

## Prefácio

### A CONSTITUCIONALIZAÇÃO TARDIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

*Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>*

#### I. O AUTOR E O TEMA QUE ESCOLHEU

O Direito é feito de conhecimentos que vão se acumulando ao longo do tempo, sendo reproduzidos e refinados por autores de gerações diversas. Vez por outra, surge um jurista diferenciado, capaz de lançar um olhar criativo e inovador sobre ideias que já iam se cristalizando. ADEMAR BORGES DE SOUZA FILHO é um caso emblemático do que acabo de dizer. Num texto primorosamente escrito, bem pensado e documentado à exaustão, novas luzes e concepções vêm tirar o direito penal brasileiro de um discurso que o tem mantido no mesmo lugar há muito tempo: cruel, ineficiente e incapaz de fornecer os incentivos certos para a sociedade. O sistema combina o pior de dois mundos: arbitrariedade e impunidade.

Ademar foi meu aluno no Programa de Pós-Graduação em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, onde cursou o doutorado. Numa turma de nível invulgar, destacou-se desde o primeiro momento por sua inteligência aguda, raciocínio articulado e pensamento crítico. Seu projeto original de tese versava as relações entre decisões de tribunais internacionais de direitos humanos e o direito interno. O tema era, de fato, de grande relevância. Tive alguma responsabilidade, no entanto, em desviar as preocupações de Ademar para o direito penal, uma área na qual muitos temas estavam à espera de um autor.

Compartilhei com ele, à época, as reflexões que havia feito na conferência de encerramento da Conferência Nacional da OAB, em 2011, que sintetizo aqui<sup>2</sup>. O sistema punitivo brasileiro está desarrumado filosófica, normativa e administrativamente, precisando de um exercício de pensamento criativo e energia construtiva. Ele não realiza adequadamente nenhuma das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa nem prevê retribuição na medida certa. A sociedade tem a sensação difusa de impunidade, mas as estatísticas de encarceramento são elevadíssimas. Temos uma justiça tipicamente de classe:

---

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

<sup>2</sup> <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI145656,91041-Luis+Roberto+Barroso+encerra+Conferencia+da+OAB+com+10+propostas+para>

mansa com os ricos e dura com os pobres. Leniente com o colarinho branco e severa com os crimes de bagatela. Meninos da periferia com quantidades relativamente pequenas de drogas são os alvos preferenciais do sistema. Ou seja: havia uma imensa demanda por uma releitura do direito penal à luz da Constituição. O processo de constitucionalização do direito que já havia chegado ao direito civil, ao direito administrativo e a outros ramos do direito precisava chegar ao direito penal.

Ademar aceitou o desafio, mudou o tema de sua tese e produziu um trabalho excepcional. Por evidente, embora eu tenha sido o orientador, na companhia honrosa do Professor Daniel Sarmiento, trata-se da tese dele, e não da minha. Vale dizer: nem tudo o que está aqui lançado corresponde às minhas próprias ideias. Ademar vem de importante experiência na advocacia criminal e conservou esse ponto de observação ao longo da maior parte do trabalho. Era inevitável que fosse assim, apesar de meu esforço em demonstrar que parte das arbitrariedades que se praticam – como o excesso de prisões provisórias, por exemplo – era o subproduto de um processo que não funcionava e não chegava ao fim em tempo minimamente razoável. Ou seja: um processo mais célere e eficaz seria o melhor antídoto contra algumas distorções. Entendo as angústias do autor. E conheço as minhas: desde que virei (também) juiz criminal por uma falha dramática de desenho institucional do Supremo Tribunal Federal (STF), tive de passar a olhar a vida de diferentes pontos. O da defesa, o da acusação e o da sociedade. Um juiz criminal precisa proteger, simultaneamente, os direitos fundamentais do acusado e a esfera jurídica da próxima vítima, seja a vida de alguém, sua integridade física ou a honestidade no trato com o dinheiro público.

A justiça criminal não funciona apenas como escudo, mas também como espada dos direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade não proíbe somente excessos punitivos, mas também a proteção deficiente. É papel da jurisdição constitucional garantir a tutela efetiva dos direitos fundamentais, entre os quais se incluem os direitos de natureza difusa, aí incluído o direito de ser governado com honestidade. Para ser efetiva, essa tutela não pode se resumir a uma declaração de princípios, mas tem de ser concretizada no mundo real, na transformação de práticas arraigadas há muito tempo no Brasil e que se disseminaram, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Como juiz constitucional, não posso fechar os olhos a essa realidade e deixar de contribuir, dentro dos limites da Constituição e das leis, para o seu combate. Foi o que procurei fazer, por exemplo, ao interpretar restritivamente a competência penal por prerrogativa de foro, ao votar pela

execução da pena após a condenação em segunda instância e ao propor limites para o abuso da competência presidencial na concessão de indulto.

Não se muda um país com direito penal, e sim com educação de qualidade, distribuição justa de riqueza, poder e bem-estar social, bem como com debate público democrático e de qualidade. Mas no atual estágio civilizatório da humanidade, o direito penal tem o papel importante de desincentivar condutas desviantes. E a jurisdição constitucional, ao interpretá-lo à luz da Constituição, não pode deixar de ter em conta que a efetividade mínima do sistema punitivo é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais de todos. É na calibragem desse papel que Ademar e eu podemos ter uma ou outra divergência. Quanto ao mais, estamos alinhados. E, de todo modo, eventuais diferenças de pontos de vista não me impedem de reconhecer neste trabalho um dos melhores textos já escritos sobre o direito penal contemporâneo.

## II. O LIVRO

Este livro corresponde à versão atualizada e reduzida da tese que deu ao autor o merecido título de doutor em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com distinção e louvor. Como assinalado, o trabalho procura explorar as potencialidades da constitucionalização do direito penal a partir da jurisdição constitucional, em particular da atuação do STF.

O autor reconhece, logo ao início, que o direito penal brasileiro precisa passar por uma reforma estrutural profunda. O quadro é dramático: a população carcerária cresce exponencialmente, com elevadíssimo custo social e sem produzir impactos relevantes na redução dos escandalosos índices de violência. Cerca de 40% das pessoas que ocupam as prisões ainda não foram definitivamente julgadas. As prisões são, em geral, locais que não garantem condições mínimas de dignidade. Uma vez inseridos no sistema penitenciário, os condenados são cooptados por facções criminosas; se isso não ocorrer, ficam estigmatizados e encontram grande dificuldade em retomar sua vida pessoal e profissional.

A renovação da política criminal brasileira exige um esforço de racionalização das práticas punitivas, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, cabe também ao Poder Judiciário a tarefa de tornar realidade o ideal civilizatório de um direito penal

subsidiário (dedicado às práticas violadoras dos direitos mais importantes e dos valores mais essenciais da sociedade), moderado (sem exageros punitivos ou messianismo populista), republicano (igualitário e avesso à política criminal do compadrio) e eficiente (rápido, sério e previsível). O livro defende a necessidade de romper com a inércia que tem impedido a magistratura brasileira de avançar mais intensamente na realização de mudanças estruturais no sistema de justiça criminal brasileiro.

Nos capítulos iniciais, o autor apresenta suas premissas teóricas para a interação entre Constituição e direito penal. Mostra, então, como a dogmática penal tentou, em várias partes do mundo, estabelecer a relação entre o direito penal e o direito constitucional por meio da categoria do bem jurídico penal. Apesar da elevada sofisticação dessas teorias acerca do bem jurídico, os Tribunais Constitucionais, prudentemente, não embarcaram na proposta de declarar a inconstitucionalidade dos tipos penais voltados a proteger bens jurídicos não identificados, por exemplo, com direitos fundamentais. Nesse ponto, a proposta apresentada neste livro, de substituir a fórmula tradicionalmente defendida pela dogmática penal pela aplicação do princípio da proporcionalidade, como critério de aferição da legitimidade das leis penais, parece mais promissora. Esse tem sido o caminho que Tribunais Constitucionais na Europa e na América latina têm trilhado nos últimos anos.

Na sequência, Ademar faz uma leitura retrospectiva dos avanços do STF no controle de leis penais, demonstrando que a maior parte das decisões relevantes – seis delas invalidando leis que restringiram desproporcionalmente o princípio da individualização da pena – resultou do julgamento de ordens de *habeas corpus* pelo Plenário. Na visão do autor, com a qual estou de pleno acordo, isso é um sinal de que o *habeas corpus* pode ter maior funcionalidade quando voltado à proteção direta de direitos fundamentais, e não como instrumento ordinário de correção de falhas na aplicação da lei infraconstitucional. Para ele, as decisões proferidas pelo Plenário, dotadas de eficácia expansiva, poderiam contribuir de forma mais efetiva para a constitucionalização do direito penal no Brasil do que as milhares de decisões proferidas em *habeas corpus* individuais discutindo temas infraconstitucionais desprovidos de transcendência e de relevância social e jurídica.

O livro apresenta, ainda, uma consistente proposta sobre o papel que o STF deve desempenhar no controle de constitucionalidade das leis penais. Sob o aspecto do controle material de constitucionalidade das leis penais, o autor defende a aplicação rigorosa e

metodologicamente controlada do princípio da proporcionalidade, permitindo à jurisdição constitucional analisar empiricamente os resultados produzidos pela norma penal.

Já no tocante ao aperfeiçoamento do controle formal de constitucionalidade, o autor se vale do princípio da deliberação suficiente – construído na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e aplicado, com adaptações, por outros Tribunais Constitucionais – para defender que a produção legislativa no campo penal deve ser acompanhada de estudos de impacto e de razões públicas. O conhecimento empírico, tão menosprezado no Brasil, é particularmente valioso para o direito penal, que produz consequências diretas e relevantes na vida das pessoas. Com apoio na ideia de devido processo de elaboração normativa desenvolvida pela Professora Ana Paula de Barcellos, o livro aposta na possibilidade de intensificação do controle formal de constitucionalidade das leis penais, com base na premissa de que também o legislador deve ser obrigado a oferecer informações sobre a realidade na qual pretende intervir e razões públicas que justifiquem a sua intervenção.

Pessoalmente sou convencido de que um direito penal moderado, sério e igualitário contribui, decisivamente, para a redução do encarceramento, por desempenhar o grande papel que cabe ao direito penal: funcionar como prevenção geral, dissuadindo as pessoas de delinquirem diante da probabilidade da punição.

### III. CONCLUSÃO

A vida acadêmica, à qual me dedico há quase quatro décadas, trouxe-me alegrias diversas. Alunos queridos e bem-sucedidos, livros, palestras, amigos pelo mundo e um certo senso de realização pessoal. Poucas sensações são mais gratificantes, porém, do que a de poder acompanhar o surgimento, a evolução e o despontar de um grande talento, de uma estrela de brilho intenso. Alguém olhando de longe, como já ouvi mais de uma vez, pode por vezes supor que as pessoas têm sorte e por acaso estão no lugar certo na hora certa. Na verdade, não é assim. O lugar a gente cria e a hora a gente faz. Não existe acaso. Sou testemunha da dedicação, seriedade e absoluta integridade com que Ademar Borges desenvolveu sua carreira acadêmica, até chegar à produção deste trabalho notável, que reformulará as bases da discussão do direito penal brasileiro. Para quem é do ramo, a vida estará dividida em antes e depois da leitura.

