

ADEMAR BORGES DE SOUSA FILHO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAIS NO BRASIL

Prefácio

Luís Roberto Barroso

Apresentação

Daniel Sarmento

Área específica

Direito Constitucional

Áreas afins

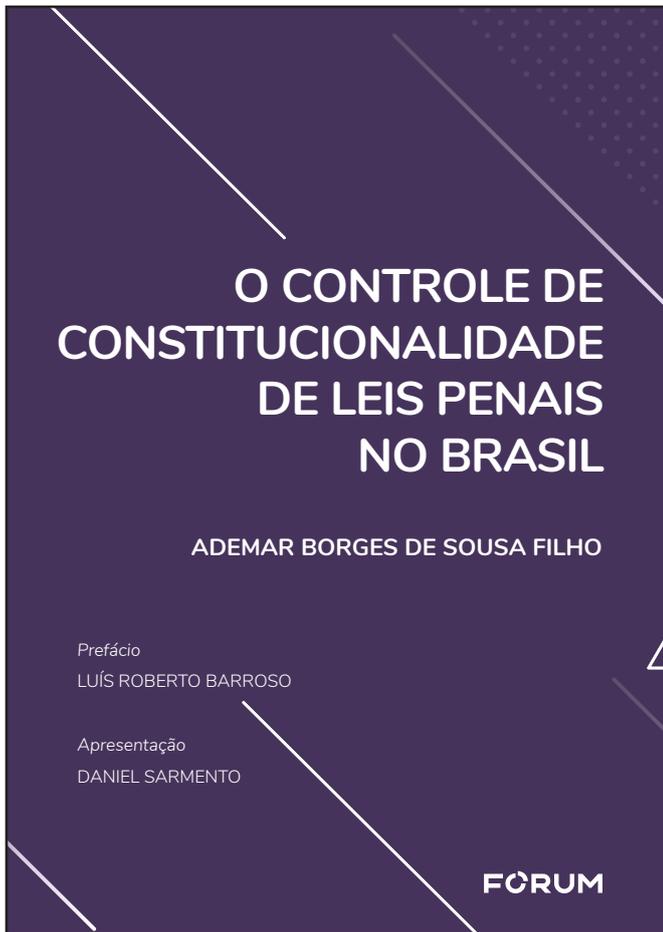
Direito Penal, Processo penal e Criminologia

Público-alvo/consumidores

O público-alvo é composto por alunos de graduação e pós-graduação em Direito, além de profissionais que atuam no campo penal.

FORMATO: 17,0 X 24,0 cm

CÓDIGO: 10001610



O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAIS NO BRASIL

ADEMAR BORGES DE SOUSA FILHO

Prefácio

LUÍS ROBERTO BARROSO

Apresentação

DANIEL SARMENTO

FORUM

O livro explora as potencialidades de constitucionalização do direito penal a partir da jurisdição constitucional, em particular da atuação do STF. Além de fornecer uma base teórica para discutir a relação entre a Constituição e o direito penal, a obra apresenta uma proposta organizada de reformulação do controle de constitucionalidade material (com base no princípio da proporcionalidade) e formal (com base no princípio da deliberação suficiente) das leis penais no Brasil. O livro discute ainda o tema das técnicas decisórias no controle de constitucionalidade de leis penais e o papel do STF em relação ao problema da omissão legislativa inconstitucional no campo criminal. Por fim, o livro formula uma proposta abrangente de constitucionalização da pena de prisão no Brasil, a partir da interação entre os recentes avanços da jurisprudência do STF e as inovações encontradas no direito comparado.

S725c Sousa Filho, Ademar Borges de

O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão / Ademar Borges de Sousa Filho.– Belo Horizonte : Fórum, 2019.

538p.; 17cm x 24cm
ISBN: 978-85-450-0679-4

1. Direito Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
I. Título.

CDD 341.2
CDU 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 538p. ISBN 978-85-450-0679-4.

Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em Direito Constitucional pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Professor de Direito Constitucional do IDP. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO TARDIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

LUÍS ROBERTO BARROSO	13
I O autor e o tema que escolheu	13
II O livro	15
III Conclusão	16

APRESENTAÇÃO

DANIEL SARMENTO	17
------------------------------	----

INTRODUÇÃO

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL E O LUGAR DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL

1 Superando o senso comum: os falsos dilemas e obstáculos à constitucionalização do direito penal no Brasil	22
2 Entre o realismo e a utopia: caminhos para a reforma do sistema de justiça criminal	29
3 A política criminal e a magistratura: a jurisdição constitucional como catalizadora da constitucionalização do sistema de justiça criminal	33

Capítulo 1

UM DIAGNÓSTICO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

(O DIREITO PENAL COMO ELE É)	45
1.1 Atividade policial no Brasil: a porta de entrada do sistema de justiça criminal	47
1.2 A Justiça criminal brasileira: a preferência pela pena de prisão	51
1.3 A execução penal no Brasil: as prisões como ilhas afastadas do estado constitucional de direito	59
1.4 Um balanço do sistema de justiça criminal brasileiro	71

Capítulo 2

CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

2.1 O constitucionalismo e a juridificação da política	79
2.2 Limites constitucionais do direito penal: a cultura do constitucionalismo no campo penal	82
2.3 O Direito penal na Constituição de 1988: pluralismo constitucional no campo penal (avanços e retrocessos no processo constituinte)	91
2.3.1 A legislação penal e os antecedentes da Assembleia Nacional Constituinte: os avanços da reforma do Código Penal de 1984 e da Lei de Execução Penal	94
2.3.2 As desventuras da Assembleia Nacional Constituinte no campo penal: o protagonismo do direito penal e da pena de prisão na Constituição de 1988	97
2.4 A Constituição-limite e a Constituição-fundamento do direito penal: constitucionalismo e democracia no campo penal	101
2.4.1 O desenvolvimento das ideias de Constituição-limite e a Constituição-fundamento na dogmática penal: o debate sobre a conceituação e a função da categoria do bem jurídico	103
2.4.2 Constituição-limite e Constituição-fundamento a partir da ótica do direito constitucional contemporâneo: da predefinição apriorística dos bens jurídicos passíveis de tutela pelo direito penal ao controle da proporcionalidade das normas incriminadoras	112

Capítulo 3

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL

3.1 A legitimidade democrática da jurisdição constitucional: a garantia de direitos materialmente fundamentais no constitucionalismo democrático	127
3.2 A jurisdição constitucional frente ao legislador penal: entre a autocontenção e a proatividade	135
3.3 Os modelos-base de jurisdição constitucional frente ao legislador penal: da tese estrita da autocontenção ao controle judicial da proteção insuficiente	144

3.4	As deficiências do controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil.....	162
-----	--	-----

Capítulo 4

AVANÇOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM MATÉRIA PENAL: CONTROLE DOS EXCESSOS PUNITIVOS SOB A ÓTICA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA..... 173

4.	A trajetória da jurisprudência do STF no controle das restrições legislativas ao princípio da individualização da pena	181
4.1.1	Imposição de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos.....	183
4.1.2	Possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito aos condenados por tráfico de drogas	190
4.1.3	Imposição de cumprimento da pena em regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos	196
4.1.4	Opção legal de imputar a qualidade de hediondo ao crime de tráfico privilegiado	200
4.1.5	Vedação legal à concessão de suspensão condicional da pena aos crimes submetidos à competência de justiça militar.....	206
4.1.6	Vedação legal à liberdade provisória: a progressiva rejeição às prisões preventivas obrigatórias.....	210
4.1.7	Balanco parcial da jurisprudência do STF: os diferentes graus de deferência ao legislador a partir da revisão do conteúdo normativo do princípio da individualização da pena.....	215
4.2	Uma síntese da jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade de leis penais: as alterações do grau de deferência ao legislador e o papel do princípio da individualização da pena.....	216
4.3	Releitura crítica da jurisprudência do STF: a individualização da pena como função garantidora dos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.....	224

Capítulo 5

UMA VISÃO GRADUALISTA DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE..... 239

5.1	Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais a partir de uma presunção graduada de constitucionalidade dessas leis	242
5.2	A presunção graduada de constitucionalidade de leis penais no Brasil.....	254
5.3	A defesa de um controle material intensivo das leis penais no Brasil	263

Capítulo 6

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAIS..... 277

6.1	A estrutura do princípio da proporcionalidade	283
6.2	A importância do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade de leis penais	290
6.3	Casos difíceis no controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil	299
6.4	Pressupostos para a aplicação do princípio da proporcionalidade: a colisão entre princípios constitucionais e a legitimidade constitucional do fim perseguido pela medida penal	304
6.4.1	A colisão entre princípios constitucionais: as restrições aos direitos fundamentais impostas pela lei penal	306
6.4.2	Ainda sobre a colisão entre princípios constitucionais: a legitimidade do fim perseguido pela lei penal e a importância do bem jurídico	310
6.5	O juízo de adequação da lei penal.....	319
6.5.1	O juízo de adequação da lei penal sob a ótica da norma de conduta.....	321
6.5.2	O juízo de adequação da lei penal sob a ótica da norma de sanção.....	327
6.5.3	Uma síntese da proposta de renovação do juízo de adequação das leis penais	337
6.6	O juízo de necessidade da lei penal.....	338
6.6.1	O juízo de necessidade da lei penal sob a ótica da norma de conduta	345
6.6.2	O juízo de necessidade da lei penal sob a ótica da norma de sanção.....	350
6.6.3	Uma síntese da proposta de renovação do juízo de necessidade das leis penais.....	357
6.7	O juízo de proporcionalidade em sentido estrito da lei penal.....	359
6.7.1	A intensidade da afetação dos direitos fundamentais pela intervenção penal: o problema da imprecisão da lei penal ...	364
6.7.2	Ainda sobre a intensidade da afetação dos direitos fundamentais pela intervenção penal: o problema dos efeitos secundários da criminalização e o <i>chilling effect</i> (ou efeito resfriador).....	370
6.7.3	O problema de sobrecarga argumentativa da proporcionalidade em sentido estrito: a necessária reabilitação dos juízos de adequação e necessidade.....	373

Capítulo 7

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO: O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO EM MATÉRIA PENAL..... 377

7.1	O Judiciário como legislador positivo: uma proposta de definição das sentenças aditivas e de delimitação da competência normativa do STF	382
7.2	Deveres de proteção e omissão inconstitucional no campo penal.....	387
7.3	A proibição de sentenças aditivas <i>in malam partem</i> no campo penal.....	396

Capítulo 8

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO

NO CAMPO PENAL	407
8.1 O princípio da deliberação suficiente no controle formal de constitucionalidade das leis	409
8.2 A revisão do controle formal de constitucionalidade das leis penais sob a ótica do princípio da deliberação suficiente	419

Capítulo 9

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PRISÃO

433	
9.1 Equivalentes funcionais da pena: as múltiplas restrições de direitos fundamentais sofridas pelo indivíduo no curso da investigação, do processo e da execução penal	445
9.2 O regime de compensação legal na pena criminal e o instituto da detração	452
9.2.1 A detração no direito brasileiro: uma perspectiva histórica	453
9.2.2 Da detração da prisão preventiva à detração das medidas cautelares alternativas à prisão: primeiros avanços no sentido do reconhecimento de equivalentes funcionais da pena	455
9.2.3 Os fundamentos constitucionais da detração penal: exigência de concretização judicial dos princípios da culpabilidade, da vedação à dupla punição e da proporcionalidade sancionatória	460
9.2.4 Possibilidade de ampliação do regime de compensação punitiva por meio da analogia: o papel do Poder Judiciário na compatibilização do regime jurídico da detração penal com a ideia de equivalentes funcionais da pena	470
9.3 A prisão provisória como <i>ultima ratio</i> : a liberdade no curso do processo	481
9.3.1 Um panorama do quadro atual: o fracasso da efetivação da política pública de redução do encarceramento cautelar ...	483
9.3.2 A tentativa de implementar a política de redução do encarceramento provisório no Brasil por meio da ADPF 347: o reconhecimento do <i>estado de coisas inconstitucional</i> e a insuficiente atuação do STF	485
9.3.3 Duas causas do fracasso da política pública de redução do encarceramento cautelar	486
9.3.3.1 O controle deficiente da falta de fundamentação das decisões judiciais que decretam prisões preventivas sem demonstrar o não cabimento das medidas cautelares alternativas	486
9.3.3.2 Ausência de dosimetria hipotética da provável sanção definitiva	488
9.3.4 Uma proposta para a redução do encarceramento provisório no Brasil	490

Conclusão

OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL

493	
Referências	511