

O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil

Autor(a): Ademar Borges

Publicado em: 10 de setembro de 2021

Publicação: jota_import

Link JurisTube:

<https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil>

Fonte original:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil#ep-81d4345a

Resumo

Na última década, o STF, além de Tribunal Constitucional do país, tornou-se também o grande tribunal penal do país

Texto integral

O Brasil tem orbitado em torno de grandes temas penais há quase uma década. A pauta do Supremo Tribunal Federal (STF) passaria a ser frequentada de maneira incomum pelos mais diversos temas penais. Em alguma medida, é possível falar que, na última década, o STF, além de Tribunal Constitucional do país, tornou-se também o grande tribunal penal do país, função cujo exercício tem gerado importantes reações no mundo político, social e acadêmico. É nesse contexto, de vertiginoso crescimento do número de temas e casos penais na jurisprudência do STF, que o estudo sobre o controle de constitucionalidade das leis penais no Brasil assume particular relevância para a compreensão não apenas do estado da arte da nossa jurisdição constitucional como também da própria qualidade da democracia no nosso país.

I – A cultura do constitucionalismo no campo penal

A imposição de limites ao direito penal está na base do nascimento das Constituições modernas e configura a mais proeminente forma jurídica de contenção do arbítrio estatal. Não a toa, a primeira onda do constitucionalismo se assenta, em boa medida, sobre a afirmação de limites ao poder estatal de aplicar sanções criminais. Por isso não é exagero afirmar que há uma forte conexão entre o direito penal liberal e o constitucionalismo moderno. Para alguns, foi a juridicização do poder punitivo que inaugurou a doutrina moderna do poder limitado e com isso deu vazão ao modelo constitucional de direito, isto é, a um paradigma de direito como sistema de limites e vínculos ao poder estatal capaz de ser ampliado a todos os direitos fundamentais. Essa juridicização do direito penal, fruto do iluminismo e do constitucionalismo moderno, não se tratou de mera novidade estética, mas de uma transformação genética e metodológica de todo o velho campo penal. O direito penal, nesse novo contexto, já não poderia ser pensado como um sistema de regras criadas livremente pela política majoritária. A ideia de um direito penal limitado por normas jurídicas foi uma verdadeira revolução nesse campo em que historicamente predominou o arbítrio e o autoritarismo. A possibilidade de produção de direito penal ilegítimo – existente, mas inválido – é uma inovação do constitucionalismo moderno. Apesar disso, é preciso reconhecer que uma das principais crises do constitucionalismo contemporâneo está associada à institucionalização de

mecanismos ilegítimos de repressão penal. Essa crise se apresenta em sua versão mais intensa em países em que, como no Brasil, não se oferecem garantias à efetivação de direitos fundamentais em face do legislador criminal e da atividade desempenhada pelos juízes e tribunais criminais. Esse descompasso põe em relevo a dificuldade de revitalizar o valor do constitucionalismo no direito penal. O paradigma inaugurado pelo constitucionalismo moderno – que instaura e procura institucionalizar um sistema de limites e vínculos jurídicos que limitam substancialmente o poder de punir do estado – continua em grande parte desprovido de atuação no campo penal. A reafirmação da capacidade da Constituição e da jurisdição constitucional de impor barreiras ao funcionamento do sistema de justiça criminal constitui exigência atual de sobrevivência do Estado de Direito e da democracia. É possível afirmar, com segurança, que o nível atual de desenvolvimento do direito constitucional é incompatível com o modo real de funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro. Os fundamentos teóricos e filosóficos do constitucionalismo e da jurisdição constitucional deveriam resultar em uma intensificação do controle jurídico-constitucional da política criminal e das práticas penais. Mas a realidade é bem menos promissora. Há clara deficiência no diagnóstico da extensão e profundidade dos déficits de constitucionalização do direito penal e na construção de soluções dogmática e institucionalmente adequadas para a superação desses déficits. É necessário construir, a partir do direito constitucional, uma nova forma de relacionamento entre direito e política no campo penal. Defendo a ideia de que a reativação do constitucionalismo e da efetiva proteção aos direitos fundamentais – em parte impulsionada por uma postura mais proativa da jurisdição constitucional – deve ser capaz de impor limites efetivos ao legislador penal, que, por sua vez, deve ter sua capacidade deliberativa reconstruída e energizada.

II – Um diagnóstico sobre como o controle de constitucionalidade das leis penais no Brasil

Partindo da ideia de que incumbe à jurisdição constitucional proteger direitos fundamentais e da constatação de que a forma mais grave de interferência estatal na esfera de liberdades individuais se dá por meio do direito penal, seria possível supor que o ramo do direito que sofreria maior fiscalização – quantitativa (horizontal) e qualitativamente (vertical) – pelos juízes e Cortes constitucionais seria precisamente o direito penal. Essa intuição, entretanto, não representa o atual estado da arte do controle de constitucionalidade de normas penais. A realidade, nesse campo, é contraintuitiva: a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais. A título ilustrativo, o STF reconheceu repercussão geral a um total de 65 temas relacionados ao direito penal e processual penal. Desses casos, como visto, 16 serviram apenas para reafirmação de jurisprudência. Apenas 8 discutem a constitucionalidade de tipos penais ou de determinadas formas de sua interpretação. Esse número de temas penais e processuais penais cuja repercussão geral foi reconhecida (65 casos) representa cerca de 8% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF (770 casos). Se se considerarem os casos que discutiam temas estritamente penais (constitucionalidade de tipos penais ou de certas interpretações judiciais desses temas), eles representam cerca de 1% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF. Depois de mais de treze anos de vigência efetiva da sistemática da repercussão geral, vê-se, assim, que a objetivação do controle difuso não serviu para inserir o controle de constitucionalidade das leis penais no centro das preocupações do STF. Apenas de modo incipiente, quase sempre para impedir a interposição de recursos extraordinários sobre certos temas recorrentes, a matéria penal é inserida no âmbito da repercussão geral no STF. No campo do controle concentrado, a ausência de temas penais e processuais penais é ainda mais acentuada: apenas pouco mais de 20 de um universo de mais de 3 mil ações de controle concentrado com decisão final desde o ano 2000 trataram de algum tema penal ou processual penal.

Isso representa ínfimos 0,06% do total de ações de controle concentrado examinadas pelo Tribunal nos últimos vinte anos. Além da baixa presença do direito penal e processual penal no controle concentrado de constitucionalidade e também no controle difuso realizado sob a sistemática da repercussão geral, há apenas pouco mais de uma dezena de decisões relevantes em matéria penal tomadas pelo Plenário do STF na vigência da atual constitucional em sede de habeas corpus. Somente três decisões do Plenário do STF declararam inconstitucionais determinadas interpretações de leis penais incriminadoras: (i) a inconstitucionalidade da criminalização da marcha da maconha; e (ii) a inconstitucionalidade da criminalização do aborto de feto anencefálico; e (iii) a não recepção da contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei no 3.688/1941). Embora seja adequado concluir que a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (com excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais, é necessário reconhecer alguns avanços importantes. De um lado, o STF evoluiu significativamente no controle de constitucionalidade de leis penais na última década (especialmente frente ao princípio da individualização da pena). De outro, o Supremo abandonou o dogma da insindicabilidade constitucional das leis penais, o que abriu as portas para que novas ondas de constitucionalização do direito penal possam surgir nos próximos anos. De qualquer forma, é certo que esses avanços não foram suficientes para evitar o aprofundamento da tragédia do sistema de justiça criminal brasileiro (notadamente do sistema penitenciário). No Brasil, as mazelas de um sistema de justiça criminal falido, excludente e desumano se somam a um apetite punitivo dos poderes eleitos em vertiginoso crescimento. A ideia de que as gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos investigados, réus e apenados recomendam uma postura mais proativa do STF no controle de constitucionalidade exercido no campo penal. Como se sabe, o direito penal tem produzido um amplo conjunto de graves violações a direitos fundamentais no Brasil, ora decorrentes da resistência em aplicar normas legais vigentes, ora resultantes da aplicação de normas inconstitucionais. Não há dúvida de que se estabilizou entre nós um elevadíssimo grau de tolerância às violações de direitos fundamentais de investigados, réus e apenados. O modo regular de funcionamento do sistema de justiça criminal está baseado na sistemática ofensa a diversos direitos fundamentais. Esse fato foi explicitamente reconhecido pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, que afirmou a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. Contudo, desse reconhecimento o próprio Supremo não extraiu consequências jurídicas e práticas de maior relevância. Ao contrário, e novamente de forma contraintuitiva, o resultado do julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347 serve como exemplo de que o Judiciário brasileiro como um todo, e seu órgão de cúpula em particular, admite que pessoas continuem a cumprir penas cruéis e desumanas. Sem que providências concretas sejam tomadas para que as múltiplas e graves inconstitucionalidades de que padece o sistema prisional brasileiro sejam superadas, o sistema de justiça criminal continuará a confluir para um modelo de punição cruel, desumano, e incompatível com a dignidade da pessoa humana. A verdade é que não há qualquer justificativa – muito menos sob o ponto de vista jurídico-normativo – para continuar a tolerar a sistêmica violação de direitos fundamentais praticados pelo sistema de justiça criminal brasileiro. Mesmo a visão mais tímida ou autocontida acerca do papel da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas assegura a plena legitimidade da intervenção do STF para tornar efetivos os direitos fundamentais no campo penal, especialmente em favor de minorias claramente marginalizadas. A jurisdição constitucional deve assumir sua parcela de responsabilidade para a superação do cenário atual de déficit de constitucionalização do direito penal e desenvolver fórmulas de intervenção capazes de

aumentar a cooperação dos diversos atores do sistema de justiça criminal em direção a■ efetivação de direitos fundamentais nesse setor. A seguir, desenvolvo três ideias que podem contribuir para a realização desse objetivo. III – Três propostas para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no campo penal Tenho defendido que o Judiciário pode capitanear um virtuoso processo de constitucionalização do direito penal no Brasil. A experiência comparada já oferece alguns caminhos possíveis. Eles passam pela renovação do papel de coordenação do Tribunal Constitucional na reformulação da política criminal, pela diversificação de técnicas decisórias e também pela intensificação do controle material e procedimental da constitucionalidade das leis penais. Essas iniciativas devem ser adaptadas a■ realidade brasileira para criar as condições institucionais para investir a jurisdição constitucional no papel de fonte propulsora das mudanças pelas quais o direito penal deve passar para entrar definitivamente na era do constitucionalismo . A seguir, sintetizo algumas das mais relevantes propostas para a realização desse objetivo. Em primeiro lugar , defendo uma alteração profunda na intensidade com que o controle da constitucionalidade de leis penais é praticado. O STF, na esteira da jurisprudência comparada, tende a realizar um controle brando ou leve da constitucionalidade das leis penais quando a teoria da jurisdição constitucional recomendaria uma intensificação desse controle, em razão da alta relevância axiológica dos direitos restringidos pelas leis penais. Essa intensificação do controle de constitucionalidade das leis penais produz duas importantes consequências mais diretas: (i) ao abandonar um controle leve em favor de um controle intermediário ou intensivo, redistribui-se o ônus argumentativo, imputando ao legislador uma carga probatória de justificação das restrições aos direitos fundamentais resultantes das leis penais; (ii) a adoção de parâmetros mais rigorosos de controle da constitucionalidade das leis penais altera também o grau de deferência ao legislador, rejeitando uma postura de extrema autocontenção por uma maior proatividade na averiguação da legitimidade dessas leis. Em segundo lugar , proponho uma revisão do modo como o controle material de constitucionalidade das leis penais tem sido realizado. Depois de propor um reposicionamento geral da jurisdição constitucional incidente sobre as leis penais – o que exige amenizar o excessivo grau de deferência ao legislador e a intensificar o controle pela adoção de testes mais rigorosos de constitucionalidade –, considero importante desenvolver parâmetros materiais de controle da legitimidade das leis penais. Para tanto, defendo a revisão do juízo de proporcionalidade como método para solução de casos difíceis de controle de constitucionalidade de leis penais. A ativação da operacionalidade dos juízos de adequação e necessidade depende da abertura da jurisdição constitucional para avaliações empíricas sobre a aptidão preventiva da criminalização e da idoneidade dos meios alternativos menos onerosos – extrapenais e intrapenais – para realizar as mesmas finalidades perseguidas pelo legislador. Isso demanda incentivar e valorizar as pesquisas empíricas, criar canais de comunicação entre as ciências sociais duras e o STF e habilitar a argumentação constitucional para a incorporação desses dados na jurisdição constitucional. Já a proporcionalidade em sentido estrito requer a consideração adequada de todas as posições jurídicas afetadas pela lei penal – inclusive, na experiência brasileira, das violações generalizadas de direitos promovida na fase da execução penal – e a avaliação dos efeitos secundários ou indiretos que a criminalização pode produzir em relação aos direitos fundamentais dos seus destinatários – o que envolve considerar, por exemplo, os efeitos resfriadores que a aplicação da lei penal tem sobre condutas lícitas, especialmente aquelas ligadas ao exercício de direitos ligados ao funcionamento da democracia. Em terceiro lugar , proponho o aperfeiçoamento do controle formal da constitucionalidade das leis penais. Apesar da enorme relevância que o controle material da constitucionalidade das leis penais possui para garantir direitos fundamentais em face das intervenções legislativas, o processo de constitucionalização do

campo penal só pode se completar se for possível elevar o grau de realização do princípio democrático no modo como as leis penais são produzidas no país – sem vestígios de pluralismo e responsabilidade política –, exigindo que o legislador defina a política criminal com base em premissas empíricas seguras, objetivos claros, perspectivas de impacto no sistema, e, acima de tudo, razões públicas. Entendo que o STF pode, desde já, se valer do princípio da deliberação suficiente – norma implícita resultante do componente deliberativo da democracia – para exigir que as leis penais aprovadas sejam fruto de um processo aberto e plural de formação da vontade legislativa que revele uma justificação baseada em razões públicas e uma discussão efetiva nas casas legislativas sobre o conteúdo da proposição legislativa, em respeito aos direitos das minorias e que tenham considerado os elementos empíricos fundamentais do tema legislado. Esse avanço, já verificado na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e dos Tribunais Constitucionais do Peru e da Espanha, pode funcionar como mecanismo eficaz de contenção das arbitrariedades legislativas no campo penal. Afinal, a democracia requer a possibilidade de participação e também mecanismos de accountability das decisões do poder público. Quando as decisões legislativas são tomadas sem qualquer justificativa e com escassa deliberação, não há como fiscalizar a correção e legitimidade dessas decisões. Os déficits de informação, justificação e deliberação não são, em geral, traduzidos pela doutrina em requisitos de validade formal das leis. O desenvolvimento do princípio da deliberação suficiente pretende justamente superar essa falha estrutural do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A aprovação de leis exige informação mínima sobre o problema a ser enfrentado, prognóstico sobre os resultados a serem alcançados e debate efetivo sobre esses elementos. Não tenho dúvidas de que a jurisdição constitucional é capaz de inserir a questão da proteção de direitos fundamentais no campo penal na agenda nacional, reconhecer deveres de atuação dos três Poderes para tornar efetivos esses direitos fundamentais e também fazer cessar com rapidez as intoleráveis violações aos direitos dos investigados, réus e apenados. Neste breve ensaio procurei desenvolver algumas ideias para contribuir para o desenvolvimento teórico das bases para a efetiva constitucionalização do direito penal brasileiro.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

BORGES, Ademar. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil. *jota_import*, 10 set. 2021. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil>.

Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em:

<https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil>.

Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Borges, A. (2021, September 10). O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil. **jota_import**.

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

BORGES, Ademar. 2021. "O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil." **jota_import**, September 10. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil>

BibTeX

```
@article{ademar-borges-o-controle-de-constitucionalidade-de-lei-2021,  
author = {Borges, Ademar},  
title = {O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil},  
journal = {jota_import},  
year = {2021},  
url = {https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil},  
urldate = {2021-09-10}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/ademar-borges/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil>

PDF gerado em 2026-08-26 21:53 UTC