

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

BENJAMIN XAVIER DE PAULA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; José Querino Tavares Neto; Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-862-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Apresentação

O Direito Penal no Brasil é um campo em constante transformação. Seus primeiros passos encontra lugar em um ordenamento jurídico que situa-se entre o local e o global, entre a colônia e a metrópole: Os Códigos ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, dentre os quais, o Código Philippino ou Código Joanino foi o que mais influenciou - para o bem ou para o mal, a nossa tradição jurídica.

Com a Proclamação da Independência do Brasil em 1922 assistimos uma transição da antiga ordem jurídica fundada no Direito Canônico base do estado absolutista, para uma nova ordem jurídica designada de Direito Moderno que tem origem no estado constitucional. Na perspectiva do Direito Penal, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1940 foram os dois principais instrumentos do nosso ordenamento jurídico, que junto com as demais Leis extravagante, orientaram e orientam o caminho do ensino, da pesquisa, da teoria e da prática jurídica nos últimos 200 anos do Brasil independente - 1822-2022.

Ao longo desses 200 anos de nação, vimos mudar as teorias do direito, e do direito penal, de uma concepção fundada na teoria do crime, baseadas nos instrumentos de controle da conduta das pessoas, e das teorias da pena, baseadas na vingança pública, para uma teoria crítica que questiona os postulados do positivismo jurídico em favor da materialidade de um estado democrático efetivamente de direito.

As instituições de pesquisa jurídica assumiram um papel de protagonismo e sujeito político nesta ordem democrática, e dentre elas, o Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - CONPEDI, constitui um dos principais atores deste campo institucional, e seus congressos anuais, são a arena onde boa parte da pesquisa jurídica se desenrola, e assume forma pública de diálogo nacional e internacional. O Direito Penal, Processo e Constituição é uma das principais áreas (GT) que compõem os congressos nacionais e internacionais do CONPEDI.

Esta publicação reúne os artigos acadêmico-científicos apresentados no XXX Congresso Nacional do Conpedi realizado na cidade de em Fortaleza/CE, nos 15, 16 e 17 de novembro de 2023 com o tema geral “Acesso À Justiça, Solução de Litígios e Desenvolvimento” Edital Nº 03/2023.

A presente publicação contempla um total de dezenove artigos. O primeiro é o trabalho de Kennedy da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues “Autoritarismo e Sistema Penal: uma análise de intersecção e consequências”, uma pesquisa que estuda o fenômeno do autoritarismo e sua interação com o sistema penal com vistas a uma reflexão sobre relação entre o direito e o poder.

O segundo trabalho desta publicação é o estudo de Kennedy da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues “Análise Econômica Do Direito Penal: o custo do encarceramento no Brasil e os desafios para a redução da criminalidade” analisa o custo do encarceramento no Brasil, sob a perspectiva da análise econômica do direito penal.

O terceiro trabalho desta publicação é o estudo de Dayton Clayton Reis Lima e Josinaldo Leal De Oliveira “Além Das Grades: avanços e dilemas da educação no contexto carcerário brasileiro” explora a relação entre a educação e o sistema carcerário brasileiro

O quarto trabalho desta publicação é o estudo de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, Alexandre Lobato Nunes e Hugo Leonardo Galvão de Carvalho “Acordo De Não Persecução Penal – Anpp: a importância do fator sociojurídico na importação de institutos estrangeiros” que trata do fator sociojurídico como elemento imprescindível para o aprimoramento da lei e da jurisprudência no âmbito do processo criminal no Brasil.

O quinto trabalho desta publicação é o estudo de Ana Carolina Figueiro Longo e Ana Luísa Batista Pereira “A Vida, O Cárcere E A (Des)Ressocialização” análise o aumento da população carcerária no Brasil no período de 1990 a 2021.

O sexto quarto trabalho desta publicação é o estudo de Débora Alécio, Gustavo Noronha de Avila e Daiany Barros de Oliveira “A (In) efetividade das medidas protetivas da Lei Maria da Penha como instrumento de proteção dos direitos da personalidade”, investiga as mulheres que sofreram violência tuteladas pela Lei Maria da Penha.

O sétimo trabalho desta publicação é o estudo de Débora Alécio e Gustavo Noronha de Avila “Eu juro que vi exatamente isso”: distorções da memória no processo penal e a violação da identidade enquanto um Direito da personalidade” analisa as falsas memórias e o direito da personalidade do acusado no Processo Penal.

O oitavo trabalho desta publicação é o estudo de Diego Alves Bezerra, Rodrigo Cavalcanti e José Orlando Ribeiro Rosário “Vedação ao Non Liqueet e o Princípio da Reserva Legal:

método de integração normativa como fator criativo de criminalização de condutas por decisões judiciais” trata da vedação ao non liquet, previsto no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O nono trabalho desta publicação é o estudo de Diego Alves Bezerra e Rodrigo Cavalcanti “autonomia da lavagem de dinheiro: prolegômenos hermenêuticos e sua tipificação” investiga o crime de lavagem de dinheiro introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.613/98.

O décimo trabalho desta publicação é o estudo de Fernando Augusto Risso, Lucas Paulo Fernandes e Lucas Hernandes Lopes “O cumprimento imediato da pena no Tribunal do Júri: caminhos sinuosos, alcances e limites da presunção de inocência no STF” trata das garantias fundamentais do jurisdicionado em face do recurso extraordinário nº 1.235.340 do STF.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de José Roberto da Silva “O parâmetro de controle de constitucionalidade das leis penais segundo o entendimento do STF” analisa o entendimento do STF a respeito do controle de constitucionalidade das leis penais.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de Mateus Venícius Parente Lopes “Combate à corrupção no futebol: o compliance criminal como instrumento de prevenção de fraudes em apostas esportivas” análise a importância do compliance criminal no enfrentamento das apostas esportivas fraudulentas no futebol.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de Mateus Venícius Parente Lopes e Ênio Stefani Rodrigues Cardoso Cidrão “O informativo 759 do STJ sob a perspectiva do garantismo hiperbólico monocular” investiga o que Douglas Fischer denomina de Garantismo Hiperbólico Monocular e o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

O décimo quarto trabalho desta publicação é o estudo de Rayssa Martins Escosteguy e Antonio Rodrigo Machado de Sousa “O pedido de absolvição pela acusação e a (im) possibilidade de condenação penal”. analisa a compatibilidade e incompatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988.

O décimo quinto trabalho desta publicação é o estudo de Jussara Schmitt Sandri “O tratamento penal da lesão corporal dolosa de natureza gravíssima” analisa o crime de lesão corporal na Lei 13.142/2015 e na Lei 8.072/1990.

O décimo sexto trabalho desta publicação é o estudo de Thiago Gomes Viana e Luis Alberto Oliveira da Costa “Racismo, "labelling approach" e reconhecimento pessoal: análise da jurisprudência do STF e do STJ” . analisa as decisões do STJ e do STF acerca da obrigatoriedade do cumprimento do art. 226 do Código de Processo Penal (CPP).

O décimo sétimo trabalho desta publicação é o estudo de Sidney Soares Filho , Maria Trinyd Fernandes Parente e Cláudia Aparecida Ribeiro do Nascimento “Sanções Pecuniárias e Desigualdade Socioeconômica: uma necessária análise da execução penal e ressocialização no ceará” que investiga as implicações das sanções pecuniárias na vulnerabilidade socioeconômica dos apenados no sistema penal brasileiro, no Estado do Ceará.

O décimo oitavo trabalho desta publicação é o estudo de Sidney Soares Filho, Maria Trinyd Fernandes Parente e Maria Heloísa Nogueira da Silva Alves “A Inafastabilidade da Pena de Multa: a execução penal de hipossuficientes no tribunal de justiça do estado do ceará (tjce)” examina a abordagem do TJCE em relação à pena de multa e extinção da punibilidade.

O décimo nono trabalho desta publicação é o estudo de Fernando Augusto Risso e Paulo César Corrêa Borges “Crítica ao Entendimento dos Tribunais Superiores: o ônus da prova para aplicação da majorante do emprego de arma de fogo no roubo” que estuda a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a majorante do emprego de arma de fogo no roubo.

Na qualidade de coordenadores agradecemos todos/as os/as autores/as em nome do CONPEDI e convidamos todos/as a leitura e estudo dos trabalhos apresentados.

Profº Drº José Querino Tavares Neto - UFG

Profº Drº Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais - Universidade de Itaúna

Profº Drº Benjamin Xavier de Paula - FDUSP; PPGD/UnB

O PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS SEGUNDO O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE PARAMETER FOR THE CONSTITUTIONALITY CONTROL OF PENAL LAWS ACCORDING TO THE UNDERSTANDING OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

José Roberto da Silva

Resumo

O artigo analisa o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do controle de constitucionalidade das leis penais. O objetivo principal é examinar os acórdãos que tratam explicitamente desse tema, levando em consideração a margem de liberdade do legislador na criação, modificação e extinção das leis penais. A metodologia envolve a análise de acórdãos do STF relacionados ao controle de constitucionalidade das leis penais. São consideradas decisões que abordam critérios para a atuação do Poder Judiciário nesse contexto, especialmente os princípios da proporcionalidade e os limites impostos ao legislador pela Constituição. O controle de constitucionalidade das leis penais é examinado sob três níveis de intensidade: o controle de evidência, o controle de sustentabilidade (ou justificabilidade) e o controle material de intensidade. Cada um desses níveis envolve diferentes graus de avaliação pelo Tribunal Constitucional, com base no princípio da proporcionalidade. O artigo ressalta a importância de respeitar o princípio da separação dos poderes, evitando interferências excessivas do Poder Judiciário na esfera do Poder Legislativo. Também enfatiza a necessidade de harmonizar a proteção dos bens jurídicos fundamentais com a atuação legislativa, garantindo a justiça, a proporcionalidade e o respeito aos direitos individuais. O artigo aborda de forma detalhada os diferentes níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais, os critérios de proporcionalidade e a importância de respeitar o equilíbrio entre os poderes na construção desse modelo de controle.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Supremo tribunal federal (stf), Leis penais, Princípios da proporcionalidade, Separação dos poderes

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the understanding of the Federal Supreme Court regarding the constitutionality control of criminal laws. The main objective is to examine the judgments that explicitly deal with this theme, taking into consideration the margin of freedom of the legislator in the creation, modification, and abolition of criminal laws. The methodology involves the analysis of STF judgments related to the constitutionality control of criminal laws. Decisions addressing criteria for the Judiciary's role in this context are considered, especially the principles of proportionality and the limits imposed on the legislator by the

Constitution. The constitutionality control of criminal laws is examined under three levels of intensity: the control of evidence, the control of sustainability (or justifiability), and the material control of intensity. Each of these levels involves different degrees of evaluation by the Constitutional Court, based on the principle of proportionality. The article highlights the importance of respecting the principle of separation of powers, avoiding excessive interference by the Judiciary in the sphere of the Legislative branch. It also emphasizes the need to harmonize the protection of fundamental legal interests with legislative actions, ensuring justice, proportionality, and respect for individual rights. The article provides a detailed analysis of the different levels of intensity in the constitutionality control of criminal laws, the criteria of proportionality, and the importance of respecting the balance between powers in constructing this control model.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionality control, Federal supreme court, Criminal laws, Principles of proportionality, Principle of separation of powers

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao controle de constitucionalidade das leis penais. Serão abordados acórdãos que tratam explicitamente desse tema, considerando a margem de liberdade do legislador na criação, modificação e extinção de leis penais. A escolha dos acórdãos para análise se baseia na explícita abordagem do tema e na relevância das decisões para a compreensão do controle de constitucionalidade.

A metodologia empregada consiste em analisar acórdãos do Supremo Tribunal Federal que tratem do controle de constitucionalidade das leis penais. Serão consideradas as decisões que abordam os critérios para a atuação do Poder Judiciário nesse contexto, especialmente os critérios de proporcionalidade e os limites impostos ao legislador pela Constituição. Não será tratada a literatura jurídica fora do contexto das decisões analisadas, pois o que se visa com o presente artigo é traçar um panorama dos fundamentos utilizados pela Suprema Corte para a apreciação das leis penais no âmbito do controle de constitucionalidade. Os acórdãos a serem estudados são seis que identificam com especificidade como o tema é tratado no STF, quais sejam, a ADI 3.446, a ADI 3.112, a ADI 6.225, o RE 583.523, a ADPF 130 e a ADPF 54.

A Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de números 130 e 54 exemplificaram como a falta de parâmetros claros e objetivos atrapalham a apreciação da questão do controle de constitucionalidade das normas penais, que tem contornos específicos se comparados ao controle de normas que não tenham índole penal. Isso ocorre porque as normas penais influenciam diretamente restringindo ou até suprimindo direitos previstos constitucionalmente.

O controle de constitucionalidade é um princípio fundamental em sistemas jurídicos democráticos que visa garantir que as leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição de um país. Quando se trata de leis penais, esse controle é de extrema importância, pois as leis penais afetam diretamente os direitos individuais, a liberdade e a justiça dentro de uma sociedade. O controle de constitucionalidade pode ser concentrado ou difuso. O controle difuso ocorre quando um juiz pode examinar a constitucionalidade de uma lei em um dado processo de maneira incidente, ou seja, a constitucionalidade da lei não pode ser o pedido principal do processo. Ao contrário, no controle de constitucionalidade concentrado, o Tribunal Constitucional analisa a constitucionalidade da lei de forma abstrata, ou seja, a

constitucionalidade da lei é o pedido principal do processo. E é este controle de constitucionalidade que será analisado no presente trabalho.

A inconstitucionalidade, também, pode ser dividida em formal e material. A inconstitucionalidade formal é aquela que desrespeita a forma como a lei deve ser criada, que não segue o processo legislativo exigido pela Constituição Federal. Ela, como o próprio nome diz, é uma inconstitucionalidade relativa a forma e não ao conteúdo da lei. A forma é cada procedimento que deve ser seguindo pelo legislador para que a lei possua existência, validade e eficácia. Já a inconstitucionalidade material é que se refere ao conteúdo da lei, que é quando a lei viola princípios e direitos constitucionalmente garantidos a cada pessoa. É essa inconstitucionalidade que será tratada neste artigo. O Supremo Tribunal Federal estabelece as balizas para a análise da inconstitucionalidade material que é mais complexa de ser analisada pois envolve o princípio da separação dos poderes. O princípio da separação dos poderes é basilar na sustentação de uma democracia, um poder da república não pode interferir em outro poder. Enfatizando que a separação de poderes por intermédio dos freios e contrapesos, um poder fiscaliza o outro, garante que nenhum poder da república ultrapasse seus limites. Isso deixa clara que o controle de constitucionalidade é essencial para que o Poder Legislativo não crie leis que violem os direitos e princípios constitucionais.

A especificidade do controle de constitucionalidade de lei penais está nas restrições a direitos individuais que estas leis impõem. Daí a necessidade do controle de constitucionalidade para impor restrições a estas leis para que não sejam excessivas ou injustas. Contudo, isso tem que ser feito de maneira objetiva e clara para que não haja arbitrariedade na imposição desses limites. E é isso que será tratado a partir deste momento do trabalho, as balizas que o Supremo Tribunal Federal traçou para a apreciação da constitucionalidade das leis penais.

1. PROBLEMÁTICA DA FALTA DE PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS

A falta de parâmetros para o controle de constitucionalidade gera entendimentos e opostos e falta de balizas precisas para a apreciação de casos complexos envolvendo normas penais. Neste capítulo se verificará alguns acórdãos que demonstram as decisões conflitantes que existem no Supremo Tribunal Federal relativas a julgamentos envolvendo a matéria.

Na ADPF 130 é possível verificar o quão complexo é a análise da inconstitucionalidade das leis penais. As divergências entre os Ministros Ayres Britto e Joaquim Barbosa demonstram muito bem a dificuldade de se encontrar os limites no âmbito penal. O Ministro Ayres Britto diz que

já no que diz respeito à esfera penal, o esquadro jurídico-positivo também não pode ser de maior severidade contra jornalistas. Vale dizer, a lei não pode distinguir entre pessoas comuns e jornalistas para desfavorecer penalmente estes últimos, senão caminhando a contrapasso de uma Constituição que se caracteriza, justamente, pelo desembaraço e até mesmo pela planificação da liberdade de agir e de fazer dos atores de imprensa e dos órgãos de comunicação social. Logo, é repelente de qualquer ideia de tipificação criminosa em apartado a conduta de quem foi mais generosamente aquinhado pela Constituição com a primazia das liberdades de manifestação do pensamento e de expressão em sentido genérico.

Em contraponto a esse posicionamento, o Ministro Joaquim Barbosa assim se pronunciou:

Os arts. 20, 21 e 22 versam sobre figuras penais, ao definir os tipos de calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública e social. O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação, maior o dano. O eminente Relator vê incompatibilidade entre essas normas e a Constituição. Eu as vejo como importantes instrumentos de proteção ao direito de intimidade, e úteis para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico.

Outro acórdão no qual os ministros discordaram sobre a constitucionalidade das leis penais diz respeito a interrupção da gravidez do feto anencéfalo, discussão feita no bojo da ADPF 54 em que foi reconhecido o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parte de fetos anencéfalos. O relator do processo, Ministro Marco Aurélio, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, registrou que

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo

essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

No mesmo sentido do Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia ressalta que “não há bem jurídico a ser tutelado como sobrevalor, pela norma penal, que possa justificar a impossibilidade total de a mulher fazer a escolha sobre a interrupção da gravidez, até porque as duas formas de maior indicação de uma fragilidade humana são o medo e a vergonha”. O Ministro Ayres Britto enfatiza que levar a gestação de feto anencéfalo “contra a vontade da mulher corresponde à tortura, a tratamento cruel”.

Em sentido oposto aos ministros citados, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmando que as Cortes Constitucionais só podem exercer o papel de legislador negativo, ressalta que

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Seguindo a mesma linha do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Cezar Peluso asseverou ainda

A solução não cabe nesta via, em primeiro lugar diante da reconhecida impossibilidade de aplicação analógica ou interpretação expansiva de normas limitadoras de excludentes de punibilidade, em restrição ou dano ao alcance da tutela constitucional garantida à dignidade da vida humana. Nesta seara, a interpretação há de ser, antes, ampla e generosa na proteção ao valor supremo do ordenamento jurídico, sobretudo quando, como no caso, eventual mutilação hermenêutica do espectro dessa tutela seria sustentada e imposta para favorecer mero sentimento doloroso doutros seres humanos, como se tal estado psíquico, a que estão sujeitas todas as pessoas, constituísse título jurídico hábil para, sob fundamento de excessiva insuportabilidade, justificar o extermínio da vida de inocentes indefesos.

Não se pode tampouco, em segundo lugar, pedir a esta Corte que, atuando indevidamente como legislador positivo, tenha a ousadia de criar hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de desnaturar-lhe a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto.

Percebe-se, portanto, a necessidade de balizamentos e direcionamentos para que a análise da constitucionalidade das leis penais seja feita da forma mais objetiva possível. Será demonstrada a preocupação do STF no decorrer da análise de suas decisões em cada vez mais

justificar as suas decisões para não se correr o risco da criação de decisões arbitrárias. Ressalte-se que não são as divergências de votos que evidenciam a necessidade de parâmetros de controle mas sim a falta de balizas para análise das referidas normas. As divergências são salutares e até esperadas nos julgamentos colegiados do Supremo Tribunal Federal, pois a unanimidade de votos não sugere crescimentos ou evolução de entendimentos. Os votos vencidos de hoje são sementes que podem ser cultivadas para serem votos vencedores no futuro, visto que a mudança de entendimentos é esperada numa sociedade em constante evolução.

2. PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIS

Depois de serem conceituadas as ideias principais que serão tratadas e verificada a necessidade de direcionamentos mais precisos, o primeiro e mais importante critério para se entender o controle de constitucionalidade das leis penais é a margem de liberdade que detém o legislador para a criação, modificação e extinção de leis em matéria penal. Na ADI 3.446, o Ministro Gilmar Mendes afirma que:

(...) abre-se a possibilidade do controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em âmbito penal. Nesse campo, o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar.

Aqui, o Professor Gilmar Mendes faz uso do critério da proporcionalidade para o exame de atuação do legislador ordinário quando faz uso das expressões adequação e necessidade para a verificação do grau de proteção ao bem jurídico tutelado pela norma. Para se saber exatamente o grau de discricionariedade de que dispõe o legislador, o Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.112 impõe dois marcos limites de liberdade para o legislador que seria a proibição de excesso de um lado e a proibição de proteção deficiente de outro. Essa seria a área na qual o legislador estaria limitado para a feitura de leis no âmbito penal. O que ultrapassasse essas duas linhas fronteiriças seria considerado fora da margem de discricionariedade que a Constituição Federal conferiu ao legislador, portanto, seriam inconstitucionais. Assim ele asseverou, *in verbis*:

(...) na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da

constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Assim, “a proibição de excesso (Übermassverbot) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como limite mínimo da intervenção legislativa penal” (Ministro Gilmar Mendes, ADI 3.112).

Esse dever de proteção possui uma classificação com fundamento na doutrina e jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Essa classificação foi descrita pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 583.523 nos seguintes termos:

- a) dever de proibição (Verbotspflicht), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (Risikopflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

A Ministra Cármen Lúcia, na ADI 6.225, citando Douglas Fischer, discorre sobre a inconstitucionalidade do excesso e da omissão estatal. Transcrevo o trecho citado:

Se compreendidos sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há se ver que os pilares do garantismo não demandam a aplicação de suas premissas unicamente como forma de afastar os excessos injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a aplicação exclusiva do que se tem chamado de ‘garantismo negativo’. Hodiernamente (e já assim admitia Ferrajoli embrionariamente, embora não nessas palavras), o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir (apenas) excessos do Leviatã (numa visão hobesiana). Em percuciente análise do tema ora invocado, Gilmar Mendes já se manifestou de forma abstrata acerca dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção, assentando que ‘os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente

se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]'. É o que se tem denominado – esse dever de proteção – de garantismo positivo (FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da Quarta Região. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: Acesso em 19.2.2019)

Na proibição de proteção deficiente tem-se a Constituição Federal como limites a discricionariedade do legislador, os mandados de criminalização. Os mandados de criminalização são a vinculação do legislador a criação de determinados crimes. Não existe discricionariedade para a criação dos crimes previstos na Constituição Federal, nem mesmo, pode ser criado com penalidades tão brandas que acabam por não proteger o bem jurídico, que é o objetivo da sua criação. O Professor Gilmar Mendes muito bem disciplina a questão na mesma ação direta de inconstitucionalidade citada anteriormente, nos seguintes moldes:

(...) as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Luciano Feldens, os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Registre-se que os mandatos de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, 'c' e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68, Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I).

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo 'catálogo' de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbot), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Sobre o tema a Ministra Cármen Lúcia demonstra preocupação sobre a interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Legislativo. Na ADI 6.225 a Professora ressalta esse ponto no seguinte trecho:

Este Supremo Tribunal julga ilegítima a possibilidade de se reexaminarem os parâmetros de fixação de pena estabelecidos em lei pelo Poder Legislativo, ressalva feita a situações nas quais estampada a falta de

proporção entre o ato tipificado como crime, o bem jurídico tutelado e a pena legislativamente imposta à conduta. Há inegável necessidade de autocontenção judicial em respeito ao princípio da separação de poderes e da reserva legal.

Sendo o Direito Penal a *ultima ratio* por ser o ramo das ciências jurídicas que mais afeta os direitos fundamentais do indivíduo, cabe a jurisdição constitucional temperar a apreciação da constitucionalidade de tais normas de acordo com a intensidade de possível violação desses direitos. Segundo o Ministro Gilmar Mendes o controle de constitucionalidade das normas penais segue um modelo baseado nesses níveis de intensidade. Segundo o professor constitucionalista existem três níveis de intensidade fundamentadas na doutrina e jurisprudência alemã, quais sejam: o controle de evidência (Evidenzkontrolle); o controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); e o controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle).

Quanto ao controle de evidência, o Ministro Gilmar Mendes assim discorreu:

No primeiro nível o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico.

O Tribunal deixa ressaltado, não obstante, que ‘a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da Grundgesetz’ (BVerfGE 50, 290).

Assim, conclui o Tribunal que ‘a tarefa (do controle de constitucionalidade) consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social’ – ou político-criminal, se quisermos contextualizar essa afirmação – ‘que devem permanecer reservadas ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador’ (BVerfGE, 50, 290).

(...)

Assim, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico penal. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve basear-se na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal.

Quanto ao segundo nível de intensidade do controle de constitucionalidade, que é o controle de sustentabilidade ou justificabilidade, o digníssimo doutrinador acentuou:

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de ‘maneira sustentável’.

(...) não se pode deixar de considerar que, no âmbito desse denominado controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas a disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, com a admissão de amicus curiae e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.868/99.

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – que serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada.

O Professor Gilmar Mendes finaliza com a análise do terceiro nível, que se refere ao controle material de intensidade:

No terceiro nível, o controle material intensivo (intensivierten inhaltlichen kontrolle) se aplica 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 por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

(...)

Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador.

Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que prima facie constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.

Para melhor entender as três intensidades será abordado os casos concretos julgados pelo Tribunal Constitucional alemão em que foram apreciadas as intensidades de controle constitucional da lei penal. O controle de evidência é a apreciação pelo julgador da inconstitucionalidade chapada, em que o Poder Público extrapolou todos os limites na proteção de determinado bem jurídico. Há de existir a ponderação entre a liberdade e a dignidade do indivíduo; e a reprimenda determinada pelo legislador. Nessa primeira ideia de controle o Tribunal alemão decidiu que para se admitir a reclamação constitucional

o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção.

O controle de evidência, como o próprio nome diz, é o controle da inconstitucionalidade de lei penal que salta aos olhos, que é teratológica, que a desproporcionalidade entre a proteção ao bem jurídico e a restrição do direito individual é flagrante.

No controle de sustentabilidade ou de justificabilidade levar-se-á em consideração o estado da arte de determinada matéria para a elaboração da norma. A palavra justificabilidade é a que melhor define essa intensidade de controle de constitucionalidade da norma penal. O controle de justificabilidade, por óbvio, é aquele que busca justificar a criação da norma por intermédio dos conhecimentos disponíveis na época em que foi criada. A justificação é que vai servir de base para o controle de constitucionalidade, não podendo o julgador adentrar na discricionariedade do legislador a respeito da necessidade, obrigatoriedade e adequação da norma. O legislador escolhe, dentre os caminhos disponíveis no tempo e espaço, aquele que melhor atenda, de acordo com os diagnósticos e prognósticos por ele realizados. Escolha essa que não pode ser discutida pelo julgador constitucional.

Melhor exemplificando o controle de justificabilidade, o Tribunal alemão apreciou a questão da criminalização da aquisição e porte para consumo da cannabis sativa. A discussão situa-se predominantemente no âmbito da política-criminal, onde é analisado se a criminalização do usuário de maconha irá diminuir o seu uso. Não pode o julgador apreciar a eficácia ou justiça da norma penal criminalizante, pois o legislador, com base nos conhecimentos disponíveis julgou mais adequada essa proteção para o bem jurídico. Se o julgador interferir nesse caso, estaria invadindo a discricionariedade do legislador em escolher

o que ele julga melhor para a proteção da sociedade com fundamento no plano de política-criminal eleito. O Tribunal, portanto, decidiu que

se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação e que a proibição geral de canabis sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei.

O último grau intensivo é o controle material de intensidade que se refere a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito ao controle de constitucionalidade das leis penais. O Tribunal alemão tratou do tema na discussão quanto a proteção do direito à liberdade de profissão, o que foi citado pelo Ministro Gilmar Mendes na indigitada ADI 3.112. No Brasil o Código Penal criminaliza o exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica em seu art. 282 que dispõe que “exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites”, cuja pena é de detenção de seis meses a dois anos. Assevera ainda que “se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa”. Ainda tratando da proteção a liberdade de profissão a Lei de Contravenções Penais assevera em seu art. 47 que “exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício”, estabelecendo pena de “prisão simples, de quinze a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco conto de réis”. O julgador constitucional apreciará a real necessidade e obrigatoriedade de se ter uma proteção no âmbito penal ao bem jurídico. E fará essa análise com o objetivo de preservação dos direitos fundamentais do indivíduo.

O Professor Gilmar Mendes enfatiza que a Corte Constitucional da Colômbia também usa parâmetros para aferição dos graus de intensidade, citando Ademar Borges Sousa Filho na Tese de Doutorado apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ com o título “O Controle de Constitucionalidade de lei penais no Brasil: Graus de deferência ao legislador, Parâmetros Materiais e Técnicas de Decisão”, nos seguintes moldes:

- (i) o legislador adota parâmetros suspeitos;
- (ii) a medida legislativa recai sobre pessoas em condições de debilidade manifesta, grupos marginalizados ou discriminados, setores sem acesso efetivo à tomada de decisões ou minorias insulares e discretas;
- (iii) a regulamentação promove diferenciação entre pessoas ou grupos e afeta gravemente a fruição de um direito constitucional fundamental ou;

(iv) se examina uma norma que cria privilégio.

Acerca dessas diretrizes para a feitura de um modelo de controle de constitucionalidade nacional, o Ministro Gilmar Mendes discorre sobre a importância das premissas analisadas anteriormente nos seguintes termos:

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbote) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbote) –, deverá o Tribunal exercer rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

O Ministro Roberto Barroso, também, mostrou preocupação com a constitucionalidade de normas penais no julgamento do Habeas Corpus 124.306, que apesar de não ser uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, o professor constitucionalista muito bem explicitou o tema, de maneira didática e profunda. O referido habeas corpus foi julgado na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

O relator para o acórdão consignou primeiramente que

é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

O Professor Roberto Barroso frisou a incompatibilidade da criminalização do aborto no caso dos autos com os direitos fundamentais nos seguintes termos:

os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

Pontuou uma característica prática na criminalização do aborto principalmente para as mulheres pobres, *in verbis*:

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

O Ministro Barroso afirma, então, que a manutenção da criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação violaria o direito fundamental da autonomia da mulher, “que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III)”. Afetaria, também, o direito à integridade física e psíquica que “protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança”. Violaria, ainda, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, “que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva”. Ofenderia, da mesma maneira, a igualdade de gênero, pois “a igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença”.

E assim como o Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia, utilizou-se do princípio da proporcionalidade na justificação da inconstitucionalidade da lei no caso da incriminação do aborto até o terceiro mês de gestação:

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não

produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Dissecando o Princípio da Proporcionalidade, O Ministro esclarece sobre o subprincípio da adequação no sentido de que “é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto”. Quanto ao subprincípio da necessidade diz que “é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres”. E, por fim, em relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma que “é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto”.

Seguindo as diretrizes que os Ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia estabeleceram quanto aos limites, restrições e parâmetros do controle de constitucionalidade de normas penais, será encontrado direcionamentos para que o referido controle possua balizas objetivas para que se evite a discricionariedade judicial

CONCLUSÃO

Na coleta de dados para a feitura do artigo, verifica-se que o tema é pouco tratado nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal. O tema é abordado com clareza e especificidade em apenas quatro acórdãos, quais sejam, a ADI 3.446, a ADI 3.112, a ADI 6.225, o RE 583.523 e o HC 124.306 que mostraram a preocupação com a necessidade de se estabelecer parâmetros para o controle de constitucionalidade. Retirando-se desta pesquisa, por óbvio, os acórdãos no mesmo sentido que apenas repetiam o que estava transcrito nos acórdãos citados. A Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes são os que manifestaram preocupação com o tema nas suas decisões. Os acórdãos desses ministros procuram estabelecer parâmetros concretos para a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade de normas penais.

Na apreciação dos acórdãos é possível verificar que se procura estabelecer critérios para o controle de constitucionalidade penais. Algumas vezes essas diretrizes são buscadas nos doutrinadores que trataram sobre o tema, outras vezes no direito comparado, como alguns

países decidem sobre esse ponto. A necessidade de termos paradigmas na análise das leis penais é evitar a excessiva discricionariedade de decisão do Poder Judiciário com a consequente observância ao Princípio da Separação dos Poderes. A partir do respeito a Princípio da Separação dos Poderes ter-se-á, por consequência a observância do Princípio da Reserva Legal.

A pesquisa evidencia a importância do controle de constitucionalidade das leis penais para preservar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Os critérios de proporcionalidade, a margem de liberdade do legislador e os diferentes níveis de intensidade do controle são fundamentais para garantir que as leis penais sejam conformes à Constituição. O respeito ao princípio da separação dos poderes é destacado como essencial para evitar interferências excessivas do Poder Judiciário na esfera do Legislativo. O controle de constitucionalidade das leis penais busca harmonizar a proteção dos bens jurídicos fundamentais com a atuação legislativa, assegurando a justiça, a proporcionalidade e o respeito aos direitos individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.112, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJ 26/10/2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.446, Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2019, DJe 31/07/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361118>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.225, Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2021, DJe 01/09/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757057349>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 130, Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJ 06/11/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54, Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, DJ 30/04/2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 124.306, Relator Min. Gilmar Mendes, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2016, DJ 17/03/2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 583.523, Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2013, DJ 22/10/2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6997511>>. Acesso em: 10 jan. 2023.