

A tortura no banco dos réus: uma análise crítica sobre a (in)compatibilidade material entre o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro*

Sumário

Introdução. 1. Os mandamentos constitucionais de criminalização: uma necessária introdução conceitual. 2. O controle de constitucionalidade sobre as leis penais. 3. Uma análise sobre a compatibilidade material entre o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97. Considerações finais. Referências.

Resumo

Este artigo examina a efetividade da Lei nº 9.455/97 à luz do mandamento constitucional de criminalização da tortura, questionando se a legislação penal vigente atende aos rigorosos requisitos impostos pelo constituinte originário. Adotando uma metodologia dedutiva e de pesquisa bibliográfica, o estudo analisa os preceitos primários e secundários da Lei de Tortura, discutindo a compatibilidade material com os princípios constitucionais, especialmente o da proporcionalidade. O primeiro capítulo introduz o conceito de mandamentos de criminalização, destacando sua natureza vinculante. O segundo capítulo aborda o controle de constitucionalidade das leis penais pelo Supremo Tribunal Federal, enfatizando o princípio da proporcionalidade. O terceiro capítulo realiza uma análise crítica da Lei nº 9.455/97, identificando possíveis omissões inconstitucionais e desproporcionalidades nas sanções penais. Conclui-se que a legislação atual apresenta falhas que comprometem a plena eficácia do mandamento de criminalização da tortura, sugerindo a necessidade de ações de controle de constitucionalidade para corrigir tais deficiências e garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Abstract

This article examines the effectiveness of Law No. 9.455/97 in light of the constitutional mandate to criminalize torture, questioning whether the current penal legislation meets the stringent requirements imposed by the original constituent. Adopting a deductive methodology and bibliographic research, the study analyzes the primary and secondary provisions of the Torture Law, discussing material compatibility with constitutional principles, especially proportionality. The first chapter introduces the concept of criminalization mandates, highlighting their binding nature. The second chapter addresses the constitutional control of penal laws by the Supreme Federal Court, emphasizing the principle of proportionality. The third chapter conducts a critical analysis of Law No. 9.455/97, identifying possible unconstitutional omissions and disproportionalities.

* Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Pró-Reitor Acadêmico e Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Coordenador do Grupo de Estudos de Marília “João Batista de Santana” da Associação Paulista do Ministério Público.

in penal sanctions. It concludes that the current legislation presents flaws that undermine the full efficacy of the criminalization mandate of torture, suggesting the need for constitutional control actions to correct these deficiencies and ensure effective protection of fundamental rights.

Palavras-chave: Tortura. Dignidade humana. Controle de constitucionalidade. Mandamento de criminalização. Proporcionalidade.

Keywords: *Torture. Human dignity. Constitutional control. Criminalization mandate. Proportionality.*

Introdução

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987, marcada pelo resgate da democracia após duas décadas de regime autocrático, refletiu a imperiosa necessidade de erradicar a prática recorrente da tortura. A Constituição, ao elevar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, expressamente proibiu a tortura e vedou penas cruéis, por se tratar de prática abjeta e intrinsecamente desumana, coisificando e degradando a vítima. O poder constituinte originário, no inciso XLIII do artigo 5º, não só exigiu do legislador ordinário a criminalização da tortura, repudiando veementemente essa vil conduta criminosa, mas, também, determinou-lhe consequências jurídico-penais mais severas para dissuadir a sua prática, como a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de anistia e de graça, reforçando sua manifesta aversão à sevícia.

Diante desse contexto, é imperativo questionar a efetividade das medidas legislativas adotadas para erradicar essa prática repugnante, prescrutando se a legislação criminal brasileira, em especial a Lei nº 9.455/97, atentou-se verdadeiramente ao repúdio expresso da tortura pelo constituinte originário, ao tipificar os tipos penais incriminadores, suas penas e o regime inicial de seu cumprimento, em um exercício de controle de constitucionalidade sobre essa norma penal. Para isso, será adotado um enfoque metodológico que se baseará principalmente em pesquisa bibliográfica, abrangendo autores que dissertaram sobre o tema principal e assuntos correlatos. O método dedutivo será empregado como estratégia para a análise crítica dos elementos apresentados, proporcionando uma compreensão mais aprofundada das implicações jurídicas e sociais desse importante precedente no cenário internacional.

O presente artigo se estrutura em três capítulos distintos. No primeiro capítulo, “Os Mandamentos de Criminalização: Uma Necessária Introdução Conceitual”, será delineado o conceito de mandamentos de criminalização, identificando a sua natureza vinculante e obrigatória, bem como as suas fontes primárias na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos. Discutiremos, ainda, a relevância desses mandamentos para a proteção dos direitos fundamentais e a obrigatoriedade de sua observância pelo legislador ordinário.

No segundo capítulo, “O Controle de Constitucionalidade sobre as Leis Penais”, será abordada a necessidade do controle de constitucionalidade das leis penais à luz do princípio da proporcionalidade. Será analisada a transformação do princípio da legalidade, que limita a discricionariedade do legislador, exigindo conformidade das normas penais com os valores constitucionais. A atuação do Supremo Tribunal Federal será examinada, destacando os critérios utilizados pela Corte para a aferição da constitucionalidade das leis penais e processuais penais, especialmente em relação ao princípio da proporcionalidade, e ilustrando essa análise com exemplos jurisprudenciais relevantes.

O terceiro capítulo, “Uma Análise sobre a Compatibilidade Material entre o Artigo 5º, Inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97”, consistirá em uma avaliação crítica da Lei de Tortura, verificando se os preceitos primários e secundários dessa legislação atendem ao mandato de criminalização do constituinte originário e ao princípio da proporcionalidade. Será realizada uma análise sobre a tipificação dos crimes de tortura e a cominação de suas penas, além de discutir possíveis omissões inconstitucionais e desproporcionalidades nas sanções previstas, sugerindo, quando cabível, a propositura de ações de controle de constitucionalidade para a correção dessas falhas.

Com essa estrutura, o artigo visa proporcionar uma análise abrangente e aprofundada da criminalização da tortura no Brasil, considerando as ordens constitucionais e os princípios jurídicos que orientam a atuação do legislador e do Poder Judiciário, destacando a importância do respeito aos direitos fundamentais e da efetividade das normas penais para a construção de um Estado Democrático de Direito.

1. Os mandamentos constitucionais de criminalização: uma necessária introdução conceitual

Os mandamentos de criminalização, também chamados de mandados de penalização, podem ser definidos como ordens, determinadas pelo legislador constituinte, dirigidas, verticalmente, ao legislador ordinário, determinando que este defina certos comportamentos humanos considerados significativamente reprováveis como crimes, com a respectiva cominação de penas mais rigorosas em seus preceitos secundários.

Longe de se tratar de uma recomendação ou de uma sugestão de penalização de determinados comportamentos, os mandados de penalização, na verdade, encerram a qualidade de *ordem* potestativa e vinculante, emitida pelo poder constituinte, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, endereçada ao legislador ordinário, para que aquela conduta censurável seja tipificada como infração penal, cujo atendimento é obrigatório e cuja inobservância caracterizaria uma situação de inconstitucionalidade, por omissão.

Em outras palavras,

[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (Ponte, 2008, p. 152)

Ilustrativamente, ao prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, enuncia um mandamento expresso de criminalização que impõe ao legislador ordinário que tipifique comportamentos criminosos que configurem racismo, com o estabelecimento de um regime punitivo diferenciado aos atos racistas, que contemple penas de reclusão, a impossibilidade de liberdade provisória com fiança e jamais permita a extinção da punibilidade de seus agentes pela prescrição.

Portanto, os mandamentos de criminalização constituem “[...] uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.” (Moraes, 2014, p. 59).

Os mandamentos de criminalização, entretanto, embora sejam mais usualmente identificados a partir do texto constitucional, também podem ser prescritos por *tratados internacionais* que determinem aos países subscritores a tipificação de determinadas condutas atentatórias aos direitos humanos em suas legislações internas, assim como a cominação de penas suficientemente satisfatórias, a ponto de bem tutelar o objeto jurídico que se pretende proteger, com efeito dissuasório em relação àquele comportamento criminoso.

Se, por um lado, a supremacia da Constituição se reveste de eficácia normativa, dirige e limita a liberdade de conformação da legislação ordinária, as convenções internacionais de direitos humanos, como se verá mais adiante, também têm superioridade normativa em relação à legislação interna de cada país, o que faz com que os mandados de criminalização previstos em tais documentos internacionais, longe de meras recomendações, tenham inquestionável coercibilidade sobre sua ordem jurídica ordinária.

Reconhecendo o fenômeno dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de direitos humanos, André de Carvalho Ramos (2006, n/p) ensina que:

O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos. (...). Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que exigem dos Estados a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).

Há, todavia, é bem verdade, autores que discordam da assimilação da existência de mandamentos de criminalização extraídos do texto constitucional e de tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo de Dimitri Dimoulis (2005, p. 112), para quem parece inconcebível “castigar em nome dos direitos humanos”, revelando-se repreensível, sob sua óptica, responder à violência exercida contra os direitos humanos com outra violência, a saber, a criminalização de condutas, uma forma inadvertida de se tutelar os bens jurídicos em jogo.

Em sentido oposto, afirma Luciano Feldens (2005, p. 31):

Ainda que por um lado se repila veementemente a ideia de um Direito Penal a funcionar como instrumento, mesmo que auxiliar, na realização (perspectiva positiva) de políticas públicas e sociais, ao veraz argumento de que outros instrumentos mais apropriados, e menos invasivos, se projetam a tal finalidade, por outro, deposita-se nessa disciplina jurídica,

hialina e inegavelmente, a missão de coibir (perspectiva negativa) aquelas condutas que revelem hipótese de dano- ou mesmo ameaça de sua ocorrência – a bens ou interesses que se mostram vitais à sociedade como tal.

De qualquer forma, de todo oportuna a defesa dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de Jaceguara Dantas da Silva Passos (2011, p. 103) frente à objeção sustentada por autores refratários àquele instituto:

[...] assegurar a efetividade dos mandados de criminalização, com a consequente punição dos violadores dos Direitos Humanos mediante a tutela penal, não é forma de vingança, mas sim a utilização dos meios necessários para o respeito de relevantes bens jurídicos e diminuição dos abusos.

Assim, “[...] nasce um novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, de ênfase na proteção da vítima e na punição dos algozes.” (Ramos, 2006, n/p).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, considerada analítica e prolixa, devido aos seus 250 artigos em vigor, foi generosa na definição de um extenso rol de direitos fundamentais, topograficamente alocados já no início de seu texto, o que evidencia a preocupação do legislador constituinte com a defesa da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, mercê da supressão de direitos vivenciada na experiência autocrática imediatamente anterior à sua publicação.

Seguindo, assim, a tradição dos textos constitucionais pátrios antecedentes e latino-americanos, o atual texto magno brasileiro também previu mandamentos expressos de criminalização em seu bojo, muitos deles situados em seu título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos), precisamente no artigo 5º, revestidos, portanto, da condição de cláusulas pétreas, à luz do que estabelece o seu artigo 60, §4º, inciso IV, o que reforça a convicção de que tais comandos, longe de serem consideradas ordens *punitivistas* aleatórias, têm, a rigor, por propósito a proteção eficiente e suficiente de direitos fundamentais reputados de maior esplendor e, portanto, dignos de um regime protetivo diferenciado.

Nesse sentido, o magistério de Salo de Carvalho (2015, p. 466):

Delineou-se o conceito de Constituição Penal para demarcar as opções no âmbito do direito penal e processual penal realizadas pelos constituintes de 1987, as quais se diferenciam nitidamente da tradição histórica do constitucionalismo brasileiro. A constante dos textos constitucionais em matéria de direito penal e processual penal, até o advento da Constituição de 1988, era restringir a intervenção, ou seja, o escopo era demarcar rígidos limites de incidência do poder punitivo através de normas e princípios negativos, seguindo a tradição liberal de tutela dos direitos e garantias individuais. No entanto, a presença de normas com projeção

incriminadora na Carta Constitucional de 1988 (Constituição Penal dirigente) redimensiona a estrutura do direito penal, estabelecendo verdadeiros paradoxos, notadamente o da coexistência de normas garantidoras (limitativas) e de normas incriminadoras (projetivas) em único estatuto.

A propósito, ao se debruçar sobre os mandados de criminalização da Constituição da República Federativa do Brasil, Luiz Luisi (2003, p. 58) foi por demais farta na função de propulsão da interferência criminal, com numerosas cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos¹.

A propósito do tema, com grande poder de síntese, ensina René Ariel Dotti (2011, n/p):

A Carta Política de 1988 prevê o que a doutrina chama de “mandatos constitucionais de criminalização”, valendo como exemplos os seguintes casos: (a) discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais; (b) prática do racismo; (c) tortura; (d) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; (e) terrorismo; (f) os crimes definidos como hediondos; (g) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (h) a retenção dolosa do salário do trabalhador; (i) o abuso do poder econômico; (j) o abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente; (k) as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 5.º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7.º, X; art. 173, §4.º; art. 227, §4.º e art. 225, §3.º, da CF.

¹ Com maiores minudências, “A Constituição brasileira de 1988 manteve incólume os princípios penais do Estado liberal, e introduziu uma série de normas visando ampliar a presença do direito penal. Convém acentuar que as Constituições contemporâneas têm sido moderadas ao impor ao legislador ordinário esse alargamento da tutela penal. A Lei Fundamental da República alemã se limita a impor no seu art. 26, I, a apenação do atentado à convivência pacífica dos povos, e a preparação de uma guerra de agressão. A Constituição italiana ordena que seja punida, isto é, criminalizada “qualquer violência física ou moral a quem quer que esteja submetido a uma restrição da liberdade”, em seu art. II, 4. A Constituição espanhola vigente contém três cláusulas de criminalização, a saber: uma relativa ao meio ambiente (art. 45/3), outra concernente à proteção do “patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha” (art. 46) e uma terceira relativa a abusos da prerrogativa atribuída a órgãos do Estado de suspensão de determinados direitos individuais (art. 55/2). A nossa vigente Lei Magna foi nesta função de “propulsão” por demais farta. Numerosas as cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos. Em seu art. 5.º, a nossa Constituição dispõe no inc. XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No inc. XLII do mesmo artigo está prescrito que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”. No inc. XLIV do mesmo artigo, está previsto constituir crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. E o inc. XLIII dispõe 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”. Também relevante, como norma pleonasticamente criminalizadora, a contida no §3.º do art. 192 da Carta Magna (LGL\1988\3). No referido art. está disposto que a cobrança de juros superiores a 12% ao ano “será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”. Merece, ainda, especial referência, no concernente às indicações criminalizadoras contidas na nossa Constituição o previsto no §3.º do art. 225 que determina fiquem sujeitos os que praticarem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, “pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Por fim, ainda, se deve ressaltar a norma contida no art. 228 da Carta Magna (LGL\1988\3) de 1988, que versa sobre a maioridade penal.” (Luisi, 1996, n/p).

Definido o conceito de *mandamentos de criminalização*, assim como identificados a Constituição da República e os tratados internacionais de direitos humanos como suas fontes primárias, impende, doravante, debruçar-se sobre os contornos do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais pela Suprema Corte brasileira, com especial atenção ao princípio da *proporcionalidade*.

2. O controle de constitucionalidade sobre as leis penais

Como o objeto deste artigo é a realização do controle de constitucionalidade do mandamento de criminalização insculpido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, é necessário direcionar o enfoque do trabalho aos critérios estabelecidos pela doutrina e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, para a aferição da *constitucionalidade* das leis penais e processuais penais brasileiras.

O Estado de Direito, como não se olvida, foi desenvolvido sob a premissa maior de limitar dos abusos do poder público e, ao mesmo tempo, potencializar o direito à liberdade de seus cidadãos, como contraponto às práticas do Estado Absolutista, razão pela qual o primado da *lei* se estabeleceu como a garantia de um critério objetivo que evitaria o desencadeamento de tratamentos privilegiados ou persecutórios em relação às pessoas da comunidade, consagrando o que se convencionou denominar de *Rule of law*.

De fato, a grande contribuição da instituição do Estado de Direito ao direito penal, sob os holofotes do iluminismo, foi o estabelecimento do princípio da *legalidade*, ao estabelecer que somente poderiam ser consideradas infrações penais aquelas previamente tipificadas em uma *lei*, em sentido estrito, aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, assim como somente essa espécie legislativa poderia definir suas respectivas penas:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida² (Bitencourt, 2022, p. 96).

Assim, estabelecido o princípio da legalidade como fundamento elementar do direito penal, “[...] cabe ao Estado – por intermédio de sua política criminal – programar politicamente as decisões sobre a forma que o controle penal será aplicado a fim de prevenir condutas socialmente nocivas.” (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

² A esse respeito, Bitencourt (2022, p. 96) aprofunda o seu pensamento: “A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo. O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado”.

Ocorre que, com o fenômeno da *constitucionalização* do direito penal, fruto do *neoconstitucionalismo*, que consolidou as ideias de supremacia e de força normativa da Constituição, a política-criminal do Estado, notadamente no que concerne à conformação legislativa, passa a sofrer uma relevante limitação, deixando de ser absolutamente discricionária para ter seu exercício condicionado aos valores constitucionalmente consagrados, assim, o direito penal somente pode intervir para a proteção dos mais importantes valores constitucionais e sempre da forma menos invasiva à liberdade de seus cidadãos. Vale dizer, “[...] a penalidade, por limitar drasticamente os direitos fundamentais (Oliveira, 2018, p. 205), necessita de uma legitimação constitucional.” (Oliveira, 2018, p. 213-224).

Em síntese,

[...] a política criminal se encontra vinculada à dogmática penal limitada pelo conteúdo material dos valores e princípios constitucionais que, além de gozarem de consenso e aceitação, configuram a convivência entre o político bem comum e a dignidade humana. (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

Esse fenômeno ressignificou o princípio da legalidade, a partir do Estado Democrático de Direito, subordinando a legitimidade das leis penais e processuais penais não apenas à existência de uma lei formalmente aprovada que tipifique comportamentos criminosos e estabeleça sanções penais, mas, especialmente, à sua conformidade com a Constituição e, igualmente, com os tratados internacionais de direitos humanos:

Isso significa dizer que o império da lei, a base filosófica do Estado de Direito, não se contenta com a simples edição de uma lei advinda do legislador, porque não se acredita na suficiência da entidade da lei, aspecto caro ao formalismo jurídico e a escola positivista do direito. Ao contrário, a lei e sua correta interpretação pedem obediência para além do enunciado normativo: a Constituição e declarações internacionais de direitos humanos (legalidade material) - (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p)³.

É precisamente nesse momento histórico que, segundo Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra (2021, n/p), emerge o princípio da *proporcionalidade* como princípio fundamental e regulador da política penal do Estado, atuando sob as instâncias de controle legislativo e jurisdicional das normas penais, harmonizando as exigências preventivas e punitivas da sociedade, com as liberdades individuais, na incessante busca pela segurança social.

Sobre o princípio em questão, apregoa Pierpaolo Cruz Bottini (2010, n/p) que

³ Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra (2021, n/p) aprofundam o pensamento exposto, da seguinte forma: “Por isso, medidas coercitivas e ameaças de sanção, intervenções necessárias na vida social, mas severas do ponto de vista das liberdades fundamentais, encontram limites no direito constitucional, o fundamento normativo e democrático do direito penal substantivo (Kudlich, 2018, p. 85). No limite, tendo-se a liberdade como valor primordial do Estado, a segurança necessária – outro valor fundamental – deve ser prestada com o mínimo de restrição possível, em respeito à dignidade da pessoa humana (Kudlich, 2018, p. 88), possibilitando-se a efetiva participação de todos os cidadãos na vida política, econômica e social, ou seja, o máximo possível de bem-estar”.

[...] a proporcionalidade – para o injusto culpável – caracteriza-se como o princípio que qualifica a pena aplicada de acordo com a gravidade do comportamento ou de seu resultado”, esclarecendo, ainda, que “sua relação com a dignidade humana é patente porque a aplicação da pena de forma desproporcional determina a restrição exagerada do campo de liberdade, e desequilibra a dialética da política criminal em favor de seus aspectos repressivos.

A propósito, a estrutura normativa do princípio da *proporcionalidade*, segundo a doutrina clássica, é composta por três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Ávila, 2009, p. 166). Em outras palavras,

Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (*Ubersmassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais. (Bitencourt, 2022, p.139).

Portanto, para que o direito penal interfira na esfera dos direitos fundamentais de seus cidadãos, deverá aferir a presença os seguintes vetores: i) *adequação*, analisando se o direito penal é um instrumento apto a alcançar a proteção do bem jurídico em exame, a retribuição do fato praticado e a prevenção geral e especial em relação ao crime; ii) *necessidade*, avaliando se realmente é necessária a intervenção do direito penal ao caso à baila, tendo em vista o seu caráter subsidiário e fragmentário; e iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, aferindo se os benefícios a serem alcançados com a seleção do comportamento humano como criminoso (efetiva proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos sociais dessa escolha – sacrifício aos direitos fundamentais dos potenciais infratores e aos interesses da própria sociedade.

Neste diapasão, nota-se que a transformação de um comportamento humano em infração penal, invariavelmente, impõe à coletividade uma indiscutível limitação, que somente será legítima se for compensada por uma efetiva vantagem: a eficaz proteção do direito fundamental tutelado pelo novel tipo penal; é dizer: a criação de tipos penais incriminadores deve ser efetivamente *compensadora* para a sociedade, logo, não é dado ao direito penal lastreado em premissas verdadeiramente democráticas cogitar incriminar comportamentos que tragam mais temor, ônus e limitação social do que efetivos benefícios à sociedade. Vale dizer:

Para concluir, com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que

ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. (Bitencourt, 2022, p. 144).

A aplicação do princípio da proporcionalidade sobre o direito penal, a propósito, apresenta-se por duas faces: a proibição da hipertrofia punitiva (*Übermassverbot*)⁴ e a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*)⁵.

Se, por um lado, o Estado tem o dever de não se exceder em seus meios de punição, por outro, conforme Claus-Wilhelm Canaris (2003, n/p), também assume o intransigível compromisso constitucional de tutelar os direitos fundamentais de seus cidadãos de forma eficaz e suficiente, de sorte que sua omissão ou a adoção de medidas parciais e insuficientes para a adequada proteção de tais direitos se revela *inconstitucional*, por afronta ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, a proibição da proteção insuficiente pode ser considerada uma operação que permite ao intérprete da norma penal aferir se um ato ou uma omissão (total ou parcial) do Estado vulnera um direito fundamental a que ele deve proteger, a exemplo da descriminalização do homicídio, que se revelaria inconstitucional diante da necessidade de proteção suficiente ao direito fundamental à vida⁶ (Feldens, 2005, p. 109).

⁴ Nesse sentido, “Com efeito, as ideias do Iluminismo e do Direito Natural diminuiram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção, ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como o da proporcionalidade, o da razoabilidade e o da lesividade” (Bitencourt, 2022, p. 139).

⁵ A propósito do tema, afirma Ingo Sarlet (2011, n/p): “Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material quanto para o processo penal), resulta – como já referido – inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação. Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*)”.

⁶ A respeito do referencial jurisprudencial para a consolidação da vedação da proteção insuficiente como corolário do princípio da proporcionalidade, anuncia Ingo Sarlet (2011, n/p): “O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os

A propósito,

[...] trata-se, com a divisão da proporcionalidade como critério limitador da intervenção estatal no âmbito dos Direitos Fundamentais em proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente, de atribuir à jurisdição constitucional a difícil responsabilidade em tal equilíbrio: a intervenção penal não pode nem *sobrar*, e nem *faltar*. (Vieira, 2011, n/p).

Longe de se tratar de mera edificação teórica desprovida de aplicabilidade prática, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há, ao menos, uma década, reconhece essa dupla face do princípio da proporcionalidade, a exemplo do trecho da decisão, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* nº 104.410:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrmassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Unterrmassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (Supremo Tribunal Federal, 2012, n/p)

Sistematicamente, portanto, pode-se afirmar que o sistema de proteção dos direitos fundamentais é composto de uma proteção negativa, consistente na proteção estatal do indivíduo frente ao poder de punir do próprio Estado, e de uma proteção positiva, a saber, a tutela do Estado a direitos fundamentais de ataques de terceiros particulares. Assim, se, por um lado, o Estado deve prever mecanismos de coibição dos seus próprios excessos no exercício do direito de punir, por outro, é credor de um dever prestacional de proteger suficientemente os direitos fundamentais de seu povo com a tutela intransigente de seus mais importantes bens jurídicos, quer individuais, quer coletivos, em plena consonância com as premissas de um Estado Democrático de Direito.

Não se pode perder de vista, ademais, a necessidade de o juízo de proporcionalidade ser sucedido por um juízo de *razoabilidade*, afinal, a mera retribuição proporcional à censurabilidade do fato praticado não atende aos seus fins, sem uma prévia avaliação

níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo), razão pela qual não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por Gilmar Ferreira Mendes), ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado – fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um ‘defeito de proteção’”.

ponderada sobre a existência de outros meios de menor ingerência na liberdade do cidadão. Em outras palavras,

É exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a “lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão. (Bitencourt, 2022, p. 144)

Definida, assim, a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade, com seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, assim como exposta a sua dupla face (proibição da hipertrofia punitiva e proibição da proteção deficiente), faz-se necessário avaliar de que forma esse postulado poderá servir de parâmetro, por parte do Poder Judiciário, para a efetivação do controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais.

Em que pese a considerável carga de subjetividade em relação aos critérios de aferição do princípio da proporcionalidade de leis penais e processuais penais, Bottini (2010, n/p) sugere ser:

[...] possível estabelecer critérios gerais relativos que ao menos tornem coerente o ordenamento do ponto de vista da proporcionalidade”, recomendando “a intensificação da pena quanto mais importante o bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão a este mesmo bem, e quanto mais reprovável o elemento subjetivo da conduta”.

Nessa perspectiva, Pierpaolo Cruz Bottini (2010, n/p) afirma que:

[...] em sendo a proporcionalidade princípio norteador de todo o funcionamento do direito penal Democrático de Direito, o controle de sua observância caberá, em última instância, ao Poder Judiciário”, obtemperando à objeção de possível afronta à separação dos poderes que “o espaço de construção legislativa não é ilimitado e absolutamente discricionário, mas é pautado pelos princípios constitucionais derivados do modelo de Estado adotado”, de modo que “o papel do Judiciário como órgão de controle dos eventuais excessos do Poder Legislativo ganhou destaque”.

Assim, definida a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, sob a perspectiva de sua *proporcionalidade*, passa a ser necessário avaliar em que termos o Supremo Tribunal Federal tem realizado esse confronto, com ilustrações desse exercício em sua jurisprudência.

Apesar de que “[...] no Brasil, o STF não desenvolveu, até agora, uma orientação jurisprudencial sólida para diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade

incidente sobre as leis penais.” (Sousa Filho, 2020, n/p), faz-se mister avaliar, a partir da análise de sua jurisprudência, exemplos dessa atividade para, após, chegar a algumas conclusões articuladas.

Validamente, Ademar Borges de Sousa Filho (2020, n/p) aponta como diretriz para o controle de constitucionalidade das leis penais o voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP⁷, em que sustentou a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, oportunidade em que:

[...] sistematizou os três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade das leis – controle de *evidência*, controle de *justificabilidade* e controle *material* de *intensidade* – de acordo com a jurisprudência do Tribunal constitucional alemão.⁸⁻⁹

Entretanto, em que pese a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade das leis penais, denuncia Ademar Borges de Sousa Filho (2021, n/p) que “[...] 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.”, evidenciando, quantitativamente, a baixa atuação do Pretório Excelso no campo do direito penal:

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

⁷ Íntegra do voto disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf. Acesso em: 17 abr. 2022.

⁸ Sousa Filho (2020, n/p) assim pormenoriza a ideia exposta pelo Ministro Gilmar Mendes: “Esses três graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis foram assim resumidos pelo Ministro Gilmar Mendes: no primeiro nível, “o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias”; no segundo nível, “o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis”; e, no terceiro nível, “o Tribunal examina, portanto, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes”.

⁹ Em semelhante sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 104.410, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, assim se manifestou: “Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). 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 a 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 (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais” (Supremo Tribunal Federal, 2012, n/p).

(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. (Sousa Filho, 2021, n/p)

Se, por um lado, o exercício do controle de constitucionalidade, em matéria criminal, pela Suprema Corte, em sede de controle *difuso*, já não é dos mais significativos, no que concerne ao controle *concentrado*, os números são ainda piores, segundo Sousa Filho (2021, n/p):

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. 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).

Diante desse diagnóstico, apresenta três propostas capazes de proporcionar o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no campo penal, sendo elas: i) renovação das funções do Tribunal Constitucional em relação à reformulação das leis penais; ii) diversificação das técnicas decisórias envolvendo matérias criminais; iii) intensificação do controle material e procedimental da constitucionalidade das leis penais (Souza Filho, 2021, n/p).

O Poder Judiciário brasileiro, conforme Souza Filho (2021, n/p), portanto, deve mudar a postura de atuação, passando de um controle de constitucionalidade *leve* para *intermediário*, mas adaptado à realidade brasileira, criando condições para que as instituições possam se adequar às determinações impostas pela Constituição da República, principalmente, no Direito Penal:

[...] 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.

Malgrado a escassez de exemplos de controle de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, sobre as leis penais e processuais penais brasileiras, especialmente sob o prisma do princípio da proporcionalidade, quer na modalidade “proibição da hipertrofia punitiva”, quer no viés “vedação da proteção deficiente”, há alguns exemplos de seu exercício em sua jurisprudência, revelando-se de todo conveniente pinçar alguns casos específicos, a título de ilustração.

Com efeito, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 979.962 (Supremo Tribunal Federal, 2021), julgado em repercussão geral (Tema 1003), em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional, por afronta ao princípio da proporcionalidade, em seu viés “proibição da hipertrofia punitiva”, o preceito secundário do crime previsto no artigo 273, do Código Penal – o qual, em sua redação original, previa a pena de um a três anos de detenção para, a partir de 1998, por ocasião do “escândalo das pílulas de farinha”¹⁰ (Microvlar), passar a impor pena de dez a quinze anos de reclusão, reputando, doravante, hediondo esse delito –, com a consequente repristinação da pena originária.

Na oportunidade, contudo, a Suprema Corte deixou claro que, longe de ser a regra, a intervenção judicial sobre as penas abstratamente cominadas a tipos penais incriminadores é justificada, apenas excepcionalmente, quando, houver *gritante* desproporcionalidade, como se apresentava no caso sob julgamento:

[...] O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de *gritante* desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, §1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, *caput*), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, §3º). (Supremo Tribunal Federal, 2021, n/p).

¹⁰ Na oportunidade, com autoridade, Miguel Reale Junior (1999, n/p) criticou ferrenhamente essa postura legislativa: “Só se pode compreender tais exageros pelo clima emocional que caracterizou, especialmente por meio da mídia, a denúncia e o debate de casos de “falsificação de remédios”, questão politizada ao máximo em época eleitoral, com vistas a transformar o Direito Penal em espetáculo”.

Lado outro, a Suprema Corte também já considerou *constitucional*, por atender à proibição da proteção insuficiente, corolário do princípio da proporcionalidade, a pena de suspensão de habilitação aos motoristas profissionais que praticarem o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, o crime de perigo abstrato do porte de arma e o delito de fuga do local do acidente.

Uma vez evidenciada a legitimidade do Poder Judiciário em realizar o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, notadamente sob o parâmetro do princípio da proporcionalidade, abrangendo, tanto a proibição da hipertrofia punitiva, quanto a vedação da proteção insuficiente, pretende-se, agora, aferir, pragmaticamente, se o mandamento expresso de criminalização concernente à tortura, previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, foi satisfatoriamente adimplido pela legislação criminal brasileira, por intermédio da Lei nº 9.455/97, ou se, ao revés, há situação de omissão inconstitucional a ser judicialmente reparada.

3. Uma análise sobre a compatibilidade material entre o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97

O momento histórico da Assembleia Nacional Constituinte, em 1.987, após duas décadas de vigência de regime *autocrático*, período durante o qual a prática da tortura foi recorrente por órgãos de repressão¹¹, justificou a premente necessidade de o poder

¹¹ Irene Patrícia Nohara (2009) explica, pormenorizadamente, o contexto subjacente às práticas de tortura durante o período militar: “A ditadura brasileira foi acompanhada pela montagem de um “aparelho de repressão sobre o alicerce da Doutrina da Segurança Nacional - DSN”, formulada no contexto da Guerra Fria e adotada no Brasil pela Escola Superior de Guerra - ESG. A DSN foi a ideologia oficial das Forças Armadas após 1964 e se voltou à caça do inimigo interno, promovendo a proliferação de órgãos e regulamentos de segurança. (...) Para garantir a DSN, foi criado o Serviço Nacional de Informação - SNI, em junho de 1964, no vértice do qual estava o Conselho de Segurança Nacional - CSN. (...) Com a decretação do AI-5, a espionagem passou a atuar a serviço dos setores da ala linha dura dos militares; mas, mesmo com o endurecimento do SNI, ainda assim o órgão se manteve como produtor de informações, não se envolvendo diretamente nas operações de segurança. Estas, conforme explica Carlos Fico, designavam eufemisticamente ações envolvendo “prisões, interrogatórios, torturas e extermínios, praticados pelo Sistema DOI-Codi, pelos órgãos de informações dos ministérios militares (CIE, Cisa e Cenimar) e pelos departamentos de ordem política e social estaduais”. DOI-Codi era a abreviatura do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna e foi um centro de tortura dos que se opunham à ditadura. (...) Conforme enfatizado nos documentos produzidos pelo relatório Brasil: nunca mais, tanto o Dops - Departamento de Ordem Política e Social, de âmbito estadual, como as Delegacias Regionais da Polícia Federal, atuaram também com relativa autonomia na prática reiterada de investigações, interrogatórios, torturas e execuções. No caso de São Paulo, relata-se, conforme conteúdo de diversas denúncias, que o Dops chegou a torturar e matar tanto quanto o DOI-Codi. Constata-se, portanto, que a tortura no período da ditadura militar brasileira não foi fato disseminado com ausência de planejamento. Partiu, na realidade, de metodologia científica incluída no currículo de formação dos militares e implementada não apenas por aprendizagem teórica, mas também por aulas práticas com “cobaías” vivas. É, portanto, equívoco considerar a tortura ocorrida na época como efeito acidental ou excesso produzido por alguns militares sádicos, mas, diante deste estado de coisas, tratou-se de política (policy), relacionada com a distorcida Doutrina da Segurança Nacional, planejada e executada por órgãos do Estado. Essa política foi produtora de subjetividade no conjunto do tecido sócio-histórico, atingindo de forma mais imediata tanto suas vítimas diretas como nas suas famílias e descendentes e: “Muitas vezes as vítimas da tortura, por sua própria vontade ou aconselhadas por familiares, agrupamentos políticos ou advogados de defesa, optaram por silêncio, em seus interrogatórios na Justiça sobre as torturas que padeceram, temendo, como a muitos sucedeu, que a denúncia induzisse a uma condenação antecipada. Muitos não falaram de seus sofrimentos com medo de retornarem às sessões de tortura (...). No entanto, os que ousaram descrever os suplícios de que foram vítimas, os modos e instrumentos de tortura, os locais, a assistência médica e os nomes dos torturadores, e tiveram suas palavras consignadas nos autos processuais pela própria voz autorizada do Tribunal Militar permitiram constatar que, no Brasil de 1964 a 1979, a tortura foi regra, e não exceção, nos interrogatórios de pessoas suspeitas de atividades contrárias aos interesses do Regime Militar.”

constituente originário, ao sobrelevar a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, tomar a providência de garantir, na maior medida possível, no corpo do texto constitucional, a proteção do cidadão contra tais odiosas práticas.

Com efeito, tamanha a preocupação do legislador constituinte com a *tortura*, mercê das recentes e indelévels marcas deixadas pela ditadora militar, que, já no terceiro inciso de seu artigo 5º, estabeleceu que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, tratando, ainda, de vedar as penas cruéis, no inciso XLVII do indigitado dispositivo.

Todavia, como bem obtemperam Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2015, n/p),

[...] ainda que inexistisse dispositivo constitucional específico vedando expressamente a tortura, tal prática implica inequivocamente a coisificação e degradação da pessoa, transformando-a em mero objeto da ação arbitrária de terceiros, sendo, portanto, incompatível com a dignidade da pessoa.

Imbuído do espírito de especial proteção da dignidade da pessoa humana, no inciso XLIII do artigo 5º, o poder constituinte originário ordenou ao legislador ordinário não apenas a *criminalização* da tortura, evidenciando o seu repúdio em relação a esse comportamento vil, como, também, determinou que as consequências jurídico-penais aos processados e condenados por esse delito fossem mais gravosas, indicando, como exemplos, a sua inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça e de anistia.

De fato,

[...] a tortura, além de crime contra a humanidade, ofende o Estado Democrático de Direito (...), mormente quando praticada por agentes públicos, essa conduta viola um dos seus conceitos básicos, qual seja, a de que ele e seus funcionários estão submetidos ao império da Lei”, ensina Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 258).

Vale dizer, “a tortura, a exemplo da escravidão, é a negação desse Estado” (Gonçalves, 2007, p. 258).

Ademais,

[...] a tortura é crime que representa tamanho desprezo à pessoa, tamanho vilipêndio à sua honra e integridade física, que quando um ser humano

Concordamos, conforme exposto, com a explicação de Marionilde Dias Brepohl de Magalhães de que a tortura foi transformada em método científico, criteriosamente planejado, com a finalidade de obter informações de atividades ou indivíduos considerados inimigos internos da nação. Por meio da tortura, expõe Brepohl, o governo militar garantiu a eliminação de muitos líderes de movimentos de resistência e de oposição, o que lhe possibilitou orientar suas ações sem necessitar estreitar vínculos de legitimação com a sociedade civil como um todo. Ela também foi realizada em conjunto, conforme visto, a uma política de vigilância e controle da sociedade, na criação de uma rede de informações e espionagem”.

é torturado, neste exato momento, rompem-se diferenças culturais, ideológicas, políticas, e a humanidade, como um todo, é violada com os suplícios afligidos à dignidade humana, pois todos, sem exceção, a possuem. (Nohara, 2009, n/p)

Malgrado a repulsa estampada pelo poder constituinte originário em relação à tortura, com a imposição da ordem de criminalização desse comportamento desprezível, por quase uma década o legislador ordinário se quedou inerte em proceder ao seu acatamento, até que “[...] em março de 1997, as arbitrariedades praticadas por policiais-militares na Favela Naval, em Diadema, Estado de São Paulo, tiveram enorme repercussão, em nível nacional e, até mesmo, internacional.” (Franco, 2010, n/p) ¹²⁻¹³.

Sucedeu, então, que “[...] sem maiores discussões, um dos projetos de lei sobre tortura que dormia, a sono solto, no Senado da República (há notícia de vários projetos de iniciativa de congressistas e de um projeto de iniciativa do Poder Executivo, datado do ano de 1990) e, com rapidíssimas votações, foi transformado na Lei 9.455, de 07.04.1997”, conforme recorda Alberto Silva Franco (2010, n/p).

Mário Coimbra (2015, n/p), ao invocar a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, afirma que:

¹² A respeito da conjuntura histórico-legislativa da Lei de Tortura, explica Alberto Silva Franco (2010, n/p): “Em março de 1997, as arbitrariedades praticadas por policiais-militares na Favela Naval, em Diadema, Estado de São Paulo, tiveram enorme repercussão, em nível nacional e, até mesmo, internacional. O que, em verdade, não era um fato isolado, mas, sim, uma postura que se repetia, com frequência, na ação de policiais, militares ou civis, e que, em medida bem alargada, era tolerada, nos diversos escalões hierárquicos das corporações a que tais policiais pertenciam, passou, subitamente, pelos meios de comunicação de massa, por razões que não ficaram ainda devidamente esclarecidas, a constituir um fato merecedor de reprovação geral. Esses meios de comunicação social que tinham ignorado, por completo, as reiteradas denúncias do emprego de métodos violentos por parte da Polícia Militar e da Polícia Civil, nas atividades de prevenção e de repressão aos delitos, e que tinham desprezado insistentes relatórios internacionais sobre a utilização de tais métodos, puseram-se em movimento e, através das emissoras de televisão e de rádio e, também da imprensa escrita, despertaram a opinião pública que se mobilizou, de modo incisivo, no sentido de pôr paradeiro aos atos de tortura, que eram executados, há muito tempo, sem nenhum tipo de reação. Essa tardia e densa manifestação da sociedade permitiu - embora não se saiba durante quanto tempo os meios de comunicação de massa serão direcionados para tal objetivo - um processo de reavaliação dos direitos fundamentais da pessoa humana e serviu de poderosa alavanca para a movimentação do Congresso Nacional. Com isso, apressou-se, sem maiores discussões, um dos projetos de lei sobre tortura que dormia, a sono solto, no Senado da República (há notícia de vários projetos de iniciativa de congressistas e de um projeto de iniciativa do Poder Executivo, datado do ano de 1990) e, com rapidíssimas votações, foi transformado na Lei 9.455, de 07.04.1997, publicada no DOU 08.04.1997.”

¹³ Em semelhante sentido: “Se a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) foi editada de afogadilho, como ressaltamos na primeira parte deste trabalho, com o afã de dar uma resposta à sociedade, vítima na época de uma onda de sequestros (extorsão mediante sequestro); se a Lei n. 8.930/94, que incluiu o homicídio qualificado e o simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio, foi fruto de mais de um milhão de assinaturas sob o impacto do brutal assassinato da atriz Daniella Perez, não é menos verdade que a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, “que define os crimes de tortura e dá outras providências”, situa-se *mutatis mutandis* dentro do mesmo contexto psicossocial: precisamos mostrar à sociedade que as apurações serão rigorosas e os culpados severamente punidos. Outra fosse a conjuntura, não teríamos uma lei de tamanha importância sancionada apenas dois dias após o episódio da favela Naval, em Diadema, quando tramitavam nas duas casas legislativas diversos projetos cuidando da matéria. Tanto esta como aquelas são fruto de uma política de “tentar tapar o sol com a peneira” sem nenhuma preocupação de enfrentar a criminalidade e a segurança com um pouco mais de seriedade. (...) Além do mais, de uns tempos para cá, o que foi editado de leis penais esparsas foi coisa de deixar qualquer penalista perdido. Mas, em *suma, habemus legem*, depois de quase dez anos da previsão constitucional do inciso XLIII do art. 5º.” (Monteiro, 2015, p.267).

[...] ao motivar os preceitos contra a prática de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo o mundo, reconheceu, expressamente, que os direitos ali reconhecidos “emanam da dignidade inerente à pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana, como objeto jurídico central do delito de tortura, apresenta, também, como bens jurídicos tutelados, “[...] a integridade física e psíquica da pessoa humana, a saúde física e mental, em suma, a vida humana. Mas sem dúvida também está protegida a liberdade psíquica e física da pessoa em sua autodeterminação.” (Monteiro, 2015, p.271)."

Ingressando na análise da compatibilidade da Lei 9.455/97 com a atual ordem jurídico-constitucional, observa-se que o diploma normativo em questão tipificou cinco condutas *comissivas* caracterizadoras da tortura, a saber, i) tortura-prova¹⁴, ii) tortura para o crime¹⁵; iii) tortura-preconceito¹⁶; iv) tortura-castigo¹⁷; e v) tortura do preso¹⁸, cominando penas de reclusão de dois a oito anos, e uma *omissiva*: a tortura por omissão, sancionadas com reclusão de um a quatro anos¹⁹.

Com salutar poder de síntese, a respeito do tema, ensina Batisti (2002, n/p):

Especificamente, a Lei 9.455/97 refere a conduta de constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça, causando sofrimento físico ou mental, e a conduta de submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Ainda caracteriza como tortura a submissão de pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. A lei ainda estabelece uma pena menor em espécie e graduação para aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, o que, diga-se, não corresponde a participação.

¹⁴ Artigo 1º, inciso I, “a”, Lei 9.455/97: “Constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁵ Artigo 1º, inciso I, “b”, Lei 9.455/97: “Constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: para provocar ação ou omissão de natureza criminoso” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁶ Artigo 1º, inciso I, “c”, Lei 9.455/97: “Constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: em razão de discriminação racial ou religiosa” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁷ Artigo 1º, inciso II, Lei 9.455/97: “Constitui crime de tortura: submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁸ Artigo 1º, §1º Lei 9.455/97: “Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁹ Artigo 1º, §2º Lei 9.455/97: “Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos” (Brasil, 1997, n/p).

No que diz respeito aos preceitos primários da Lei 9.455/97, grosso modo, pode-se dizer que logrou o legislador ordinário descrever comportamentos criminosos que atendem à ordem de penalização referente à tortura, ao outorgar proteção penal em face de quem o faz com o fim de *produzir prova*, de *provocar* uma outra *conduta criminosa*, ou em razão de *discriminação racial* ou *religiosa*, mediante violência ou grave ameaça, afligindo sofrimento físico ou mental contra a vítima, sem prejuízo de não ter se olvidado da igualmente necessária tortura por omissão em relação àqueles que negligenciaram o seu dever de evitar a sua causação ou de sua apuração.

Semelhantemente, previu a punição de quem submete outrem, sob sua guarda, poder ou autoridade com emprego de violência ou grave ameaça, a *intenso* sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar *castigo pessoal* ou medida de *caráter preventivo*, assim como sujeitar *pessoa presa* ou sujeita à *medida de segurança* a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

A única objeção que se faz em relação aos preceitos primários desse diploma legal dizem respeito ao tipo penal capitulado em seu artigo 1º, inciso I, alínea “c”: a denominada tortura-preconceito, cuja caracterização está circunscrita a razões raciais ou religiosas, o que afasta o comportamento torturador que tenha por motivação a opressão de outros grupos minoritários, como, por exemplo, por razões *homotransfóbicas* ou *xenofóbicas*, sob pena de inadvertida analogia “*in malam partem*” e desprezível interpretação extensiva de tipo penal incriminador, relegando a subsunção típica aos delitos menos protetivos da legislação penal ordinária.

Neste particular, claramente, percebe-se uma omissão inconstitucional em relação à falta de descrição de outros grupos vulneráveis minoritários, igualmente suscetíveis à tortura, além daqueles expressamente previstos, os quais estão desprovidos da proteção jurídico-penal aqui assegurada em razão da *raça* ou em virtude da *religião*, motivo por que é pertinente a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de que declare a mora do Congresso Nacional neste ponto.

Novamente, convém repisar, contudo, que o objeto dessa ação não pode ser excessivamente amplo, a ponto de reivindicar a inclusão de todo e qualquer grupo vulnerável atualmente identificados – e os que acaso venham a existir futuramente –, o que afrontaria o princípio da taxatividade penal, corolário do princípio da legalidade, e flertaria com a analogia incriminadora e a interpretação extensiva na subsunção de tipo penal incriminador. Ao contrário, o legitimado ativo deverá indicar, expressamente, cada grupo minoritário sujeito à opressão social que permita o seu enquadramento jurídico como vítima de tortura.

Acerca do sujeito ativo do crime de tortura, embora “[...] o art. I, 1, da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Res. 39/46 da Assembleia Geral da ONU, 10.12.1984), ao conceituar tortura, vincula-se a ‘um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial’”. (Sarlet; Weingartner Neto, 2015, n/p), curiosamente, à exceção da figura da tortura-castigo, cujo autor deve ter a guarda, o poder ou a autoridade sobre a vítima, todos os demais tipos penais dessa lei são crimes *comuns*, vale dizer, podem ser praticados por quaisquer pessoais.

Em que pese exista entendimento em sentido contrário²⁰, o alargamento dos sujeitos ativos do crime de tortura para além dos servidores públicos:

[...] não torna a opção da Lei 9.455/1997 inconstitucional”, como defendem Ingo Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2015, n/p) seja porque “a vinculação do legislador decorrente do específico dispositivo constitucional diz com a obrigação de construir fundamentos mínimos (e não de observar limites máximos) de tutela penal”, ou porquanto “o espaço de configuração legislativa inclusive nessa seara, o que, de resto, guarda sinergia com a própria normativa internacional citada.²¹

Por outro lado, de todo conveniente, doravante, aferir se os preceitos secundários dos tipos penais incriminadores da Lei 9.455/97 alcançaram a missão constitucional de reprimir, suficientemente, os comportamentos legalmente definidos como tortura.

Antes, porém, abre-se um parêntese: digno de menção que a legislação à baila ordenou, em seu artigo 1º, §7º, que, em caso de condenação, todos os torturadores iniciarão o cumprimento da pena em regime *inicial fechado*²², à exceção da tortura por omissão, tipificada no §2º, do indigitado dispositivo.

Uma importante observação se faz necessária: em 1.997, quando da publicação da Lei de Tortura, a Lei de Crimes Hediondos previa regime *integral* fechado, ao passo em que aquela inovou ao permitir o regime *inicial* fechado, o que conduziria à conclusão de que, nada obstante a equiparação da hediondez em relação à tortura, os condenados por este crime poderiam obter a progressão de regime.

²⁰ Nesse sentido, Franco (2010, n/p): o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade, tal como ocorreria se o legislador ordinário entendesse que o delito de racismo comportaria a pena detentiva ou de multa ou que a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático constituiria fato criminoso prescricional ou, ainda, que os delitos hediondos e outros a eles assemelhados seriam suscetíveis de graça ou anistia”.

²¹ Com maior aprofundamento, argumentam Ingo Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2015, n/p): “Já nesse plano é preciso sublinhar que o legislador infraconstitucional brasileiro levou a efeito opção que não se revela imune a alguma polêmica. É que o legislador infraconstitucional desbordou daquilo que se poderia designar de leito natural, ou seja, do direito internacional, que conceitua a tortura como crime próprio, *a priori* restrito a um especial sujeito ativo, agente dotado de autoridade pública, de tal sorte que se chegou a cogitar da inconstitucionalidade da formulação legal doméstica, por configurar eventual excesso inconstitucional. Com efeito, o art. I, 1, da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Res. 39/46 da Assembleia Geral da ONU, 10.12.1984), ao conceituar “tortura”, vincula-se a “um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial”. Mas, tanto, não torna a opção da Lei 9.455/1997 inconstitucional, mesmo adotada a atual posição do STF que confere hierarquia supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos devidamente internalizados. Primeiro, porque a “vinculação do legislador decorrente do específico dispositivo constitucional diz com a obrigação de construir fundamentos mínimos (e não de observar limites máximos) de tutela penal”. Clássico, no Estado democrático de direito, o espaço de configuração legislativa inclusive nessa seara, o que, de resto, guarda sinergia com a própria normativa internacional citada. Com efeito, lido na integralidade, o citado art. I da Convenção, no seu item 2, logo ressalva: “O presente artigo não prejudica a aplicação de qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa vir a conter disposições de alcance mais amplo”.

²² Art. 1º, §7º, Lei 9.455/97: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

A propósito do tema, leciona Batisti (2002, n/p):

A Lei 8.072/90 estabeleceu o regime integralmente fechado para os crimes lá mencionados. (...). A Lei 9.455/97, contudo, alterou o tratamento quanto ao cumprimento de pena. Ou seja: determinou, tão somente, o regime fechado para início de cumprimento de pena, permitindo, assim, a progressão (restou desobrigado desse regime fechado inicial, ainda, o autor da omissão). A Lei 8.072/90 determinava o cumprimento de pena integralmente em regime fechado não só para os hediondos, como também para os crimes de tortura (e de tráfico ilícito e de terrorismo). Algum problema decorre disto? Não. A regra constitucional silenciava a respeito do regime. Sinalizou somente um tratamento mais rigoroso. A Lei 8.072/90 avançou no rigorismo, ao determinar regime integralmente fechado. A Lei 9.455/97 alterou a Lei 8.072/90, para determinar, tão somente, o início de cumprimento em regime fechado, decorrendo disto que é possível para os crimes de tortura a progressão.

Diante dessa previsão legislativa, em cotejo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à inconstitucionalidade da imposição do regime inicial fechado para os crimes hediondos e para o tráfico de drogas, uma indagação, naturalmente, sobressai: teria a Corte, em relação à tortura, entendimento diverso?

A resposta, como já era de se esperar, é negativa, com o afastamento da imposição *ex lege* do regime inicial fechado, conforme decidido pelo Pretório Excelso no HC nº 113.739²³ e no RHC nº 116.667²⁴, o que determina ao julgador a imposição do regime cabível de

²³ *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.464/2007). ORDEM CONCEDIDA. I – Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade de concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal. II – O Plenário desta Corte, no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (redação dada pela Lei 11.464/2007), que determinava o cumprimento de pena dos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo no regime inicial fechado. III – Ordem concedida para que o juízo das execuções avalie se o paciente reúne os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como para que fixe o regime de cumprimento da pena de forma fundamentada, afastando a regra do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/1990. (HC 113739, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012) (Supremo Tribunal Federal, 2012g, n/p).

²⁴ “RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/3). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990 (REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Não prospera a alegação de ausência de fundamentação idônea na exasperação da pena-base, que foi aumentada em 6 (seis) meses (num intervalo de 10 anos) com supedâneo na quantidade de droga apreendida, fator que deve preponderar na fixação da reprimenda. II – A sentença condenatória fez incidir a causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 e estabeleceu a redução na fração 1/3, com a seguinte justificativa: “há indícios do concurso eventual de agentes, porque: a) a droga estava acoplada em local de

acordo com os parâmetros legais fixados pelo artigo 33, §2º, do Código Penal, inclusive o *semiaberto* e o *aberto*.

A despeito de a Corte Suprema ser constitucionalmente reconhecida como a guardiã da Constituição, mais uma vez, discorda-se dessa interpretação constitucional, que eleva o direito fundamental à individualização da pena ao patamar de garantia absoluta, ignorando, por um lado, a fase *legislativa* desse princípio, que ordena ao legislador a quantificação proporcional de penas e faculta a forma como tais reprimendas serão cumpridas, e, por outro, a ordem específica do poder constituinte originário em reprovar de forma mais intensa esse comportamento atroz.

Assim, sugere-se a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com o desiderato de que o Supremo Tribunal Federal pronunciasse a constitucionalidade do artigo 1º, §7º, da Lei 9.455/97, quanto à imposição de regime inicial fechado, visto que consonante com o mandado de criminalização apregoado no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1.988, e com o princípio da proporcionalidade, em seu viés “proibição da proteção insuficiente”, com efeitos “*erga omnes*” e eficácia vinculante, nada obstante com irrisórias possibilidades de provimento, notadamente porque, há, pelo menos uma década, a jurisprudência da Corte está firmada em sentido contrário.

Fechado o parêntese relacionado à previsão legal de regime inicial fechado para início do cumprimento de pena, retoma-se, agora, a análise sobre a constitucionalidade das sanções penais abstratamente cominadas nesse diploma legal, à luz do princípio da proibição da proteção deficiente e da ordem de criminalização outorgada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Validamente, a Lei 9.455/97, em seus artigos 1º, incisos I (alíneas “a”, “b” e “c”) e II, e parágrafo 1º, estabelecem a pena de reclusão de dois a oito anos, situação em que seria cabível, ao menos em tese, o acordo de não persecução penal, ao passo em que a figura omissiva, capitulada em seu artigo 1º, §2º, por sua vez, impõe a pena de reclusão de um a quatro anos, o que permitiria, além do ANPP, a suspensão condicional do processo, o que evidencia desproporcionalidade frente ao indigitado mandado de penalização, um verdadeiro acinte ao postulado da proteção insuficiente em relação ao bem jurídico aqui tutelado.

difícil visibilidade (pneus); b) o réu declarou ter sido contratado para o transporte do veículo; c) o automóvel utilizado para o transporte ilícito de entorpecentes pertence a terceira pessoa”. III – O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução de pena prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto. IV – A reprimenda fixada definitivamente - 4 (quatro) anos, 3 (três meses) e 10 (dez) dias de reclusão, num intervalo que varia de 5 a 15 anos – não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem. E não se pode utilizar “o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia). V – Mantida a reprimenda no patamar superior a 4 (quatro) anos, fica superado o pedido de conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. VI – O Plenário desta Corte, no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (redação dada pela Lei 11.464/2007), que determinava o cumprimento de pena dos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo no regime inicial fechado. VII – Recurso ordinário provido em parte, para determinar-se ao magistrado da execução que fixe motivadamente o regime inicial de cumprimento da pena, afastando a regra do §1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, declarado inconstitucional pelo Plenário desta Corte”. (RHC 116667, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013) (Supremo Tribunal Federal, 2013, n/p).

Com efeito, mesmo que fossem afastados tais benefícios despenalizadores, em caso de condenação, dificilmente a pena imposta superaria o patamar de quatro anos, o que permitiria, se primário o agente, ao arrepio da lei, mas em perfeita consonância com a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, a fixação do mais benevolente regime de cumprimento de pena existente no direito penal brasileiro, a saber, o *aberto*.

Aliás, neste caso, a vedação da substituição por penas restritivas de direito, mercê da violência ou grave ameaça inerentes à conduta, com a simples fixação do regime aberto é ainda pior, eis que, dada a ausência de casas do albergado Brasil afora, presentearia o torturador com a prisão albergue domiciliar, cuja fiscalização do cumprimento, como não se olvida, é sabidamente ineficaz, ao passo em que eventuais penas alternativas, ao menos, imporiam ao reeducando alguma atividade com viés pedagógico, a exemplo da prestação de serviços à comunidade.

Como se não bastasse, mesmo que imposta a pena máxima, ou seja, oito anos de reclusão – o que se revela raríssimo no cotidiano forense – ainda assim, em tese, seria imposto ao torturador o regime semiaberto para início de cumprimento de sua pena, afinal, somente se impõe o regime fechado em condenações superiores a esse patamar.

Por isso, em relação aos preceitos secundários dos tipos penais comissivos, demonstrar-se-ia razoável o estabelecimento de penas mínimas de cinco anos de reclusão, que obstariam a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, e, em caso de condenação, inviabilizariam a imposição de regime, com reprimendas máximas de nove anos de reclusão, o que autorizaria, nos casos mais censuráveis, a fixação de regime fechado, em caso de penas próximas às máximas.

Portanto, nessa perspectiva, a ordem de penalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, em relação aos preceitos secundários dos tipos penais da Lei nº 9.455/97, não foi adequadamente cumprida, porquanto cominadas penas privativas de liberdade com limites mínimos e máximos *aquém* do patamar razoável, permitindo o agraciamento dos agentes que praticarem essa infração penal, em tese, com o acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processo (este, apenas em sua figura omissiva), bem como a imposição de regime *aberto* ou *semiaberto*, na eventualidade de condenação, em violação, ainda, ao princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição da proteção insuficiente.

Assim, recomendável a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) em relação às penas dos artigos Lei 9.455/97, em seus artigos 1º, incisos I (alíneas “a”, “b” e “c”) e II, e parágrafo 1º (reclusão de dois a oito anos) e do artigo 1º, §2º (reclusão de um a quatro anos), com o propósito de declarar a inconstitucionalidade, *sem a pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador*, dessas sanções penais, levando-se em consideração o princípio da vedação da proteção deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade, ou, pelo menos, para que se pronuncie, em relação àqueles preceitos secundários, a *inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto*, para que, malgrado mantido incólume o texto legal, declare-se a inconstitucionalidade da interpretação que possibilidade agraciar o autor do fato com os benefícios despenalizadores da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, assim como a imposição de regime aberto e semiaberto, dissonantes em cotejo com o mandato de penalização insculpido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.

Considerações finais

Os mandamentos de criminalização, essas ordens potestativas e vinculantes, emanadas do poder constituinte, exercem um papel crucial na formatação da legislação criminal brasileira, estabelecendo diretrizes claras ao legislador ordinário para tipificar comportamentos reprováveis como crimes, protegendo, assim, bens e interesses fundamentais de forma integral e adequada. Nesse novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, como imperativos de tutela, destaca-se a ênfase na proteção da vítima e na punição de autores de graves atentados aos direitos fundamentais e humanos.

O fenômeno da constitucionalização do direito penal, impulsionada pelo neoconstitucionalismo, estabeleceu um novo paradigma no qual a política criminal não pode ser exercida de forma discricionária, mas deve respeitar os valores constitucionais. O controle de constitucionalidade das leis penais, antes centrado apenas na legalidade formal, passou a demandar uma conformidade com o princípio da proporcionalidade, vetor axiológico crucial para se aferir a constitucionalidade das leis penais e processuais penais, desempenhando um papel relevante no equilíbrio entre a intervenção estatal e a salvaguarda dos direitos individuais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de certa escassez e excessiva deferência ao legislador ordinário, mostra exemplos discretos de aplicação do princípio da proporcionalidade, a exemplo do reconhecimento da inconstitucionalidade da pena sobremodo severa para determinados delitos, como, ilustrativamente, fez ao julgar inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, do Código Penal, ao considerar que afronta a vedação da hipertrofia punitiva, no Recurso Extraordinário 979.962/RS, ressaltando a proeminência desse postulado como baluarte da preservação do equilíbrio entre a norma penal incriminadora e os direitos individuais de seus cidadãos.

Entretanto, é evidente que há margem para aprimoramento na atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis penais. A proposta de intensificação desse controle, conforme sugerida, pode ser crucial para assegurar uma conformidade mais estrita das normas penais com os princípios constitucionais, garantindo que a restrição de direitos fundamentais seja sempre proporcional e necessária, erigindo o princípio da proporcionalidade como vetor axiológico orientador da legislação penal brasileira.

Ao se realizar o cotejo da compatibilidade material entre as sanções penais instituídas nos preceitos secundários na Lei 9.455/97, em confronto com o princípio da proibição da proteção deficiente e a ordem de criminalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, verifica-se, inicialmente, uma omissão inconstitucional no preceito primário do tipo penal capitulado em seu artigo 1º, inciso I, alínea “c”, denominado tortura-preconceito, cuja caracterização está circunscrita a razões raciais ou religiosas, inviabilizando a criminalização por razões homotransfóbicas ou xenofóbicas, recomendando-se, neste particular, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de que declare a mora do Congresso Nacional neste ponto.

Nada obstante, outra clara e manifesta inconstitucionalidade, agora, por ação, depreende-se do texto da Lei 9.455/97: a manifesta desproporcionalidade nas penas cominadas, a saber, reclusão de dois a oito anos, que permite, exemplificativamente, a aplicação de benefícios despenalizadores, a exemplo do acordo de não persecução penal e da suspensão condicional do processo, assim como a imposição de regimes de cumprimento de pena mais brandos, como o *aberto* ou o *semiaberto*, comprometendo a eficácia do

mandado de penalização em questão e contrariando o espírito de tratamento penal mais recrudescido da tortura pelo poder constituinte originário.

Diante dessas considerações, sugere-se a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em relação às penas dos artigos Lei 9.455/97, em seus artigos 1º, incisos I (alíneas “a”, “b” e “c”) e II, e parágrafo 1º (reclusão de dois a oito anos) e do artigo 1º, §2º (reclusão de um a quatro anos), com o propósito de declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador, dessas sanções penais, levando-se em consideração o princípio da vedação da proteção deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade, ou, pelo menos, para que se pronuncie, em relação àqueles preceitos secundários, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para que, malgrado mantido incólume o texto legal, declare-se a inconstitucionalidade da interpretação que possibilidade agraciar o autor do fato com os benefícios despenalizadores da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, assim como a imposição de regime aberto e semiaberto, dissonantes em cotejo com o mandado de penalização insculpido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.

Lado outro, no tocante à insegurança jurídica quanto à imposição do regime inicial fechado nas condenações por tortura, recomenda-se a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com o desiderato de que o Supremo Tribunal Federal pronuncie a *constitucionalidade* do artigo 1º, §7º, da Lei 9.455/97, visto que consonante com o mandado de criminalização apregoado no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1.988, e com o princípio da proporcionalidade, em seu viés de proibição da proteção insuficiente, com efeitos “*erga omnes*” e eficácia vinculante.

Assim, com a procedência as três ações de controle concentrado de constitucionalidade sugeridas, o Supremo Tribunal Federal, como o guardião da Constituição da República, atenderá, fidedignamente, ao espírito do poder constituinte originário de estabelecer um tratamento jurídico-penal mais rigoroso aos condenados pelo desprezível delito de tortura, mercê do efeito dissuasório da prevenção geral negativa da pena, prestigiando, assim, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de natureza absoluta à *não tortura*.

Referências

- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 4 abr. 2022.
- BATISTI, Leonir. *Crimes hediondos e similares – constitucionalidade e compatibilidade de tratamento diverso*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 799, p. 448-460, maio 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 85, p. 267-296, jul.-ago. 2010. p. 467 – 494. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 1).
- CANARIS, C. W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

COIMBRA, Mário. *A tortura como crime internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, §4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 107-119.

DOTTI, René Ariel. *Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1125 – 1140. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, v. 6).

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Tortura: breves anotações sobre a Lei 9.455/97*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 327 – 349. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 7).

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; COSTA LYRA, José Francisco Dias da. 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, v. 182, p. 69-103, 2021.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados de Criminalização e proteção dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LUIZI, Luiz. *Direito penal e revisão constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 729, p. 369, jul. 1996.

_____. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170. Acesso em: 27 ago. 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 67, p. 125 – 161, abr./jun. 2009.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. *Mandados de Criminalização Decorrentes de Tratados de Direitos Humanos*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5672/1/Jaceguara%20Dantas%20da%20Silva%20Passos.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

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, v. 62, p. 9-55, set./out. 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 763, p. 415 – 431, maio, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

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

_____. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. São Paulo: JOTA – Opinião e Análise, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil-10092021>. Acesso em: 26 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 104.410/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 06 de março de 2012. 2012e. Brasília, DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630023>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Habeas Corpus 113.739/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 16 de outubro de 2012. 2012g. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur218069/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Recurso em Habeas Corpus nº 116.667*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 20 de agosto de 2013. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur240634/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Recurso Extraordinário 979.962/RS*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 24 de março de 2021. 2021b. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448439/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Mandados implícitos de criminalização: da relação entre constituição e direito penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial*. Ciências Penais, São Paulo, v. 15, p. 419 – 450, jul./dez. 2011.