *quantum* de pena máxima estabelecida no tipo é suficiente para autorizar ou não que a fiança seja arbitrada pela autoridade policial (art. 322, *caput*, CPP), para que seja ou não admissível a decretação de prisão preventiva (art. 313, I, CPP), além de influenciar o rito a ser adotado na ação penal correspondente (art. 394, § 1º, CPP).

³⁸³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil..., p. 364-370.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 370-373.

³⁸⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 172.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 176.

Ainda no campo processual, tem-se que a quantidade de pena prevista de forma abstrata compõe o rol de requisitos exigidos para a celebração de instrumentos como a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95), a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP). Isso significa que, a depender da pena cominada no tipo penal, e de outros aspectos objetivos e subjetivos presentes no caso concreto, algumas imputações obrigam, *a priori*, que o acusado responda a uma ação penal, quadro que, independentemente da decisão de mérito, já configura afetação a direitos fundamentais.

Ao lado dessas implicações, enfatiza-se, ainda, que além da pena privativa de liberdade, deve igualmente ser considerada a existência de eventual previsão legal de multa cominada no tipo penal, até porque a propriedade privada do condenado, a ser afetada a partir da imposição de multa, também é um direito fundamental acolhido pela Constituição, em conjunto com o direito de liberdade.³⁸⁷

Nessa trilha, vale inclusive recordar que o inadimplemento da pena de multa pode representar embaraço à própria liberdade de locomoção. É certo que, a partir da Lei nº 9.268/96, a multa penal passou a ser considerada dívida de valor, com implicações apenas na esfera cível, já que afastada a possibilidade de conversão em detenção. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já entendeu, com fundamento na Lei de Execução Penal, ser inviável a concessão de progressão do regime prisional ante a deliberada inadimplência da multa, ressalvadas a possibilidade de parcelamento e a comprovação de hipossuficiência financeira do reeducando.³⁸⁸ Além disso, o Tribunal já declarou de forma expressa a constitucionalidade do art. 33, § 4º, do Código Penal, que prevê que o condenado por crime contra a Administração Pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.³⁸⁹

2.6.2.3. Intensidade da realização da tutela penal

Por fim, a atribuição do peso relativo à intensidade com que a medida restritiva promove o objetivo perseguido, quando aplicada ao controle de tipos penais, envolve examinar o grau de intensidade da proteção que o tipo penal oferece ao bem jurídico. Gloria Mesa aponta que

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 171-172.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal nº 12, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 08 de abril de 2015.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal nº 22, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 17 de dezembro de 2014.

dois critérios devem ser observados a fim de que a intensidade da tutela penal se coadune com o grau de eficácia protetiva exigido em cada caso. O primeiro deles é a lesividade da conduta, haja vista que a proibição de ataques mais danosos ao bem jurídico contribui de forma mais intensa para a proteção desse bem jurídico.³⁹⁰

É por esse motivo que se diz que a maior intensidade da lesão ao bem jurídico, ou sua colocação em perigo com maior intensidade, deverá ser objeto de sancionamento mais severo. Como exemplos, pode ser apontado o crime de lesão corporal, que é apenado de forma proporcionalmente mais gravosa de acordo com a maior gravidade do malefício provocado na integridade física da vítima, bem como os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) que, embora tutelem o mesmo bem jurídico, cominam penas quantitativamente diferentes, de acordo com o maior desvalor de cada conduta ofensiva.³⁹¹ Ainda no que concerne ao critério da lesividade da conduta, tem-se que o mesmo raciocínio também se aplica aos crimes de perigo, de modo que o estabelecimento das sanções necessariamente repercute a intensidade do perigo ao bem jurídico e, portanto, o grau de aproximação de sua efetiva lesão.³⁹²

O segundo critério apontado por Gloria Mesa consiste na avaliação sobre a modalidade de imputação subjetiva, uma vez que a intervenção punitiva em face de ataques dolosos cometidos contra o bem jurídico promove o princípio que fundamenta a tutela penal com mais intensidade do que aquela dedicada a tratar de condutas culposas em relação ao mesmo bem.³⁹³

Sem embargo desses critérios, é preciso notar também que a eventual pluralidade de interesses envolvidos em determinada norma penal também figura como fator que compõe a equação para se avaliar a proporcionalidade do tipo penal. É o caso dos chamados *crimes complexos*, que tutelam mais de um bem jurídico, a exemplo do roubo, que, conquanto seja classificado como um crime contra o patrimônio, também protege a liberdade pessoal e, eventualmente, a integridade física ou mesmo a vida, ponto que o diferencia do furto. Neste caso, é certo que a existência desses outros bens jurídicos, indiretamente também protegidos pelo tipo penal, deve ser considerada quando da ponderação, a justificar, em princípio, a cominação de sanções mais gravosas.³⁹⁴

³⁹⁰ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal... apud SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 361.

³⁹¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 174.

³⁹² *Ibidem*, p. 174-175.

³⁹³ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal... apud SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil...*, p. 361.

³⁹⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 188-190.

A situação pode ser um pouco mais controversa quando esses *outros* interesses envolvidos na tutela penal examinada não se qualificam como bens jurídicos acolhidos de forma mais nítida pela Constituição. O exemplo, extraído do Direito da Itália, derivou de discussão travada naquele país em torno da legitimidade de se positivar sanções distintas para os crimes de injúria e desacato, que reúnem condutas substancialmente idênticas. Na conduta do desacato, todavia, dirigida a um funcionário público, vê-se a ocorrência de uma lesão ao *prestígio da Administração Pública*, que não foi reconhecido como um bem jurídico de índole constitucional pela doutrina italiana. Sem embargo, entendeu-se que isso não era suficiente para tornar ilegítimo o tratamento legislativo diferenciado, na medida em que os princípios da igualdade e da proporcionalidade não afastam, nessa extensão, a discricionariedade legislativa.³⁹⁵

2.6.3. Proporcionalidade em sentido estrito e presunção de constitucionalidade

A título de conclusão, cabe destacar que, embora não se negue a importância do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, algumas situações, diante de indícios de desproporcionalidade verificados em certas estruturas típicas, exortam a jurisdição constitucional a exercer uma fiscalização mais cautelosa.

Sabe-se, nesse sentido, que tipos penais podem reunir dentro de sua estrutura legal condutas e resultados de variadas gravidades, isto é, que envolvem diferentes gradações de desvalor social do comportamento e de lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado. Se a proporcionalidade em sentido estrito impõe que seja preservada uma correlação justa entre o delito e a medida da resposta sancionatória, então é certo que ela também exige que seja preservada certa abertura no que tange à extensão das penas cominadas, abertura essa que permitirá a dosagem da pena exata, proporcional a cada caso.

Deve-se ter em mente, portanto, que a proporcionalidade em sentido estrito se manifesta tanto em abstrato, quanto em concreto. A ideia de proporcionalidade abstrata refere-se, assim, à relação existente entre a gravidade do delito e as penas cominadas no tipo penal correspondente, de forma genérica; já a proporcionalidade concreta diz respeito ao estabelecimento entre a sanção individualizada imposta ao agente como consequência da prática do crime específico que ele tenha cometido.³⁹⁶ A investigação que lastreou este trabalho,

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 191.

³⁹⁶ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade...*, p. 111.

voltada ao exame da constitucionalidade de leis penais em tese, dirigiu-se à proporcionalidade abstrata. Ocorre, no entanto, que a própria legitimidade da norma, em muitos casos, restará comprometida se ela não permitir que se alcance a proporcionalidade concreta, isto é, se o tipo penal tornar inviável, por sua própria estrutura e conteúdo, a aplicação da sanção proporcional em cada sentença individual.

Nesse sentido, é preciso destacar que, ao lado das imposições decorrentes da proporcionalidade da pena, a disciplina das sanções criminais também é orientada pelos princípios da estrita legalidade e da individualização da pena (art. 5º, XXXIX e XLVI, CF). A estrita legalidade objetiva evitar o arbítrio judicial, delimitando de forma preliminar a extensão da punição; no entanto, a prévia indicação de balizas legais precisa conviver com a individualização da pena, que exorta o julgador a aplicar a sanção adequada às peculiaridades de cada caso concreto, levando em consideração a gravidade do fato e a culpabilidade do agente.

Conjugando o conteúdo desses dois princípios com a proporcionalidade, Mariângela Gomes traça importantes balizas que devem ser observadas pelo legislador penal no que concerne à compatibilidade constitucional de previsões legais que estabelecem sanções. Nessa trilha, a docente destaca a ilegitimidade tanto de previsões que estabeleçam penas fixas, quanto de margens punitivas excessivamente amplas. No primeiro caso, resta violada a necessária “discricionariedade por parte do juiz (vinculada e limitada por critérios legais) que valorará as circunstâncias em que se deu o fato ilícito, e indicará a melhor pena *in concreto*, dentro da margem preestabelecida pela lei”, até porque é impossível ao legislador antever todas as circunstâncias possivelmente envolvidas em crimes abstratamente concebidos. Essa discricionariedade judicial, assim, “permite que a pena concreta apresente-se, também, proporcional à real gravidade do delito, dentro da inteira gama de comportamentos subsumíveis ao tipo incriminador.”³⁹⁷ Da mesma forma, a existência de certa margem torna possível valorar aspectos pessoais do agente³⁹⁸ na determinação da sanção a ser aplicada no caso concreto, o que é indispensável se se deseja que a pena desempenhe a função de prevenção especial.³⁹⁹

Já a fixação de margens punitivas excessivamente amplas revela-se estratégia legislativa ilegítima porque permite que o juiz atue quase sem limites a cada julgamento. Nesse caso, o risco é o do casuísmo exacerbado e conseqüente arbítrio judicial, que comprometem a

³⁹⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 158-159.

³⁹⁸ Como é o caso das circunstâncias judiciais culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social e personalidade do agente, previstas no art. 59 do Código Penal.

³⁹⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 159.

igualdade, a segurança jurídica e as próprias garantias da estrita legalidade em matéria penal. Se não bastasse, “a verificação de margens excessivamente amplas propicia uma certa confusão valorativa, uma vez que afrontas a bens jurídicos de diferentes níveis acabam sendo punidas de forma semelhante”⁴⁰⁰, em patente desproporcionalidade. De fato, dilatações muito ampliadas da margem entre os patamares mínimo e máximo comprometem a demonstração sobre a gravidade abstrata do delito reconhecida pelo legislador, sendo inconveniente a inclusão de hipóteses muito distintas, quanto à sua gravidade, em uma mesma estrutura típica.⁴⁰¹

Mariângela Gomes ainda relaciona os contornos dos princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade às exigências de cominação de uma pena mínima e de uma pena máxima. Aponta a docente que “segundo Padovani, a fixação do mínimo legal de pena *in abstracto* cumpre a função de ratificar, em absoluto, a colocação hierárquica do bem tutelado, evidenciando o último grau ao qual pode ser baixada a sua tutela jurídico-penal”, ou seja, a previsão de uma pena mínima constitui uma garantia de proteção ao bem jurídico tutelado.⁴⁰²

Ademais, a exigência de pena mínima decorre do princípio da ofensividade uma vez que “nas situações em que o bem jurídico é afetado de forma ínfima, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não prospera nenhuma razão para a imposição da pena, de modo que mesmo que a pena mínima fosse aplicada, ainda seria desproporcional à gravidade do fato”. Assim, sustenta-se que a ausência de um piso legal de pena poderia levar a uma redução da sanção a patamares muito reduzidos, de forma que o Direito Penal teria que se ocupar de comportamentos com conteúdo lesivo desprezível⁴⁰³, esvaziando, portanto, o princípio da insignificância e, no limite, conduzindo o sistema criminal ao caos.

Afirma-se, ainda, que o estabelecimento de um mínimo de pena coaduna-se com a ideia de que, para que a sanção cumpra sua missão dissuasória, é necessário que, na visão do agente delitivo, os ganhos com a prática do crime não superem as respectivas perdas, noção presente nos pensamentos de Bentham e Pufendorf, inspirados em formulação desenvolvida por Hobbes. Ideia similar, aliás, também foi reproduzida por Beccaria, que destacava a necessidade de que o mal causado pelo castigo excedesse o bem que o culpado retirou do crime.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 164-165.

⁴⁰¹ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade...*, p. 115.

⁴⁰² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 161.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 162-163.

⁴⁰⁴ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade...*, p. 114-115.

Por outro lado, o estabelecimento de uma pena máxima é apontada como “a mais importante garantia decorrente do princípio da legalidade penal, representando uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual”, pois impede excessos judiciais ao consagrar, desde logo, o teto que a punição pode alcançar.⁴⁰⁵ A previsão do máximo de pena aplicável a cada tipo penal é relacionada, ainda, à garantia da culpabilidade, uma vez que representa a “medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito”, isto é, garantindo-se a eficácia da tutela oferecida pelo Direito Penal.⁴⁰⁶

Do que foi exposto, é possível concluir, como decorrência do mandamento da proporcionalidade em sentido estrito, e de sua necessária correlação com os princípios da legalidade e da individualização da pena, que leis penais que não contenham penas máximas, bem como margens razoáveis para o cálculo individualizado da pena no caso concreto, muito possivelmente são inconstitucionais, dado que a ausência dessas balizas torna possível a vulneração de direitos individuais em maior medida do que o admissível.

Da mesma forma, leis penais que não veiculam penas mínimas também podem padecer do vício de inconstitucionalidade, seja por não oferecerem a garantia da tutela necessária a bens jurídicos importantes, falhando no dever de assegurar proteção suficiente a dados essenciais para a sociedade, seja por permitirem, como consequência lógica, um alargamento desmesurado da tutela penal para abarcar situações que não justificam essa gravosa forma de proteção legal.

⁴⁰⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 163.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 164.

3. CONTROLE CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIS NO BRASIL: ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Traçados alguns parâmetros extraídos da literatura consultada a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade dos tipos penais, torna-se possível analisar como essa atividade vem sendo desenvolvida no Brasil. Embora, no ordenamento nacional, o controle de constitucionalidade possa, em princípio, ser exercido de forma difusa por todo e qualquer juiz ou Tribunal, no âmbito de sua competência, optou-se por restringir o presente estudo aos casos decididos de forma colegiada pelo Supremo Tribunal Federal, que, nesse *mister*, atua como Corte Constitucional, emanando decisões dotadas de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. O objetivo deste último capítulo, portanto, é o de, com base nos elementos estudados nos capítulos anteriores, conhecer, com a profundidade que este trabalho permite, a atuação da jurisdição constitucional brasileira em matéria de controle da proporcionalidade dos tipos penais.

Para tanto, foi inicialmente efetuado o levantamento de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que atenderam ao desenho da pesquisa. Após o refinamento da amostra, mediante a realização dos ajustes necessários, chegou-se a um conjunto de decisões organizado na tabela apresentada no primeiro tópico deste capítulo.

O segundo e o terceiro tópicos, por sua vez, reúnem considerações realizadas a partir do estudo qualitativo dos casos levantados. Vale destacar que não houve a intenção de necessariamente reproduzir ou resumir o entendimento do Tribunal registrado em cada caso, tampouco descrever todas as razões de decidir invocadas e esgotar as variáveis observadas, até porque o acesso a essas informações pode ser obtido a partir da leitura dos precedentes. Também não houve a intenção de revelar o acerto ou equívoco das decisões comentadas quanto à avaliação constitucional da proporcionalidade em si.

O que se buscou, para além da mera descrição dos casos ou da apresentação de uma crítica definitiva sobre o teor das decisões pesquisadas, foi refletir sobre o papel que a proporcionalidade foi assumindo ao longo dos últimos anos na agenda decisória do Supremo, assim como destacar eventuais aproximações e distanciamentos com os parâmetros observados na literatura consultada e sistematizada nos capítulos anteriores. Foi possível, assim, no segundo e no terceiro tópicos, respectivamente, descrever esse processo e apontar alguns caminhos para o aprimoramento do controle constitucional da proporcionalidade.

Sabendo-se da complexidade e da interdisciplinaridade do tema pesquisado, as reflexões lançadas buscaram compatibilizar o estudo da teoria sobre o controle constitucional da proporcionalidade com percepções sobre o quadro mais amplo de funcionamento do Tribunal, o que envolveu considerar aspectos como o poder de pauta, a relevância da atuação do Ministro relator em cada caso, e a eventual existência de estratégias individuais e alianças internas, temas que, a propósito, vêm despertando grande interesse da academia brasileira.

De fato, ao mesmo tempo em que cresce a relevância do estudo da jurisprudência como fonte do Direito no Brasil, percebe-se que muitos outros fatores, para além de elementos estritamente jurídicos, também determinam o comportamento decisório e o próprio resultado das decisões judiciais, notadamente das Cortes Constitucionais, como, aliás, já se destacou no segundo capítulo (item 2.2).

3.1. Metodologia empregada e resultado do levantamento de casos

Diferentes etapas foram realizadas para selecionar os casos analisados neste capítulo. Num primeiro momento, a amostra inicial de precedentes examinados foi formada por meio dos resultados obtidos a partir de buscas por palavras-chave que remetessem ao controle de constitucionalidade de leis penais no sistema eletrônico de busca de jurisprudência do STF, disponível no domínio <http://portal.stf.jus.br/>. Foram adotados, assim, termos que remetessem ao juízo de constitucionalidade de leis que tratam do tipo penal e cujo parâmetro de controle tenha sido o princípio da proporcionalidade.

Com o objetivo de aprimorar a amostra inicial de dados que atendiam ao recorte temático de interesse da investigação, foi enviada uma solicitação de pesquisa de jurisprudência por meio de canal próprio disponibilizado pela Coordenadoria de Difusão da Informação, pertencente à Secretaria de Altos Estudos, Pesquisa e Gestão da Informação do STF. Em resposta, aquele setor remeteu, no dia 05 de abril de 2021, a lista de julgados que se enquadravam nos parâmetros informados no respectivo formulário, sendo então processada sua incorporação à amostra inicial de casos.

Para o refinamento do material de pesquisa, foi verificado se os precedentes citados na bibliografia consultada, assim como aqueles referidos nos próprios julgados obtidos a partir da seleção junto aos instrumentos disponibilizados pela Corte, já compunham a amostra até então

obtida, o que permitiu o acréscimo dos casos que preencheram os requisitos estabelecidos para a delimitação do tema pesquisado.

Por outro lado, foram excluídas as repetições dos casos identificados simultaneamente pelos diferentes meios adotados, assim como as decisões monocráticas⁴⁰⁷, na medida em que, em princípio, elas não representam, isoladamente consideradas, uma posição definitiva do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.

Também não foram objeto do estudo registrado neste capítulo os julgados em que o Supremo exerceu o controle de constitucionalidade de leis penais sob outros parâmetros, sem considerar de forma explícita o princípio da proporcionalidade⁴⁰⁸, assim como aqueles em que o referido princípio foi invocado apenas para interpretar e decidir sobre normas de Direito Penal ou Direito Processual Penal que não constituem tipos penais.⁴⁰⁹

Chegou-se, assim, ao seguinte quadro de decisões do Supremo Tribunal Federal que preenchem a modelagem da pesquisa de jurisprudência proposta:

Caso	Data do julgado	Órgão do STF	Tipo penal questionado	Síntese do julgamento pelo STF
RE nº 358.315	2003	2ª Turma	art. 155, § 4º, IV, CP	Afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, em tese, controlar a proporcionalidade da pena cominada no tipo.
HC nº 92.628	2008	2ª Turma	art. 155, § 4º, IV, CP	Afasta a alegação de desproporcionalidade do preceito secundário do furto, questionado em comparação com o do roubo.
HC nº 97.344	2009	2ª Turma	art. 180, § 1º, CP	Analisa a estrutura legislativa e rejeita a alegação de violação da proporcionalidade no preceito secundário do tipo.

⁴⁰⁷ É o caso, por exemplo, das decisões individuais proferidas na Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 92.525 e na Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 102.094, a respeito da proporcionalidade do preceito secundário do crime de receptação qualificada (art. 180, § 1º, CP), mas que não foram levadas à apreciação colegiada.

⁴⁰⁸ Foi o que ocorreu, por exemplo, nas decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/06, que vedava a concessão de liberdade provisória (*Habeas Corpus* nº 104.339 e Recurso Extraordinário nº 1.038.925), e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (*Habeas Corpus* nº 97.256 e Recurso Extraordinário com Agravo nº 663.261), por se entender ter havido violação do princípio da individualização da pena. Da mesma forma, a decisão que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 que, em sua redação original, impunha o cumprimento integral da pena pela prática de crimes hediondos e equiparados em regime fechado (*Habeas Corpus* nº 111.840), também por se vislumbrar violação do princípio da individualização da pena.

⁴⁰⁹ A exemplo da fixação de tese pelo STF segundo a qual “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, 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 Código Penal no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade” (*Habeas Corpus* nº 123.533).

RE nº 443.388	2009	2ª Turma	art. 180, § 1º, CP	Analisa a estrutura legislativa e rejeita a alegação de violação da proporcionalidade no preceito secundário do tipo.
HC nº 101.149	2010	2ª Turma	art. 180, § 1º, CP	Confirma o entendimento do Tribunal a respeito da constitucionalidade do preceito secundário do tipo.
HC nº 104.410	2012	2ª Turma	art. 10, Lei nº 9.437/97	Decide que tipos penais de perigo abstrato, por si só, não violam a proporcionalidade.
HC nº 102.087	2012	2ª Turma	art. 14, Lei nº 10.826/03	Decide que tipos penais de perigo abstrato, por si só, não violam a proporcionalidade.
RHC nº 114.972	2013	1ª Turma	art. 180, § 1º, CP	Confirma o entendimento do Tribunal a respeito da constitucionalidade do preceito secundário tipo.
RE nº 583.523	2013	Plenário	art. 25, LCP	Declara a não recepção do tipo penal pela Constituição em função, dentre outros, de violação à proporcionalidade.
RHC nº 117.143	2013	1ª Turma	art. 180, § 1º, CP	Confirma o entendimento do Tribunal a respeito da constitucionalidade do preceito secundário tipo.
HC nº 124.306	2016	1ª Turma	arts. 124 e 126, CP	Afasta a prisão preventiva no caso concreto por entender duvidosa a própria tipicidade da conduta, em função, dentre outros, de violação à proporcionalidade.
HC nº 141.949	2018	2ª Turma	art. 299, CPM	Afasta a alegação de inconstitucionalidade do tipo penal citando a proporcionalidade.
RE nº 971.959	2018	Plenário	art. 305, CTB	Afasta a alegação de inconstitucionalidade do tipo penal citando a proporcionalidade.
ADI nº 4.974	2019	Plenário	art. 337-A, § 1º, CP	Rejeita a alegação de violação da proporcionalidade, ao não reconhecer proteção deficiente ao bem jurídico.
ADO nº 26 e MI nº 4.733	2019	Plenário	–	Reconhece a omissão congressual quanto à criminalização da homotransfobia e, com fundamento na proporcionalidade, determina a aplicação de lei diversa por analogia.
RE nº 607.107	2020	Plenário	art. 302, CTB	Rejeita a alegação de que a pena de suspensão do direito de dirigir viola a proporcionalidade.

ADPF n° 496	2020	Plenário	art. 331, CP	Afasta a alegação de inconstitucionalidade do tipo penal citando a proporcionalidade.
RE n° 979.962	2021	Plenário	art. 273-B, § 1º, I, CP	Declara a inconstitucionalidade do preceito secundário do tipo pela violação à proporcionalidade e aplica o efeito repristinatório.

Ao se identificar todas as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal que atenderam aos objetivos da pesquisa, ou seja, em que o princípio da proporcionalidade foi mencionado como parâmetro de controle de constitucionalidade de tipos penais, chegou-se a um número razoável de precedentes, dispostos na tabela acima, de modo que foi possível analisá-los em sua totalidade para traçar algumas considerações em torno da pergunta: como o Supremo Tribunal Federal vem empregando a proporcionalidade no controle de constitucionalidade de tipos penais?

Buscou-se, assim, compreender qual foi a evolução observada na jurisprudência da Corte envolvendo o controle constitucional da proporcionalidade das normas típicas, e descrever o quadro atual do tema, o que foi possível principalmente a partir do estudo da argumentação desenvolvida pelos Ministros nos votos, sem prejuízo de que, quando necessário, também fossem levados em consideração alguns aspectos da dinâmica institucional do órgão. Os resultados obtidos são descritos e, quando possível, analisados criticamente, nos tópicos a seguir.

Por fim, vale destacar que a proporcionalidade deve seguir recebendo atenção do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de tipos penais. Além dos casos já julgados até 2023, ela também é o parâmetro que poderá guiar o julgamento das ações, atualmente em trâmite⁴¹⁰, que questionam a constitucionalidade (a) do tipo penal do art. 28 da Lei n° 11.343/06, que criminaliza o porte de drogas para uso pessoal⁴¹¹; (b) do tipo penal do art. 124 do Código Penal, que criminaliza o aborto com consentimento da gestante⁴¹²; (c) da contravenção penal prevista no art. 19 do Decreto-lei n° 3.688/41, que tipifica o porte de arma

⁴¹⁰ Até a conclusão desta pesquisa os casos mencionados neste parágrafo ainda não tiveram seu julgamento concluído.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário n° 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 442, Rel. Min. Rosa Weber.

branca⁴¹³; e (d) da contravenção penal prevista no art. 50, também do Decreto-lei nº 3.688/41, que tipifica a exploração de jogos de azar.⁴¹⁴

3.2. Fases do controle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A análise dos dados extraídos dos precedentes mencionados no tópico anterior permite vislumbrar diferentes fases do controle constitucional da proporcionalidade de tipos penais exercido pelos órgãos colegiados do Supremo Tribunal Federal.⁴¹⁵ Tendo em vista a recomendação no sentido de que a organização das informações obtidas a partir da análise de jurisprudência se harmonize com o problema de pesquisa⁴¹⁶, optou-se por expor as informações obtidas tanto de acordo com a ordem cronológica dos julgamentos, quanto por meio do agrupamento de precedentes que envolveram temas similares.

A amostra analisada mostrou que, antes de 2003, a eventual desproporcionalidade dos tipos penais sequer era debatida na Corte. Com efeito, embora o Tribunal já desenvolvesse com habitualidade o controle de constitucionalidade de leis em geral e aplicasse a proporcionalidade para avaliar diversos atos estatais⁴¹⁷, o fato é que discussões sobre eventuais vícios de inconstitucionalidade material por parte do legislador penal não compunham sua pauta decisória.

Isso começou a mudar em 2003, ao menos formalmente, quando a Segunda Turma da Corte apreciou um recurso extraordinário (RE nº 358.315) por meio do qual o réu questionou, sob o parâmetro da proporcionalidade, a constitucionalidade das penas previstas para o crime de furto qualificado, pelo qual fora condenado. Sustentou a defesa, assim, que o tipo penal do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em virtude de ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, na medida em que o tratamento nele previsto é muito mais rigoroso do que aquele cominado para o roubo igualmente cometido em concurso de duas ou mais pessoas.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário com Agravo nº 901.623, Rel. Min. Edson Fachin.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário nº 966.177, Rel. Min Luiz Fux.

⁴¹⁵ Neste tópico, as referências aos precedentes são indicadas de modo simplificado, dado que todos os julgados mencionados já se encontram detalhadamente indicadas na tabela presente no tópico anterior.

⁴¹⁶ DE PALMA, J. B.; FEFERBAUM, M.; PINHEIRO, V. M. A organização da informação jurisprudencial. In: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Coord.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 245-246.

⁴¹⁷ Vale notar, como será aprofundado em tópico a seguir, que algumas vezes a invocação da proporcionalidade pelo Tribunal ocorreu de forma genérica, sendo por vezes referida como sinônimo de razoabilidade.

Destacou o recorrente, assim, que o furto qualificado tem sua pena dobrada em relação ao preceito secundário do furto simples, ao passo que, no roubo, delito muito mais grave, por envolver violência ou grave ameaça à pessoa, a ocorrência de concurso de agentes configura apenas uma causa de aumento de pena. Essa disparidade, no seu entender, demonstraria que a sanção prevista no tipo penal não encontra guarida na atual ordem constitucional, diante da previsão do *caput* do art. 5º da Constituição, que assegura a isonomia e, conseqüentemente, a proporcionalidade.

O Supremo desproveu o recurso defensivo afirmando que incumbe exclusivamente ao Poder Legislativo a adoção de política criminal, que compreende a cominação da quantidade de pena em abstrato, de forma que seria vedado ao Poder Judiciário exercer juízo de valor sobre o *quantum* da sanção penal prevista pelo legislador. Com base nisso, rejeitou o pedido de declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do tipo penal, mantendo a condenação do réu nos termos recorridos. Vale notar que o acórdão foi formado basicamente pelo sucinto voto da relatora, Ministra Ellen Gracie, acompanhado de forma unânime, inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes que, alguns anos depois, viria a propor a revisão desse posicionamento do Tribunal, como se destacará posteriormente.

Em 2008, a Segunda Turma da Corte novamente se manifestou sobre a proporcionalidade da punição prevista para o mesmo delito, qual seja, o crime de furto qualificado. Neste caso, todavia, a pretensão do réu era um pouco diferente. Em *habeas corpus* impetrado no Supremo (HC nº 92.628), a defesa requereu que, sem prejuízo da manutenção da condenação pela prática do crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas, fosse aplicada, sobre a pena relativa ao crime de furto simples, a fração de majoração de pena prevista para o concurso de pessoas do crime de roubo. Alegou a defesa, assim, que, com fundamento no princípio da proporcionalidade, o crime de furto cometido em concurso de agentes, por ser menos que grave que o crime de roubo, deveria ser apenado com fração de aumento menor, na forma prevista para o roubo cometido na mesma circunstância.

A rejeição da pretensão do impetrante, nos termos do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, seguido pelo colegiado à unanimidade, se fundamentou na impossibilidade de combinação de tipos penais por parte do Poder Judiciário, o que faria surgir, por criação jurisprudencial, uma terceira espécie normativa. Destacou a Corte, assim, a necessidade de se “atentar para perigo destas teses que conferem ao magistrado o poder de modificar a essência das normas estabelecidas pelo Legislador, este sim detentor da legitimidade democrática para

instituir normas jurídicas primárias, criadoras de direitos e obrigações.” Observou, em referência ao entendimento acolhido pelo Tribunal ordinário de origem, que “a criação de um *tertium genus*, ainda que para beneficiar o acusado, como foi o caso, é um atentado contra a democracia”, de maneira que acabou prevalecendo a posição do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da aplicação da pena relativa ao furto qualificado, mais gravosa do que a pretendida na impetração.

Na sequência desses dois precedentes nos quais a possibilidade de controle constitucional sobre a proporcionalidade legislativa penal foi negada de forma peremptória, um novo cenário, de forma ainda bastante sutil, começou a se formar quando a Segunda Turma do Supremo decidiu sobre a constitucionalidade das sanções cominadas no tipo de receptação qualificada. Com efeito, em 2009, o colegiado apreciou *habeas corpus* (HC nº 97.344) em que se objetivava a suspensão de sentença condenatória pela prática do referido delito sob o argumento de que o preceito secundário do art. 180, § 1º, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.426/96⁴¹⁸, era inconstitucional, por ferir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao prever sanção mais grave para a modalidade do § 1º, que envolve o dolo eventual ou a culpa consciente quanto ao conhecimento sobre a origem ilícita do objeto do delito, do que aquela prevista no *caput* (modalidade simples de receptação), caracterizada pela presença do dolo direto.

Neste caso, em voto bem mais extenso do que aquele proferido alguns anos antes, no Recurso Extraordinário nº 358.315, a mesma relatora, Ministra Ellen Gracie, examinou com certo detalhamento a estrutura das duas modalidades de receptação, invocadas pelo recorrente a título de demonstração comparativa da alegada desproporcionalidade, e destacou que a modalidade qualificada “é evidentemente mais gravosa do que aquela descrita no *caput* do dispositivo, eis que voltada para a prática delituosa pelo comerciante ou industrial”, agentes que teriam maior facilidade para atuar como receptor de mercadorias de origem ilícita.

Poucos meses depois, ainda em 2009, a mesma Turma julgou um recurso extraordinário em que o réu também sustentava serem inconstitucionais as sanções estabelecidas pela Lei nº 9.426/96 para a modalidade de receptação qualificada (RE nº 443.388). De acordo com a defesa,

⁴¹⁸ Na redação original do Código Penal era prevista uma única modalidade dolosa de crime de receptação (art. 180, *caput*, CP), e uma modalidade culposa (art. 180, § 1º, CP). Essa estrutura, mantida pelas Leis nº 2.505/55 e nº 5.346/67, que modificaram apenas as sanções aplicadas, foi alterada pela Lei nº 9.426/96. A nova redação passou a prever no art. 180, § 1º, do Código Penal uma modalidade qualificada de receptação, punindo com sanções muito mais gravosas que aquelas estabelecidas no *caput*, aquele que de qualquer forma utiliza “no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime.”

violaria os princípios “da harmonia, da proporcionalidade e da individualização da pena” cominar sanção mais grave para a modalidade do § 1º, que envolve o dolo eventual ou a culpa consciente quanto ao conhecimento sobre a origem ilícita do objeto do delito, do que aquela prevista no *caput*, estabelecida com base no dolo direto. Assim, requereu a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.426/96, e a consequente aplicação do preceito secundário estabelecido no *caput* do dispositivo.

Eventualmente por se tratar de recurso, em que a cognição judicial é sabidamente mais ampla que aquela desenvolvida em sede de apreciação de *habeas corpus*, a mesma relatora, Ministra Ellen Gracie, além de examinar a estrutura das duas modalidades de receptação, teceu alguns argumentos adicionais. Destacou, assim, a forte controvérsia doutrinária a respeito da constitucionalidade da norma atacada pelo réu, assim como a maior gravidade envolvida na modalidade qualificada, e registrou que configura opção político-legislativa apenar com maior severidade aquele que comete o delito em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial. Concluiu, assim, que não pode o Poder Judiciário interferir nas escolhas do legislador, em observância ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

A evolução do posicionamento é notável. Embora, no particular, também tenha sido privilegiada a plena autonomia do Poder Legislativo na cominação das sanções, o Tribunal efetivamente analisou os argumentos que questionavam a proporcionalidade entre diferentes incriminações, destacou a controvérsia doutrinária sobre o tema, e efetivamente avaliou a racionalidade da legislação, destacando legitimidade das intenções e escolhas do legislador. A Corte, portanto, diferentemente do que acontecera alguns anos antes, admitiu exercer algum controle de constitucionalidade da tipologia penal e, ainda que indiretamente, validou a orientação político-criminal seguida pelo Parlamento.

Esse entendimento a respeito da constitucionalidade das sanções cominadas para a receptação qualificada ainda foi confirmado, no ano seguinte, pela própria Segunda Turma (HC nº 101.149), bem como pela Primeira Turma, em 2013, em mais de uma oportunidade (RHC nº 114.972 e RHC nº 117.143), a demonstrar que o Tribunal foi sendo instado com mais frequência pelos interessados a exercer o controle da proporcionalidade legislativa. Vale destacar que, em um desses julgamentos (RHC nº 114.972), chegou a ser formulada questão de ordem para que o debate constitucional fosse remetido ao Plenário, o que, todavia, acabou rejeitado, até porque os dois colegiados fracionários já haviam se manifestado sobre o tema no mesmo sentido.

Os já mencionados julgamentos realizados pela Segunda Turma do Supremo em 2008 e 2009, a respeito da constitucionalidade das sanções estabelecidas nos tipos do furto qualificado e da receptação qualificada, não contaram com a participação do Ministro Gilmar Mendes, que, no período, ocupava a Presidência do Tribunal.⁴¹⁹ Alguns anos depois, no entanto, sua atuação seria decisiva para alterar novamente o entendimento do Tribunal a respeito do tema. De fato, sem prejuízo da relevância da mencionada transformação na jurisprudência da Corte no período de 2003 a 2009, a virada jurisprudencial mais contundente se daria em 2012, a partir dos votos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes no âmbito do julgamento de dois *habeas corpus*, também apreciados pela Segunda Turma.

No primeiro deles (HC nº 102.087), a Defensoria Pública sustentava a atipicidade da conduta de portar arma de fogo desmuniada, argumentando que a ausência de potencialidade lesiva impedia o seu enquadramento no tipo penal do art. 14 do Estatuto do Desarmamento. O então relator, Ministro Celso de Mello, votou no sentido de reconhecer a atipicidade da conduta, destacando, com fundamento no princípio da ofensividade, que tal comportamento não é penalmente relevante. Por sua vez, ao devolver o caso, após pedido de vista, o Ministro Gilmar Mendes apresentou entendimento diverso que, ao final, prevaleceu.

Nota-se que o extenso e bem fundamentado voto divergente inaugurou uma discussão até então inexistente no caso, sequer arguida pela impetrante, qual seja, a da constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato, como era o caso da imputação de porte de arma de fogo que recaía sobre o paciente. Registrou o Ministro em seu voto que o Supremo deveria

evoluir nessa fundamentação, para consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal.

Em seguida, o Ministro apresentou diversas considerações sobre o controle de constitucionalidade de leis penais, pautado na proporcionalidade, de acordo com o modelo descrito na doutrina alemã e na jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele país. Foram mencionados, então, certos limites que a Constituição Federal de 1988 impõe ao legislador ordinário, notadamente sob a forma dos mandados de criminalização, e mencionados os

⁴¹⁹ Conforme informação disponível em <https://portal.stf.jus.br/ministro/presidente.asp?periodo=stf&id=36>. Acesso em 26 de maio de 2023.

diferentes níveis de intensidade de controle a que o ato estatal pode ser submetido. Em seguida, foram destacadas as características dos tipos de perigo abstrato, bem como a necessidade de que sua constitucionalidade seja examinada sob o parâmetro da proporcionalidade.

Para Mendes, tais tipos “devem restringir-se aos comportamentos que, segundo os diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador com base em dados e análises científicas disponíveis no momento legislativo (...) geralmente configuram perigo para o bem jurídico”, prosseguindo o Ministro, então, para a exposição de argumentos a respeito da conformidade da imputação questionada no *writ* com os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Ao final, concluiu Mendes que a forma de tutela penal adotada pelo legislador, baseada na presunção de um perigo abstrato, era legítima, e que a conduta observada no caso concreto efetivamente reunia potencialidade lesiva. O voto pela constitucionalidade da previsão típica e consequente denegação da ordem de *habeas corpus* contou com a adesão dos outros Ministros integrantes do órgão fracionário, à exceção do relator, que restou vencido.

O julgamento foi concluído em 28 fevereiro de 2012, com a devolução de pedido de vista e apresentação do voto divergente referido. Alguns dias depois, na sessão de 06 de março, o mesmo colegiado julgou um caso muito similar (HC nº 104.410), em que se alegara que a conduta de posse ilegal de arma de fogo desmuniada, desta vez enquadrada na previsão do art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97⁴²⁰, também era atípica, à luz dos princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da razoabilidade. O relator deste segundo *habeas corpus*, impetrado em 2010, Ministro Gilmar Mendes, apresentou voto com conteúdo muito similar àquele descrito nos parágrafos anteriores. Sua posição novamente se sagrou prevalecente, e acabou contando com a adesão de todos os demais membros da Segunda Turma presentes na sessão, inclusive do Ministro Celso de Mello.

Nesses dois casos, portanto, a proporcionalidade passou a ser aplicada não apenas como um princípio da dogmática penal que prega a exigência de uma correlação proporcional entre fato e pena, à luz, inclusive, de comparações efetuadas com as sanções cominadas em relação a outros delitos do ordenamento. Sob a influência da doutrina e jurisprudência alemãs divulgadas pelo Ministro Gilmar Mendes, a proporcionalidade assumiu, no âmbito do controle de tipos penais realizado pelo Supremo, o papel de *método* de avaliação da conformidade

⁴²⁰ Norma substituída pelo Estatuto do Desarmamento, mas que se aplicava ao caso concreto por força do princípio da irretroatividade da lei penal gravosa.

constitucional da estrutura típica, entendida como espécie de medida restritiva de direitos fundamentais. Esse cenário alterou profundamente a abrangência e a profundidade do controle sobre a legitimidade das incriminações e sanções penais, quadro que seria confirmado em julgamentos posteriores.

Chamou a atenção, por outro lado, que a discussão, de grande profundidade, tenha sido inaugurada em processos subjetivos, julgados por um órgão fracionário da Corte, e que não envolviam questionamentos dos impetrantes quanto à constitucionalidade dos tipos penais, mas apenas a compreensão sobre o alcance típico das condutas de porte e posse de arma de fogo, nos casos em que o objeto se encontra desmuniado. Houve, assim, ampliação objetiva da lide para que a questão constitucional pudesse ser encaminhada pelo colegiado fracionário, o que, aliás, viria a se repetir no ano seguinte.

De fato, em 2013, o Ministro Gilmar Mendes foi relator de recurso extraordinário (RE nº 583.523) por meio do qual o Supremo, desta vez pelo seu Plenário, declarou a não recepção da contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25, Decreto-lei nº 3.688/41), por reconhecer que o tipo contravencional era incompatível com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Para tanto, nos termos do voto do relator, a Corte precisou desconsiderar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, que, no particular, era incontroversa, sob o fundamento de que o reconhecimento de atipicidade da conduta⁴²¹ seria mais benéfico ao acusado do que a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição, bem como por considerar que “a questão constitucional a ser examinada é relevante, inclusive pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria” por parte da maioria dos Ministros.

O voto do relator reproduziu, em boa medida, os mesmos termos lançados nos dois *habeas corpus* decididos pela Segunda Turma em 2012, com considerações iniciais a respeito da legitimidade dos tipos de perigo abstrato. A análise foi concluída com uma avaliação sobre a incompatibilidade da contravenção penal com a Constituição Federal de 1988, realizada sob o enfoque do princípio da proporcionalidade. Destacou o Ministro, a título de conclusão, que

a norma impugnada não se mostra *adequada* porque não protege o direito fundamental de maneira ótima, na medida em que o bem jurídico que o legislador pretendia defender – o patrimônio e a incolumidade pública, está restrito, de forma discriminatória, às pessoas descritas no tipo (vadio ou mendigo, bem como reincidente em crime de furto ou roubo ou sujeito à

⁴²¹ Como consequência da reprovação da previsão legal no juízo de constitucionalidade, a partir da não recepção pela ordem constitucional atualmente vigente.

liberdade vigiada). A *contrario sensu*, conclui-se, pelo texto da lei, que é permitido a uma pessoa, que não se enquadre nas condições específicas do tipo, possuir tranquilamente “*gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto*”.

Também, a medida não é *necessária* porquanto a própria lei, ao limitar a aplicação do tipo apenas à determinados agentes, demonstra que a tipificação penal pode ser suprida por outras medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental. Caso a contravenção penal fosse realmente imprescindível e necessária para proteção do bem jurídico que a lei pretendia resguardar, o legislador teria criado a infração para punir todos que portassem os instrumentos descritos no tipo incriminador.

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.

O interesse do Ministro pelo tema, não apenas no âmbito acadêmico, pode contribuir para a compreensão do quadro. Com efeito, pesquisa de Mestrado concluída em 2009 observou que, no período de 2004 a 2006, o Ministro Gilmar Mendes foi o membro do STF que mais invocou a proporcionalidade em suas manifestações, tanto no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, quanto do controle difuso, considerando uma amostra composta por precedentes nos quais o uso desse parâmetro foi considerado relevante para a solução apresentada.⁴²²

Em 2018, o Ministro Gilmar Mendes relatou *habeas corpus* (HC nº 141.949) em que a Segunda Turma concluiu que o tipo penal do desacato militar (art. 299, CPM) era compatível com a Constituição Federal, assim como com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Neste caso, no entanto, o voto do relator não realizou um exame de proporcionalidade propriamente dito. Na realidade, o termo está presente uma única vez no seu voto, em trecho de obra que faz referência ao princípio da concordância prática, apontado como a solução para a compatibilização da liberdade de expressão com outros direitos também presentes no caso.

Nesse julgamento, a proporcionalidade também foi mencionada no voto do Ministro Edson Fachin, que acabou vencido. Mas ela somente foi citada em referência ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a respeito da inconveniência do referido

⁴²² PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 28-33.

tipo penal. Também se nota que os dois votos deixaram de fazer referência à jurisprudência do próprio Tribunal, já existente, sobre o controle de constitucionalidade de leis penais.

Situação similar seria observada em 2020, no julgamento em que o Plenário da Corte declarou a constitucionalidade do tipo penal do desacato (art. 331, CP), rejeitando, assim, a arguição de violação do direito à liberdade de expressão, do princípio republicano, do modelo de Estado Democrático de Direito e dos princípios da igualdade e da legalidade (ADPF nº 496). Com efeito, embora o caso envolvesse típica discussão de conflito de direitos fundamentais, não se realizou um juízo de proporcionalidade, tendo a Corte decidido o caso, nos termos do voto do relator, Ministro Roberto Barroso, a partir da análise a respeito da extensão do direito à liberdade de expressão e dos motivos para se criminalizar o desacato.

Menções à proporcionalidade só aparecem nos votos dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, e em alusão ao posicionamento da Corte Interamericana a respeito da inconveniência dos tipos que criminalizam a crítica dirigida a funcionários públicos sem, portanto, o desenvolvimento de um juízo de proporcionalidade mais aprofundado a respeito dos princípios em conflito.

Os mesmos fatores que chamaram a atenção nos julgamentos de *habeas corpus* envolvendo posse e porte de arma desmuniada pela Segunda Turma, em 2012, são igualmente notados em precedente julgado pela Primeira Turma, em 2016. Também neste caso um órgão fracionário da Corte adentrou em discussão de tema de grande profundidade, no bojo do julgamento de caso individual, e que não veiculava questionamentos do demandante sobre a constitucionalidade dos tipos penais. A situação aqui, aparentemente, foi ainda mais delicada, por envolver tema muito controverso socialmente, e por culminar com declaração de inconstitucionalidade da lei penal.

No particular, o colegiado se debruçou sobre *habeas corpus* (HC nº 124.306) impetrado com o objetivo de afastar prisão preventiva decretada no bojo de ação penal movida em razão da prática do crime de aborto com o consentimento da gestante (art. 126, CP), em concurso material com o antigo crime de formação de quadrilha (art. 288, CP), por quatro vezes. A Turma concedeu a ordem de ofício para afastar a prisão cautelar, entendendo que os respectivos requisitos legais não se encontravam presentes. O que chamou a atenção, no entanto, foi a decisão do Ministro Roberto Barroso de propor, no voto condutor, que fosse dada interpretação conforme à Constituição ao tipo penal do aborto consentido (arts. 124 e 126, CP), para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro

trimestre, entendimento que se sagrou vencedor ao ser acompanhado pelos votos de outros dois integrantes da Turma.

Nesse voto prevaemente, realizou-se a análise dos subprincípios da proporcionalidade e destacou-se que a criminalização, nessa hipótese, viola direitos fundamentais da mulher (autonomia, integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos, igualdade de gênero), acarreta discriminação social e um impacto desproporcional sobre mulheres pobres, não se revelando, portanto, medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Foram mencionados estudos empíricos sobre o tema, o tratamento legal que outros países conferem ao aborto, e precedentes de Cortes Constitucionais da Alemanha, dos Estados Unidos da América e do Canadá.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber apresentou voto convergente, em que analisou o conflito de direitos fundamentais existente no caso, indicou precedentes extraídos do Direito Comparado e dos sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, e reproduziu dados empíricos a respeito dos efeitos que a intervenção penal contra o aborto acarreta, igualmente concluindo pela reprovação da tipificação no juízo de proporcionalidade.

Não se nota, por outro lado, nos dois votos integrantes do acórdão, referências à jurisprudência do próprio Supremo relativa ao controle de constitucionalidade de tipos penais. Algum tempo depois, além da grande repercussão do caso, foi também amplamente noticiado o incômodo do Ministro Gilmar Mendes com a decisão, fato que teria inclusive contribuído para a ocorrência de embates em sessão plenária do Tribunal.⁴²³

A proporcionalidade ainda apareceria em outros julgamentos envolvendo o controle de constitucionalidade de tipos penais, dois deles envolvendo normas penais do Código de Trânsito Brasileiro. Nestes dois casos, apreciados pelo Plenário, a proporcionalidade foi aplicada de forma mais sistematizada nos votos apresentados pelos relatores, que estabeleceram com precisão o conflito de direitos fundamentais imbrincados no caso concreto, e submeteram as restrições veiculadas nas normas penais aos três testes correspondentes aos subprincípios da proporcionalidade.

Com efeito, no primeiro deles, julgado em 2018 (RE nº 971.959), a Corte avaliou a compatibilidade do tipo penal do art. 305 do CTB, que criminaliza a conduta do condutor de

⁴²³ Conforme noticiado em <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/03/21/stf-suspende-sessao-apos-bate-boca-entre-barroso-e-gilmar.htm>. Acesso em 14 de julho de 2023.

veículo que se afasta do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, com a garantia constitucional contra a autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF).

Para tanto, o Ministro Luiz Fux, relator, apresentou voto contendo exposição detalhada sobre a origem, o objeto e os limites do mencionado direito fundamental, a partir de vasto retrospecto histórico e pesquisa doutrinária. Destacou-se, ainda, a jurisprudência do Supremo e da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o sentido e o alcance do parâmetro constitucional mencionado. Em seguida, foi apontada a relevância do princípio da proporcionalidade tanto como um dever imposto ao legislador num Estado Democrático de Direito, quanto como instrumento de harmonização constitucional dos elementos em conflito.

O voto registrou, então, valorações em torno dos três subprincípios da proporcionalidade, em cotejo com outras normas e características do Direito Penal apontadas pela dogmática, caso dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade. Saliou-se que o tipo penal em exame, além de não ofender o núcleo essencial da garantia contra a autoincriminação e a dignidade da pessoa humana, atende a interesses que, no caso concreto, de acordo com um juízo de ponderação, devem preponderar sobre os demais princípios fundamentais envolvidos. Também se fez referência à posição jurisprudencial que a Segunda Turma da Corte adotara em 2012, quando, em apreciação de *habeas corpus* relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, defendeu-se a possibilidade de um controle de constitucionalidade exigente sobre as leis que estabelecem tipos penais. A maioria dos Ministros acompanhou o entendimento do relator, apresentando alguns argumentos adicionais em relação aos diferentes valores envolvidos no caso, e que confirmariam a constitucionalidade da tipificação penal debatida.

Em sentido diverso, o Ministro Gilmar Mendes se posicionou pela inconstitucionalidade do tipo penal em discussão por entender que a criminalização da ação do condutor de veículo que se afasta do local do acidente para frustrar sua eventual responsabilidade viola o núcleo do direito à não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF), bem como a proporcionalidade, dado que existiriam outros tipos penais e meios de persecução para resguardar os bens jurídicos tutelados. Essa posição divergente foi subscrita pelos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Dias Toffoli.

No segundo caso, julgado em 2020 (RE nº 607.107), o Tribunal alcançou um entendimento unânime no sentido da constitucionalidade da previsão de imposição da pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor ao motorista profissional condenado

por homicídio culposo no trânsito, prevista no preceito secundário do tipo do art. 302 do CTB. Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso, após destacar a extensão dos direitos fundamentais envolvidos no caso, registrou que a imposição da restrição ao direito de dirigir à pessoa condenada pela prática do crime em questão é proporcional por se compatibilizar com os testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, tecendo precisas, embora concisas, considerações sobre cada um deles. Por sua vez, o Ministro Edson Fachin destacou precedentes do próprio Supremo e da Corte Constitucional da Colômbia, assim como apontamentos doutrinários sobre os limites do controle constitucional das sanções penais, e concluiu que a norma é compatível com o princípio da proporcionalidade. Alguns outros Ministros apresentaram votos concorrentes, chegando-se então a uma conclusão unânime.

Nesses dois julgamentos, os divulgados benefícios de um juízo constitucional sistematizado da proporcionalidade podem ser notados. As questões controvertidas foram devidamente delimitadas e os debates foram conduzidos de forma organizada, de modo que as eventuais divergências, quando existentes, puderam ser identificadas e bem contextualizadas. O mero fato de, no primeiro deles, não se ter alcançado a unanimidade não significa que tenha havido falha na aplicação da proporcionalidade; como vem sendo defendido neste trabalho, ela é uma estrutura formal que não substitui valorações subjetivas dos juízes constitucionais. Nos dois casos mencionados, portanto, as vantagens da proporcionalidade, em termos de incremento do trabalho argumentativo desenvolvido pela Corte Constitucional no exercício da fiscalização dos atos estatais, fizeram-se presentes.

A proporcionalidade também orientou o entendimento do Plenário do Supremo em dois julgamentos concluídos em 2019. Nestes casos, no entanto, não estava em discussão o seu papel como norma que proíbe excessos punitivos, isto é, como limitação ao Direito Penal. As discussões envolviam, na realidade, sua aplicação como vedação de proteção deficiente. Embora o aprofundamento a respeito desta segunda vertente da proporcionalidade escape ao escopo deste trabalho, como se esclareceu no primeiro capítulo (item 1.5.), o registro dos precedentes em questão não pode ser ignorado porque ajuda a compreender o quadro mais amplo de aplicação da proporcionalidade pelo Supremo na conformação do Direito Penal.

No primeiro deles (ADI nº 4.974), o Tribunal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do § 1º do art. 337-A do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 9.983/00. Segundo o autor da ação de controle, a possibilidade de extinção da punibilidade do crime de sonegação de contribuição previdenciária prevista na norma questionada violaria a

proporcionalidade pois a proteção conferida ao bem jurídico seria deficiente, o que não foi acolhido pela Corte. Em outra situação (ADO nº 26 e MI nº 4.733, julgados em conjunto) também enfrentando o argumento da proibição de proteção deficiente, a Corte reconheceu a omissão inconstitucional do Congresso Nacional no que concerne à edição de lei voltada ao combate da homofobia e da transfobia e decidiu, dentre outros, enquadrar tais condutas, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma.

Por fim, no último caso que compõe a amostra (RE nº 979.962), a discussão travada no Supremo era menos complexa pois envolvia a contestação do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, em que a desproporcionalidade da sanção cominada é flagrante, quando comparada com as penas estabelecidas pelo legislador em delitos mais graves, como já vinha sendo reconhecida por outros Tribunais, inclusive pelo STJ.⁴²⁴ Vale notar que a redação do dispositivo foi fixada em 1998, de forma que, sem a evolução jurisprudencial narrada neste tópico, isto é, a prevalecer a posição abraçada pelo Supremo nos primeiros precedentes componentes da amostra, sua constitucionalidade não seria fiscalizada.

O estudo dos precedentes mencionados demonstra, como se anunciou no início do tópico, que a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de tipos penais passou por diferentes fases na jurisprudência do STF. Ao longo do tempo, precedentes em que prevaleciam a negativa de jurisdição ou análises concisas e pontuais sobre a proporcionalidade, registradas apenas nos votos dos Ministros relatores, foram cedendo espaço para acórdãos compostos por votos mais extensos, em que, progressivamente, embora nem sempre de modo contínuo, o tema foi ganhando importância e sistematização.

Da mesma forma, o juízo constitucional de proporcionalidade, que antes era enfrentado apenas em julgamentos efetuados no âmbito de ações subjetivas (recursos extraordinários e *habeas corpus*), e pelos órgãos fracionários do Tribunal, foi recebendo a atenção do Plenário, por meio de ações de controle concentrado ou de recursos dotados de repercussão geral. O debate sobre a constitucionalidade do tipo penal do aborto é ilustrativo desse processo, pois a matéria, inicialmente julgada no âmbito da Primeira Turma da Corte, no bojo de um *habeas corpus*, segue atualmente na agenda decisória do Supremo, desta vez por meio de ação de controle concentrado submetida ao exame pelo Plenário.

⁴²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 239.363, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgada em 26 de fevereiro de 2015.

É perceptível, ainda, que a própria compreensão da proporcionalidade, pelas partes e pelo Supremo, também ganhou outra dimensão. Enquanto nos primeiros julgados a ideia de proporcionalidade se restringia a questionamentos quanto à intensidade das sanções cominadas, diante de uma avaliação comparativa com as penas atribuídas aos diferentes tipos penais do ordenamento, com o passar do tempo ela foi sendo invocada como ferramenta para apreciar conflitos entre direitos fundamentais, de forma que a própria tipificação de algumas condutas passou a ter a sua legitimidade contestada com referência ao princípio da proporcionalidade. Vale lembrar que, atualmente, diferentes tipos penais têm sua constitucionalidade desafiada perante o Supremo sob o argumento de afetação de direitos fundamentais, como se destacou em tópico anterior.

3.3. Avaliação crítica

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa ao controle constitucional da proporcionalidade dos tipos penais, ao mesmo tempo em que registra importantes avanços, destacados no tópico anterior, também suscita observações que, aliás, dialogam com alguns apontamentos críticos já registrados na literatura.

Nota-se, em primeiro lugar, que, nos acórdãos analisados, nem sempre foi possível notar o emprego da proporcionalidade com os contornos e a objetividade sistemática pregados pela doutrina estudada. Embora ela, de fato, possa assumir sentidos e funções diferentes nos variados ramos e momentos das ciências jurídicas, como se destacou no primeiro capítulo (item 1.2.), estabelecer com precisão o sentido empregado em cada caso julgado contribui para a densidade do debate constitucional e para o rigor no juízo de validade das medidas estatais restritivas de direitos.⁴²⁵

Defende-se, assim, a importância de que a aplicação da proporcionalidade em cada caso seja justificada e feita de forma sistemática e estruturada⁴²⁶, isto é, de que ela não seja mobilizada pelo julgador apenas para um uso meramente retórico, como reforço argumentativo de convencimento.⁴²⁷ É importante que fique claro, em cada discussão, exatamente ao que se está referindo quando se afirma que um ato estatal é proporcional ou desproporcional. Isso pode

⁴²⁵ RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista Mestrado em Direito, Osasco*, ano 10, núm. 1, p. 11-139, 2009.

⁴²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável...*, p. 45-46.

⁴²⁷ LIMA, Rafael Bellem de. *Proporcionalidade no Supremo...*, p. 194-201.

depende, no particular, de esclarecimentos sobre o sentido semântico empregado quando a proporcionalidade é mencionada, e da indicação do conflito de princípios a ser por ela solucionado. Pode ser necessária, ainda, a indicação dos meios e fins cuja relação se examina, e a organização do controle a partir da aplicação sucessiva dos seus três subprincípios.

Em segundo lugar, também foi possível observar que, em alguns casos em que ela foi invocada para controlar a constitucionalidade de tipos penais, nem sempre ficaram evidentes as razões de decidir e a posição institucional do Tribunal, diante da diversidade de argumentos apresentados e da falta de clareza quanto aos consensos e dissensos. Assegurar a precisão, a clareza e a objetividade dos entendimentos do Tribunal, no entanto, é indispensável para que a legitimidade democrática das suas decisões seja preservada, e para que a jurisprudência da Corte possa orientar o sistema judiciário como um todo.⁴²⁸

Da mesma forma, para que o diálogo institucional com o Poder Legislativo, sede da avaliação primária da proporcionalidade legislativa penal, seja frutífero e, conseqüentemente, para que uma cultura de justificação dos atos estatais seja edificada⁴²⁹, é importante que, da fundamentação apresentada pelo Tribunal, possa ser extraída uma posição institucional plenamente compreensível por terceiros.⁴³⁰

Entende-se que a mencionada falta de clareza na identificação das razões de decidir do Tribunal compõe um cenário mais amplo do processo decisório geralmente desenvolvido na Suprema Corte brasileira, decorrente da forma de deliberação adotada, segundo a qual, em muitas situações, o resultado de cada julgamento se forma a partir da soma dos votos individualmente elaborados por cada Ministro, e não a partir de debates e da troca de argumentos entre seus membros, até que seja possível estabelecer uma posição colegiada, como ocorre em outras Cortes Constitucionais.⁴³¹

Uma terceira observação tem relação com o procedimento adotado para exercer o controle de constitucionalidade dos tipos penais e com a alçada judicial em que as decisões dessa espécie são tomadas. Com efeito, se a jurisdição constitucional é tida como esfera de representação democrática, e como lócus adequado para o questionamento dos argumentos e premissas adotados pelo legislador na formulação da política criminal, então é necessário que

⁴²⁸ VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C., Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 5, núm. 1, p. 21-44, 2009.

⁴²⁹ Nos termos expostos no segundo capítulo (item 2.1.).

⁴³⁰ DE LIMA, Rafael Bellem. *Proporcionalidade no Supremo...*, p. 190-194.

⁴³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009, p. 217-218.

o procedimento permita a efetiva participação da sociedade e dos diferentes atores e instituições envolvidos no funcionamento do sistema criminal. Do mesmo modo, é necessário que esse procedimento assegure a oportunidade para que dados empíricos relacionados ao tema possam ser apresentados e discutidos.

Não se ignora que o Tribunal esteve sobrecarregado, nas últimas décadas, com um volume enorme de processos distribuídos, o que é atribuído principalmente à expressiva abertura de sua competência recursal vinculada ao controle de constitucionalidade difuso.⁴³² Também se tem em mente que o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais praticamente impõe que a Corte emita um juízo sobre todo o tipo de questionamento levado ao seu conhecimento, inclusive, portanto, sobre eventuais contestações quanto à constitucionalidade de tipos penais deduzidas pelas partes em processos de índole subjetiva.

É compreensível, assim, que, em determinados casos, a Corte tenha adotado estratégias como a realização de julgamentos monocráticos e a apreciação da maioria das ações nos órgãos colegiados fracionários. Da mesma forma, é legítimo, como forma de preservar a segurança jurídica e o princípio da isonomia, que o Tribunal adote meios para concretizar a uniformização e a efetividade da sua jurisprudência, a exemplo da abstrativização dos efeitos das decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade difuso.⁴³³

No entanto, é preciso que temas complexos e controversos, e que podem causar grande repercussão social e institucional, como é o caso de muitas situações subjacentes ao debate sobre a constitucionalidade das leis federais que estabelecem a política criminal, sejam encaminhados em procedimentos dotados de ferramentas de amplo debate, de participação social e de oitiva de especialistas, a exemplo das audiências públicas e da intervenção dos *amici curiae*. A realização de discussões dessa natureza no Plenário, principalmente quando inauguram debates novos, ao mesmo tempo em que pode aprimorar a decisão, a partir da adesão de novos argumentos e pontos de vista, também reduz as chances de tensões internas e com outros Poderes.

⁴³² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, núm. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

⁴³³ Proposta nesse sentido, rejeitada no julgamento da Reclamação n° 4.335, após longa tramitação na Corte, acabou prevalecendo no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 3.406 e 3.470, concluído em 29 de novembro de 2017, sob a relatoria da Min. Rosa Weber. No mesmo sentido, e destacando a adoção expressa da abstrativização dos efeitos das decisões plenárias tomadas no âmbito do controle difuso, acórdão da 2ª Turma do Tribunal, tomada na Reclamação n° 36.009, julgada em 22 de agosto de 2021.

Por fim, a quarta observação reforça a importância de que os precedentes do Tribunal em matéria de controle de constitucionalidade da legislação penal sejam progressivamente observados, a fim de que se construa uma jurisprudência íntegra, estável e coerente sobre o tema. Pode contribuir para esse quadro o estabelecimento de diretrizes prévias e objetivas para a avaliação constitucional dos tipos penais, esclarecendo-se os ônus a serem cumpridos pelo legislador penal e, conseqüentemente, os níveis de intensidade do controle praticados. Os benefícios da sistematização da disciplina, já explorados no primeiro capítulo (item 1.6.) poderão, inclusive, potencializar os efeitos referidos nas demais observações anteriormente apresentadas.

CONCLUSÃO

Quem observa a legislação criminal nacional se surpreende com a sua extensão e complexidade, assim como com o elevado número de situações de desarmonia interna do ordenamento, dada a multiplicidade de situações de desproporcionalidade entre a gravidade das condutas praticadas e a intensidade das sanções cominadas em diferentes tipos penais. Esse quadro, que não é exclusividade brasileira, é parte do fenômeno histórico, político e social de expansão que caracterizou o Direito Penal nas últimas décadas.

Embora seja inequívoca a necessidade de se oferecer proteção a novos e importantes bens jurídicos e interesses sociais, em face, inclusive, de riscos surgidos na Modernidade, é preciso que a demanda pela tutela penal seja equilibrada com a preservação da liberdade, na forma assegurada pelo modelo de Estado Democrático de Direito acolhido em muitos sistemas constitucionais.

De outro lado, é certo que recorrer à intervenção penal para cuidar de todo e qualquer problema da vida social, distanciando-se do conhecimento científico, pode produzir mais malefícios do que benefícios. Ao mesmo tempo, diante da notória escassez de recursos financeiros e humanos de que dispõe a maioria das nações para atender a uma ampla gama de demandas coletivas, impõe-se que todas as atuações estatais sejam permanentemente avaliadas, sob um prisma de racionalidade e, quando possível, aprimoradas.

Todos esses fatores, no entanto, não impediram que se assistisse à rápida e intensa dilatação do ordenamento penal, produzida, muitas vezes, sem amparo em reflexão e debate qualificados. O resultado, no campo jurídico, foi a ampliação dos tipos penais e do rigor das respectivas sanções, o que, não raramente, também produziu notórias atecniais normativas e desproporcionalidades legislativas.

Em um modelo de Estado Democrático de Direito que privilegia a liberdade, condutas não podem ser criminalizadas e sanções penais não podem ser recrudescidas sem que se tenha seguro conhecimento sobre o real impacto dessas intervenções legislativas. Mensurar esse impacto, não custa repisar, envolve não apenas examinar os efeitos mais visíveis produzidos sobre os direitos fundamentais, mas também os seus efeitos indiretos. A mesma exigência, naturalmente, também se aplica em face de eventuais propostas de abrandamento das

intervenções penais, embora esse comportamento, como é de percepção notória, seja muito menos frequente no cenário político atual.

Sem prejuízo, a jurisdição constitucional, que já se preocupava com a guarda de diversos direitos fundamentais, parecia particularmente tolerante com o sistema criminal. Durante muito tempo, várias Cortes Constitucionais resistiram a examinar alegações de desproporcionalidade em tipos penais, afirmando que esse juízo competia exclusivamente ao Poder Legislativo. A despeito do entendimento de parte da doutrina, prevalecia nos Tribunais que o legislador, com fundamento em sua legitimidade democrática, podia, sozinho, estabelecer a política criminal, o que compreende os poderes de tipificar condutas e cominar sanções.

Esse quadro, todavia, começou a mudar. Progressivamente, os Tribunais passaram a destacar que a legislação penal, tal como se dá com as normas de outros ramos, também deve obediência aos limites materiais estabelecidos no texto constitucional e, portanto, não está imune ao controle jurisdicional. Nesse cenário, compreende-se que o tipo penal, espécie de medida restritiva do direito fundamental da liberdade, também pode ser submetido ao teste de proporcionalidade.

Revelou-se, então, a importância de se conhecer com mais profundidade as especificidades que devem ser observadas para que a aplicação da proporcionalidade pelas Cortes, na forma concebida pelo Direito Constitucional, permita uma aproximação com a dogmática penal e esteja atenta ao conhecimento produzido pelas ciências criminais.

O objetivo inicial da investigação era, assim, compreender como se dá a aplicação da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de leis que estabelecem tipos penais, o que envolve considerar a relação existente entre a Constituição e o Direito Penal, o sentido da proporcionalidade nos dois campos do Direito envolvidos e as diferentes normas e diretrizes incidentes sobre o tema. A consulta à literatura demonstrou a grande complexidade da matéria.

Foi possível compreender o campo de aplicação do juízo constitucional da proporcionalidade e sua função como estrutura formal que articula a aplicação de diversas normas e institutos da dogmática penal, como a categoria do bem jurídico-penal e o princípio da ofensividade. Embora o legislador também esteja incumbido de avaliar a proporcionalidade da legislação penal, é certo que a natureza da sua investidura, e a própria dinâmica da atuação política, fazem com que essa avaliação seja diversa daquela desempenhada pelo juiz constitucional. Era preciso, portanto, compreender também as singularidades da avaliação desempenhada pelo Tribunal Constitucional.

O tipo penal será validado, no exercício da fiscalização constitucional, se o objetivo perseguido consistir em uma finalidade legítima, e ele se revelar um meio idôneo para o alcance dessa finalidade (isto é, se ele for *adequado*); se ele se mostrar um meio indispensável para o atingimento desse objetivo (ou seja, se ele for *necessário*); e se a contribuição que ele oferece a esse objetivo legítimo superar os malefícios que ele causa ao direito geral de liberdade (vale dizer, se ele for *proporcional em sentido estrito*).

O subprincípio da adequação exige, assim, a compatibilidade do objetivo perseguido pela incriminação com os escopos admitidos pela Constituição, e a idoneidade do tipo penal para atingir esse objetivo. A avaliação a respeito da constitucionalidade do objetivo envolve considerar a correlação estabelecida entre os fins admitidos pela Constituição e o *status* constitucional detido por diferentes interesses e bens jurídicos. Já a análise da idoneidade da medida restritiva deve ser medida por testes empíricos. Essa avaliação demanda cautela, à luz do princípio da ofensividade, sobretudo no caso de tipos penais de perigo abstrato e de leis penais simbólicas.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade, ao exigir que sejam privilegiados instrumentos legais menos restritivos dentre aqueles com igual eficácia protetiva, concretiza, em termos de controle constitucional, a subsidiariedade do Direito Penal. A sua aplicação para controlar leis penais, no entanto, pode encontrar maior dificuldade diante da notória força do Direito Penal e da eventual inexistência de propostas alternativas. De outro lado, recorrer à via penal como solução pretensamente eficaz para todas as situações pode, eventualmente, ofuscar o desenvolvimento de outras medidas para o tratamento do problema que se pretendeu combater.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por fim, envolve uma ponderação entre a intensidade da restrição do direito de liberdade afetado pela intervenção penal e o grau de satisfação da proteção a bens e interesses relevantes por ela oferecido. Para tanto, devem ser consideradas como variáveis do sopesamento a importância dos princípios em jogo (*pesos abstratos*), a intensidade com que eles são afetados ou promovidos no caso concreto, e o grau de segurança das premissas empíricas que sustentam essas avaliações. Será possível, assim, identificar o *peso concreto* dos valores imbrincados, desde que sejam valorados todos os aspectos da intervenção penal analisada, inclusive seus aspectos processuais e efeitos secundários.

A grande contribuição oferecida pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ao controle constitucional consiste na organização e sistematização dos elementos a serem ponderados pela Corte no exercício da argumentação, o que é particularmente relevante na fiscalização da legitimidade de leis penais.

A fim de não usurpar a competência do Parlamento, e prestigiar o princípio democrático e a presunção de constitucionalidade das leis, o Tribunal Constitucional está submetido a vários limites em relação a cada um dos princípios destacados. Isso impõe reconhecer ao legislador a prerrogativa de eleger como objetivo da intervenção penal tudo aquilo que não for proibido pela Constituição, assim como de optar por essa via caso não haja convicção a respeito da eficácia de outros meios. Da mesma forma, a tomada de decisão se insere na margem de discricionariedade legislativa nos cenários de incerteza empírica e de empate na ponderação entre argumentos favoráveis e contrários relacionados aos efeitos produzidos pela tutela penal.

Após a consulta e a sistematização da literatura, foi possível examinar como o tema vem sendo enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. A pergunta a ser respondida era: como a Corte vem empregando a proporcionalidade no controle de constitucionalidade de tipos penais? A análise dos casos que atenderam ao desenho da pesquisa revelou uma importante evolução na jurisprudência do órgão sobre o tema.

Foi possível descrever o papel que a proporcionalidade foi assumindo ao longo dos últimos anos na agenda decisória do Supremo, compreender a argumentação e as estratégias desenvolvidas, e revelar aproximações e distanciamentos com os parâmetros observados na doutrina. Também foi possível tecer algumas observações voltadas ao aprimoramento do controle constitucional da proporcionalidade penal.

Salientou-se, assim, a importância de que a aplicação da proporcionalidade seja justificada em cada caso, a partir do estabelecimento dos diferentes valores em jogo, bem como de que esse juízo seja feito de forma sistemática e estruturada. Apontou-se, também, que avaliações dessa ordem devem ser desenvolvidas no âmbito de procedimentos que garantam a efetiva deliberação e troca de argumentos, a apresentação do conhecimento empírico disponível e a participação social e de diferentes atores institucionais participantes do sistema criminal. Destacou-se, ainda, a importância de que a decisão transmita uma posição institucional da Corte, tornando viável o debate com o Parlamento, o que também depende da observância da sua própria jurisprudência sobre o tema.

O estudo do controle constitucional da proporcionalidade, embora centrado na atuação das Cortes Constitucionais, inegavelmente também expõe a necessidade de aprimoramento do processo legislativo. Revela, por outro lado, que a jurisdição constitucional, embora não substitua o importante e complexo trabalho do legislador no estabelecimento da política criminal, apresenta-se como mais um espaço de reflexão e deliberação, para que a tão almejada racionalização do Direito Penal finalmente possa ser alcançada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, vol. 921, p. 191-211, jul. 2012.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 22, p. 51-65, 2014.

ALEXY, Robert. Princípios formais. Trad. Alexandre Trevissoni Gomes Trevisonno. In: ALEXY, Robert. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2. Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. In: Idem. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a Filosofia do Direito*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O Neorretribucionismo em matéria punitiva. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 24, núm. 1, p. 155-178, jan./abr. 2019.

ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: DE PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (Coord). *Interpretação Constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2. Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Post-scriptum - Constituição, Democracia e supremacia judicial: Direito e Política do Brasil contemporâneo.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador*. 4. Ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 85, p. 267-296, jul./ago. 2010.

CAETANO, Fábio Massaúd et al. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009, *Estudos Econômicos*, São Paulo, vol. 50, núm. 4, p. 647-670, out./dez. 2020, p. 655. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/ee/article/view/162269>. Acesso em 10 de abril de 2023.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O peso da argumentação empírica na jurisdição constitucional. In: ALEXY, Robert. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2. Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed., 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 7, p. 155-204, ago. 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, 2000.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre a incompatibilidade das leis de desacato e a Convenção Americana, 1995.

CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020.

DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DONINI, Massimo. Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 58, 2005, p. 403-420.

ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal: de acordo com as Leis nº 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Coord.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. Ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Há Produto Novo na Praça*. Boletim IBCCrim, num. 70.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

FUZIGER, Rodrigo José. *As faces de Jano: o simbolismo no Direito Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *A força do teste de proporcionalidade no Direito Penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao*

programa de política criminal estatal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 182, p. 69-103, ago. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal tradicional versus “moderno e atual” Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 42, p. 236-241, jan./mar. 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade e a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 2, núm. 3, p. 15-38, jan./jun. 2015.

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, vol. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 22, 1998.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, Buenos Aires, num. 1, p. 23-36, 1991.

HASSEMER, Winfried. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 6, num 23, p. 27-28, jul./set. 1998.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, vol. 12, 45/48, p. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, Valencia, vol. 1, num. 1, jan. 1998.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. In: HASSEMER, Winfried. Três Temas de Direito Penal. Porto Alegre: *Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público*, 1993.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Munoz. *La responsabilidad por el producto em Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A revolução processual penal da Corte Warren: o fracasso político de um sucesso jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 115, p. 61-80, jul./ago. 2015.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. Tradução de João Costa Neto. *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 7, núm. 1, jan./jun. 2014.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A proporcionalidade como princípio constitucional universal. Trad. Philippe Seyfarth de Souza Porto. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, núm. 1, 2015, p. 30-70.

LIMA, Rafael Bellem de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, núm. 1, p. 184-206, jan./abr. 2020.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. Ed., rev. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional*: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, realizado em outubro de 2016, em Bolonha, Itália. Disponível em https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisidicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em 24 de setembro de 2021.

MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. Ed., vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, vol. 766, ago. 1999b. Fascículo Cível, Primeira Seção, p. 11-28.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade. *Revista Magister de direito penal e processual penal*. Porto Alegre, vol. 15, núm. 90, p. 30-51, jun./jul. 2019.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidade como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho penal. In: MIR PUIG, P. (Dir.); JIMÉNEZ, J. J. Q. (Dir.); BAUTISTA, S. F. (Coord.). *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant Lo Blanche, 2010, p. 74.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método*. 2 Ed., reimp. Julio César Faira Editor, 2003.

NEUMANN, Ulfriid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. Trad. de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário*. Ed. Marcial Pons, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do Ministro Gilmar Mendes (2004-2006)*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. Caso dos EUA revela desafios e limites da regulamentação do aborto. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-21/observatorio-constitucional-eua-revela-desafios-limites-regulamentacao-aborto>. Acesso em 06 de fevereiro de 2023.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 20 de março de 2023.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6 Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 62, p. 09-55, set. 2006.

RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista Mestrado em Direito, Osasco*, ano 10, núm. 1, p. 11-139, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais. em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 97, p. 183-213, 2012.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e trad.). *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. Ed., 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Dir. Jorge de Figueiredo Dias, ano 23, núm. 1, jan./mar. 2013, p. 36-38.

RUIVO, Marcelo Almeida. Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 147, ano 26, p. 587-614, set. 2018.

SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47, p. 60-122, 2004.

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: Ed. Juspodivm, 2013.

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 Júris, 2018.

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 (Coord). *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. Ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo, Malheiros, 2016.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, vol. 1, núm. 4, p. 23-51, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

SOARES, Hugo. Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídicos-penais?: elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 147, p. 333-374, set. 2018.

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*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 163/2020, p. 19-60, jan. 2020.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Polícia, direito e poder de polícia. A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 43, p. 295-321, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para críticos*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TOWFIGHT, Emanuel V. Empirical arguments in public law doctrine: should empirical legal studies make a “doctrinal turn”? *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, num. 3, p. 670-691, jul. 2014.

TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, num. 3, p. 577-596, jul. 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, núm. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VOJVODIC, A. de M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C., Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 5, núm. 1, p. 21-44, 2009.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* n° 239.363, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgada em 26 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.974, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento pelo Plenário virtual de 11 de outubro de 2019 a 17 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 13 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 143, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 29 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal n° 12, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 08 de abril de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal n° 22, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 17 de dezembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 496, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento pelo Plenário virtual de 12 de junho de 2020 a 19 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Mandado de Injunção n° 4.733, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 13 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário n° 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 03 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário n° 971.959, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário n° 607.107, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 12 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário n° 979.962, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, *Habeas Corpus* n° 124.306, Red. para o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 29 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Recurso em *Habeas Corpus* n° 114.972, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 04 de junho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Recurso em *Habeas Corpus* n° 117.143, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 25 de junho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas Corpus* n° 92.628, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 19 de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas Corpus* n° 97.344, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12 de maio de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas Corpus* n° 101.149, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 20 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas Corpus* n° 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06 de março de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas corpus* n° 102.087, Red. para o acórdão. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas corpus* n° 141.949, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 13 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Recurso Extraordinário n° 358.315, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12 de agosto de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Recurso Extraordinário n° 443.388, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18 de agosto de 2009.

COLÔMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-575/09, item 6.3.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006.

CORTE IDH. Caso Barrios Altos v. Peru, Sentença de 14 de março de 2001.

CORTE IDH. Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, § 109, Sentença de 24 de novembro de 2010.

CORTE IDH. Caso Kimel v. Argentina, Sentença de 2 de maio de 2008.

CORTE IDH. Caso Mémoli v. Argentina, Sentença de 22 de agosto de 2013.

CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne v. Chile, Sentença de 22 de novembro de 2005.

CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentença de 29 de julho de 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos, Caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, n. 19-1392, 597 U.S. (2022).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos, Caso *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos, Caso *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos, Caso *Whole Woman's Health v. Cole*, 579 U.S. 582 (2016).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. Caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).