



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**BENEDITO TORRES NETO**

**A CRIAÇÃO JUDICIAL NO CAMPO PENAL:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

**BRASÍLIA-DF  
NOV/2021**

BENEDITO TORRES NETO

**A CRIAÇÃO JUDICIAL NO CAMPO PENAL:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho e apresentada ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

**BRASÍLIA-DF**

**NOV/2021**

BENEDITO TORRES NETO

**A CRIAÇÃO JUDICIAL NO CAMPO PENAL:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho e apresentada ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília-DF, 19 de novembro de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho**

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Orientador

---

**Profa. Dra. Carolina Costa Ferreira**

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Membro Interno

---

**Prof. Dr. Edilson Mougnot Bonfim**

Universidade Complutense de Madri  
Membro Externo

---

**Francisco Schertel Ferreira Mendes**

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Membro Externo

Dedico este trabalho à minha esposa Renata Efigênia Cota de Araújo Torres, ao Prof. Ademar Borges, pelo apoio, orientação e dedicação para que o trabalho fosse efetuado. Ao amigo Manoel Veridiano F.R. Pinho, que ajudou na crítica do trabalho! Agradeço, com muito carinho aos meus pais Avelomar Torres e Luzia Xavier Torres! Agradeço também ao Saulo Jerônimo Leite Barbosa de Almeida pelo incentivo e apoio na realização desse trabalho. E ao amigo que muito colaborou para a efetivação dessa dissertação, Clovis Henrique Pimentel!

## RESUMO

Da Constituição Federal de 1988 para cá, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a fazer o controle de constitucionalidade a partir da técnica de decisões construtivas, nas omissões inconstitucionais, ora implícitas, ora expressas, por vezes adicionando e em outros momentos reconstruindo conteúdos e alterando os textos normativos. A jurisdição da Corte tem estendido cada vez mais o campo de aplicação da técnica das decisões construtivas, chegando a utilizar a metodologia da integração (efetivada a partir da analogia) na seara penal. Nesse contexto, em se tratando dos direitos fundamentais, a corte constitucional passou a aplicar o princípio da proibição da proteção insuficiente — uma vertente do princípio da proporcionalidade — na identificação da atuação abaixo do mínimo possível por parte do Estado. Essas omissões detectadas ocorrem pela omissão do Poder Legislativo, que deixa de cumprir, de forma imotivada e extemporânea, com a sua obrigação constitucional de preencher lacunas técnicas. As decisões construtivas aditivas ou substitutivas já se consolidaram no ordenamento jurídico brasileiro. A discussão se prende, então, no limite da Corte para atuar como legislador positivo: até onde pode ir a sua competência para aditar e mudar programas normativos construídos pelo Poder Legislativo. Nesse estudo, a análise terá por objetivo, dentro da sua restritividade, discutir a atuação desse legislador positivo, ao se deparar com uma omissão inconstitucional legislativa no campo penal. Ressalta-se que uma situação é o STF atuar no campo penal em benefício do réu e outra é a atuação contra o réu. A discussão se dará sobre a aplicação da analogia *in bonam partem* e *in malam partem*, bem como os limites da incidência dos princípios da proporcionalidade e sua vertente da proibição da proteção insuficiente no campo penal. É pacífico que o STF pode, na maioria das situações, utilizar o princípio da proibição da proteção insuficiente, desde que *in bonam partem*. Esta dissertação mostra o acerto da maioria das decisões proferidas pelo STF, mas também aponta dúvidas sobre a aplicação da decisão construtiva aditiva e substitutiva, com a aplicação da metodologia da integração em matéria penal, conforme analisados nos casos concretos. Este trabalho analisa decisões judiciais proferidas pelo STF, buscando identificar as vezes em que tal corte atua como legislador positivo e quando atua como legislador negativo. Sustenta-se que decisões interpretativas têm ligação com a figura do legislador negativo, uma vez que não se modifica seu conteúdo e alcance, diferentemente do que ocorre na técnica das decisões construtivas, cujas espécies são decisões construtivas aditivas ou substitutivas, aqui presente a figura do legislador positivo.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Omissão legislativa inconstitucional. Legislador positivo. Princípio da proibição da proteção insuficiente. Analogia in malam partem.

## ABSTRACT

From the Federal Constitution of 1988 up until now, the Brazilian Federal Supreme Court (STF) started to control constitutionality based on the technique of constructive decisions, in unconstitutional omissions, sometimes implicit, sometimes expressed, sometimes adding and at other times reconstructing content and changing the normative texts. The Court's jurisdiction has increasingly extended the field of application of the technique of constructive decisions, reaching the point of using the methodology of integration (made from the analogy) in the penal area. In this context, when it comes to fundamental rights, the constitutional court started to apply the principle of the prohibition of insufficient protection — a branch of the principle of proportionality — in identifying the performance below the minimum possible by the State. These detected omissions occur due to the omission of the Legislative Power, which fails to comply, in an unmotivated and untimely manner, with its constitutional obligation to fill technical gaps. Additive or substitutive constructive decisions have already been consolidated in the Brazilian legal system. The discussion is, then, about the limit of the Court to act as a positive legislator: how far its competence to add and change normative programs built by the Legislative Power can reach. In this study, the analysis aims to discuss the performance of this positive legislator when faced with an unconstitutional legislative omission in the penal field. It is noteworthy that one situation is for the STF to act in the criminal field for the benefit of the defendant and another is the action against the defendant. The discussion will be about the application of the analogy *in bona partem* and *in malam partem*, as well as the limits of the incidence of the principles of proportionality and its aspect of the prohibition of insufficient protection in the penal field. It is undisputed that the STF can, in most situations, use the principle of the prohibition of insufficient protection, if *in bona partem*. This dissertation shows the correctness of most of the decisions handed down by the STF, but also points out doubts about the application of the constructive additive and substitute decision, with the application of the integration methodology in criminal matters, as analyzed in the specific cases. This work analyzes court rulings issued by the STF, seeking to identify the times in which such court acts as a positive legislator and when it acts as a negative legislator. It is argued that interpretative decisions are linked to the figure of the negative legislator, since its content and scope is not modified, unlike what happens in the technique of constructive decisions, whose species are additive or substitutive constructive decisions, here with the present figure of the positive legislator.

**Keywords:** Supreme Federal Court. Unconstitutional legislative omission. Positive legislator. Prohibition principle of insufficient protection. Analogy in malam partem.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL</b> .....	16
1.1 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO ...	16
1.2 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL NO DIREITO PENAL .....	33
1.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE BENS JURÍDICO-PENAIIS .....	48
<b>2 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DE OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS</b> .....	63
2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES INTERMEDIÁRIAS .....	64
<b>2.1.1 Das decisões interpretativas</b> .....	65
<b>2.1.2 Decisões construtivas</b> .....	69
2.2 DAS CRÍTICAS RELATIVAS ÀS DECISÕES CONSTRUTIVAS .....	75
2.3 ESTRATÉGIAS JUDICIAIS DE SUPERAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL .....	77
<b>2.3.1 O paradigma do legislador negativo</b> .....	80
<b>2.3.2 O paradigma do legislador positivo</b> .....	87
<b>3 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NO CAMPO PENAL</b> .....	92
3.1 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL <i>IN BONAM PARTEM</i> .....	93
3.2 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO <i>IN MALAM PARTEM</i> .....	98
3.3 A VEDAÇÃO ÀS SENTENÇAS ADITIVAS <i>IN MALAM PARTEM</i> EM MATÉRIA PENAL .....	102
<b>4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL</b> .....	106
4.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	107
4.2 CASOS EMBLEMÁTICOS .....	109
<b>4.2.1 ADC 43, 44 e 54: Constitucionalidade do Art. 283 do CPP, o Início da Execução da Pena e o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente</b> .....	109
<b>4.2.2 Decreto nº 9.246/2017: Indulto Coletivo</b> .....	113
<b>4.2.3 ADO 26: Criminalização de Todas as Formas de Homofobia e Transfobia</b> .....	119
<b>4.2.4 Colaboração Premiada: Concessão de Benefícios além dos Previstos em Lei</b> .....	124
<b>4.2.5 ADPF 395 e 444: Condução Coercitiva dos Investigados</b> .....	128

<b>4.2.6 Recurso Extraordinário 979962: o Caso dos Medicamentos.....</b>	<b>131</b>
<b>4.2.7 Compensação Penal.....</b>	<b>134</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>148</b>

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação almeja discutir e analisar se o Supremo Tribunal Federal (STF) possui legitimidade para legislar em matérias atinentes a normas no campo penal, principalmente, quando em prejuízo ao réu. A atuação da Corte Constitucional, nesse sentido, nominada legislador positivo, está inserida nas técnicas das decisões construtivas (manipulativas), nas espécies aditivas e substitutivas, utilizando em muitas situações o princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção por insuficiência.

O STF já pacificou em seus julgados a possibilidade de utilização dessas técnicas decisórias construtivas. No entanto, em se tratando de normas penais, a matéria torna-se complexa quando da adoção desses argumentos, restando a indagação do limite da jurisdição do Poder Judiciário para legislar de forma positiva — criando decisões que ora adicionam conteúdo fora do texto legal, ora trocam todo o conteúdo editado pelo Poder Legislativo.

Várias críticas surgem dessa atuação do Poder Judiciário, sendo as mais comuns: (i) a falta de legitimidade dos magistrados para criar normas, em violação ao princípio democrático; (ii) a violação ao princípio da separação dos poderes, em especial a usurpação do Poder Legislativo; (iii) as decisões construtivas não terem previsão orçamentária, criando-se despesas sem previsão; e (iv) os argumentos consequencialistas.<sup>1</sup>

Busca-se também, neste estudo, analisar as sentenças intermediárias nas modalidades de decisões interpretativas<sup>2</sup> e decisões construtivas.<sup>3</sup> Aqui ressalta-se que a maioria da metodologia da integração normativa utilizada pelo STF no campo penal não pode ser confundida com decisões interpretativas, pois trata-se de decisões construtivas. A única exceção expressa pela CF de atuação normativa positiva pelo Poder Judiciário se dá por meio do Mandado de Injunção (MI) relativamente à omissão dos poderes constituídos e de seus agentes, previsto constitucionalmente, inclusive com o devido procedimento de atuação.

A técnica das decisões construtivas confere às Cortes Constitucionais o direito de legislar positivamente<sup>4</sup> e pode ser utilizada em diversas situações. No entanto, esse mesmo

---

<sup>1</sup> Aqui encontram-se os argumentos de que o Poder Judiciário não está aparelhado tecnicamente como o Poder Legislativo, de que não possui expertise técnica, de que está sujeito ao risco da aplicação de modo não sincero de tais técnicas com o propósito de impor agendas e preferências pessoais dos juízes — favorecendo uma politização da Justiça.

<sup>2</sup> Aqui se mantém a figura do legislador negativo, com técnicas contemporâneas, sem descurar-se do texto.

<sup>3</sup> Aqui está presente a figura do legislador positivo, adicionando conteúdo ao texto original ou mudando por completo o conteúdo da norma identificada por inconstitucional.

<sup>4</sup> Ato entendido aqui como aquele presente em situação como quando um direito fundamental não foi implementado minimamente e as Cortes Constitucionais, lançando mão dos princípios da proporcionalidade e da

raciocínio não é tão simples de ser aplicado pelo STF para a criação de normas penais, principalmente quando em prejuízo ao réu, como já aconteceu. Sendo assim, faz-se necessária também a análise do conflito entre as esferas legisladoras dos poderes e os limites da atuação do STF ao legislar positivamente, especialmente no campo penal.

Por certo, a atuação do STF no controle de constitucionalidade torna-se ainda mais discutível quando relativa a normas penais em que há prejuízo ao réu. Conforme será desenvolvido ao longo deste trabalho, seja em qual hipótese for, ao se criar norma no campo penal, a Suprema Corte encontra a barreira do princípio constitucional da legalidade e suas vertentes consistentes na proibição da aplicação da analogia *in malam partem*.<sup>5</sup> Será preciso enfatizar, ainda, que outras restrições de direitos fundamentais no campo penal — inclusive em relação ao direito processual penal — também estão sujeitas à reserva legal absoluta.

Avalia-se que o STF, além da interpretação tradicional de normas jurídicas no campo penal, tem, por vezes, legislado positivamente ora a favor, ora contra direitos fundamentais dos réus e investigados. Para averiguar esta hipótese, o marco de análise se dará sobre a técnica da decisão construtiva, aditiva ou substitutiva, utilizando a técnica da integração, quando serão demonstrados os casos concretos e discordâncias de ministros sobre a aplicação dessas técnicas decisórias no campo penal.

Serão abordadas as omissões legislativas inconstitucionais implícitas e explícitas, às vezes com lacunas axiológicas (ou técnicas) produzidas pela inércia do Poder Legislativo, às vezes com lacunas ou vazios que são resultados de declarações de inconstitucionalidade produzidas pelo próprio Poder Judiciário, com a utilização do princípio da proibição da proteção insuficiente — vertente do princípio da proporcionalidade. Além disso, também serão contextualizadas tais decisões no debate acerca do suposto ativismo do STF em matéria penal.

Este trabalho recorre ainda ao direito comparado para análise do poder de legislar que as Cortes Supremas de nações democráticas, de formas excepcionais, podem exercer em

---

proibição insuficiente, utilizam-se de outra norma, que se aproxima do caso concreto, já existente no ordenamento jurídico, para criar uma outra norma que solucione o caso em julgamento, sem a aquiescência do Legislativo ou do Executivo.

<sup>5</sup> No ato do julgamento, o réu não pode ser surpreendido como uma sentença aditiva, onde a Suprema Corte, atuando como legislador positivo, cria uma norma penal para agravar a situação daquele cidadão. A lei deve ser prospectiva, transparente, abstrata, a ser aplicada a todas as pessoas e não ser construída no ato do julgamento da ação. Isso delinea a segurança jurídica, ainda que se trate de ações objetivas!

É de bom alvitre ressaltar, que o direito à liberdade é uma regra, a exceção é a prisão. Assim, ao criar a norma penal, o legislador eleito diretamente pelo cidadão, torna-se legítimo para criar tais normas, ao contrário, os princípios basilares que regem o Estado de Direito não são satisfeitos. E com isso, descumprem-se, os princípios gerais da democracia, que são o direito da liberdade e da individualidade. A norma penal, já é uma exceção ao direito de liberdade individual.

algumas matérias. Busca-se explicitar que o ato de legislar para criação no campo penal em prejuízo ao réu é matéria controversa.

A Corte Constitucional da Alemanha, utilizando-se do princípio da proibição da proteção insuficiente, tornou-se, junto com a Corte Italiana, precursoras na atuação como legislador positivo, objetivando preencher as lacunas da lei, em matérias relativas a direitos fundamentais, não cumpridas por agentes públicos ligados aos poderes constituídos.

Apesar de o princípio da proibição da proteção insuficiente (inserido na técnica da integração e transportado pelo direito Alemão) atuar em casos excepcionalíssimos, o STF o tem utilizado para legislar, inclusive no campo penal, através da analogia *in malam partem*, o que é discutível.

Para os penalistas, é ilegal a aplicação de normas analógicas *in malam partem* no campo de seus estudos. Entretanto, o STF tem legislado positivamente em algumas situações. A analogia será objeto de análise no campo penal e constitucional, tanto quando em *in bonam partem* como quando feita *in malam partem*. O estudo do campo constitucional se faz necessário uma vez que os temas produzidos em sentenças construtivas pelo STF, apesar de muitas vezes simpáticos para a opinião pública e parte dos juristas, são também objetos de críticas, sob o argumento de serem divorciados das melhores técnicas e da própria Constituição Federal (CF).

O STF, ao se deparar com uma lacuna no campo penal que incorra em prejuízo ao réu, pode reconhecer a omissão em razão do princípio da proibição da proteção insuficiente e remeter ao Poder Legislativo para as providências cabíveis. Entretanto nem sempre é assim! É controverso o STF atuar como legislador positivo criando normas penais em prejuízo do réu, pois é precária a jurisdição para a referida atuação, em razão do princípio da legalidade. Diversamente do que ocorre caso a atuação no campo penal seja em benefício do réu, contexto em que é aceitável que o STF supra eventuais omissões legislativas inconstitucionais no campo penal para melhorar a situação jurídica dos indivíduos, desde que não desconfigure as bases do princípio constitucional da legalidade.

Assim, é preciso analisar com profundidade dois princípios na atuação do STF no campo penal: o da legalidade e o da proporcionalidade (que tem como ponto importante a ser levado em consideração o princípio da proibição da proteção por insuficiência, com suas limitações). Esse último será analisado à luz da técnica da integração normativa — inclusive dentro chamadas decisões construtivas aditivas ou substitutivas —, hoje muito utilizada pelo STF. Trata-se de ferramenta importante quando aplicada corretamente, mas pode também, por outro lado, causar desajuste no ordenamento jurídico quando aplicado de maneira indevida, promovendo invasão

de competência do Poder Legislativo e tornando a jurisdição mais elástica e sem o devido amparo legal.

É importante ressaltar de antemão que as omissões legislativas inconstitucionais podem ocorrer nas formas de normas implícita e explícita. Nas normas implícitas, a técnica utilizada seria a decisão construtiva aditiva, quando existe uma lacuna axiológica ou técnica. Nesse momento é muito utilizado o princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente.

Já quando a omissão ocorre de forma explícita, a técnica aplicada é a da decisão construtiva substitutiva. Aqui, o vácuo é criado pelo próprio Poder Judiciário, após a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma. E com esse vácuo, a parte ou conteúdo que o Poder Judiciário terá que reconstruir (ablativa) substituirá o texto normativo que foi editado pelo Poder Legislativo. Essa parte a ser retirada, ou ablativa, na visão do Poder Judiciário, configura uma norma inconstitucional que é substituída por outra considerada compatível com os comandos constitucionais.<sup>6</sup>

Essas técnicas são controversas e mesmo o STF não é pacífico sobre determinados casos concretos que analisam. O princípio da proibição da proteção insuficiente foi utilizado pelo STF no caso em se discutia sobre a interpretação constitucionalmente adequada do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, quando o Relator, o Min. Barroso, cita o mencionado princípio sem aceitar tratar-se de atuação como legislador positivo. Em voto vencido sobre o caso, O Min. Gilmar Mendes entende tratar-se de legislador positivo (caso melhor analisado adiante).

O presente texto também mostra o estágio de transformação do Direito afeto ao tema e o avanço dos direitos humanos e direitos fundamentais — hoje partes integrantes das Constituições democráticas em diversas partes do mundo.<sup>7</sup> Com o desenvolvimento da ciência jurídica, no Brasil, assim como na América Latina, surgem os defensores do neoconstitucionalismo, que pendem fortemente para a utilização dos princípios na tomada de decisão. Isso faz com que as regras fiquem em segundo plano e que o Judiciário saia de uma posição de passividade institucional para atuar como transformador da sociedade. Não obstante, a postura de maior proatividade do STF no campo penal é um aspecto controverso, notadamente

---

<sup>6</sup> Essa construção ocorreu nas jurisprudências da Itália, e que muitos nominam de *rime obligatte*.

<sup>7</sup> A implementação desses direitos considerados fundamentais, passaram a mexer de forma contínua com a sociedade, principalmente, no pós-Segunda Guerra Mundial, o que adentrou de modo forte e definitivo para o mundo jurídico, clamando para que fosse implementada, não se tratando, pois, de letra morta das constituições federais. Assim o mundo jurídico, principalmente as Cortes Constitucionais passaram a cobrar dos poderes executivo e legislativo uma postura mais firme, com o objetivo de dar efetividade aos direitos fundamentais, sendo que por vezes a resposta mínima para a inserção de tais direitos, não tem alcançado os seus objetivos mínimos. Em razão disso, as Cortes de todo o mundo passam a adentrar em competências de outros poderes, por vezes legislando e causando um conflito que pode não ser bom para o estado de direito.

quando sucessivas decisões abandonam o parâmetro da legalidade estrita para impor novas restrições de direitos fundamentais no campo penal por meio de criação judicial do direito.

As decisões “tradicionais”, ou do legislador negativo, tinham por objetivo dizer se uma norma era inconstitucional (com nulidade total dos atos praticados), com efeito *ex tunc*, retroagindo para revogar tudo. Com o passar do tempo, os operadores do direito perceberam que poderiam ser criadas as sentenças intermediárias, sem essa nulidade total, também com efeito *ex tunc*. A partir daí surgem as decisões interpretativas, que analisam o texto, sem adição ou alteração de conteúdo, continuam sendo as mais importantes, em razão de açambarcar um quantitativo enorme dos casos em debate.

Mais tarde, dentro das sentenças intermediárias surgiram as decisões construtivas, em que as decisões não podem ser retiradas do programa normativo, como ocorre com as decisões interpretativas. As decisões interpretativas, apesar de discutível tal classificação como qualquer outra, poderia assim ser subdividida; (i) interpretação conforme a Constituição; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto; (iii) a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador e (iv) a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.

Ainda, para justificar o cenário supracitado no qual decisões deixam a legalidade estrita para impor novas restrições de direitos fundamentais na seara penal, o STF lança mão de uma nova técnica: a metodologia da integração, inserida no âmbito das decisões construtivas aditivas nas omissões inconstitucionais legislativas implícitas. Essa metodologia utiliza-se de outra norma jurídica, existente no ordenamento jurídico, que se assemelha com o caso concreto em debate, e de forma analógica dá origem à criação de outra norma para resolver a omissão parcial existente. Não sendo uma técnica de interpretação, no modelo tradicional, o seu uso faz com que a corte deixe sua atuação convencional e passe a intervir no campo normativo (incrementando gravemente a discussão sobre o ativismo judicial, objeto de debate ao longo da obra).

Nos votos precursores dos Ministros do STF, sobre as decisões construtivas, serão colocadas em destaque não só a aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente, como também a metodologia da integração utilizada para a criação normativa pelo Poder Judiciário. O objetivo central é saber o limite de atuação do STF em matéria penal, em especial na aplicação da analogia *in malam partem* e da figura do legislador positivo. Também está inserida na hipótese inicial desta pesquisa a atuação normativa do STF para restringir direitos fundamentais no campo penal.

Para a pesquisa e execução do trabalho foram consultados diversos autores e autoras, juristas e autoridades nas matérias aqui abordadas. A respeito das omissões legislativas inconstitucionais, foram consultados principalmente Sá (2009) e Borges (2019). Sobre o tema da proporcionalidade e a vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, diversos autores foram catalogados e consultados, dentre eles Sarlet (2006), Sarmiento (2013), Mendes e Branco (2014) e Clérigo (2008). Já em relação a matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal, Hungria (1953) e Badaró (2019) foram as principais fontes de consulta para a pesquisa de cada matéria, respectivamente.

Referente à criação judicial do direito pelo STF, a sentenças aditivas e à figura dos legisladores positivo e negativo, temas centrais desta pesquisa, as maiores fontes de pesquisa se concentram nas obras de Barroso e Perrone (2013), Borges (2019) e Brandão (2014).

Em relação aos casos pesquisados, foram selecionados os casos inseridos no capítulo 4 desse trabalho, que melhor ilustram o tema desta pesquisa e servem de base para a discussão aqui promovida.

Assim, a dissertação apresenta a concepção do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção por insuficiência abordada pela jurista colombiana Clérigo (2008). Os aspectos positivos e negativos da criação de sentenças aditivas no campo penal, ora em benefício e em prejuízo do réu, conforme a visão de Borges (2019).

Em razão de tudo mencionado, esta dissertação almeja analisar a proteção efetiva aos direitos fundamentais, dentro das técnicas mencionadas, com as suas limitações e restrições, o princípio da proporcionalidade, em sua profundidade, na vertente do princípio da proibição da proteção por insuficiência. Busca-se, por fim, encontrar a melhor técnica ou metodologia a ser aplicada de modo correto, e qual o limite do STF no campo penal, para julgar matérias relativas às omissões legislativas inconstitucionais, com a utilização do princípio da proibição da proteção insuficiente por meio do exame de casos emblemáticos, devidamente analisados mais adiante.

## **1 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL**

### **1.1 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Antes de adentrarmos propriamente na discussão sobre omissão legislativa inconstitucional no direito brasileiro, considera-se relevante rememorar os fundamentos da matéria. Inicialmente, cabe destacar que, enquanto o termo “ação” pressupõe uma conduta positiva (um fazer), a “omissão”, por sua vez, refere-se a uma conduta negativa, denotando uma situação na qual alguém, que deveria fazer algo, deixou de realizar aquele dever que lhe fora atribuído.

A propósito do tema, referindo-se à Constituição Portuguesa, Jorge Miranda menciona a possibilidade de existência de inconstitucionalidade por omissão de atos legislativos a partir do momento que o legislador “[...] mantenha desigualdade ou não reponha a igualdade (art. 13 da Constituição); quando não confira os direitos fundamentais o necessário suplemento de proteção (art. 28, n. 1); e quando não torne exequíveis por si mesmas (art. 283).” (MIRANDA, 2012, p. 9-38).

A inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer em vários outros cenários, à exemplo da inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo; por omissão quando os tribunais não decidam em tempo razoável; e por omissão da revisão constitucional. De um modo geral, de acordo com Miranda (2012), a omissão pode ser compreendida como uma falta total ou parcial de medidas legislativas necessárias. O autor ainda ressalta um ponto muito caro a este trabalho, ao enfatizar que a violação da constituição está intimamente atrelada à atuação do legislador, especialmente por sua inércia ou falta de atividade, concluindo que compete ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional (MIRANDA, 2012, p. 9-38).

Sobre essa matéria, na tentativa de melhor sistematizar o conteúdo, apresentam-se alguns postulados de Cunha Júnior (2014) sobre os pressupostos da inconstitucionalidade por omissão. O autor ressalta, em sua obra, que para haver a referida falta constitucional é necessário que: (i) a violação da constituição seja resultado do não cumprimento de determinada norma constitucional; (ii) se trate de uma norma de eficácia limitada; e (iii) faltem as ações imperiosas para que a norma constitucional se torne exequível.

Passando um pouco mais adiante, em relação à sua natureza, a omissão inconstitucional pode ser legislativa ou administrativa, conforme dispõe o art. 103, § 2º da CF, ocorrendo quando os órgãos competentes deixam de adotar medidas que deveriam obrigatoriamente ser adotadas.

Ainda, ela pode dar-se de forma completa ou não, denominando-se omissão total ou parcial, respectivamente.

A omissão será total ou absoluta quando o legislador não cumprir o determinado pela Constituição Federal e não produzir qualquer segmento legislativo que seria de sua responsabilidade. As omissões absolutas são oriundas da violação ou da inércia de um dever de legislar ou, ainda, aquelas cujo teor é a ausência de concretização legal de normas constitucionais autoexecutáveis. Sobre essa modalidade de omissão, Miranda (2012), que a chama de “omissão completa”, menciona que essa ocorre na falta de medidas legislativas que façam com seja possível o cumprimento de uma norma constitucional.

Por outro lado, será parcial ou relativa, quando o legislador atua de maneira comissiva, mas sem cumprir totalmente a determinação da Carta Magna. Esse tipo de omissão deixa sempre uma lacuna chamada técnica ou axiológica, um espaço que deveria ser preenchido pelo Poder Legislativo, que detinha essa obrigação, e não cumpriu. Neste assunto, Miranda (2012) afirma que a omissão parcial pode ser identificada como a ausência de observância da norma constitucional, seja referente a seus aspectos ou seus destinatários.<sup>8</sup>

Este é também o entendimento esposado por Canotilho, que prevê como sendo possível a existência da omissão parcial quando o Poder responsável “não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a atuar as imposições legiferantes estabelecidas na Constituição” (2001, p. 479).<sup>9</sup>

Esta dissertação trabalha com a ideia de que a omissão inconstitucional é o próprio descumprimento da Constituição Federal. Dá-se, portanto, quando o dever de agir do Estado não é realizado em tempo satisfatório e decorre das lacunas técnicas ou axiológicas existentes no texto constitucional. No entanto, há que se pesar que, por vezes, tais lacunas foram deixadas pelo constituinte que quis, de forma clara, transferir ao legislador infraconstitucional a tarefa de preenchê-las, com o fim de implementar ou completar o comando constitucional visando à sua concretude.

---

<sup>8</sup> As lacunas constitucionais não são iguais as omissões legislativas inconstitucionais, pois enquanto as lacunas constitucionais não têm qualquer previsão legal, as omissões legislativas constitucionais são as normas não autoaplicáveis, ou não exequíveis, que dependem de um legislador infraconstitucional. Assim, com o decurso de tempo suficiente sem a sua devida previsão, pode-se determinar a inconstitucionalidade por omissão (PEDRA, 2011).

<sup>9</sup> Para parte da doutrina, só existe a omissão inconstitucional se o dever de agir estiver previsto na carta magna de forma exata e determinada. Esse é o entendimento de Palu (2001, p. 286), “não se trata apenas, de um não fazer, mas de não fazer aquilo que de forma concreta e explícita, estava ele constitucionalmente obrigado”. Em relação à inércia, segundo Mendes (2010), essa será legislativa quando se referir à ausência de lei. Por outro lado, em caso de inércia da administração por falta de conduta necessária, teremos configurado um caso de omissão administrativa.

Em conformidade com a diretriz doutrinária a norma constitucional descumprida por omissão sempre será de eficácia limitada, o que significa que depende de norma infraconstitucional para o seu devido cumprimento, na forma da Constituição. Convém destacar que esse tipo de inconstitucionalidade — extraída de uma omissão — requer um controle de constitucionalidade mais acurado, sob pena de não dar eficácia plena à Lei Maior.

No presente estudo, considera-se que tais omissões inconstitucionais são resultantes da inércia daquele que tem o dever de agir, do poder público, especificamente do Poder Legislativo. No entanto, cabe sopesar a obrigação do Poder Legislativo: o dever de legislar. Ao não cumprir o seu mister — legislar naqueles campos em que sua atuação se mostra obrigatória, deixando de dar concretude ou eficácia para a Constituição Federal —, o legislador infraconstitucional abre espaço para a transferência da sua competência para o Poder Judiciário, que passa a atuar como legislador positivo.

Com essa atuação, o Poder Judiciário estaria apenas tornando eficazes os mandamentos constitucionais, solucionando as omissões encontradas na Constituição Federal e reparando eventuais injustiças. Não há dúvida de que uma visão que defenda uma atuação mais proativa do Judiciário no campo do controle das omissões legislativas inconstitucionais está apoiada em importante e séria preocupação com a atribuição de eficácia à Constituição. Entretanto, é preciso adotar certas cautelas em relação a uma visão excessivamente ampliativa do papel do Poder Judiciário no controle e suprimento de omissões legislativas inconstitucionais, dada a centralidade que o Poder Legislativo deve sempre assumir quando se fala em produção normativa primária. Afinal, o Poder Legislativo possui as credenciais democráticas necessárias, — *e.g.* legitimidade popular — que lhe confere papel central na criação legislativa.

Em razão dessa omissão inconstitucional, e da falta de atuação em tempo adequado, o Poder Legislativo perde forças e transfere parte da sua competência ao Poder Judiciário, que, por sua vez, estende sua jurisdição sob o forte fundamento de dar efetividade e cumprir os comandos da Constituição Federal. Nesse sentido, o Poder Judiciário, em algumas situações, transforma-se em legislador positivo com o pressuposto de cumprir os mandamentos constitucionais e extirpar as omissões inconstitucionais, incompatíveis com a efetividade constitucional. O que se tem ao final é um Poder Legislativo que, ao descumprir sua missão constitucional e sua obrigação como legislador infraconstitucional, perde poder e espaço para o Poder Judiciário.

Onde há omissão, há lacuna, e para identificar as lacunas técnicas é bom separar, principalmente quanto à eficácia, as normas que necessitam de complementação. Importante repisar que as normas constitucionais podem ser autoexecutáveis e não autoexecutáveis. As

autoexecutáveis, chamadas de eficácia plena e contida por Silva (2020), tem aplicação imediata, independentemente de qualquer atividade legislativa. Por outro lado, a norma de eficácia limitada, é a que depende de uma atuação legislativa para ter efetividade. É a parte que mais importa neste estudo, pois necessitam desse preenchimento do vazio técnico identificado. Já a norma de eficácia contida, mesmo tendo o seu alcance reduzido pela atuação legislativa também tem aplicação direta e imediata, e, portanto, reveste-se de eficácia plena. Em suma, as normas de eficácia plena e contida não precisam de atuação legiferante para a sua eficácia ou autoexecutoriedade.

Ressalta-se que as normas constitucionais de aplicação imediata, por certo, não irão gerar omissões inconstitucionais, em razão de dispensarem a atuação do legislador infraconstitucional, pois não há o que ser completado ou criado. Vê-se, então, que o trabalho está subordinado às normas constitucionais de eficácia limitada. Caso o legislador deixe de cumprir as determinações constitucionais por tempo inadequado e imotivado, poder-se-á estar diante de uma omissão inconstitucional legislativa, tendo em vista que a Carta Magna não foi satisfeita.

Em consequência, as ferramentas ou mecanismos constitucionais deverão atuar para solucionar as omissões inconstitucionais legislativas, que foram geradas em razão da determinação constitucional e da inércia, por tempo mais que suficiente para o Poder Legislativo, que possui competência originária, desempenhar a sua função. Ora, se a Constituição Federal foi promulgada para ser cumprida, por óbvio que todos os Poderes por ela constituídos — Executivo, Legislativo e Judiciário — devem fazer de tudo para alcançar sua máxima efetividade. Para isso, as sentenças intermediárias, que se subdividem em decisões interpretativas e decisões construtivas (por sua vez divididas em aditivas e substantivas), serão fundamentais para as soluções constitucionais das omissões legislativas.

Objetivando a correção dessas omissões inconstitucionais, a CF dispõe de duas ferramentas jurídicas, quais sejam: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI). A primeira se dá de modo objetivo, por via concentrada, e a segunda de modo subjetivo, por via difusa.

Na ADO, faz-se a defesa objetiva da própria Constituição. O art. 103, § 2º, da Constituição Federal determina que essa ferramenta só pode ocorrer em omissões perpetradas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Aqui, o requerente pede a regulamentação de uma norma constitucional certa e determinada, em razão da inércia do legislador infraconstitucional. Em muitas situações, tem-se debatido sobre a eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Para Campos (2013) a eficácia da decisão da ADO tem um caráter dúplice: (i) declaratória da omissão legislativa inconstitucional e (ii) mandamental no tocante à ciência ao poder omisso acerca da pronúncia de inconstitucionalidade da omissão para que este adote “as providências necessárias” a que se refere o § 2º do art. 103 da CF/1988. De qualquer forma, somente as normas constitucionais de eficácia limitada podem servir de parâmetro para a ação de inconstitucionalidade por omissão.

De outro lado, o Mandado de Injunção é um remédio constitucional que visa a suprir uma omissão legislativa que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania ou à soberania popular. Por certo que, na inércia legislativa, tem-se um elemento fundamental que é o tempo devido para que o legislador produza a norma para solucionar o problema. No entanto, resta a dúvida sobre qual o tempo adequado.

Ora, se a Constituição deixou definido o prazo, a discussão se encerra por aí. Entretanto, quase sempre, o constituinte não fixa esse tempo, deixando em aberto uma discussão tão importante, que nem sempre é de fácil solução, subsistindo apenas um consenso entre os doutrinadores, de que esse prazo deve ser razoável, mas, de igual modo, sem mensurar o período. De outro lado, existe a certeza de que quanto mais tempo gasta o legislador para dar respostas à sua inércia, maior é a legitimidade que tem o juiz para a sua intervenção como legislador positivo. Certamente, cabe ao STF debruçar-se sobre o tema para a melhor solução possível.

Sobre o tema, Campos (2013, p. 52) propõe: “Pensamos que o transcurso de longo tempo de inércia legislativa não é condição para configurar-se a omissão inconstitucional, pois, para tanto basta a indiferença do legislador ao comando constitucional”. Todavia, como será abordado adiante com maiores detalhes, o fator “longo tempo de inércia legislativa” se mostra decisivo para legitimar uma atuação mais ativa do juiz constitucional na correção da omissão. Este, sim, é o principal papel que cumpre o fator tempo na problemática do controle da omissão legislativa inconstitucional: o papel de legitimação do ativismo judicial na correção da omissão.

É importante ressaltar que, em se tratando de omissão legislativa inconstitucional relativa às normas constitucionais, a atuação do legislador não pode ser adiada, em decorrência da natureza da matéria a ser tratada. Não há, então, uma liberdade absoluta e irrestrita por parte do legislador em relação ao controle de omissão, seja em relação ao conteúdo, à conveniência ou à oportunidade para solucionar a situação. Nesse sentido,

“Com efeito, a possibilidade de omissão legislativa que viole direitos fundamentais não nos permite generalizar os parâmetros de limites da atuação corretiva do poder

Judiciário, e notadamente do Supremo Tribunal Federal, em matéria de omissão legislativa inconstitucional. De certo então que as normas constitucionais que abrigam direitos fundamentais, mais que qualquer outra, exigem do juiz constitucional uma postura mais urgente e eficaz no combate à omissão legislativa inconstitucional” (CAMPOS, 2013, p. 55).

Em se tratando de prazo, em relação ao MI, a mora já é um pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa. Já, por óbvio, nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal Constitucional é quem dará a última palavra sobre o tempo necessário e suficiente para caracterizar a omissão, além da análise da relevância da matéria, com o reconhecimento da inércia por parte do legislador infraconstitucional.

O que ocorreu pós-constituição de 1988 é que o STF sempre aguardava o Poder Legislativo resolver essas omissões inconstitucionais, mas este constantemente permanecia em sua inércia. Em razão disso, o Min. Gilmar Mendes, como relator dos MIs nºs 670, 708 e 712, determinou a aplicação, por analogia, da Lei nº 7.783/1989, referente ao exercício do direito de greve do setor privado, aos servidores públicos, que até então eram proibidos de exercer o direito de greve em decorrência da ausência de regulamentação. Destarte, o STF conferiu ao setor público os mesmos direitos concernentes à greve que o setor privado, resguardando apenas os serviços públicos essenciais (MENDES; BRANCO, 2014).

Nesse voto histórico, ressaltou que a idiosincrasia do caso justificava uma atuação positiva da Corte de modo a evitar que se configurasse, àquela altura, um tipo de omissão judicial. Essa situação extrema de omissão institucional legitimaria, então, uma intervenção mais incisiva da Corte. Segundo os autores,

“De resto, uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º)” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1212).

Vê-se, portanto, que se trata de uma lacuna legislativa não preenchida pelo Poder Legislativo, notadamente o inicialmente legitimado. Assim, a figura do juiz entra em cena em decorrência da omissão inconstitucional do Poder Legislativo, em decorrência de sua inércia extemporânea, que teria a obrigação de preencher a lacuna axiológica, ao tratar de direito fundamental.

Trata-se de um dos casos precursores na história do STF, quando legisla de forma positiva e aplica outra lei infraconstitucional por analogia, com a produção de uma sentença aditiva não contida no texto original. Com isso, suprime-se, em parte, a teoria kelseniana de

que a função do Judiciário deveria se limitar a de um legislador negativo. Com efeito, em diversos casos a partir deste julgamento, o STF atuou como legislador positivo, aplicando a analogia nas omissões inconstitucionais legislativas, aqui relativa (pois trata-se de isonomia — direito a greve — serviço público e privado), tratando-se de decisão construtiva aditiva.<sup>10</sup>

É de se recordar que o STF, até então, sempre havia atuado como legislador negativo e jamais como legislador positivo, sob o fundamento de usurpação de função constitucional pertencente ao Poder Legislativo e em decorrência do princípio da separação dos poderes. Esse era o entendimento do ministro Moreira Alves, que teve papel de liderança na Suprema Corte por muitos anos e que defendia a ideia de que o Tribunal só poderia legislar negativamente (BRASIL, 1996).

Com efeito, ao atuar como legislador positivo, tratando de controle judicial de omissões legislativas inconstitucionais, o STF passa a produzir sentenças aditivas ou substitutivas.<sup>11</sup>

Na sentença aditiva, ao reconhecer a inconstitucionalidade da lei decorrente da falta de uma norma autoexecutável, o magistrado constrói a parte normativa omissa/inconstitucional e a adiciona ao conjunto do ordenamento jurídico. Em razão disso, as Cortes Constitucionais — e aqui o STF —, vão modificar o sentido do texto e ampliar o seu conteúdo, via a técnica da decisão construtiva aditiva. Isso se dá por meio da metodologia da integração normativa, preenchendo o vazio técnico inconstitucional deixado pelo Legislativo. Como bem destaca Cerri (2004, p. 240), “a decisão aditiva pressupõe uma lacuna axiológica”.

Para Barroso (2007, p. 117-163) “o processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração”. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador.

Entretanto, o grande problema com essa metodologia, ou com a atuação positiva do STF, está na falta de uma delimitação interna de atuação por parte do próprio Poder Judiciário. É preciso fixar parâmetros para a jurisdição — na atuação como legislador positivo — para a produção de sentenças aditivas. Não basta dizer que a CF é o limite, que ela é a lei (sim o é,

---

<sup>10</sup> Distinção importante entre a omissão inconstitucional legislativa parcial e a relativa foi tratada pelo Tribunal Constitucional Português (PORTUGAL, 2002): “[...] por omissão parcial, se o legislador deixou de cumprir em parte uma imposição concreta; por omissão relativa, se a partir desse momento o legislador fica obrigado por força do princípio da igualdade, a estender os benefícios a casos idênticos não contemplados.”

<sup>11</sup> Ambas originárias de uma construção jurisprudencial da Corte Constitucional Italiana, elas têm por objetivo a integração das normas infraconstitucionais com as normas em vigência da Constituição Federal (CRISAFULLI, 1976). O mesmo autor aduz que as decisões de inconstitucionalidade, de um modo ou de outro, tem efeitos modificativos, de forma que a diferença das sentenças não se prende na qualidade, mas na quantidade, o que é controverso.

mas no sentido real; um conjunto de normas regentes). Trata-se de argumento muito subjetivo, que dá azo a muitas discussões. Sendo estabelecidas tais limitações, o STF não poderá ser acusado da prática de ativismo judicial, tornando-se um cumpridor de limites previamente estabelecidos.

Essa atuação do STF e de outras Cortes Constitucionais como legislador positivo quebra de vez a teoria de Hans Kelsen, mencionada, de que o Poder Judiciário só tem legitimidade para atuar como legislador negativo (com a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, com a nulidade total ou retroativa).

Ao atuar como legislador positivo, o Poder Judiciário tem na metodologia da integração, com a produção de sentenças aditivas, uma ferramenta para dar efetividade à Constituição Federal. A CF/88 trouxe a possibilidade de o STF atuar como legislador positivo, nas ações de inconstitucionalidades por omissão legislativa absoluta, por meio do MI, passando a atuar mais tarde também como legislador positivo, em ações de omissão do legislativo por inconstitucionalidades relativas, inclusive, analisando o princípio da proibição da proteção insuficiente.

Também de maneira precursora no ordenamento jurídico pátrio, o Ministro Gilmar Mendes expôs em seu voto que as decisões interpretativas com efeitos corretivos ou modificativos são a única solução para que as Cortes Constitucionais possam enfrentar as inconstitucionalidades sem ter que recorrer a situações como a declaração de inconstitucionalidade total ou o não conhecimento da ação, não podendo ser resolvido com a declaração de nulidade. No seu voto ele destaca como exemplo a exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade.<sup>12</sup>

Uma vez violado o princípio da igualdade, podem originar-se omissões relativas. Aqui, o legislador não precisaria ter atuado, mas como atuou, não poderia ofender o princípio da igualdade. O exemplo mais citado fora do campo penal para esse entendimento é a concessão de vantagens para um determinado grupo, omitindo-se em relação a outros. Em suma, o Poder Legislativo não precisa atuar, mas ao legislar não pode beneficiar alguns e deixar outros de fora, infringindo assim, o princípio da igualdade, traduzindo numa omissão legislativa inconstitucional. Nesse sentido,

“[...] se a concretização incompleta resultar de uma deliberada intenção do legislador em privilegiar certa categoria de pessoas em detrimento de outras, haveria de ser reconhecida, na hipótese, a inconstitucionalidade por ação. Porém decorrendo apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem existir o propósito

---

<sup>12</sup> Trata-se da ADI 4277/DF e da ADPF 132, em mai/2011 quando em seu voto, o Min. Gilmar Mendes entendeu existir uma lacuna legal e que deveria ser suprida por meio da aplicação de analogia.

deliberado de arbitrariamente favorecer pessoas, grupos ou situações, verificar-se-ia autêntica inconstitucionalidade por omissão” (CANOTILHO, 2011, p. 1035).<sup>13</sup>

Para Mendes (2005) a ADO pode ser utilizada para o processo de controle abstrato de constitucionalidade. Apesar de ressaltar que os dois processos, o de controle de normas e o controle de omissão, acabam por ter formal e substancialmente o mesmo objeto, para ele, o problema se restringe à técnica apropriada para o deslinde da questão. Ou seja, o referido autor já vislumbrava a metodologia da integração para solucionar as omissões legislativas inconstitucionais parciais (MENDES, 2005).

Outro fato também importante a ser identificado é o momento de atuação do Poder Judiciário. De acordo com Pedra, “o exercício da função legislativa *stricto sensu* pelo Tribunal Constitucional deve ocorrer somente quando se está diante de uma imposição constitucional ao legislador, de uma ordem para legislar” (2011, p. 1-3).<sup>14</sup>

A Constituição, para executar os seus comandos, depende do legislador, do Poder Legislativo, a quem incumbe a função de editar a norma necessária para completar o exigido pela Carta Maior. Assim, a omissão por inconstitucionalidade legislativa ofende a Constituição Federal, que tem suas disposições travadas, sem poder dar aplicação ou execução a seus comandos.<sup>15</sup>

Sob essa perspectiva, é importante ressaltar que o legítimo detentor de competência para editar leis é o Poder Legislativo. Contudo, de modo excepcional, os Tribunais Constitucionais, de pouco tempo para cá, estenderam as suas jurisdições para exercer a função legislativa *stricto sensu* quando a atuação do Legislativo se mostrar insuficiente ou omissa. Ou seja, a função legislativa positiva.

É importante anotar que o movimento do Poder Legislativo é, e deve ser, mais lento, em decorrência de sua própria formação política. No Brasil, a Câmara e o Senado são divididos em Comissões, com o objetivo de ouvir a sociedade organizada sobre os mais diversos assuntos. É notório que existem assuntos complexos em que muito se cobra uma postura do Poder Legislativo, que não são de fácil solução.

Logo, deve-se observar e analisar, com as cautelas necessárias, as razões do não legislar em tempo suficiente do Poder Legislativo, sendo que, em várias situações, a própria sociedade

---

<sup>13</sup> A respeito do princípio da igualdade na vertente da inconstitucionalidade por omissão, pode contemplar casos como a desigualdade na concessão de subsídios, omissão parcial. Cf. PORTUGAL, 2002.

<sup>14</sup> O mesmo autor, em seu artigo, diferencia a inconstitucionalidade comissiva da omissiva, quando afirma que esta não pode ser tratada com o mesmo instrumento teórico daquela, pois a comissiva não comporta a teoria da invalidade dos atos administrativos (PEDRA, 2011).

<sup>15</sup> É importante salientar que a fiscalização da constitucionalidade está inserida na própria Constituição, que atribui a órgão(s) essa competência para exercitá-la.

rejeita tais alterações. Aqui, a questão da demora, ou tempo demasiado, sustentadas em supostas omissões apresentadas aos tribunais (muitas vezes travestidos de legitimidade e moralidade, com metodologias inapropriadas) devem ser observadas com lupa, para não se corromper o verdadeiro sentido da Constituição.

Deve-se lembrar sempre que os Tribunais Constitucionais ao legislarem nas hipóteses de omissões legislativas inconstitucionais atuam de maneira supletiva e residual, buscando a legitimidade (que não detêm originariamente) sob o fundamento de dar efetividade aos comandos constitucionais, em decorrência da inoperância total ou parcial do Poder Legislativo. Nesse sentido, discute-se muito acerca da independência e harmonia entre os Poderes e as suas respectivas competências.

É sabido que o Poder Legislativo, em algumas situações, não demonstra capacidade de produzir consensos políticos internos acerca de temas eminentemente controvertidos, que acabam por desaguar no Judiciário em busca de uma solução. O Poder Legislativo, em decorrência de interesses individuais e partidários internos, é incapaz de encontrar soluções para os seus conflitos e, cada dia mais, fortalece o Judiciário, que não detém a mais importante legitimidade, que é de ser votado, mas supletivamente vai avançando sobre as atribuições e competências do Poder Legislativo.

Imprescindível ter sempre em mente que o Poder Legislativo tem uma função especificamente política, enquanto o Judiciário, em sua formação, tem a ligação jurídica mais forte. É cristalino que a Constituição Federal do Brasil é uma carta jurídica, mas também política, de modo que o STF é o guarda-chuva de todos os outros tribunais inferiores, ligados pelo vínculo jurídico.

A discricionariedade que o Poder Legislativo possui para editar leis, com certeza, é mitigada, pois em determinadas situações esse poder passa ser uma obrigação. Se a Constituição determina a feitura de uma norma infraconstitucional, com a ausência de tal regulamentação em tempo razoável, passa-se a falar em omissão legislativa inconstitucional, pois tal inércia sai do campo da legitimidade/discricionariedade para o do descumprimento constitucional extemporâneo. Nesse momento, o Judiciário torna-se legitimado, pois a Constituição já não está mais sendo cumprida em seus comandos e em sua soberania. A ideia consequente é dar efetividade ao texto constitucional.

Por um lado, vê-se a impossibilidade da Constituição Federal do Brasil e de outros países democráticos conviverem, indefinidamente, com omissões inconstitucionais que afetam, em especial, os direitos fundamentais. Por outro, é preciso que haja moderação nesta atuação do Poder Judiciário, para que os excessos não venham a trazer prejuízos irreparáveis para o

Estado Democrático de Direito. O bom senso e o diálogo permanente não podem se afastar do Congresso Nacional e do STF, sob pena de perda da credibilidade dos Poderes, da Democracia e da própria Constituição.

Visando a buscar um meio termo nessa situação, relativamente à omissão legislativa inconstitucional, Piovesan (2003) apresenta uma possível solução onde o STF, ao se deparar com essa situação, abriria um prazo de 45 dias para que o legislador suprisse a omissão inconstitucional — prazo semelhante ao de “regime em urgência”, conforme prevê o art. 64, § 2º da Constituição Federal do Brasil.<sup>16</sup> Nesse sentido,

“O exercício da função legislativa *stricto sensu* pelo Tribunal Constitucional no controle das omissões legislativas inconstitucionais só é aceitável como mecanismo garantidor da eficácia da Constituição em face da inércia inconstitucional do órgão que detém a competência titular (originária) para o exercício da função legislativa” (PEDRA, 2011, p. 18).

Logo, a atuação do STF, em se tratando de omissão legislativa inconstitucional, deve ser apenas para a curadoria da Constituição, revelando-se objetiva e adotando o sentido atual da Carta Magna. Aqui, importa eliminar a inconstitucionalidade e assegurar o cumprimento da Constituição. Além do mais, essa omissão deve ser relevante, produzida a partir da inércia do Poder Legislativo. Não é qualquer omissão que deve ser expurgada por meio de atuação judicial como legislador positivo, com a produção de sentenças aditivas, devendo-se também analisar com profundidade o tempo decorrido pelo legislador infraconstitucional, e saber se ele já poderia ter produzido a norma para suprir essa omissão inconstitucional. Canotilho (1980, p. 273) ainda menciona uma medida mínima cujo descumprimento dá ensejo à atuação judicial:

“O cumprimento desse dever de normação está sujeito a uma medida “mínima” sendo violada a “proibição insuficiente” (*Untermassverbot*) quando as normas de proteção ficarem aquém do constitucionalmente exigível. Efectivamente, “o Estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma defesa eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma “insuficiência de juridicidade estatal” deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais” (CANOTILHO, 1980, p. 273).

Não obstante, a atuação do Poder Judiciário não pode se restringir às chamadas lacunas axiológicas ou técnicas, encontradas nas omissões inconstitucionais legislativas por omissão relativa ou parcial, ou seja, aquela que o poder Legislativo atuou de maneira incompleta, ou

---

<sup>16</sup> É de bom alvitre lembrar que o Tribunal Constitucional Alemão, por meio do Apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), comunica ao Poder Legislativo que poderá declarar a inconstitucionalidade em breve de determinada norma, entendendo necessária a mudança legislativa.

*strictu sensu*. O STF pode, e deve, atuar também nas omissões inconstitucionais legislativas totais, ou sem qualquer produção legislativa, com a aplicação do princípio da proporcionalidade ainda que discutível a aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente. Assim,

“A omissão inconstitucional que merece reprimenda do Tribunal Constitucional como exercício da função legislativa *stricto sensu* é aquela que gera uma lacuna axiológica, que compromete a finalidade constitucionalmente almejada e que desdém de uma ordem constitucional para legislar” (PEDRA, 2011, p. 21).<sup>17</sup>

É imprescindível a análise dos princípios a partir do enfoque dado pela CF/88. Na atualidade, outro é o entendimento, pois antes da atual Constituição, as omissões inconstitucionais legislativas estavam vinculadas apenas às regras, de modo escrito e determinado. Hoje, também não se diverge mais em relação à necessidade do Controle de Constitucionalidade das Omissões em relação aos princípios: o campo de controle de constitucionalidade deve atuar sobre as duas classes de normas existentes: regras e princípios.

Caso o legislador infraconstitucional resolvesse revogar a tipificação dos crimes de estupro, homicídio ou roubo, estar-se-ia, certamente, diante de uma omissão legislativa inconstitucional total, na qual o Poder Judiciário teria que atuar identificando e determinando ao Congresso Nacional a edição de norma para fechar essa lacuna total, sob pena de um prejuízo incalculável para os direitos fundamentais estampados pela CF.

Também é controversa a discussão sobre a possibilidade ou não da aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente nas omissões totais, mas não há alternativa caso isso ocorra. Para Barroso e Perrone (2019, p. 306-329), na omissão total deve-se aplicar a técnica das decisões interpretativas, consistente na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e apelo ao legislador.<sup>18</sup>

Em julgado recente, o STF (BRASIL, 2021), decidindo o mérito do Tema 1003, com repercussão geral, fixou a seguinte tese por maioria de seus votos:

“É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 9.677/98 (reclusão de 10 a 15 anos, e multa) à hipótese prevista no seu § 1º, B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de

<sup>17</sup> É importante ressaltar a diferença existente entre as omissões total e parcial/relativas. Nas omissões parciais, o legislador atuou, ainda que de maneira incompleta, enquanto na omissão total o legislador não fez absolutamente nada. Na omissão relativa há a necessidade de se proteger o princípio da igualdade, onde dois objetos iguais recebem tratamento desigual do legislador. Essa desigualdade ou discriminação resulta do silêncio da lei quando exclui ou não inclui alguém de sua incidência. Tal omissão implícita deve ser fiscalizada de forma abstrata por ação.

<sup>18</sup> no caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão normativa total, não haverá declaração de nulidade, uma vez que o pronunciamento do tribunal não incide sobre uma norma, mas sobre a ausência absoluta dela, não havendo, portanto, o que anular (BARROSO; PERRONE, 2019, p. 306-329).

vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão de 1 a 3 anos, e multa)”, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandoswiski e Edson Fachin. Plenário 24.03.2021” (Sessão realizada por vídeo conferência. Resolução 672/2020/STF).

Extrai-se do julgamento que, em um primeiro momento, o STF declarou inconstitucional o preceito secundário, ou seja, a pena prevista no art. 273 do CP para aqueles que introduzem no Brasil medicamentos sem registro sanitário, perpassando as justificativas pela falta de proporcionalidade da pena criada pelo legislador. A partir dessa decisão, o STF atuou em favor de todos aqueles que já infringiram, ou que viessem futuramente a infringir essa norma penal. Em outros termos, atuou a favor do réu, no campo penal, ou *in bonam partem* (BRASIL, 2021).

No mesmo julgamento, o Min. Alexandre de Moraes abriu divergência, e o Tribunal, por maioria, reprimou a pena anterior do mesmo art. 273 do CP, ou seja, para quem incidir neste crime, o preceito secundário passará a ser de 1 a 3 anos. Aqui, atuou como legislador positivo, criando sentença aditiva para implementar uma norma extinta e aplicar uma pena, o que só poderia ter sido feito pelo Poder Legislativo, uma vez que essa penalidade não mais existia (BRASIL, 2021).

O Relator, o Min. Roberto Barroso, inicialmente, propôs que fosse preenchido o preceito secundário, ou seja, a pena para 2 a 5 anos de prisão, conforme se aplica no crime de contrabando.<sup>19</sup> Assim o acompanhou Ministro Nunes Marques (BRASIL, 2021). No entanto, para Sousa Filho (2019, p. 401-402) a melhor decisão seria essa:

“A vedação à edição de sentenças aditivas “*in malam partem*” é também aplicável quando o vácuo normativo é criado pelo próprio judiciário a partir da declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal. Embora o STJ tenha acertado ao reconhecer a inconstitucionalidade do preceito secundário do crime de ter em depósito, para a venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada (art.273, § 1º-B, do Código Penal), incorreu em grave equívoco ao suprir a omissão gerada pela declaração de inconstitucionalidade criando uma pena para o delito com base na analogia com a sanção prevista no art. 33 da Lei de Drogas. A melhor saída seria simplesmente desclassificar o delito para contrabando — já que a conduta proibida pelo art. 273, § 1º-B, do Código Penal também é especial em relação ao delito de contrabando — e aplicar a pena prevista no art. 334 do Código Penal, sem fazer do judiciário um legislador positivo na criação de penas” (SOUSA FILHO, 2019, p. 401-402).

---

<sup>19</sup> Com previsão no art. 334-A do CP, o crime de contrabando consiste na importação, exportação ou negociação de mercadorias proibidas.

Em razão de tal fundamentação, parece mais apropriado o voto do Relator Barroso, pois mais consistente, aplicando de maneira subsidiária norma que estava em vigor (BORGES, 2019).<sup>20</sup>

Resta a discutir se o STF, assim agindo, atuou como legislador positivo ou não. A resposta é afirmativa, pois, lançando mão da analogia, procura uma norma para fechar uma lacuna produzida pelo Judiciário em razão da inconstitucionalidade identificada de preceito secundário.<sup>21</sup> Assim, o STF andou bem e dentro dos limites da jurisdição constitucional no campo penal quando declarou inconstitucional a pena desse tipo penal, pois desproporcional, mostrando a discrepância entre a gravidade do delito e a pena *in abstracto*. Desta forma, acertou quando afastou o preceito secundário editado pelo Poder Legislativo.

De outro lado, o STF, no mesmo julgamento, parece não ter adotado a melhor decisão ao reprimir uma lei ab-rogada (fora do ordenamento jurídico) para preencher uma lacuna criada em decorrência da declaração de inconstitucionalidade oriunda de decisão da própria Corte. Aqui, agiu contrário ao princípio da legalidade, aplicando, analogicamente, uma lei que não mais existia, em substituição a uma lei desproporcional ao fato descrito no preceito secundário do tipo penal.

Nesse sentido, o art. 2, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) prevê que, salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. Em suma: o STF declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273 do CP, o que foi correto; a seguir, seria coerente com o princípio da legalidade preencher a lacuna criada pelo STF simplesmente acionando o delito subsidiário do contrabando (inicialmente proposto por Luís Roberto Barroso). A conclusão é que a pena fixada pelo STF, por lei reprimida, não obedece ao princípio da legalidade.

Entretanto, uma vez identificado esse vazio jurídico, aplicou-se a analogia *in bonam partem* de maneira direta ao dispositivo impugnado, estendendo o benefício aos prejudicados e restabelecendo a inconstitucionalidade declarada por meio de uma decisão construtiva aditiva, denominada *rime obbligate* pelos italianos (SÁ, 2009).

---

<sup>20</sup> É verdade que há precedente da Corte Italiana em sentido contrário, afirmando que o princípio da legalidade não preclui o escrutínio da Constitucionalidade, ainda que “*in malam partem*”, de norma penal favorável. Cf. ITÁLIA, 2006. A invalidação de lei que cria hipótese de excludente de ilicitude em descompasso com a Constituição não pode ser comparada à produção de sentença aditiva “*in malam partem*”. Embora se deva prestigiar “*prima facie* a técnica decisória que não promova a ampliação do poder punitivo do Estado, não se pode desprezar a excepcional possibilidade de invalidação com eficácia retroativa de lei mais benéfica, especialmente quando a redução do campo de incidência da lei penal seja patentemente contrária à Constituição.

<sup>21</sup> Tal situação refere-se à pena exacerbada editada pelo Poder Legislativo ao art. 273 do CP, com a pena em *abstracto* variando entre 10 e 15 anos.

Os tribunais assim agindo, segundo Sá (2009), não invadem a seara do legislador, mas ao contrário, tornam as normas constitucionais autoaplicáveis para que a Constituição alcance a efetividade. Ademais, aduzem que as sentenças aditivas são formas de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito, não se discutindo mais sobre sua admissibilidade no direito brasileiro, mas sim sobre os seus limites, que devem ser respeitados.

A autora esclarece também, que as obrigações constitucionais do legislador podem ser descumpridas pelo silêncio transgressor (um não atuar devido), e ainda pelo agir insuficiente (um não atuar completamente devido). Arremata que, em sentido jurídico-constitucional, omissão significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado, pois a omissão inconstitucional só se concretiza quando há a exigência constitucional de ação (SÁ, 2009).

Na visão de Sá (2009, p. 7), os tribunais constitucionais ao constatarem a inconstitucionalidade por omissão, têm as seguintes opções:

- a) podem declarar a inconstitucionalidade das normas que contenham essas omissões e, nesse caso com a paralisação de sua eficácia, a igualdade ficaria restabelecida, não com a melhoria dos excluídos, mas com a generalização da situação menos favorável;
- b) podem declarar a nulidade sem redução do texto, materializada na declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial, com ciência ao poder competente; e
- c) estender ao grupo excluído o benefício do qual foi injustamente privado.

A simples declaração de inconstitucionalidade da lei acarreta outra situação, pois restabelecendo a situação anterior, não atende a pretensão do ofendido, além de atingir aqueles que já são beneficiários da lei impugnada. De igual modo, a declaração parcial de inconstitucionalidade, com ciência ao Legislativo não resolve a situação posta, conforme estabelece o art. 103, § 2º, da Constituição Federal, ou seja, não tem sanção.

Em decorrência dessa falta de efetividade, na maior parte em relação ao princípio da igualdade, é que os Tribunais Constitucionais, e aqui no Brasil o STF, têm utilizado sentenças construtivas, mais propriamente as sentenças aditivas, com a finalidade de superar tais omissões e restabelecer a constitucionalidade, aqui aviltada.

Buscando referências em outros ordenamentos jurídicos, cita-se o panorama alemão onde, quando a norma legal vulnera o princípio da igualdade (*Bundesverfassung*), tem-se declarada a incompatibilidade, sem a declaração de nulidade, para que não se retire tal norma do ordenamento jurídico e seja evitado um vazio normativo. Tal nulidade eliminaria totalmente os benefícios sem, contudo, resolver sobre a extensão do benefício ao grupo excluído. Assim, com essa declaração, o Tribunal expressa ao legislador a obrigação de dar fim à discriminação

e, ao mesmo tempo, entende que apenas o legislador pode restabelecer o princípio da igualdade (SÁ, 2009).<sup>22</sup>

O Tribunal Alemão também se utiliza da técnica das chamadas “sentenças apelativas”, onde é feito, pela Corte, um apelo ao Legislativo, embora reconhecendo a regularidade da norma, encontra-se orientada à progressiva inconstitucionalidade, para fazer as devidas adequações, conforme as exigências constitucionais (SÁ, 2009).

Por sua vez, no Tribunal italiano, as sentenças aditivas são bastante relevantes notadamente porque a jurisdição constitucional italiana se viu obrigada a suprir diversos vácuos normativos gerados pela incompatibilidade entre a legislação fascista e a Constituição do pós-guerra. Tais sentenças receberam os nomes de “*sentenze additive y sentenze aggiuntive*” (SANCHEZ, 1998). A importância reside em dar eficácia aos comandos constitucionais. Na Espanha, a jurisprudência constitucional tem utilizado de diversas técnicas tais como as recomendações ao legislador, as sentenças aditivas e as decisões de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade (SILVA, 2003). Na Áustria, aplica-se o efeito “*ex nunc*” da declaração de inconstitucionalidade e a possibilidade de o Tribunal limitar “*in futuro*” os efeitos da anulação (MEDEIROS, 1999). Nos Estados Unidos, os tribunais têm solicitado aos órgãos legislativos que aprovem leis necessárias aos direitos fundamentais (SÁ, 2009).

Segundo Sá (2009, p. 425) “a finalidade do processo de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão é a censura a omissões legislativas inconstitucionais de normas constitucionais não exequíveis por si próprias”. E em razão disso, citando Blanco de Moraes (2005), adverte que o sistema não abrange as omissões relativas originadas da insuficiência de uma legislação incompleta violadora de direitos fundamentais instituídos ou assegurados por princípios e normas constitucionais exequíveis por si próprias ou com alcance auto aplicativo.<sup>23</sup>

Conforme exposto acima, para alguns autores, a decisão de inconstitucionalidade por omissão é meramente declaratória, não podendo o tribunal criar totalmente a norma que falta, mas apenas dar ciência ao legislador omissor. Contudo, vários Tribunais Constitucionais têm

---

<sup>22</sup> A aplicação da declaração de incompatibilidade não se esgota no domínio das violações do princípio da igualdade. O Tribunal Constitucional Federal alemão também opta por essa declaração em outras circunstâncias, quando decide manter a aplicação da lei durante um período transitório para evitar o vazio normativo (Cf. BOFILL, 2002; MEDEIROS, 1999, p.466-467; SILVA, 2003, p. 114-115).

<sup>23</sup> Esclarece ainda o preclaro doutrinador que “as omissões absolutas, pelo facto de não se reconduzirem às lacunas técnicas, não podem ser integradas por via jurisdicional, nem sequer sujeitas a um controle constitucionalidade por ação, mesmo que esteja em causa a ofensa a direitos fundamentais” e, quando o autor discorre sobre as omissões relativas assevera que “a norma de caráter implícito gerada pelo silêncio parcial do legislador é passível de censura em sede de fiscalização concreta por ação, bem como de eventual reparação, através da correção ou integração por via jurisdicional, da lacuna de caráter axiológico que motivou o cenário de inconstitucionalidade” (MORAIS, 2005, p. 847-848).

utilizado as decisões construtivas aditivas — especialmente nas omissões legislativas relativas e parciais inconstitucionais — para suprir lacunas inconstitucionais.

Essas normas, decorrentes das assim chamadas decisões aditivas, são conhecidas por construtivas, manipulativas ou modificativas. Elas não alteram a estrutura gramatical da norma combatida, mas o seu significado, por meio de outra norma aditiva, a princípio remanescente: a decisão aditiva visa a corrigir a inconstitucionalidade para o futuro.

São nessas decisões e nas decisões substitutivas em que mais se discute sobre a invasão de competência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Aqui, como a própria sentença aditiva, há por efeito aumentar ou ampliar o seu conteúdo normativo que não está previsto no texto originário. Assim, o texto da decisão impugnada não pode ser afetado pela sentença aditiva, mas, como dito, pode ter seu efeito aditivado, aumentado ou ampliado. Enquanto nas sentenças substitutivas, muda-se o próprio texto normativo, substituindo a edição da norma produzida pelo Poder Legislativo por outra norma e sentido construídos pelo Poder Judiciário. Trata-se no gênero de sentenças intermediárias.

Vê-se que a declaração de inconstitucionalidade parcial não recai sobre a norma em si, mas na parte que ela deixou de prever, ou seja, naquilo que deveria estar prescrito, conforme a Constituição. Em razão disso, retira-se uma norma não expressa para inserir no sistema jurídico uma norma implícita, extraída da interpretação da Constituição (SÁ, 2009, p. 12). Isso ocorre, inicialmente, pois a norma constitucional não continha tudo aquilo que deveria conter para conferir efetividade à Constituição.

A legitimidade das Cortes Constitucionais, e aqui do STF, não está aberta para legislar sobre qualquer matéria, como é a competência do Poder Legislativo, mas está limitada àqueles casos em que haja uma única solução possível para manter a inconstitucionalidade do texto impugnado. Esse é o entendimento de Barroso e Perrone (2019, p. 313), segundo os quais, “a superação da omissão relativa só poderia ocorrer de uma única forma obrigatória à luz da Constituição (*soluzione a rime obbligate*)”.<sup>24</sup>

As decisões aditivas são técnicas que adicionam ou substituem conteúdos normativos. Ao invés de interpretar (conferir sentido a norma), realizam a integração de um conceito indeterminado, supondo preencher uma lacuna técnica, consubstanciando a solução preferível ante uma omissão legislativa.

---

<sup>24</sup> Cf. CRISAFULLI, 1978. ZAGREBLELSKY, G.; MARCENÓ, V., 2018. BLANCO MORAIS, 2009. BRUST, 2014; SÁ, 2009; GONÇALVES, 2016.

Também essas sentenças aditivas são criticadas em razão das repercussões financeiras que estão submetidas à reserva de lei. Esse é um problema grave por causa da necessidade da previsão orçamentária. De acordo com Barroso (2006),

“Para os casos de patente injustiça há uma fórmula que se pode alvitrar para legitimar a ação aditiva, que estende benefício a quem tenha sido indevidamente excluído. Nas hipóteses extremas, o Supremo Tribunal Federal poderia estabelecer um prazo, e.g. início do exercício financeiro seguinte — para que se procedesse à inclusão ou se desse outra solução constitucionalmente legítima. Desse modo, estar-se-ia buscando uma forma de conciliação entre princípios como o da supremacia da Constituição e da isonomia, de um lado e os princípios orçamentários, da separação de poderes e da legalidade, de outro” (BARROSO, 2006, p. 240).

De qualquer forma, cabe destacar que essa técnica de integração normativa exercida pelos Tribunais Constitucionais por meio das chamadas decisões aditivas constitui mecanismo decisório diferente das demais decisões interpretativas. Nesse sentido, vale conferir a advertência de Sousa Filho (2019):

“A técnica decisória da *interpretação conforme* permite que o STF exclua interpretações da lei incompatíveis com a Constituição, chegando até mesmo a fixar a única interpretação constitucionalmente admissível da lei. Já as *sentenças aditivas* realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio de criação de um novo segmento normativo (não referível a um dispositivo legal pré-existente) com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais).

A confusão entre *interpretação conforme a Constituição* e *sentença aditiva* não é mera questão terminológica: cria estímulos para uma atuação não sincera da jurisdição constitucional como legislador positivo e, com isso, dificulta a compreensão acerca dos limites do exercício dessa competência. Uma coisa é eleger a interpretação da lei que a torne compatível com a Constituição, a partir dos limites semânticos oferecidos pela própria lei. Coisa diversa é superar omissão legislativa inconstitucional por meio da criação de novas normas jurídicas, que não cabem nos limites semânticos da disposição legal interpretada. Definir o espaço de atuação de cada uma dessas técnicas decisórias é importante para criar parâmetros precisos de legitimação da jurisdição constitucional: o STF deve definir claramente as hipóteses em que cria direito novo por meio de sentença aditiva, para que se possa averiguar de modo transparente se essa atuação como legislador positivo se justifica ou não à luz da Constituição, notadamente do princípio democrático” (SOUSA FILHO, 2019, p. 383-386).

Essa diferença entre as decisões aditivas e as demais sentenças interpretativas tem importantes consequências no âmbito da jurisdição constitucional, principalmente no campo penal. A primeira e mais importante delas é a proibição da prolação de sentenças aditivas *in malam partem*, consagrada no campo penal, tendo por sustentáculo o princípio constitucional da legalidade. Essa ideia será desenvolvida com maior vagar nos próximos capítulos.

## 1.2 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL NO DIREITO PENAL

Em decorrência da inércia do Poder Legislativo, depara-se com um grande problema a ser enfrentado pelas Cortes Constitucionais: qual o limite do Poder Judiciário na supressão das lacunas axiológicas e até onde vai a sua jurisdição e competência na produção de decisões construtivas aditivas? Decisões que são, por sua vez, resultado da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo.

Aqui reside um grande problema, pois ao atuar como legislador, o Poder Judiciário está tomando para si uma legitimidade que pertence originariamente ao Poder Legislativo. Em razão dessa atuação, essa produção seria caso de ativismo judicial, com usurpação de função do Poder Legislativo. É preciso um limite ou parâmetro para o STF atuar sem afetar a harmonia com o Poder Legislativo. Mas como solucionar as omissões inconstitucionais legislativas, que por inércia do Poder Legislativo provocam ineficiências na Lei Maior? O problema central, ao que parece, aloja-se no campo penal, em razão de suas peculiaridades.

A autocontenção do STF, ou *self-restraint*, tem dado lugar, em alguns casos, a uma Corte Constitucional mais proativa, que abandona sua atuação histórica como legislador negativo e passa a decidir, como legislador positivo, em matérias antes inimagináveis. Para controlar a constitucionalidade de leis penais, os Tribunais Constitucionais, nas omissões legislativas, têm se valido da técnica da integração — muitas vezes afastando-se do papel de mero legislador negativo —, atuando como legislador positivo, por meio das decisões construtivas aditivas, na busca da solução tais problemas. E muitos entendem tratar-se de ativismo judicial.<sup>25</sup>

Em decorrência de crescente violência, principalmente dos crimes de violência letais intencionais (homicídios, feminicídios, lesão corporal seguida de morte e latrocínios) e em razão de alguns casos emblemáticos (como o caso Marielle Franco) que afetam a sensação de segurança da sociedade, o mundo político tem se arvorado para criar leis, na maioria das vezes majorando as penas que já não são baixas, não ingressando no cerne das questões e, por consequência, não solucionando o problema da criminalidade (IPEA, 2020). Com efeito, a criação de leis de modo isolado, fora do conjunto normativo, não soluciona a situação. As normas penais devem ser criadas dentro de um conjunto harmônico, em obediência a todos os requisitos para sua existência; a sua reserva deve ser especial.

Assim, muitos casos que deveriam ser resolvidos na seara administrativa, ou mesmo cível, passaram a ser tipificados penalmente, fazendo crer que todo o tipo de conduta, seja qual

---

<sup>25</sup> O Desembargador Néviton Guedes, em artigo nominado “O Juiz entre o ativismo judicial e autocontenção”, jul/2012, discorre sobre a figura do julgador entre avançar na seara do Poder Legislativo (como legislador positivo) e a autocontenção. Aqui o autor procura o equilíbrio na atuação judicante.

for a sua intensidade, deve estar dentro do campo penal. Tornar a maioria das condutas em tipos penais não contribui para a eficiência do ordenamento jurídico. O que se vê, por vezes, são situações em que os legisladores que não estão preocupados nem com a eficácia do comando constitucional.

A CF não tolera e não pode conviver com omissões legislativas inconstitucionais por inércia do Poder Legislativo, que tem o poder e dever de legislar e detém a legitimidade popular, de certo modo, discricionário. De outro lado, entretanto, a discricionariedade do legislador é mitigada pela própria Constituição, que reclama deste uma intervenção em tempo adequado, a fim de superar tais vazios técnicos. A lei maior não pode conviver com essas inconsistências, pois nestes casos a CF deixa de produzir eficácia, a qual é a razão de sua existência. Desse modo, em determinado momento, o Poder Judiciário fica sem escolha, ou sem alternativa, pois apesar da legitimidade originária ser do Congresso Nacional, eleito para essa finalidade, aquele que deve agir para sanar a lacuna técnica, deixou de cumprir o seu *munus* em tempo devido, legitimando, portanto, o Judiciário para criar e/ou corrigir as omissões apontadas.

Na atualidade, não são apenas regras Constitucionais que estão sendo aferidas quanto às omissões inconstitucionais, mas, de igual modo, os princípios. Logo, a atuação legislativa que não correspondia em grande parte à necessidade de a Constituição ser efetiva, sem lacunas técnicas, em razão das omissões inconstitucionais, agora passa a ser mais acentuada, em razão dos princípios que devem ser tão considerados quanto as regras; afinal, são todas normas jurídicas.

Em razão de tal situação, após a inércia indefinidamente prolongada na qual incorre o legislador perante a CF, mas considerado mais que razoável pelo Poder Judiciário (quando não previsto na própria Constituição), este entende que, de forma supletiva, passa a ter legitimidade e jurisdição para solucionar a omissão inconstitucional identificada, pois como guardião da CF, deve zelar por sua plena efetividade. Nesse momento, além de ser um legislador negativo, ou um hermeneuta tradicional, interpretando conforme a CF, declarando a constitucionalidade ou não da matéria apreciada, o STF passa a ser também um legislador “positivo”, cujo objetivo é suprir a omissão inconstitucional legislativa identificada, mas não solucionada por quem teria essa obrigação — o Poder Legislativo.

Nesse sentido, a nova metodologia de análise utilizada pelas Cortes Constitucionais deve ser a da decisão construtiva aditiva com a técnica da integração para justificar a atuação como legislador positivo. A técnica ou mecanismo dessa metodologia é de que por meio da norma constitucional, da qual resulta a omissão inconstitucional legislativa, o Judiciário, atuando como legislador positivo, utiliza-se da analogia (visando à extensão) de uma norma

parelha dentro do ordenamento jurídico e dá nova extensão e sentido de interpretação ao texto considerado omissivo.

Por óbvio que a Constituição não deve conviver com omissões inconstitucionais legislativas, seja ela a absoluta ou relativa. No entanto, em razão da pressão social, da busca de soluções jurídicas rápidas e dos movimentos em defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário tornou-se mais proativo, principalmente, na intenção de punir, estendendo sua jurisdição para o campo penal. Assim o faz por meio da criação de sentenças aditivas, inclusive em relação a normas penais e, em algumas situações, criminalizando condutas não previstas em lei. Tal fato se agrava a partir do momento em que a maioria dos casos trabalhados sob essa perspectiva são assuntos de grande relevância, que atingem a opinião pública de modo substancial.

Com efeito, a superação da omissão legislativa inconstitucional no campo do Direito Penal é mais complexa do que a solução na maioria de outros ramos do direito. Entretanto, o Poder Judiciário tem lançado mão do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente<sup>26</sup> para justificar a sua atuação nessa matéria. É pacífico o entendimento de que essa nova vertente opera em defesa dos direitos fundamentais e, por vezes, as partes solicitam a intervenção do Poder Judiciário como legislador positivo no campo penal, o que, a princípio, parece ser legítimo. Entretanto, um ponto nodal é identificar os limites de atuação do Judiciário na seara penal. Apesar das dúvidas, mais acertado é que no campo penal a atuação do STF não é tão simples, como adverte Sousa Filho (2019, p. 138), baseando-se no princípio da reserva legal: “a Corte não pode legislar positivamente para ampliar o poder punitivo penal”.

A criação no campo penal cabe como reserva ao Poder Legislativo. Caso o Poder Judiciário legisle em matéria penal, apesar de inicialmente controverso, deve somente fazê-lo em benefício do réu. Entretanto, tem se visto que o STF, às vezes, abandona os parâmetros da legalidade e da taxatividade, que a princípio não podem ser superados, e dá lugar ao pragmatismo, agindo como legislador positivo. Avança, assim, na competência do Poder Legislativo, em todas as searas do campo penal.

Por vezes, a justiça depara-se com situações em que todos concordam que o Estado deve proteger e dar uma resposta imediata para a sociedade, como é o caso da criminalização da homofobia e da transfobia. Inicialmente, transparece que o STF deveria solucionar de imediato as barbaridades perpetradas contra esses grupos de pessoas. Todos concordam que o Estado

---

<sup>26</sup> Aqui, o Estado descumpra o dever de atuar minimamente, abaixo da linha permitida, ou atua de forma insuficiente de forma a garantir a devida manutenção ou estabelecimento dos direitos fundamentais.

deveria solucionar essa situação discriminatória, uma vez que essas agressões contra minorias se encontram em patamar abaixo do mínimo de dignidade da pessoa humana; surgindo defensores da atuação do Poder Judiciário. De outro lado, suscita-se a indagação sobre a adequação, aos princípios e regras penais regentes, da metodologia aplicada para a criminalização da homofobia e da transfobia. Indaga-se se a melhor técnica concede ou não essa jurisdição ao STF para produzir sentença aditiva *in malam partem* (pois a decisão afetará outros indivíduos), em se tratando de direitos fundamentais, como ocorreu. Estas vozes clamam que a atuação não poderia sair do circuito do Poder Legislativo.

Não se pode decidir, em algumas situações, utilizando o princípio da reserva legal e, em outros momentos, fundamentando os votos ou decisões naquilo que seriam os resultados melhores, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos; o direito penal cobra coerência e não aceita remendos. O argumento dos limites semânticos não pode servir de mantra para solucionar todos os casos. É preciso que se tenha segurança jurídica com a atuação do Poder Judiciário, com decisões claras, previamente delimitadas e que definam os limites da jurisdição do STF; daí a importância de delimitar os parâmetros de atuação em matérias penais.

Para Sousa Filho (2019), o STF não pode criar normas penais em prejuízo do réu: o caminho do princípio da reserva legal é considerado intransponível. Entretanto, por vezes, não acatando essas limitações, a Corte Constitucional continua a estender a sua jurisdição, atuando inclusive como legislador positivo, para entrar neste deserto do campo penal em desfavor do réu. Em alguns casos, vê-se com clareza que se trata de atuação do STF como legislador positivo, já que não encontra parâmetros dentro da norma, segundo os limites semânticos da lei interpretada.

É importante ressaltar que a CF permite a criação de sentenças aditivas a partir do Mandado de Injunção, quando haja a falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas relacionadas à cidadania, à soberania, à nacionalidade, conforme dispõe o art. 5º, LXXI, CF/88. No MI, é preciso que o exercício do direito esteja inviabilizado, sendo fixado um prazo limite para atuação do legislador, para suprir tal omissão; para além desse prazo razoável, incorre-se em mora. Nesse caso, trata-se de omissão inconstitucional, de um direito fundamental previsto na CF, não podendo ser autoaplicável, sem qualquer norma regulamentadora.

Nesse sentido, uma das sugestões como parâmetro do STF para o enfrentamento das sentenças aditivas pode ser o MI, pois além da sua previsão constitucional, existem requisitos a serem cumpridos para que o STF possa se tornar legislador positivo, estabelecendo limitações e fixando a sua jurisdição. Observando tais fatores, o STF estaria legitimado para atuar como

legislador positivo em determinadas situações, impedindo que sua atuação invada a seara das normas penais que ocasionem prejuízo ao réu. Como disse Sousa Filho (2019, p. 384):

“Essa assertiva resulta da sinergia entre as seguintes premissas teóricas (i) a regra constitucional que disciplina o MI expressa uma norma de competência normativa deferida pela Constituição ao STF; (ii) a Constituição define o âmbito material de incidência da competência normativa do STF ao estabelecer que “conceder-se-á MI sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (SOUSA FILHO, 2019, p. 384).

No item 1.1 deste trabalho já discorremos sobre a omissão legislativa inconstitucional de um modo geral. Na seara do direito penal, por sua vez, existem várias peculiaridades que devem ser ditas e observadas.<sup>27</sup> Na metodologia da omissão legislativa inconstitucional relativa/parcial no campo penal, que desemboca na construção de uma sentença aditiva partindo de uma analogia elaborada por meio da integração, o STF utiliza-se de uma outra norma para aumentar o conteúdo e a interpretação de uma norma já existente, com o fim de acabar com a omissão e dar eficácia ao comando da CF.

Por vezes chegam pedidos ao STF que, em um primeiro momento, parecem estar inseridos no âmbito das técnicas tradicionais de interpretação — quase sempre por meio do acionamento da técnica da “interpretação conforme a Constituição” —, mas alguns não o são. Com clareza, vê-se que a metodologia ou técnica utilizada não é a da interpretação em busca do melhor sentido do texto, mas se trata, no fundo, de pedido de sentença aditiva para aditar ou substituir a lei, o que se revela tecnicamente inapropriado. Deve-se rechaçar a busca pelo legislador positivo por mera discordância do texto legal, limitando tal recurso à omissão inconstitucional legislativa, conforme as possibilidades legais já demonstradas.

Nesse sentido, cabe mencionar quando o Plenário do STF, tendo por relator o Min. Teori Zavascki, negou o pedido do *Habeas Corpus* nº 126.292, por maioria de votos, sob o fundamento de que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Dessa forma, atuou como legislador positivo quando deu interpretação aditiva ao art. 283 do CPP,<sup>28</sup> concluindo que é coerente com a Constituição o início da execução criminal

---

<sup>27</sup> É importante ressaltar que esse estudo deverá afunilar em duas possibilidades da analogia, a primeira *in bonam partem* e a segunda *in malam partem*. Alguns juristas, como será mostrado adiante no trabalho, entendem que a exclusão das sentenças aditivas no direito penal deve ser absoluta. Outros sustentam que as Cortes Constitucionais não podem legislar quando se trata de interpretação por analogia ou extensão *in malam partem*, mas aceitam que o legislador positivo atue *in bonam partem*.

<sup>28</sup> Nesse sentido, o art. 283 do CPP (BRASIL, 1941): “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)”

quando houver condenação confirmada em segundo grau, ressalvadas as hipóteses de atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível (BRASIL, 2016b).

Todavia, transparece que não existe essa coerência constitucional e tampouco um texto que justificasse a analogia de tal decisão. Zavascki apresentou como fundamentação de sua decisão, por analogia, a Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135/2010 –, que consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado (BRASIL, 2016b). Não se trata, portanto, de lei substantiva ou adjetiva penal para justificar tal atuação positiva, portanto, fora da seara penal.

Aqui, o Supremo não se limitou a escolher a melhor interpretação “conforme a Constituição”. Sem dúvida, o STF deu novo sentido ao art. 283 do CPP, fora da técnica da interpretação. Ele atuou como legislador positivo no campo penal, contrariando ao que parece o princípio da reserva legal e ainda interpretou extensivamente esse artigo, que neste caso era um ato de reserva exclusiva do legislador.<sup>29</sup> Com essa decisão, o cumprimento da pena trouxe prejuízo para muitos réus, que tiveram antecipado o cumprimento de suas respectivas penas, sem aguardar o trânsito em julgado de suas condenações. Logo, utilizando a Lei da Ficha Limpa como base para analogia nessa decisão, o STF atuou *in malam partem*.

Não é correto afirmar que a única possibilidade de interpretação do artigo 5º, LVII, da CF é a que permite apenas o início da execução da pena após o trânsito em julgado. Ao contrário, entende-se que se pode optar pelo início da execução da pena após o julgamento em segunda instância sem qualquer vício de inconstitucionalidade.<sup>30</sup>

Em julgamento recente, realizado em dezembro de 2019, o Plenário do STF voltou a enfrentar o tema da prisão, após a condenação em segunda instância. Por seis votos a cinco, mudaram novamente o entendimento e decidiram, de maneira que parece tecnicamente mais acertada, que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.<sup>31</sup>

Outro caso é a ADI nº 5.874, ajuizada pela PGR, relativamente à suspensão de incidência do Decreto Presidencial de Indulto nº 9.246/2017, onde o STF declarou, por sete

---

<sup>29</sup> Aliás, uma observação importante é que o legislador pode optar pelo início da execução da pena, após o julgamento em segunda instância, sem qualquer vício de constitucionalidade, pois a ADC 43, ao contrário da ADC 44, não fala sobre o início da execução da pena. Cf. BRASIL, 2019c; e BRASIL, 2019d.

<sup>30</sup> Com efeito, a ADC 43 não defende que a única interpretação possível do princípio constitucional da presunção de inocência (previsto no inciso LVII do art. 5º da CF) é a adoção do trânsito em julgado como momento de início do cumprimento da pena — o que faz a ADC 44. Defende-se, isso sim, que o art. 283 do CPP, em vigor desde 2011, veicula uma das interpretações possíveis a que se abre a Constituição. Ou seja, embora a lei possa adotar um outro critério temporal para o início do cumprimento da pena, escolheu em 2011, o trânsito em julgado, e essa opção não ofende a Constituição devendo ser respeitada pelo STF. Cf. BRASIL, 2019c; e BRASIL, 2019d.

<sup>31</sup> Cf. MIGALHAS, 2019.

votos a quatro, sua constitucionalidade. O relator, Min. Luís Roberto Barroso, votou pela procedência parcial da ação. Ele decidiu por excluir do âmbito da incidência do indulto natalino os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na lei de licitação e os crimes de lavagem de dinheiro. Ao final, o plenário julgou nos termos do princípio da legalidade, contrário ao voto do Relator, caso que será melhor abordado ao final desta dissertação (BRASIL, 2019a).

Em razão disso, surge a pergunta mais importante que o STF deve responder: quais são os limites de sua jurisdição na metodologia da integração, atuando como legislador positivo? O presente trabalho não contesta o STF sobre as fundamentações de ordem filosófica e sociológica dos temas abordados, mas discute o limite da jurisdição da Corte no campo penal. Por certo, a Corte Constitucional haverá de definir até onde vai a limitação da sua atuação nas omissões legislativas inconstitucionais em se tratando de matéria penal. Caso contrário, haverá momentos de intensos embates com o Poder Legislativo, o que não interessa para a democracia.

Vê-se que, em matérias atinentes ao campo penal, o rigor é muito maior, pois a discussão envolve a liberdade de ir e vir, além de variadas restrições e proibições. Não obstante, a liberdade é a regra. O legislador só admite a decisão construtiva e substitutiva no campo penal, de forma restrita, para uma melhor convivência entre toda a sociedade, a fim de coibir abusos e preservar garantias e direitos fundamentais, que não podem ser violados. Assim, a liberdade que o Judiciário tem ao avançar em outros ramos do direito não está presente, em sua plenitude, no campo penal.<sup>32</sup>

Em razão dos argumentos mencionados, as normas penais acabam por beneficiar os réus em momentos de incerteza e confronto de leis. O direito à liberdade individual é tão forte que as leis criadas não podem retroagir para prejudicar o réu, somente podendo retroagir à data do fato, ainda que revogadas, para beneficiá-lo.

É verdade que existem apelos da sociedade para mudar uma série de tradições e práticas enraizadas no sistema de justiça criminal brasileiro, o que para muitos é o “avanço da civilização”. Todavia, na seara penal, é melhor que o STF se atenha ao parâmetro de *self-restraint*, ou de autocontenção, ao invés de atuar como legislador positivo.

---

<sup>32</sup> É de bom alvitre ressaltar que no direito penal existem normas penais incriminadoras, normas penais não incriminadoras, e nestas o STF pode atuar como legislador positivo, pois não traz qualquer prejuízo ao réu. As normas penais não incriminadoras se subdividem em permissivas, explicativas e complementares e, relativo a essa matéria, o STF pode atuar como legislador positivo.

O que se assiste às vezes, é que o STF, sob o argumento de fechar as lacunas axiológicas, com base no princípio da proibição da proteção insuficiente, legisla positivamente no campo penal, a favor do réu e, por vezes, em desfavor do réu, neste caso, com a aplicação da analogia *in malam partem* (no capítulo IV serão analisados alguns julgados com enfoque para a utilização do princípio da proibição da proteção insuficiente). Nesse contexto é muito controversa a técnica que o STF vem utilizando, afastando-se do princípio constitucional da legalidade em suas vertentes, para afetar as normas penais, com base nas decisões construtivas aditivas e substitutivas. É corrente no direito pátrio e comparado que a lei deve ser criada com base no princípio da anterioridade, *nullum crimen nulla poena sine lege*.<sup>33</sup>

A seguir, para exemplificar, seguem duas decisões aditivas e substitutivas, *in malam partem* — com claro prejuízo ao réu. O primeiro caso refere-se à atuação do STF como legislador positivo que transformou uma ação penal privada em uma ação penal pública incondicionada, denegando uma ordem de *Habeas Corpus*, o que definiu o caso concreto. O fato ocorrido realmente foi grave, mas o direito nesse caso tinha a regra clara contida e utilizada por anos, dentro do ordenamento jurídico, trata-se do então, art. 225 do CP. Primeiro, lê-se a ementa como se segue:

“Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. *Habeas Corpus*. Atentado violento ao pudor contra menor. 1. Não podem prevalecer decisões contraditórias do Poder Judiciário cuja consequência seja a negativa de acesso à Justiça e o esvaziamento da proteção integral da criança, prevista constitucionalmente (art. 227). 2. O art. 225 do Código Penal, na sua redação original, previa que em crimes como o dos presentes autos somente se procedia mediante queixa, salvo se a vítima fosse pobre ou tivesse ocorrido abuso do pátrio-poder. O dispositivo vigeu por décadas sem que fosse pronunciada a sua inconstitucionalidade ou não recepção. 3. A Lei n. 12.015, de 07.08.2009, modificou o tratamento da matéria, passando a prever ação pública incondicionada no caso de violência sexual contra menor. 4. Na situação concreta aqui versada, o Poder Judiciário considerou, por decisão transitada em julgado, descabido o oferecimento de queixa-crime pelo pai da vítima, entendendo tratar-se de crime de ação penal pública. Se o STF vier a considerar, no presente habeas corpus, que não é admissível a ação penal pública, a consequência seria a total desproteção da menor e a impunidade do crime. 5. À vista da excepcionalidade do caso concreto, o art. 227 da CF/88 paralisa a incidência do art. 225 do Código Penal, na redação originária, e legitima a propositura da ação penal pública. Aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente. Precedente. 6. Ordem denegada” (BRASIL, 2016).

---

<sup>33</sup> Expressão que designa a ideia de que não há crime nem pena sem lei que os definam.

Trata-se do *Habeas Corpus* n. 123.971, onde se discutiu a condição de procedibilidade da ação penal. O processo é relativo ao crime de atentado violento ao pudor, praticado contra uma criança de seis anos de idade. Tal fato ocorreu sob a égide do artigo 225 do Código Penal, prevendo que esse crime somente se procedia mediante queixa-crime. A exceção seria se a vítima fosse pobre ou se cometido em decorrência do abuso do pátrio poder, mas essas situações não se faziam presentes no caso examinado (BRASIL, 2016).

Apesar disso, o STF utilizou-se do princípio da proibição da proteção insuficiente e, atuando como legislador positivo, produziu uma decisão substitutiva (pois retirou um texto editado pelo Poder Legislativo, uma queixa-crime, e inseriu outro texto produzido pelo STF, uma ação penal pública incondicionada) que aplicava a Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009, produzida depois da data do fato ocorrido em 10 de setembro de 2007 e sob a vigência do art. 225 do CP, a partir de *noticia criminis* apresentada pelo pai da vítima em 11 de setembro de 2007. Cumpre ressaltar que, na data do fato, a ação era privada e somente se procedia mediante queixa-crime (BRASIL, 2016).

No entanto, o STF, com a sua decisão construtiva (manipulativa) substitutiva, alterou a condição de procedibilidade da ação penal e fez com que a nova Lei n. 12.015/2009 retroagisse à data do fato e substituísse o artigo 225 do CP, em vigor quando o fato ocorreu (BRASIL, 2016). No *Habeas Corpus* utilizou-se o princípio da proibição da proteção insuficiente, na metodologia da integração, pois utilizou a Lei n. 12.015/2009, que não existia ao tempo do fato, no lugar do artigo 225 do Código Penal que estava em vigência à época do fato.

É axioma do Direito Penal que ao réu se aplica a *novatio legis in melius* e nunca a *novatio legis in pejus*. Aqui, ao contrário, a nova lei retroagiu para prejudicar e condenar o réu, ao transformar uma ação privada em ação penal pública incondicionada. Isso contrariou, inclusive, decisão do STF de relatoria do Ministro Celso de Mello sobre a necessidade da aplicação do princípio da legalidade, tanto em matéria substantiva como adjetiva penal (BRASIL, 2016). Insta acentuar que realmente a vítima estava sem a proteção devida pelo Estado, e havia a necessidade de atuação mínima do Poder Público. Assim para evitar tal situação de insuficiência o Poder Legislativo, alterou a ação penal através da Lei n. 12.015/2009, que transformou esse tipo de ação em pública incondicionada. No julgamento do *Habeas Corpus* foi utilizado como fundamento o princípio da proibição da proteção insuficiente. Assim, em relação ao réu, o STF agiu *in malam partem*.

O segundo exemplo é relativo ao Recurso em *Habeas Corpus* n. 163.334 (BRASIL, 2019), que trata de não recolhimento do valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria e serviço, ou seja, tributo não recolhido. Antes, lê-se a ementa como se segue:

“Direito Penal. Recurso em Habeas Corpus. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade. 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. 2. Em primeiro lugar, uma interpretação semântica e sistemática da regra penal indica a adequação típica da conduta, pois a lei não faz diferenciação entre as espécies de sujeitos passivos tributários, exigindo apenas a cobrança do valor do tributo seguida da falta de seu recolhimento aos cofres públicos. 3. Em segundo lugar, uma interpretação histórica, a partir dos trabalhos legislativos, demonstra a intenção do Congresso Nacional de tipificar a conduta. De igual modo, do ponto de vista do direito comparado, constata-se não se tratar de excentricidade brasileira, pois se encontram tipos penais assemelhados em países como Itália, Portugal e EUA. 4. Em terceiro lugar, uma interpretação teleológica voltada à proteção da ordem tributária e uma interpretação atenta às consequências da decisão conduzem ao reconhecimento da tipicidade da conduta. Por um lado, a apropriação indébita do ICMS, o tributo mais sonogado do País, gera graves danos ao erário e à livre concorrência. Por outro lado, é virtualmente impossível que alguém seja preso por esse delito. 5. Impõe-se, porém, uma interpretação restritiva do tipo, de modo que somente se considera criminosa a inadimplência sistemática, contumaz, verdadeiro *modus operandi* do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades. 6. A caracterização do crime depende da demonstração do dolo de apropriação, a ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de “laranjas” no quadro societário, a falta de tentativa de regularização dos débitos, o encerramento irregular das suas atividades, a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado etc. 7. Recurso desprovido. 8. Fixação da seguinte tese: O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990” (BRASIL, 2019).

Neste julgamento, o STF, por decisão da maioria dos Ministros, votou pela criminalização da falta de rapasse do ICMS, ainda que declarado, por parte do devedor contumaz. Os Ministros decidiram que se o contribuinte, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixar de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria, incorre no tipo penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. Também decidiram que o valor cobrado do comerciante não integra o seu patrimônio, mas sim os cofres públicos, tratando-se de um mero depositário.

Assim sendo, a maioria do STF realizou uma interpretação construtiva da lei penal. Trata-se de adição ao texto de figuras que não existiam, portanto trata-se de uma decisão construtiva adicional, acrescentando ao tipo “o devedor contumaz e com dolo de apropriação”, portanto, em prejuízo do réu, agindo na figura de legislador positivo, configurando como crime até mesmo o devido imposto declarado e não recolhido. De igual modo, interpretou o tipo com a abrangência para a figura do devedor contumaz, o que não estava inserido no texto. Para justificar a decisão, salientou a existência de tipos penais existentes na Itália, Portugal e Estados

Unidos. A referida decisão, contudo, está em confronto com o princípio da legalidade e da taxatividade.

Essa interpretação do STF, para a minoria vencida dos ministros, no contexto em que se insere, poderia ser enfrentada na forma tradicional aplicando a estrutura da subsunção, com a regra posta que é o art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, sem a produção de sentença aditiva com a criminalização de condutas, que sempre deve ser interpretada de forma restritiva e não extensiva. Logo, não havia o que se analisar em termos de proporcionalidade, pois a regra era definidora da situação. Para os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, o delito previsto na Lei n. 8.137/90 deve ser interpretado de acordo com a Constituição de maneira restritiva para alcançar somente situações em que o não pagamento do tributo envolva fraude, sob pena de estar implantando uma “política criminal arrecadatória” (BRASIL, 2019).

No campo penal, as normas são controladas pelo princípio constitucional da legalidade, e a norma com interpretação mais extensiva (exceto quando a própria norma penal autorize), não deve se dar em prejuízo ao réu para incriminá-lo. Esse é um direito fundamental consagrado no mundo inteiro. O cidadão não pode responder por um crime quando ao tempo do fato não existia essa previsão punitiva. Caso falte qualquer elemento que venha a caracterizar um fato como típico, antijurídico e culpável, o réu não poderá ser penalizado.<sup>34</sup>

Caso a decisão do STF, na forma de decisão construtiva aditiva, seja prejudicial ao réu, em decorrência do princípio da anterioridade da lei, sua aplicação torna-se amplamente debatível, tendo vista uma sustentação técnica. É verdade também que todas as normas devem estar sob o manto do controle de constitucionalidade, mas é controversa a situação de o réu ter a sua situação piorada a partir de nova sentença aditiva, onde o STF estende a sua jurisdição para atuar como um legislador positivo, criminalizando condutas e agindo *in malam partem*.

Nas decisões construtivas aditivas, atuando como legislador positivo, o STF cria uma norma, em decorrência da omissão inconstitucional legislativa, utilizando outra norma infraconstitucional por analogia. Isso resulta em uma compreensão mais ampla do que a anterior em relação à lacuna técnica encontrada.

É por demais discutível a possibilidade de condenação do réu que incide em nova norma e interpretação de criminalização pelo STF, antes da sua entrada em vigência, quando o STF atua positivamente, em razão da inércia do Legislativo até a formatação ou julgamento de

---

<sup>34</sup> Lembrando que para a caracterização de um crime, nos termos da teoria finalista da ação de Welzell, adotada pelo Código Penal Brasileiro deve estar bem caracterizado o fato típico e antijurídico, caso falte qualquer deles não haverá crime, e estar-se-á diante de um fato atípico.

determinado caso concreto. A razão é que o fato precede a nova norma penal. Essa observação ainda se restringe ao princípio da irretroatividade, verdadeiro núcleo do princípio da legalidade, quando em prejuízo do réu, sem mesmo adentrar no princípio da legalidade atingido.

A nova lei não pode atuar de forma pretérita para atingir ninguém. Só poderá retroagir *in mellius*, nunca *in pejus*. Em suma, não se trata apenas de uma nova interpretação, mas da utilização de uma metodologia que se utiliza da analogia baseada em norma terceira, com o fim de suprir uma deficiência constitucional. Se não existia lei, não pode ser condenado; este é o princípio da legalidade.

Ao discorrer sobre o princípio da legalidade, Hungria (1953) assim entendeu:

“Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. Sub specie juris, não existe crime ‘sem lei anterior que o defina, ‘nem pena sem previa cominação legal’. Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali. A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos princípios gerais do direito, ou pelos costumes. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica) só uma nova lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa, que alguém haja cometido um fato anti social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo ou minimum de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte objecti e a parte subjecti, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal” (HUNGRIA, 2021, p. 11).

Talvez um dos óbices mais importantes para as Cortes Constitucionais atuarem como legisladores positivos esteja tanto no princípio da proibição da analogia *in malam partem* quanto no princípio da taxatividade (segundo o qual se esgotam em si as possibilidades do crime). Neste primeiro, é proibido o emprego de analogia para criar crime ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), já no segundo é proibida a incriminação vaga e indeterminada (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Assim também surgem as dúvidas, principalmente no campo penal, sobre o limite para o STF atuar como legislador positivo.

É importante ressaltar que, caso exista uma alternativa interpretativa para solucionar o problema, o STF não poderá atuar como legislador positivo. Se atuasse dessa forma, estaria atingindo a competência política do Poder Legislativo, tolhendo a discricionariedade do legislador. Logo, sua admissibilidade para atuar é limitada aos casos que tenham apenas, e tão

somente, uma única possibilidade de interpretação, caso contrário, a matéria não pode nem ser conhecida pela Suprema Corte (SÁ, 2009).<sup>35</sup>

Essa limitação surge ao se estabelecer que a omissão não deve ser uma opção política da Corte Constitucional, pois poderia esbarrar na discricionariedade do legislador. Nessa omissão do legislador, relativa e inconstitucional, onde o Judiciário atua de modo supletivo, a Corte não pode ter a liberdade de decidir entre várias situações alternativas, adotando a situação política que entender mais adequada. O STF está a agir de modo supletivo, lembrando que sua legitimidade só surge quando o Poder Legislativo deixa de atuar, deixando uma lacuna axiológica na CF.

Logo, o STF não possui essa discricionariedade. Se assim o tivesse, poderia escolher o tempo para atuar, mas, de modo diverso, há a necessidade de o juízo de constitucionalidade solucionar uma omissão que seja atual e momentânea. A Corte Constitucional só poderá ter uma única solução, anunciando um segmento positivo da sentença. Se a analogia tem o caráter extensivo, por óbvio, o legislador positivo não poderá regular restritivamente essa matéria (*singulariza non sunt extendenda*) (REVORIO, 2001 ).<sup>36</sup>

O STF, ao atuar como legislador positivo e aplicar a analogia, deve observar inicialmente o princípio constitucional da legalidade. Isso se dá pois se trata de controle de constitucionalidade, sendo duvidosa a legitimidade para a sua atuação quando incompatível for. Dentro da legalidade, é importante a análise da analogia, se é assemelhada com a norma inconstitucional por omissão legislativa e a que está servindo de base para encerrar a referida lacuna técnica. De igual modo, é discutível a aplicação da metodologia da integração, com a produção de sentenças aditivas nas omissões absolutas (salvo se implícita). O argumento é que não se pode criar norma e aplicar analogia em uma construção legislativa que é inexistente; quando nada foi criado.

Salienta-se que muitos operadores do direito confundem as técnicas da “interpretação conforme a Constituição” e a “integração”, que origina a sentença aditiva. A diferença entre as duas metodologias, ou técnicas, é bastante clara. Na interpretação conforme a Constituição, a Corte Constitucional vai dizer que o texto é constitucional ou inconstitucional, sem nada criar em termos de normas. O Supremo vai excluir interpretações de leis incompatíveis com a Carta Magna e vai fixar a única interpretação possível da lei, ou seja, a interpretação conforme a

---

<sup>35</sup> Diz Sá (2009, p. 450): “Assim, a sua admissibilidade seria limitada àqueles casos em que haja uma única solução possível para manter a constitucionalidade do texto impugnado”. Cf. DI MANNO, 1997; DÍAZ REVORIO, 2001, p. 273-275; BLANCO DE MORAIS, 2005, p. 422; SÁNCHEZ, 1998, p. 295; e SILVA, 2003.

<sup>36</sup> Cf. DIAS REVORIO, 2001, p. 271-278. É importante relembrar que a fiscalização da constitucionalidade por ação pode reconhecer a inadequação constitucional “do que foi feito e do que faltou fazer”.

Constituição. Aqui o Poder Judiciário atua produzindo sentenças intermediárias, não na totalidade, como é a figura tradicional do legislador negativo, conforme Hans Kelsen (2010).<sup>37</sup> Já a técnica da integração, empregada nos casos referentes a omissões inconstitucionais legislativas relativas ou parciais, utiliza-se do princípio da proporcionalidade e do princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais em decorrência de atuação abaixo do limite mínimo, seja do Poder Executivo ou do Legislativo. Aqui, busca-se solucionar a omissão inconstitucional, passando-se a atuar como legislador positivo: cria-se um segmento normativo (antes inexistente) a partir de outra lei, por meio da analogia, para recompor a omissão do texto Constitucional (lacuna normativa indesejável).

Sousa Filho (2019, p. 385) assim entende:

“Essa fungibilidade arbitrária entre as sentenças interpretativas e as sentenças aditivas acarreta um duplo efeito: (i) redução quantitativa e qualitativa da técnica consistente na sentença aditiva, forçada pela limitação imposta pelo vetor hermenêutico da interpretação conforme; (ii) indevida ampliação da técnica de interpretação conforme a Constituição, considerada a barreira imposta pelas limitadas interpretações possíveis do texto literal da norma adjudicada” (SOUSA FILHO, 2019, p. 385).<sup>38</sup>

É cristalino que por meio da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição não se é permitido a produção de novas normas jurídicas. Não obstante, para justificar suas decisões, o STF tem se utilizado do argumento segundo o qual esse mecanismo decisório não tem transformado o Judiciário em legislador positivo.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Para Kelsen, o Tribunal Constitucional é apenas um legislador negativo, devendo atuar como controlador da constitucionalidade prendendo-se às questões de direito em relação às regras inconstitucionais e as regras Constitucionais, sem adentrar as questões de princípios e a atuação como legislador positivo, hoje existente (KELSEN, 2010).

<sup>38</sup> Ainda: “A confusão entre interpretação de normas foi objeto de severa crítica por Silvestri: ‘*La particolarità sta però nel fatto che questa operazione non viene condotta attraverso la cauzione di una disposizione o parte di disposizione, bensì mediante la specificazione di una nuova e diversa disciplina dela fattispecie. In buona sostanza, la scopo dela Corte è quello de introdurre una norma nova nell’ordenamento, non di eliminare una norma existente ma ilegítima. Solo che questa attività sostanzialmente legislativa viene sussunta nella categoria dell’interpretazione, costringendo gli studiosi ricorrere ala ormai famosa distinzione tra norma e dispozione [...]*” (SILVESTRI, Gaetano, p. 754-795 e 759-760 v. 1)

<sup>39</sup> Cabe ao STF analisar caso a caso, a admissibilidade ou não dos pedidos que são formulados para a Corte (BORGES, 2019). Um exemplo desse uso intercambiável entre essas técnicas decisórias pode ser encontrado na ADI cumulada com ADPF ajuizadas pela Associação nacional dos Defensores Públicos que contesta atos normativos e administrativos (comissivos e omissivos) do poder público relacionados à política pública de prevenção e combate à epidemia do Zika vírus. A pretexto de defender a necessidade de interpretação conforme a Constituição de dispositivos da Lei n. 13.301/16 e do Código Penal, a ANADEP pretende que o STF produza verdadeira sentença aditiva, criando direito novo para superar as apontadas omissões inconstitucionais do legislador. O julgamento das ações constitucionais que discutem a epidemia do Zika (ADI/ADPF 5581) revela de modo bastante claro a pretensão utilizada pela técnica de interpretação conforme a Constituição para obter típica sentença aditiva. Isso não significa que os pedidos formulados nas ações não devam ser acolhidos. Pelo contrário: todos os pedidos cautelares e principais merecem acolhimento integral. Apenas se deve atentar para o fato de que as ações demandam do STF típica atuação normativa de criação do direito, que desenvolve segundo parâmetros diferentes daqueles que balizam a técnica de interpretação conforme. Com efeito, a demonstração da presença dos

Essas argumentações se traduzem na dificuldade técnica do STF legislar positivamente, produzindo sentenças aditivas para criar normas na seara penal, ainda que identificadas omissões inconstitucionais legislativas — a partir da violação ao princípio da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente.<sup>40</sup> Em se tratando de matérias penais, que impliquem a criação de normas penais, o STF pode delimitar essa atuação, para conferir maior segurança jurídica e evitar confrontos desnecessários com o Poder Legislativo.<sup>41</sup>

### 1.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE BENS JURÍDICO-PENAIIS

*“Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente en el sentido negativo, como del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino también y sobre todo, como garantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos: también, de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar de derechos de prestación de protección, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas” (BARATTA, 2000).*

Este item terá por objetivo discorrer sobre dois temas que interessam ao conjunto da dissertação. Será abordado o princípio da proporcionalidade em face da proibição da proteção insuficiente de bens jurídicos penais e, depois, como essa estrutura é aplicada ao campo penal.

Antes do advento da CF/88 no Brasil, as situações de omissões inconstitucionais legislativas estavam limitadas à identificação da violação de uma regra constitucional, com a imposição ao legislador — em sua atuação como legislador negativo — de uma obrigação determinada, especificada e indiscutível. Isso ocorria em contrapartida aos movimentos na Itália e na Alemanha, que já caminhavam para as sentenças intermediárias das decisões interpretativas e construtivas, essas últimas aditivas ou substitutivas. No entanto, com o advento da Carta Magna de 1988, além das regras, os princípios ganharam força normativa e passaram

---

requisitos que autorizam a edição de sentenças aditivas — (i) existência de omissão inconstitucional; (ii) da qual resulte obstáculo para o exercício dos direitos materialmente fundamentais — constitui ônus argumentativos do qual o demonstrado na ADI 5.581. Cf., sobre o tema: Sousa Filho, 2016.

<sup>40</sup> Na Itália, por exemplo, a doutrina é pacífica no sentido de que a Corte Constitucional está impedida de piorar em qualquer sentido a situação jurídica do réu com a pronúncia de sentenças aditivas. Cf. MARINUCCI, 2009, p. 83.

<sup>41</sup> Ainda, é importante ressaltar que a omissão inconstitucional pode derivar tanto das regras, como também dos princípios constitucionais, expressos e implícitos. Em razão da dimensão que os princípios assumiram, enquanto norma jurídica, o princípio da proporcionalidade ganha força, na metodologia que vai identificar as situações de omissões legislativas, relativas aos princípios.

a funcionar como normas cogentes, passando ambos a serem adotados como parâmetro do controle de constitucionalidade.

Com isso, seguindo o que já era feito por outros países, além das decisões interpretativas, cuja análise cinge ao programa normativo, dentro da semântica e buscando o melhor sentido, surgem no direito brasileiro também as decisões construtivas aditivas e substitutivas. Elas ficam então responsáveis por ampliar (aditivar) ou substituir todo o texto, mudando, assim, o conteúdo normativo, agora produzido pelo Poder Judiciário.

Dentro das omissões inconstitucionais legislativas inicialmente mencionadas, sejam elas parciais ou relativas, fazem-se presentes as lacunas axiológicas. Para o complemento desse vazio constitucional, tem-se lançado mão da técnica da integração. Com ela, o legislador passa a atuar positivamente, utilizando o princípio da proporcionalidade, na vertente do princípio da proibição de proteção insuficiente, a fim de fechar essas lacunas, principalmente aquelas relativas a direitos fundamentais. Nesse sentido, utiliza-se da analogia para, dentro de normas parelhas, buscar um novo texto que sane a omissão inconstitucional legislativa, aditivando à norma existente uma nova parte, dando um novo sentido para a interpretação.

É importante lembrar que existe uma relação muito próxima entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade – para muitos a relação é necessária –, mas antes do ingresso no tópico desse assunto propriamente dito, é de suma importância o entendimento da origem do princípio da proporcionalidade para se falar da sua vertente consistente no princípio da proibição de proteção insuficiente. Mendes (2015) aponta o princípio da proporcionalidade como princípio geral do direito. (*Ibidem*, p. 224-225).<sup>42</sup>

O STF, ao decidir a ADI n. 855, parece ter definido que o princípio da proporcionalidade tem sua sede material no devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Considerado que, em sua acepção substantiva e não meramente formal, ele constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um limite. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade deve ser levado em consideração quando se restringe determinado direito fundamental ou verificam-se conflitos entre princípios constitucionais (MENDES; BRANCO, 2014).

O devido processo legal não se limita à observância do processo na forma descrita na lei, mas impede também a permanência, no ordenamento jurídico, de leis desprovidas de razoabilidade. A Suprema Corte tem utilizado o princípio da proporcionalidade como

---

<sup>42</sup> Mendes e Branco (2014), entendem que o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo teria sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV)

parâmetro para aferição da constitucionalidade de leis, declarando a inconstitucionalidade daquelas que contêm limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito.<sup>43</sup>

O princípio da proporcionalidade está implícito no próprio Estado de Direito, que tem por pressupostos materiais a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais. Após os princípios serem concebidos como normas jurídicas cogentes, a proporcionalidade passou a ser a ferramenta essencial para o controle de constitucionalidade e para a solução das colisões entre princípios que estão a merecer uma decisão por parte da justiça, estando para os princípios assim como o princípio da legalidade está para as regras.<sup>44</sup>

No processo penal é recorrente a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual é constituído de requisitos e pressupostos. Nesse sentido o pressuposto formal é o princípio da legalidade, sendo o pressuposto material, o princípio da justificação teleológica. De outro lado, os requisitos extrínsecos estariam afetos à judicialidade e à motivação, enquanto os requisitos intrínsecos, à idoneidade, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito (GONZALES-SERRANO, 1990).

Ademais, se aplicado de modo eficaz, o princípio da proporcionalidade pode ajudar a encontrar o equilíbrio entre a utilização das regras e dos princípios. Podendo esse princípio buscar aspectos empíricos, o resultado traduzir-se-á em argumentos justificativos sobre a legitimidade de atuação em relação aos direitos fundamentais afetados.

Ao analisar os subprincípios do princípio da proporcionalidade, há que se observar que este se desdobra em duas vertentes. Uma na qual ao Estado é proibido de atuar em excesso e a outra, que mais nos interessa nesta dissertação, que é a proibição ao Estado de agir de modo insuficiente.<sup>45</sup>

---

43 Cf. MENDES; BRANCO, 2014, p. 224: “Portanto, o STF considerou que, ainda que fosse legítimo o estabelecimento de restrição ao direito dos partidos políticos de participar de processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos pareceria manifestamente inadequada e desnecessária e, por conseguinte, lesiva ao princípio da proporcionalidade. Essa decisão parece consolidar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV)”.

44 Este princípio é conhecido como “limite dos limites”, contra a interferência indevida do próprio direito. Assim, trabalhar as ferramentas da hermenêutica com precisão consubstancia a própria proteção aos direitos fundamentais, tão necessária ao bem do homem. Ademais, instrumentalizar essas regras de hermenêutica sem excessos ou proibir a insuficiência é crucial para o equilíbrio jurídico (CARBONELL, 2008).

45 Em se tratando da adequação (subprincípio da proporcionalidade), uma medida é qualitativa quando a natureza da medida é compatível com o fim (GONZALES-SERRANO, 1990). Já a adequação quantitativa diz respeito à duração ou intensidade da medida que devem ser condizentes com a finalidade a ser alcançada. E a adequação é subjetiva, quando dirigidas a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias a serem exigíveis para ser atuada (BADARÓ, 2016).

Sarlet (2006), ao explorar o princípio da proporcionalidade, tece algumas considerações importantes em relação a esses critérios materiais, destacando que uma medida necessária e adequada pode não ser proporcional. Existe uma congruência, no tocante ao resultado, entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. Na proibição por excesso, que é uma função defensiva, proíbe-se a intervenção do Estado, ocorrendo o controle da legitimidade constitucional de uma intervenção estatal no âmbito da proteção de um direito fundamental.<sup>46</sup>

Já em relação ao princípio da proibição da proteção insuficiente, de início, é importante entender que se trata de um controle de constitucionalidade nas matérias atinentes aos direitos fundamentais. Essa estrutura tem sido utilizada para dar efetividade aos comandos constitucionais, quando o Poder Judiciário, seja na forma concentrada ou difusa, atua como legislador positivo, nas omissões inconstitucionais legislativas.

O princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição de proteção deficiente é tão importante que pode ser definido como um critério estrutural para a determinação da eficácia dos direitos fundamentais, cuja aplicação pode determinar se um ato estatal constitui uma omissão, em decorrência da violação de um direito fundamental de proteção.<sup>47</sup> Esse princípio, além de sugerir que os direitos fundamentais devem ser respeitados, vai além, apontando a obrigação de proteção por parte do Estado. Esses deveres de proteção do Estado podem se dar por meio da criação de normas de direito penal e civil para a devida proteção da sociedade, por exemplo, em decorrência da violação do direito por terceiros, aplicando o imperativo de tutela de direitos sociais (PEREIRA, 2011).

Os deveres de proteção do Estado e o princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente do ente estatal, em relação aos direitos

---

46 Outros doutrinadores fazem diversas considerações sobre o princípio da proporcionalidade. Para Alexandrino, em relação à adequação, entendida pelo autor também como de idoneidade ou pertinência, qualquer medida que o poder público adote deve ser adequada à consecução da finalidade que se quer atingir. Não sendo isso logrado, conclui, o autor, que o meio é inadequado e impertinente. (ALEXANDRINO, 2018). Em relação à necessidade, também chamada de exigibilidade, Sarlet (2006, p. 337): “A exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade, tal como prefere Gomes Canotilho.”. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, Sarlet (2006, p. 337): “[...] exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido chamado de razoabilidade (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.”

<sup>47</sup> Ainda, Streck (2004, p. 315) cita que: “Trata-se de entender, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões) como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Esse duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”.

fundamentais, tiveram desenvolvimento na Itália e na Alemanha. Na Alemanha, o *leading case* tratou da matéria de aborto, quando o Poder Legislativo editou lei autorizando a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação. Em discordância com o parlamento, o Tribunal Constitucional Alemão, no ano de 1973, decidiu que, ao Estado-Legislativo, é vedado a sua intervenção em se tratando de uma vida em desenvolvimento, assim como também é dever do próprio Estado a proteção ao feto, tendo por obrigação, ainda, inibir intervenções ilícitas promovidas por terceiros. Ao final, decidiu que é obrigatória a proteção eficiente, pelo Poder Legislativo, do bem jurídico constitucionalmente tutelado, devendo esta proteção ser estendida também contra-ataques de particulares (PEREIRA, 2011).<sup>48</sup>

A ideia do princípio da proporcionalidade como vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) desenvolvido no direito da Alemanha, baseou-se no conceito de que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos negativos, mas possuem a dimensão objetiva, uma vez que tutelam determinados bens jurídicos e valores que devem ser protegidos diante de riscos de terceiros. Em razão destes fundamentos, o Estado passa a ter o dever de proteger os direitos fundamentais; denominado “imperativo de tutela”. Com isso, a ferramenta que viabiliza a proteção dos direitos fundamentais é o princípio da proporcionalidade, impedindo a atuação estatal deficiente ou de total omissão (SARMENTO, 2013).

A estrutura do princípio da proporcionalidade, no viés do princípio da proibição de proteção insuficiente, deve ser aplicada especialmente em situações restritivas. Em relação aos bens jurídicos penais, deve ser ponderado até onde vai a sua proteção estatal para abranger uma proteção positiva nos termos da Carta Constitucional, considerando se o Poder Judiciário pode criminalizar condutas na produção de decisões aditivas e substitutivas. Nesse sentido, caso o Estado venha a omitir-se total ou parcialmente na efetivação ou na proteção de determinado direito fundamental, ou de estatura constitucional, deve-se analisar o caso sob o foco da proporcionalidade, na vertente do princípio da proibição de proteção insuficiente.

Em relação aos direitos sociais, de igual modo, pode o princípio da proibição de atuação insuficiente ser uma ferramenta para exigir-se, em juízo, uma atuação adequada do Estado. No mesmo sentido, no Direito Civil, essa vertente do princípio da proporcionalidade é um instrumento para coagir o Estado a proteger, adequadamente, por meio de legislação ou jurisdição, os direitos fundamentais, especialmente esses envolvendo particulares (SARMENTO, 2013).

---

<sup>48</sup> Cf. MARTINS, 2005, p. 266 e s.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente foi utilizado por diversas vezes pelo STF, podendo-se citar a sua utilização no caso das células tronco, na gratuidade do registro de nascimento e de óbito aos reconhecidamente pobres e no fornecimento de medicamentos e tratamentos (MENDES; BRANCO, 2014).<sup>49</sup>

Um dos primeiros casos em que se debateu o tema foi a ADI n. 3.112, proposta contra o Estatuto do Desarmamento, ocasião em que o STF não acolheu as proposições relativas à proporcionalidade em nenhuma de suas duas vertentes, nem no princípio da proibição por excesso, tampouco no princípio da proibição de proteção insuficiente (MENDES; BRANCO, 2014).<sup>50</sup>

Na ADI n. 3.112, o voto do relator Ministro Lewandowski se mostrou importante pois foi precursor no debate sobre os deveres de proteção do Estado, sobre a visão dos direitos fundamentais nas questões relativas ao Estatuto do Desarmamento, em que foram refutadas a inconstitucionalidade material das restrições ao uso de armas tanto sobre a perspectiva do princípio da proibição por excesso quanto sobre o princípio da proibição da proteção insuficiente (SARMENTO, 2013).<sup>51</sup>

Com efeito, a primeira decisão no STF acatando o princípio da proporcionalidade, na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, foi da relatoria de Gilmar Mendes. No caso mencionado, o fato referia-se a crimes sexuais, com posterior união estável entre autor e vítima, gerando uma extinção da punibilidade. Esse processo tratou da extinção da punibilidade em razão de casamento ou união estável com uma criança (art. 107, inciso VII CPP). Essa norma deixava menores de idade violados sexualmente desprotegidos e sem a proteção mínima do Estado. Os fundamentos alinhados na decisão foram os da dupla face dos princípios da proporcionalidade e do princípio da proibição da proteção insuficiente, afetando uma norma penal de direito fundamental (SOUSA FILHO, 2019, p. 388).<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Ao analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição insuficiente, Sarmiento (2013) elogia a aplicação correta deste instrumento, ao tempo que alerta para nestes casos adotar-se uma postura prudente, sem excessos de judicialização da política, para não ocorrer uma intervenção exagerada do Poder Judiciário na competência pertencente aos demais poderes.

<sup>51</sup> Cf. BRASIL, 2007b.

<sup>52</sup> Nesse sentido, merece registro o julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376 pelo STF, primeira oportunidade em que o STF fez utilização da dupla face do princípio da proporcionalidade, por meio da invocação da “proibição deficiente” dos direitos fundamentais (*Untermisverbot*). No seu voto, o Min. Gilmar Mendes asseverou que, a se aceitar a extinção da punibilidade em face do favor legis previsto na norma penal (no caso de posterior união estável entre autor e vítima em crimes sexuais), “[...] estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo

Ademais, o princípio da proibição da proteção insuficiente constata uma implementação inferior ao mínimo exigido dos deveres de proteção por parte do Estado (*Untermaasverbot*). Assim, tem-se afirmado que o princípio da proibição da proteção insuficiente é um parâmetro material utilizado para identificar as omissões legislativas inconstitucionais e apontar a violação dos deveres estatais abaixo do mínimo permitido pela CF, relativamente aos direitos fundamentais que são violados.<sup>53</sup>

O Estado, portanto, tem um dever de proteção dos indivíduos em todas as searas, bem como, em foco neste estudo, contra ofensas de particulares contra os bens jurídicos mais fundamentais (protegidos, via de regra, pelo direito penal). Apesar de gozar de ampla discricionariedade para escolher o melhor modo de acionar o direito penal para proteger esses bens jurídicos, nem sempre o legislador tem liberdade total para escolher entre convocar ou não o direito penal para a tutela de certos direitos e liberdades.

Dessa mesma forma, entende-se que Poder Judiciário não tem margens consideráveis de discricionariedade quando atua como legislador positivo. Sua legitimidade para atuar como tal é precária, subsidiária, ocorrendo na inércia do Poder Legislativo: sua legitimidade surge somente em decorrência da omissão legislativa inconstitucional imotivada e extemporânea.

É sempre importante frisar que o Poder Judiciário, de modo difuso, poderá atuar nesse campo como um todo. Entretanto, deve ter o cuidado e observar, detidamente, as limitações de atuação no campo penal, especialmente em se tratando da aplicação do princípio da proporcionalidade na sua vertente do princípio de proibição de proteção insuficiente. Não se trata de uma generalidade, mas de uma exceção, sempre orientada pelo cânone da legalidade.

Na esfera penal, o Estado poderá frustrar o seu dever de proteção e atuar de modo insuficiente, abaixo do nível mínimo exigido pela Constituição Federal, em se tratando de

---

negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode renunciar à proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. [...] No mesmo sentido, o professor Ingo Sarlet: ‘A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...] um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais, provenientes de terceiros, de tal sorte que está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal, e por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. (SARLET, 2003). Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudências pátrias), há uma faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos [...]’ (BRASIL, 2006).

<sup>53</sup> Sobre esse tema discorre com propriedade Ingo Sarlet em Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência, nas págs. 333 e seguintes.

direitos fundamentais e, por vezes, em completa omissão, violando o comando da Lei Maior. Tratam-se, portanto, de lacunas axiológicas, não aceitáveis pelo sistema constitucional.<sup>54</sup>

É importante, também, registrar a especificidade do campo penal, caracterizada pelo princípio constitucional da legalidade e seus desdobramentos (a irretroatividade da lei penal mais gravosa, a retroatividade da lei penal mais benéfica, a proibição da analogia *in malam partem*, a tipicidade e a antijuridicidade).

No campo penal, a restrição à liberdade é permissiva para proteger a sociedade, objetivando a proteção da liberdade de outras pessoas. Aqui, a regra é a liberdade e o direito de ir e vir, daí a imensa importância do princípio constitucional da legalidade para regular essas situações: a mediação legislativa no campo penal é uma exigência, em decorrência de razões formais. Para Oliveira (2013),

“a concreção dos deveres de proteção, por conta da estrutura relacional (Estado-agressor-vítima) importa a invasão de esfera de liberdade de outros indivíduos (restrição a direitos fundamentais), o que demanda o exercício de uma competência decisória que decorre do princípio da legalidade, de estatura constitucional” (OLIVEIRA, 2013, p. 14).

Vê-se que, versando sobre o campo penal, tudo revolve a edição de leis por parte do Poder Legislativo. Entretanto, em muitas situações, o Poder Legislativo se descarta de sua obrigação legislativa, deixando lacunas técnicas que não podem ser aceitas, com razão, pelo STF, guardião da CF e do funcionamento de seus comandos constitucionais.

Assim, o Poder Judiciário deixa de ser apenas um legislador negativo, e de forma supletiva, passa a atuar como legislador positivo, inclusive no campo penal. Para isso, o instrumento utilizado pelo Judiciário para fechar tais lacunas, são as decisões interpretativas construtivas aditivas, na metodologia da integração, com a utilização do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição de proteção insuficiente. Não se trata simplesmente de uma nova técnica de interpretação, mas da criação de uma sentença chamada “aditiva” ou “modificativa”, lançando mão, para tanto, da analogia, para fechar a lacuna técnica existente.

Aqui reside o grande problema no campo penal que não ocorre nos outros ramos do direito: a “analogia”. Embora possa ser utilizada em outros ramos do direito sem maiores problemas, esse recurso recebe tratamento diferente no âmbito penal. Na seara penal existe o freio representado pelo princípio constitucional da legalidade, do qual a proibição da analogia

---

<sup>54</sup> Na omissão completa não se configura a lacuna axiológica, que se diz das omissões inconstitucionais legislativas parciais ou relativas, mas sim uma lacuna total, em decorrência de uma inércia completa.

*in malam partem* é uma de suas vertentes, um axioma. Na prática, a maioria das decisões do STF têm obedecido adequadamente tal limite, mas, em determinadas situações, os julgados têm gerado algumas dúvidas sobre o avanço dessa jurisdição.

Para Sousa Filho (2019), o controle material da constitucionalidade das leis penais, por meio do princípio da proporcionalidade constitui algumas vantagens: (i) parâmetro de controle de legitimidade dos atos legislativos; (ii) utilização apenas de modo individual dos princípios da lesividade, da *ultima ratio* e da fragmentariedade, sem revelar eficácia prática no controle de constitucionalidade de leis penais, o que impede a apreciação do sopesamento legislativo; (iii) possibilidade de verificação da legitimidade constitucional das restrições dos direitos fundamentais; e (iv) é o ponto de encontro entre o Direito Penal e o Constitucional.

Por essas razões, o princípio da proporcionalidade é muito aceito pelos tribunais e poderá produzir uma metodologia mais compatível com a teoria dos direitos fundamentais e com o atual estado da arte de desenvolvimento da jurisdição constitucional (SOUSA FILHO, 2019).

Para Canotilho e Moreira (1991), a criação de medidas sancionatórias refere-se a medidas de natureza penal, policial e diplomática, com a obrigação de criminalizar determinadas condutas ofensivas aos direitos fundamentais. Assim, uma vez reconhecida a obrigação de tutela dos direitos fundamentais, inclusive com a utilização do Direito Penal, tem-se como resultado o mandado de criminalização, como efetiva proteção e garantia de direitos fundamentais. No entanto, a penalização deve ser justificada em razão de outro caráter restritivo de outros direitos fundamentais: a de consistir em uma “arma pesada”, que só poderá ser utilizada quando necessária, adequada e proporcional à defesa do direito fundamental que visa a defender.

Aspecto importante a ser ressaltado é sobre o dever de proteção do Estado em matéria penal. De um lado, há os mandados expressos de criminalização constitucional como: racismo (art. 5º, XLII, da CF/88 (LGL\1988\3), crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII, da CF/88 (LG\1988\3), além da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF/88 (LGL\1988\3). De outro lado, o Estado tem o dever de proteção dos direitos fundamentais, de forma implícita ou explícita. Não legítimo, por exemplo, o legislador infraconstitucional descriminalizar o homicídio. Tratando-se de obrigação do Estado defender

a vida, o caso seria de omissão total, já que nesse caso podemos falar em uma ordem implícita de criminalização (RAUPP, 2018).<sup>55</sup>

De modo diverso, sobre o mandado implícito de criminalização na retenção dolosa de salário, Stanziola critica Feldens e sustenta que as ideias de dignidade penal e necessidade de tutela específica se mostram mais longínquas da proteção penal do bem jurídico, pois, neste caso, sequer tratou-se de cominar especial gravidade à conduta de retenção salarial e, ao contrário, esse tipo “implícito” poderia ser caracterizado na tipificação da apropriação indébita. O autor ainda afirma que o constituinte pode privilegiar a proteção de determinados bens jurídicos, mas, ainda assim, a norma não se consubstancia em mandado de criminalização. Critica também os mandados de criminalização explícitos, argumentando que a principal consequência é a alteração da liberdade de conformação do legislador (STANZIOLA, 2011).

Tais posições contrárias são apresentadas para mostrar que é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição proteção insuficiente quanto à aplicação no campo penal, mas apenas em determinadas situações, pois a própria essência dessas matérias é de limitação.

Sem o princípio da proporcionalidade, não há como fazer a análise da vedação do princípio da proibição da proteção insuficiente por parte do Estado. O princípio da proibição da proteção insuficiente é um braço do princípio da proporcionalidade. Ele significa o mínimo de atuação do Estado em questões relacionadas aos direitos fundamentais, enquanto o princípio da proibição por excesso é o teto desse patamar. Então os limites máximos e mínimos são estes, o Estado não pode ir além e nem aquém, sendo a régua que baliza tais limites o princípio da proporcionalidade, que mensura os benefícios e os prejuízos na adoção de decisões sobre as matérias postas.

Se, de um lado, a teoria do bem jurídico teve uma perspectiva extremamente positiva em mostrar os termos da discussão sobre a legitimidade dos atos de criminalização, de outro, não produziu os atos práticos esperados para a solução dos problemas na seara penal. Enquanto os mandados de criminalização expressos em direito fundamental trabalham com o direito positivo, no mandado de criminalização implícito, via axiologia constitucional, tem-se duas faces: a proibição por excesso e a proibição da proteção deficiente do Estado, esta última com

---

<sup>55</sup> Cf. FELDENS, 2012, p. 92: “[...] sustentar a taxatividade dos deveres de proteção jurídico-penal, atrelando-os exclusivamente aos mandados explícitos de penalização, seria tanto como admitir que o Direito está primordialmente posto à defesa do objeto (patrimônio) e não do sujeito de Direito (vida), conclusão inequivocamente indesejável em um regime de Estado de Direito que encontra na dignidade humana a sua ‘*ratio essendi*’ [...]”

o objetivo de limitar as omissões e proteger as liberdades não dos imputados, mas das vítimas que tiveram seus direitos fundamentais violados (MARTINS, 2005).<sup>56</sup>

De um modo geral, as leis penais têm a sua constitucionalidade controlada de forma estrita pela subsunção. Entretanto, por vezes, o controle deve ser feito por meio dos princípios, em especial, do princípio da proporcionalidade. Isso acaba por desembocar na vertente do princípio da proibição de proteção insuficiente, aferindo a violação dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais.

Sarlet (2006) vai além do Direito Penal material afirmando que, de igual forma, deve ser abrangido o Direito Processual Penal na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente. Seria necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade para o efetivo controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. E quando o Estado, na esfera penal, protege de modo insuficiente, abaixo do mínimo que é exigido pela Constituição, duas situações ocorrem: ou deixa de atuar parcialmente ou depara-se com a problemática das omissões inconstitucionais (STRECK, 2004). Nesse sentido:

“O princípio jurídico-constitucional da legalidade se estende em certo sentido, a toda expressão penal e abrange, nesta medida, o próprio direito processual penal. Aqui deparamos com o essencial: tal como vimos suceder no problema da analogia, importa que a aplicação da lei processual penal a actos ou situações que decorrem na sua vigência, mas se ligam a uma infração cometida no domínio da lei processual antiga, não contrarie nunca o conteúdo da garantia conferida pelo princípio da legalidade. Daqui resultará que não deve aplicar-se a nova lei processual penal a um acto ou situação processual que ocorra em processo pendente, sempre que da nova lei resulte agravamento da posição processual do arguido ou, em particular, uma limitação do seu direito de defesa” (FIGUEIREDO DIAS, 1974).

Atualmente, não se discute sobre a necessidade do controle constitucional sobre os deveres de proteção no campo penal proibindo tanto o excesso quanto a insuficiência pelo Poder Público. É consenso que tal matéria, principalmente nas omissões, é competência do Poder

---

<sup>56</sup> Cf. MARTINS, 2005, p. 280 e 281: “Na lógica da proteção aos Direitos Fundamentais, reconhecendo-os como merecedores de tutela estatal, a conhecida noção de dupla face da proteção constitucional — por um lado, a proibição do excesso (*Übermassverbot*) da intervenção penal, mas, agora, já por outro, a proibição da proteção insuficiente (*untermassverbot*) — foi sedimentada outra vez pela jurisdição constitucional alemã, dessa vez em julgado do *Bundesverfassungsgericht* em 1993, quando rechaçou novamente a possibilidade de descriminalização do aborto, assentando que o “legislador deve observar a proibição de insuficiência; até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [...] Um equilíbrio que tanto garanta a proteção da vida do nascituro quanto reconheça à gestante um direito ao aborto não é possível, porque o aborto sempre representa a morte da vida intrauterina (cf. BVerfGE 39, I [43]). Considerando os bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente, e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...] por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do direito penal e do efeito de proteção que dele parte.”

Legislativo. Somente na inércia desse Poder é que o Judiciário estende sua jurisdição para atuar como legislador positivo, mas é preciso parametrizar esses limites, sob pena de excesso.

Assim, necessita-se balizar o que é insuficiente ou carecedor de atuação do Estado para preencher essa lacuna, e como mensurar isso. Para se saber o que é o mínimo ou não, é preciso se utilizar dos parâmetros do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o trabalho empírico para mensurar a extensão e a relevância dessa omissão. Importante, então, anotar como pode se dar esse controle e em quais circunstâncias.

Ora, se o direito de proteção impõe a necessidade da criminalização de determinadas condutas, ela deve se dar de forma excepcional, pois não é tarefa fácil provar que a única maneira de oferecer a proteção mínima do bem jurídico tutelado será por meio de normas penais. Entretanto, Sousa Filho (2019) defende em sua obra que, identificada a criminalização pelo STF, deve a Corte remeter tal fato ao Poder Legislativo, que é o legitimado para a edição de normas de proteção aos bens jurídicos necessários e, nesses casos, fechar a lacuna técnica encontrada.

De igual modo, o autor defende em sua obra o controle de inconstitucionalidade por omissão legislativa total ou parcial, com a aplicação do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da insuficiência em tais casos. O STF, ao deparar-se com esses casos, na forma concentrada, poderá atuar como legislador positivo, na produção de sentenças modificativas, mesmo no campo penal. Essa atuação, todavia, é condicionada em benefício do réu, com observância ao princípio da legalidade, que tem como corolário a proibição da analogia *in malam partem* (SOUSA FILHO, 2019).

Uma das possibilidades do STF ao se deparar com lacunas axiológicas inconstitucionais originadas em razão da inércia imotivada pelo Poder Legislativo, é a de declarar a inconstitucionalidade verificada e devolver àquele Poder a incumbência de editar uma norma que supra a deficiência identificada, de forma implícita ou explícita, na CF. De outro modo, a produção de sentenças aditivas com a aplicação de analogia *in malam partem*, que criminaliza condutas, é controversa e tende a confrontar o princípio constitucional da legalidade, além de abrir um flanco para a discussão sobre a segurança jurídica.

Não obstante, os limites do julgador que se legitima a partir da inércia do Poder Legislativo em matéria penal são por demais estreitos, pois atuará de modo extraordinário, sem que haja outra opção e nem discricionariedade, para não afetar sem justificativa o Poder Legislativo. Nesse caso, ultrapassadas todas essas barreiras, o Poder Judiciário reveste-se da característica de legislador positivo, atuando supletivamente e produzindo sentença aditiva, não conforme as normas constitucionais, nem para alterar a norma identificada na omissão

inconstitucional, mas lançando mão da analogia para encontrar outra norma que encaixe na omissão inconstitucional identificada com a extensão de seu sentido, fechando a lacuna técnica.

Uma das formas mais significativas de mensurar o mínimo de proteção exigido pelo Estado é por meio do trabalho empírico, mediante a realização de coleta de informações, com a devida confirmação dos fatos, o que dará embasamento para a definição mais precisa desse mínimo a ser apurado. De igual modo, o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir de base para mensurar o direito fundamental afetado e a proteção dispensada pelo Estado. Ao identificar um nível acima desse piso, alcançando outros patamares como o médio ou o máximo, não há que se falar em proibição de proteção insuficiente, tampouco em inconstitucionalidade. Nesta situação, não há omissão por parte do Estado (OLIVEIRA, 2013).<sup>57</sup>

Ressalta-se que no contexto relativo ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da legalidade não podem ser esquecidos seus mecanismos. É importante anotar que a estrutura que rege as regras é a subsunção, enquanto a que rege os princípios é a ponderação. Não há como entender o controle de constitucionalidade sob o foco do princípio da proporcionalidade no viés do princípio da proibição da proteção insuficiente sem se ater à estrutura da ponderação, ou a um mecanismo de confrontação entre os princípios. Tal mecanismo visa a solucionar as colisões relacionadas aos princípios e entre princípios e regras, que afetam também os direitos fundamentais, conforme a estrutura proposta por Robert Alexy (2008).

Ainda sob a ótica do princípio da proibição de proteção insuficiente, na seara penal, é sempre bastante difícil identificar ou mensurar essa marca – se o Estado laborou para a implementação de um mínimo. Nesta vertente do princípio da proporcionalidade também é de suma importância a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para mensurar a atuação deficiente ou não do Estado, abaixo do mínimo permissivo da CF. Para Sarmento (2016), este princípio apresenta quatro elementos básicos: (i) o valor intrínseco da pessoa; (ii) a autonomia; (iii) o mínimo existencial; e (iv) o reconhecimento.

---

<sup>57</sup> Nota-se que a Corte germânica se posicionou, em 1974, contrário ao legislador da Alemanha em razão de deixar de proteger no grau necessário a vida do feto. E que essa proteção do legislativo deveria chegar à obrigação de criminalizar a conduta daqueles que violassem a vida, direito fundamental, sendo que outros instrumentos não seriam suficientes para tutelar o nascituro. Este foi o *leading case* julgado pelo Tribunal constitucional da Alemanha, quando o legislativo descriminalizou o crime de aborto nos três primeiros meses de gestação. Interessante foi a referência à decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1974, concluindo que a única forma de proteger o nascituro seria a criminalização do aborto, que para aquele poder foi a única forma de proteger o nascituro, considerando a norma penal mínima para esse fim. E sobre o piso que seria a medida da inconstitucionalidade de uma omissão estatal, só ocorre quando a medida eleita pelo Estado não atinge o mínimo de proteção exigido pela Constituição (SARMENTO, 2013).

Sobre o valor intrínseco da pessoa, Kant (2011) já afirmava que as pessoas humanas têm dignidade que constitui um fim em si mesma.<sup>58</sup> Para Reale (1990) o que traduz em fundamento moral ao Estado e à ordem jurídica é a dignidade da pessoa humana, tratando-se, pois, do princípio que legitima e sua existência se dá em razão da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana é, então, o fundamento dos direitos humanos e por consequência dos direitos fundamentais. É nesse contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana tem um papel importantíssimo na hermenêutica e na integração, afetando, por lógico, o princípio da proibição da proteção insuficiente, na medida em que auxiliar a identificar e definir um mínimo suficiente.<sup>59</sup>

Se a dignidade da pessoa humana está presente em todos os direitos fundamentais, inclusive nos constitucionais, atingindo as liberdades individuais, os direitos políticos, sociais, culturais e transindividuais, além de atuar na organização do Estado, economia, tributação, família, e em todos os ramos da ordem jurídica e do direito privado, com certeza, conclui Sarmiento (2016), que tal princípio passa a ser o norte dos direitos fundamentais.<sup>60</sup> Ele se torna peça importante para encontrar o mínimo da proteção insuficiente, como estrutura para o controle de constitucionalidade, principalmente nas omissões identificadas em relação ao campo penal. Em suma, o princípio da proibição da proteção insuficiente, consolidou-se na dogmática constitucional com o fim de tutelar os bens jurídicos necessários a uma proteção especial. Essa estrutura tem sido aplicada em todos os ramos do direito, não sendo exclusiva do campo penal.

De outro lado, é importante ressaltar que, em análises anteriores, restou demonstrado que os mandados de criminalização podem ser explícitos ou implícitos, conforme tem decidido a Suprema Corte. É relevante pontuar que, ainda que o mandado de criminalização seja explícito

---

<sup>58</sup> As coisas e os animais podem ter preço, mas a pessoa humana não tem. O ser humano é constituído de dignidade e autonomia, tratando-se de um fim em si mesmo e não meio. A dignidade e a autonomia capacitam o homem a atuar de acordo com a moral, tratando-se de uma característica universal podendo assim, autodeterminar-se através da moralidade, logo intrínseca ao homem, como ser racional (KANT, 2011).

<sup>59</sup> A propósito, Daniel Sarmiento enfatiza que “como fundamento da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel hermenêutico extremamente relevante, devendo guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito” (2016, p. 32-33). Nessa linha, a propósito do direito italiano, mas em lição aplicável também ao ordenamento brasileiro, Pietro Perlingieri ressaltou que na hierarquia dos valores consagrados no vértice de relevância jurídica entre os princípios fundamentais da Carta, o valor da pessoa humana identifica o de estatura mais elevada. Disso decorre a necessidade jurídica de identificar no princípio não apenas parâmetro interpretativo, mas além disso, o valor cuja atuação positiva deve orientar axiologicamente o sistema jurídico inteiro (PERLINGIERI, 2001).

<sup>60</sup> Cf. SARMENTO, 2016, p. 32-33: “É assim porque como consignou José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana ‘não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas é também da ordem política e social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional’ (SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Poder Constituinte e Poder Popular**. p. 147)”. Sobre aplicações do princípio da dignidade da pessoa humana em cada ramo do ordenamento jurídico, cf. MIRANDA; SILVA, 2009.

na própria CF, como é o caso do terrorismo, não é suficiente para a sua tipificação. É necessário um trabalho empírico para saber sobre a possibilidade real de estarem em risco os bens jurídicos fundamentais naquele momento histórico. Todavia, não existindo tal confirmação, ainda que o mandado de criminalização constitucional seja expresso, não existe razão para a tipificação. Após a constatação da não existência do perigo, não há razão para a criminalização, ainda que prevista na CF.

Logo, sem confirmação prévia de violação ao comando constitucional e sem casos concretos que justifiquem a edição de leis tipificando um crime que não existe no Brasil, não há que se falar em omissão do Estado que viole o princípio da proibição da proteção proibição insuficiente. Ou seja, não é correto cobrar do Poder legislativo a edição de lei que não tem fundamento empírico para a sua existência. Não há que se falar em omissão inconstitucional, uma vez que nenhum direito fundamental foi afetado.

Conclui-se, portanto, a análise preliminar das sentenças intermediárias (estudadas no próximo capítulo), que bifurcam em decisões interpretativas e decisões construtivas aditivas e substitutivas. No próximo item, faz-se mister distinguir duas situações: (i) saber identificar a omissão legislativa inconstitucional, para a devida aplicação do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente em relação a direitos fundamentais; e (ii) em se tratando do campo penal, analisar se pode o STF ou não suprir essa omissão e qual sua limitação jurisdicional no campo penal. Ao final, é importante notar que manejar o controle de constitucionalidade, na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente não é uma tarefa tão simples.

## 2 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DE OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS

A criação judicial do direito e a superação de omissões legislativas inconstitucionais é matéria bastante controvertida com as mais diversas posições possíveis, principalmente em relação às técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Nesse tópico, o destaque é a criação judicial do direito por parte dos Tribunais, em especial o STF.

No Brasil, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, é pacífico que a norma inferior deve obediência a norma constitucional, sendo nula norma inferior inconstitucional. Assim, todas as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com a Lei Maior, sob pena de ocorrer o descontrole constitucional.<sup>61</sup>

A consequência dessa inconstitucionalidade-nulidade é que a eficácia é retroativa, com efeito *ex tunc*, o que desconstitui qualquer efeito produzido pela lei, reestabelecendo a situação de quando a norma foi produzida — o *status quo ante*. Essa construção, em que a inconstitucionalidade leva à nulidade, desfazendo tudo a partir de quando a norma foi produzida, não corresponde às necessidades do direito contemporâneo, mas vincula-se ao pensamento do legislador negativo.

Em decorrência de uma resposta contemporânea mais consistente às necessidades de uma maior eficiência do controle de constitucionalidade, foram criadas as decisões intermediárias, que nada mais são do que a mitigação do dogma da nulidade total das leis inconstitucionais. A esse respeito, o direito brasileiro tem aceitado esse preceito nos casos concretos. Caso contrário, a aplicação da retroatividade nos termos já mencionados pode acarretar mais injustiças do que justiça em julgamentos proferidos com a manutenção da norma declarada inconstitucional (BARROSO; PERRONE, 2019).<sup>62</sup> Em decorrência dessa situação

---

<sup>61</sup> No Brasil, antes da CF/88, o controle difuso de constitucionalidade (que é a forma de controle exercida por toda a magistratura) foi a estrutura mais forte para a supervisão dos atos do poder público, desde a CF/1891. A Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965 criou o controle de constitucionalidade abstrato (ou principal, quando a legitimidade da lei é tema principal, separado das outras ações). Já o controle concentrado de constitucionalidade, tem previsão no (artigo 36, inciso III da CF), nas representações por intervenções, sendo legitimado o Procurador — Geral da República (PGR) para a propositura dessas ações, e nos casos de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, I, a ao h). Destaque na CF/88 para as ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103), a previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF, art. 102, parágrafo único), a criação do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO, art. 103, § 2º). Também a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade (ADC, art. 102, I, a, c/c § 2º desse mesmo dispositivo).

<sup>62</sup> O exemplo citado por Barroso e Perrone (2019, p. 300), é o Oficial de Justiça nomeado por lei criada, sem concurso público, que produziu muitos atos, em nome do Poder Judiciário, caso a lei fosse declarada inconstitucional e declarada a nulidade total, a partir de sua nomeação, sem concurso público, o dano seria imenso, pois os oficiais de Justiça deveriam devolver o dinheiro recebido, quando efetivamente trabalhou, as citações

criou-se a Lei n. 9.868/1999, que trata da modulação de efeitos; originalmente objeto de criação judicial.

Assim, o STF adotou as sentenças intermediárias, produzindo comandos, que se encontram entre a declaração de constitucionalidade e a nulidade da norma. As decisões intermediárias objetivam preservar o ato normativo impugnado ou então minimizar os impactos adversos que decorreriam da nulidade total.

Para Barroso e Perrone (2019), apesar das divergências quanto a classificação na doutrina, as sentenças intermediárias se dividem em (i) interpretativas e (ii) construtivas.

As decisões interpretativas ocorrerão de acordo com o programa normativo da lei, de acordo com o legislador, com várias interpretações possíveis. Elas buscarão a leitura mais próxima para a produção de efetividade da Constituição, atribuindo ou afastando uma incidência que pode ser extraída da lei.

Enquanto as decisões interpretativas escolhem uma entre outras exegeses que emanam de um dispositivo isolado, busca-se, nas decisões manipulativas, uma nova produção de conteúdo normativo fora do texto legal, atuando *contra legem*, mas *secundum constitutionem*. Aqui, ao invés de demonstrar que o texto é compatível com a Constituição, há uma transformação de um ato normativo (JIMENEZ CAMPO, 1998).<sup>63</sup>

As decisões construtivas, com origem na jurisprudência da Itália e aplicada inicialmente na Alemanha, visam ampliar ou modificar o conteúdo e alcance da lei controlada a fim de compatibilizá-la com a Constituição. Apesar disso, as decisões construtivas não nasceram na doutrina italiana ou alemã em si, mas da necessidade de serem solucionadas situações práticas e específicas vivenciadas pela Corte Constitucional, acompanhadas de um processo de justificação teórica (MAIA, 2013)<sup>64</sup>. Nessas decisões, a Corte tem atuação criativa, com adição ou substituição do sentido normativo atrelado do texto.

## 2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES INTERMEDIÁRIAS

Conforme os autores já mencionados, apesar da precisão técnica não ser absoluta e suscitar divergências entre a interpretação de um enunciado e a sua construção, a classificação

---

realizadas seriam anuladas e em consequência todo o processo, o que traria insegurança jurídica para as partes envolvidas e para todo o direito.

<sup>64</sup> Cf. CRISAFULLI, 1984 apud MAIA, 2013, p. 67: “recorder, e sublinhar, decisivamente, que essas sentenças manipulativas nasceram de uma exigência prática, e não de abstratas elucubrações teóricas. Da exigência, precisamente, de evitar que das decisões da Corte derivassem vácuos no ordenamento, e de adotar, por isso, sempre que fosse possível, sentenças auto aplicativas... A teorização veio depois.”.

proposta para essas decisões é útil. As decisões interpretativas e as decisões construtivas são gêneros, lembrando que a doutrina pode apresentar esta classificação de outros modos. A apresentada nesse trabalho, seguindo os autores Barroso e Perrone (2019), tem por objetivo a praticidade e centralidade de referência no STF.

Apresenta-se, então, a divisão das sentenças interpretativas e sentenças construtivas da seguinte maneira:

- a. Decisões Interpretativas:
  - Interpretação conforme a Constituição;
  - Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto;
  - Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e apelo ao legislador; e
  - Declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.
  
- b. Decisões Construtivas:
  - Decisões construtivas aditivas; e
  - Decisões construtivas substitutivas.

## **2.1.1 Das decisões interpretativas**

### **2.1.1.1 Da decisão interpretativa conforme a Constituição**

Trata-se de técnica de controle de constitucionalidade quando o comando normativo tem mais de uma interpretação possível. A utilização dessa técnica tem por escopo compatibilizar o sentido da norma com a Constituição Federal. O resultado da interpretação não pode ser contra a lei e os limites para a utilização pelo intérprete devem estar dentro das possibilidades semânticas.

Nesse tipo de interpretação, o intérprete pode, alternativamente, definir o significado da norma compatível com a CF ao mesmo tempo em que declara a exclusão da outra interpretação que reputa inconstitucional. Para Moreira Alves, “essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco” (BRASIL. 1996).

Uma segunda situação possível ocorre quando “a interpretação conforme pode ensejar a declaração de não incidência da norma a uma determinada situação de fato, cujas

particularidades em concreto, a tornem incompatível com a constituição” (BARROSO; PERRONE, 2019, p. 303).

Já a última situação pode levar à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. Nesse caso, o intérprete diz que a norma está dentro dos parâmetros constitucionais, ao tempo em que ele exclui uma interpretação que afirma ser inconstitucional. Assim, determina um significado que considera válido, ao mesmo tempo que afasta outro sentido interpretativo que poderia gerar inconstitucionalidade.

O exemplo dessa última possibilidade foi o julgamento proferido pelo STF na ADI 3684, de relatoria do Min. Cézar Peluso, que decidiu que o art. 114, incisos I, IV e IX da Constituição Federal, acrescidos pela Emenda 45/2004, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais. O art. 114 previa a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, *e.g.* MS, HC, HD, sob sua jurisdição e outras situações relativas à sua seara. Esse artigo permitia mais de uma interpretação e poderia, inicialmente, tratar dessas questões criminais, atinentes à relação de trabalho.

Entretanto, o STF decidiu que este entendimento iria ferir o princípio da legalidade e do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da CF/1988), que constituem cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF/1988), sempre colocando de forma literal os vocábulos “infrações penais e crimes” com o fim de garantir a jurisdição penal e a garantia do juiz natural. Ao final, o STF<sup>65</sup> decidiu que a competência da Justiça do Trabalho, nos termos da interpretação conforme, cinge-se apenas à sua jurisdição para apreciar ações decorrentes da relação de trabalho, não lhe sendo de sua competência a jurisdição penal (BARROSO; PERRONI, 2019, p. 305).

#### 2.1.1.2 Da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto

Trata-se de outra técnica em que a norma pode ter mais de um sentido possível e o Tribunal declara a inconstitucionalidade de um deles. Nesta técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, como já diz, a norma não será alterada, entretanto um de seus significados será afastado, por ser contrário ao texto constitucional.

Vê-se que há uma aproximação grande entre a interpretação conforme a Constituição e a inconstitucionalidade parcial sem a redução do texto. Se, de um lado, o tribunal decidiu conforme, validando o sentido, as demais deveriam ser desprezadas. Entretanto, a Lei n. 9.868/1999, em seu art. 28, parágrafo único, determinou tratar-se de técnicas diversas. Um

---

exemplo é o da cobrança de tributos sem a observância do princípio da anualidade: a norma legal terá o texto preservado, mas suprime-se uma incidência possível que não está de acordo com a CF, por desrespeitar o princípio da anualidade.

A diferença entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto reside no fato de que a primeira é um juízo positivo a respeito de um significado válido, constatado na norma infraconstitucional, ao passo que esta última indica um juízo negativo com a obrigação de se suprimir determinado significado.

Nesse sentido, cabe mencionar o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, onde as declarações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, incluindo a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação a órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal (BARROSO; PERRONI, 2019).

#### 2.1.1.3 A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e apelo ao legislador

Essa técnica de interpretação pode englobar três situações: (i) quando a declaração de inconstitucionalidade incide sobre uma omissão total; (ii) quando a declaração de inconstitucionalidade é reconhecida no âmbito de uma ação direta interventiva (tendo em vista a especificidade desse documento); e (iii) quando se declara a inconstitucionalidade da lei, mas a sua supressão é postergada, apelando-se ao legislador para que atue de forma a evitar o vácuo normativo. Apesar de declarada a nulidade em razão da inconstitucionalidade, a matéria é remetida ao legislador para tomar a devida providência.

Na primeira situação, quando a inconstitucionalidade recai sobre uma omissão total, na hipótese em que nada foi feito, a matéria é entregue ao Poder Legislativo para que esse tome as devidas providências. Isso porque aqui não há norma, mas a ausência total dela, não havendo possibilidade de nulidade.

Em relação à ação direta interventiva, essa ocorre quando há a violação do princípio constitucional, sendo uma das condições necessárias para que o Presidente da República possa decretar uma intervenção federal. Aqui, de igual modo, o ato não será anulado, pois a sua desconstituição dependerá do Poder Legislativo.

A terceira técnica, por sua vez, declara a inconstitucionalidade da lei sem a pronúncia de nulidade. Ocorre quando o tribunal reconhece a incompatibilidade de uma norma com a

Constituição, mantendo os seus efeitos futuros por um certo tempo, formulando apelo ao legislador para que atue com a produção de norma consoante os ditames constitucionais, sob pena de produção de um vácuo normativo prejudicial à sociedade. Nesse caso, a decisão afere o significado da norma, reconhece a sua incompatibilidade com a CF e determina ao legislador o dever de atuar. Em razão disso, além de interpretativa, também é apelativa.

O STF, ao decidir sobre a inconstitucionalidade da lei que criou o município de Luís Eduardo Magalhães, afirmou que esse ato estava contrário a CF. No entanto, o reconhecimento da nulidade poderia causar uma série de transtornos, em razão da existência de várias situações de fato e a grave insegurança na possível declaração de nulidade. Assim, a decisão declarou a inconstitucionalidade da norma sem nulidade, com a fixação de 24 meses para que o legislador sanasse a inconstitucionalidade (BARROSO; PERRONI, 2019).<sup>66</sup>

#### 2.1.1.4 A declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.

A declaração da lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade, trata-se de técnica também nominada como declaração de inconstitucionalidade progressiva ou sentença transitiva ou transacional. Essa decisão vai cuidar de um direito aplicável de forma transitória, ou seja, enquanto persistir determinado fato, em razão de particularidades com repercussões normativas. Ela pode revelar ao legislador a necessidade de edição de nova norma, antes que aconteça a inconstitucionalidade. Além de interpretativa também tem o caráter apelativo. O exemplo a ser citado pode ser a decisão do STF<sup>67</sup> que conferiu prazo em dobro

<sup>66</sup> Cf. COSTA, 2019, p. 31-33: “No Direito Alemão, a técnica implica a definição de prazo para que o legislador aprove uma nova lei, conforme a Constituição, com: (i) a manutenção da aplicação da norma incompatível com a constituição; (ii) a emissão de uma regulação provisória pelo Tribunal (menos frequente); ou (iii) a suspensão dos processos em curso, de forma a aguardar a atuação do legislador (ainda menos frequente) [...] É importante ter em conta que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, na última hipótese, pressupõe uma situação de provisoriedade quanto à manutenção da norma incompatível com a constituição e a confiança na obtenção de uma resposta do legislador (e talvez por isso seja pouco comum no Brasil). Essa técnica não deve ser confundida com decisões puramente convalidatórias de normas inconstitucionais, que simplesmente mantêm os efeitos da norma incompatível com a constituição e que seriam mais difíceis de justificar”.

<sup>67</sup> Cf. BRASIL, 1997: “Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível desorganização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública”. No mesmo sentido, cf. BRASIL, 1998: “Ministério Público: legitimação para promoção no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação [...] processo de inconstitucionalidade das leis. A Alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo artigo 68 do CPP – constituindo modalidade de

para a Defensoria Pública em matéria penal. O Ministério Público discordou em razão da falta de igualdade e paridade para as partes. O STF decidiu que a assistência judiciária dada ao Ministério Público foi transferida para a Defensoria Pública, e essa não estava organizada de direito e de fato, nos termos do artigo 134 da CF e da lei complementar por ela ordenada. (BARROSO; PERRONE, 2019, p. 309).

### 2.1.2 Decisões construtivas

Salienta-se, primeiramente, que as sentenças interpretativas devem adequar os textos normativos à Constituição Federal de forma negativa, em razão da invalidação de normas incompatíveis com o parâmetro de controle. De outro lado, nas sentenças construtivas há uma adequação positiva da lei à CF, tratando-se de adição, substituição ou redução do conteúdo e sentido normativo original vinculado ao texto impugnado (ACCIOLY, 2016).<sup>68</sup> Para Accioly (2016), as omissões inconstitucionais totais devem ser entendidas como categoria inapta a ser solucionada por meio de sentença aditiva, em razão de haver a necessidade de um texto normativo que venha a ser manipulado de alguma forma.<sup>69</sup>

Neste trabalho será utilizado o termo sentença para designar o gênero intermediário, enquanto as decisões para cuidar das interpretativas e construtivas ou manipulativas.

#### 2.1.2.1 Decisões construtivas aditivas

As decisões construtivas se consolidaram na jurisprudência da Itália e foram aplicadas também na Alemanha, inicialmente, em 1973. Alguns apontam que a sentença n. 168, de 12 de dezembro de 1963, foi a precursora na jurisprudência italiana.<sup>70</sup> A outra decisão precursora da Corte Constitucional italiana, n. 190 de dezembro de 1970, foi a declaração de ilegitimidade

---

assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada.”

<sup>68</sup> Cf. ACCIOLY, 2016, p. 199-200: “Não há equivalência sequer quanto à atividade interpretativa desenhada em cada tipo de pronúncia: enquanto nas sentenças interpretativas o processo hermenêutico tem como ênfase a identificação de uma norma que seja comportada pela literalidade mínima do texto, que se compatibilize com a Constituição, a sentença manipulativa é resultante de um esforço de verificação de qual complemento normativo é legitimamente capaz de sanar uma inconstitucionalidade impassível de solução por vias exclusivamente interpretativas”.

<sup>70</sup> Cf. SANDULLI, 1967. Aqui a Corte Constitucional Italiana declarou a ilegitimidade do artigo 11, (1), da Lei n. 195, de 24 de março de 1958, na parte que excluía a iniciativa do Conselho Superior da Magistratura para debater os temas descritos no art. 10 (1), quando eram vedadas as deliberações sobre a magistratura referentes a lotação, admissão, promoções funções, transferências entre outras situações. Assim a magistratura a partir daí pode debater e deliberar sobre as matérias mencionadas.

constitucional do art. 304, (1) do CPP, que proibia a presença do defensor do acusado no interrogatório. Daquele ato somente participava o Ministério Público. A Corte Constitucional decidiu que essa parte do art. 304 do CPP violava o equilíbrio ente acusação e defesa, com previsão no art. 24 da Constituição de 1947 (MAIA, 2013).<sup>71</sup> Assim, à proibição de participação, que era uma decisão legislativa infraconstitucional, a Suprema Corte deu outra interpretação, mas implicitamente retirou essa parte do texto, editada pelo Poder Legislativo, e deu novo sentido, possibilitando a participação do defensor no ato do interrogatório do réu.

Vê-se que quando parte do texto é retirada o que se tem são decisões construtivas aditivas. No caso em tela, o texto normativo processual penal não permitia a participação do defensor no ato do interrogatório, mas essa parte foi suprimida na nova interpretação dada. O defensor que não podia participar do interrogatório passou a poder fazê-lo, aditivando parte do conteúdo legal, tratando-se de construção aditiva. Esse assunto refere-se a direito fundamental, com a omissão legislativa inconstitucional implícita relativa, pois essa paridade de armas entre a acusação e a defesa nada mais é do que uma extensão do princípio da isonomia.

Essa decisão construtiva aditiva, por vezes, também parece muito com a interpretação conforme a Constituição. Entre duas possibilidades, o intérprete escolheu uma delas, nos termos da Constituição, ou seja, se o defensor poderia ou não participar do interrogatório. Essas decisões não podem ser tiradas dos programas normativos da lei e sempre alteram ou modificam o seu conteúdo e alcance, a fim de contabilizá-lo. Nessa hipótese, a Corte Constitucional cria, com adição ou substituição do sentido normativo do texto.

Essa técnica possibilita a reconstrução do significado da norma tida por parcialmente inconstitucional, por meio da inserção de conteúdos que não pertencem ao programa normativo, mas que são passíveis de justificação à luz da própria Constituição. Trata-se de gênero de pronunciamento judicial com duas técnicas de decisão: construtiva aditiva e substitutiva.<sup>72</sup>

As decisões construtivas aditivas constituem uma técnica que procura adequar um diploma normativo inconstitucional à Constituição. Este é denominado inconstitucional, em razão de não incluir o conteúdo necessário exigido pelo texto constitucional, ocasionando uma omissão inconstitucional legislativa. Aqui, existe uma norma implícita que nega outro direito não mencionado, ou um mesmo direito a outro grupo que deveria ser contemplado pelo princípio da isonomia e não o foi. (BARROSO; PERRONE, 2019, p. 311).

---

<sup>72</sup> Essas divisões não são pacíficas. As sentenças segundo a doutrina Italiana, diferente da classificação apresentada neste trabalho, dividem as sentenças construtivas do seguinte modo: (i) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas; (ii) sentenças aditivas; e (iii) sentenças substitutivas (ZAGREBELSKY; MARCENÓ, 2018).

A declaração de inconstitucionalidade incide na parte ablativa ou demolitória da decisão, recaindo apenas sobre a norma negativa implícita, que caracteriza a omissão inconstitucional. Para Barroso e Perrone (2019), a parte reconstrutiva ou restaurativa do julgado é a que se adiciona o conteúdo que faltava para a norma voltar a ser plenamente constitucional. Assim, a Corte ao declarar a inconstitucionalidade de parte do texto, insere no conteúdo a parte que vai dar concretude e eficácia à CF.

As decisões aditivas mais conhecidas são as que procuram sanar as violações ao princípio da igualdade. Vê-se que a manipulação referente a essa norma implícita diz respeito ao grupo que foi preterido em relação a outro, sem justificativa plausível, ou que não reconheceu o mesmo direito ao grupo excluído. Ao ser declarada a inconstitucionalidade da norma implícita, produz-se um texto para suprir essa omissão inconstitucional (BARROSO; PERRONI, 2019).<sup>73</sup>

Importante foi a contribuição do jurista italiano Nicola Picardi para a construção dessas sentenças construtivas a que chamou de integrativas. Ele sustentou que a Corte haveria de atuar em dois momentos distintos: em primeiro lugar, eliminaria o perfil ablativo, o obstáculo inconstitucional a ser retirado (parte já desenvolvida anteriormente por Constantino Mortati, outro jurista italiano) e depois, colmataria a lacuna aberta pela própria Corte. Há divergência quanto a natureza desta lacuna, se pode ser classificada como uma lacuna técnica, uma vez que, neste caso, é oriunda do próprio Poder Judiciário e não do Poder Legislativo. Por fim, tanto Mortati quanto Picardi entenderam que as omissões constitucionais só poderiam se dar naquelas relativas (ocasionadas por ação incompleta do Poder Legislativo), sendo isso que autoriza a Corte a proferir decisões aditivas (MAIA, 2013, p. 72-73).<sup>74</sup>

O parlamento italiano procurou redimensionar a atuação da corte Constitucional, em relação às sentenças construtivas, sustentando que as decisões não eram criativas, mas que diziam o que já estava presente na órbita jurídica, ora estendendo o alcance de uma norma

---

<sup>73</sup> As decisões aditivas de princípio foram utilizadas na Itália para assentar o conflito entre a magistratura e a Corte Constitucional Italiana para delimitar a jurisdição e a competência. A magistratura ordinária aceitava as declarações de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Constitucional, mas não ao conteúdo positivo que ela viesse acrescentar a norma, o que violaria a sua independência na formulação do direito “vivente”. Assim, através do decisões aditivas de princípios ocorreu uma cooperação e acomodação da magistratura ordinária e da Corte Constitucional Italiana (BORGES, 2016).

<sup>74</sup> Cf. MAIA, 2013, p. 72-73: “a expressão característica do dispositivo de uma sentença aditiva (na parte que não prevê) demonstra que essa modalidade de decisão foi, desde seu nascedouro, utilizada para os casos de omissão parcial, ou melhor, para as hipóteses em que parte do conteúdo normativo dedutível do texto fosse anulado, com o intuito de salvar o texto normativo impugnado (princípio da conservação dos atos normativos). Por esse motivo, tal modalidade de decisão também foi denominada de acolhimento parcial (*accoglimento parziale*), pois isso denota que o efeito anulatório atinge somente uma parte do conteúdo normativo, qual seja, a norma implícita de exclusão.

jurídica, ora integrando a ordem jurídica por meio do recurso aos princípios. Assim sendo, se se tratasse de atividade criativa, deveria ser considerada uma legislação *rime obbligate* (rimas necessárias), sem qualquer discricionariedade por parte do Poder Judiciário. Ao ser estabelecida essa contenda entre o Parlamento italiano e a Corte Constitucional italiana, estabeleceu-se o *self-restraint*, com o objetivo de não invadir os espaços políticos, quando a Corte impôs a si mesma o ônus argumentativo para justificar as sentenças construtivas. Com esse posicionamento de limitações, a Corte procurou demonstrar que não tinha atuação criativa, mas interpretativa, com o objetivo de diminuir o enfrentamento com o Parlamento (MAIA, 2013, p. 75).

As decisões aditivas em sentido estrito eram bem aceitas quando a superação da omissão relativa só poderia se dar, à luz da Constituição, de uma forma (*rime obbligate*). É importante ressaltar que, quando uma omissão pode ser suprida de diversas formas, surge uma discricionariedade para o Poder Legislativo, mas não para a Corte Constitucional (Palazzo Della Consulta), sob pena de violação do princípio da separação de poderes.<sup>75</sup> Assim, o *rime obbligate* submeteu as decisões aditivas a rigorosos limites, não sendo possível a aplicação dessa metodologia sem a definição prévia da fonte de custeio de despesa estatal, consoante art. 81 da Constituição de 1947 da Itália. De igual modo, nos termos do artigo 225 da mesma Carta Magna, obedecendo os princípios da anterioridade e da legalidade, recusou-se o Palazzo della Consulta a proferir decisões aditivas quando afrontassem os preceitos penais punitivos. Em razão disso, intensificou o diálogo com o parlamento.

O exemplo de decisões aditivas citadas por Barroso e Perroni (2019, p. 314) em que se acrescentou conteúdo às normas apreciadas à luz da Constituição Federal, foi a possibilidade de “interrupção da gestação de fetos anencéfalos”, interpretada anteriormente como crime de aborto, na forma dos artigos 124 a 126 do CP, quando o STF acrescentou essa nova excludente de ilicitude nos casos de anencefalia. Afirmaram os autores que a maioria não nascia com vida (em torno de 75%) e grande parte morria após 24 horas do nascimento. Em razão dessa situação, o STF privilegiou o direito à saúde da mulher, à sua liberdade, à autonomia e à privacidade. O que é por demais controverso até hoje. Sustentou assim, tratar-se de omissão parcial, com apenas essa solução possível, a não punição para essa prática de aborto.

Em relação a suas classificações, as decisões construtivas podem ser aditivas de garantia, de prestação, de princípio, decisões redutivas e decisões substitutivas. As decisões construtivas aditivas de garantia e de prestação são identificadas quando existe um vazio

---

<sup>75</sup> Em razão do respeito a discricionariedade do Poder Legislativo, a Corte italiana profere decisão de inadmissibilidade (ZAGRABELSKY; MARCENÓ, 2018).

inconstitucional que antecede a decisão e que expande os destinatários da norma, seja por um direito de liberdade ou de poder público ou privado.

Essa decisão aditiva de garantia pode ser exemplificada pela decisão do STF que estendeu aos casais do mesmo sexo o direito ao reconhecimento jurídico de união estável. Não obstante ter o STF entendido tratar-se de interpretação conforme a Constituição, a melhor técnica determinaria tratar-se de decisão manipulativa aditiva de garantia, pois alterou-se o seu conteúdo (ADPF 132 e ADI 4277).<sup>76</sup>

Já as decisões aditivas de prestação se dão quando um grupo de pessoas adquire um direito de conteúdo patrimonial ou à prestação de um serviço, que estejam ilegitimamente excluídos, produzindo uma obrigação ao Estado de fazer ou de deixar de fazer algo. Por exemplo, art. 7º da Lei Estadual de Minas Gerais n. 9380/86 previa que o benefício da pensão se entendia apenas aos esposos inválidos. No entanto, o STF decidiu que a pensão por morte de servidor público, além da esposa, estende-se também ao marido. O fundamento é que o dispositivo legal citado viola o princípio da isonomia, pois viola mais gravosamente o viúvo do que a viúva. Descartou, então, a Suprema Corte, a necessidade de lei. Sendo uma decisão que importa em impacto financeiro, esta pode ser caracterizada como aditiva de prestação.<sup>77</sup>

As decisões aditivas de princípio (ou decisões/sentenças aditivas de mecanismo ou dispositivo genérico), consistem em técnica adotada principalmente no campo dos direitos sociais, em virtude da pluralidade de formas de promoção por parte do legislador, não cabendo ao Poder Judiciário escolhas discricionárias. O conteúdo deve decorrer do próprio texto constitucional.

Estas decisões ou sentenças passaram a ser proferidas no lugar de aditivas de prestação, dada a multiplicidade disponível para a garantia de direitos. Um exemplo que pode ser dado de decisão aditiva de princípio foi a Sentença n. 385, de 2005, da Corte Constitucional Italiana, onde se entendeu ser inconstitucional dispositivo infraconstitucional que atribuía apenas às mulheres, dentre profissionais liberais, o direito de licença maternidade. O fundamento foi que

---

<sup>76</sup> Para ACCIOLY, 2016, p. 169: “O dispositivo impugnado foi o art. 1.723 do CC, cuja redação é vazada nos seguintes termos: [é] reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O pedido de interpretação conforme foi acolhido, entendendo-se que tal solução decorre do papel da Corte protetora dos direitos fundamentais das minorias, bem como da interpretação sistemática entre os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, do autodesenvolvimento, da privacidade, da não discriminação por razão de opção sexual, do pluralismo social e a norma constante do art. 226, § 3º da Constituição, cujo texto, tal qual o dispositivo do Código Civil, faz menção expressa como formadas entre pessoas de sexo oposto.”

<sup>77</sup> Cf. ACCIOLY, 2016, p. 209: “O STF já assentou o entendimento de que a exigência do requisito de invalidez ou de demonstração de dependência econômica, para a concessão de pensão por morte de servidora pública ao cônjuge ou companheiro varão, afronta ao princípio da isonomia”.

se trata de tratamento ilegítimo entre genitores, tendo aquele de sexo masculino o direito a participar em igual medida da criação dos filhos (ACCIOLY, 2016).

Nas sentenças reduzidas, ou sentenças com efeitos restritivos, ao contrário das sentenças aditivas onde existe uma omissão legislativa inconstitucional parcial, aqui se verifica o excesso legislativo inconstitucional. Ela se aproxima de uma decisão interpretativa, com a retirada de conteúdos normativos incompatíveis com a Constituição.

É importante ressaltar que a redução não pode tornar o restante da norma insubsistente e dependente de complementos feitos pelo órgão jurisdicional. A Corte Constitucional Italiana na Sentença nº 108, no ano de 1994, diminuiu a possibilidade de condutas qualificáveis no tipo penal de instigação ao ódio entre classes sociais, limitando essa conduta típica apenas aos casos em que ocorresse de maneira perigosa para a tranquilidade pública. Ao contrário, violaria o princípio fundamental à liberdade de pensamento.<sup>78</sup>

#### 2.1.2.2 Decisões construtivas substitutivas

A técnica de controle de constitucionalidade mediante decisões construtivas substitutivas tem por característica principal a declaração de inconstitucionalidade de norma explícita, enquanto as decisões construtivas aditivas referem-se a normas implícitas (omissões). Nas decisões construtivas substitutivas, a parte que deve ser mudada, também chamada de ablativa, incide igualmente sobre norma explícita ou não implícita.<sup>79</sup> A declaração de inconstitucionalidade de norma explícita gera uma lacuna criada pelo próprio Poder Judiciário. Aqui, além de declarar a inconstitucionalidade da norma, o Poder Judiciário deverá preencher esse vazio gerado por sua decisão, criando um conteúdo fora da conformidade normativa, mas em consonância com a CF.

Vê-se que nas decisões aditivas baseadas na violação de outros princípios supre-se uma omissão involuntária do legislador com um mero acréscimo. No caso das decisões substitutivas, o que se faz é trocar o regime produzido pelo Poder Legislativo por outro regime criado pelo Poder Judiciário. No Brasil, o STF,<sup>80</sup> alterou a condição de procedibilidade de casos relativos à violência doméstica, passando de ação penal pública condicionada para ação penal pública incondicionada.

---

<sup>78</sup> Lembrando também que a redução pode recair sobre o sujeito da norma. Foi o que se deu no caso da anencefalia, quando o STF descriminalizou o aborto na hipótese de fetos nessa situação (ACCIOLY, 2016).

<sup>79</sup> Essa construção técnica das decisões construtivas substitutivas é indicada por Gustavo Zagrebelsky e Valéria Marcenó (2018), Carlos Blanco Morais (2009) e Francisco Javier Diaz Revorio (2001).

Na decisão, foi apontado que restou confirmado em levantamento empírico segundo o qual o número de representações feitas por mulheres, nas ações penais condicionadas a representação, era ínfimo. Isso pode ser explicado pelo fato de que a vítima espera que a reiteração da violência não volte a acontecer, tendo medo de retaliação e de danos emocionais.

Em razão disso, afirmou-se que esse tipo de ação deveria ser pública incondicionada, pois aguardar a representação da vítima violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade da mulher. Isso também implicaria no desrespeito do dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares, com previsão legal no art. 226, §8º, da CF/88, com flagrante descumprimento do princípio da proporcionalidade por proteção deficiente (BARROSO; PERRONE, 2019).

Barroso e Perrone (2019) criticaram a decisão do Tribunal que julgava procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos arts. 12, inciso I e art. 16, ambos da Lei n. 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal. Argumentaram que não havia como retirar do programa normativo dos dispositivos interpretados a mudança de uma ação pública condicionada à representação para ação penal pública incondicionada. Afirmaram que o que ocorreu foi a substituição do texto e do significado originariamente criado pelo Poder Legislativo por uma interpretação isolada do Poder Judiciário.

## 2.2 DAS CRÍTICAS RELATIVAS ÀS DECISÕES CONSTRUTIVAS

As principais críticas às decisões construtivas podem ser resumidas como:

- a. ao princípio democrático;
- b. ao princípio da separação dos poderes;
- c. ao equilíbrio orçamentário e;
- d. a argumentos consequencialistas.

A primeira das críticas contra as denominadas técnicas construtivas ou manipulativas, nas espécies aditiva e substitutiva, é relativa ao princípio democrático. As técnicas utilizadas pela Suprema Corte modificam o conteúdo de normas produzidas pelo Poder Legislativo, parcialmente ou em sua totalidade, porém argumenta-se que os magistrados não possuem tal legitimidade, uma vez que não são eleitos pelo povo para produzir tais normas.

Para Barroso e Perrone (2019), “as decisões construtivas reconhecem que elas constituem alternativa viável para o Juiz, quando for possível demonstrar, de forma argumentativa, a existência de uma única solução constitucional para o preenchimento da omissão parcial” (p. 319). Os autores defendem, ainda, a possibilidade de utilização judicial de

sentenças construtivas quando, entre várias alternativas, conclui-se por uma única solução por via argumentativa, demonstrando que as demais possibilidades são inviáveis.

Também há a possibilidade de se valer de decisões substitutivas quando uma lacuna é produzida em razão da declaração de inconstitucionalidade de uma norma por atuação do Poder Judiciário. Nesse caso, o tribunal vai preencher o vácuo com mais de uma possibilidade de escolha de acordo com a Constituição, com base no princípio da proporcionalidade. Aqui, os mesmos autores fazem referência à prática alemã, no uso de medidas cautelares transitórias (medidas de necessidade) até que o legislador possa se manifestar.

Nesse tópico, a crítica é que tanto as decisões aditivas quanto as substitutivas correspondem à produção de normas do Judiciário, equiparável à lei. A parte reconstrutiva das decisões que adiciona ou substitui conteúdos configura a atuação como legislador positivo, em consequência, a competência do Poder Legislativo será usurpada, em violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade.

Essa técnica decisória se dá dentro dos limites da jurisdição, pois depende da propositura de ação, de quem detenha legitimidade para isso, dos limites em que a demanda foi feita, com observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, e necessidade de fundamentação da decisão e sua compatibilidade com a CF. Sustentam que a CF é lei e, em razão disso, não está sendo violado o princípio da legalidade (BARROSO; PERRONE, 2019 p. 323).

Barroso e Perrone (2019) também argumentam que o STF deve ser criativo diante de decisões acerca de princípios vagos, colisões de normas constitucionais e uso da ponderação, podendo atuar, inclusive, de forma construtiva numa omissão total. Diante disso ressaltam algumas ações já concretizadas pela Suprema Corte como: (i) admissão das omissões entre as partes nos Mandados de Injunções, depois estendendo o efeito *erga omnes*; (ii) reconhecimento da possibilidade de suprir as omissões legislativas por meio das Ações de Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); e (iii) casos em que houve a intervenção da Corte, diante de omissões absolutas ou totais, para suprir a norma faltante, com efeito vinculante, sem qualquer produção do Poder Legislativo.

Por fim, afirma-se que o STF não pode atuar sem limitações, mas não se pode descartar a possibilidade de a Corte atuar de modo inovador. Ao declarar a inconstitucionalidade parcial, por exemplo, é preservada parte da norma produzida pelo Poder Legislativo e reconstruída outra parte do texto pelo STF, não ultrapassando o princípio da separação dos poderes. Em suma, está consolidada essa possibilidade de pronúncia de sentença por parte do STF. O que permanece é a discussão sobre os limites e *standards* que devem ser respeitados.

A outra crítica é a falta de previsão orçamentária para abarcar as decisões construtivas que implicam em custos. A solução apresentada está na modulação temporal para dar tempo para o legislador promover a adequada dotação orçamentária, devendo se dar com parcimônia, consciência e cautela, obedecendo limites a serem enfrentados de forma argumentativa.

Dentre várias críticas, sustenta-se primeiramente que a atuação construtiva do Poder Judiciário poderia causar uma perpetuação da mora e do inadimplemento do Poder Legislativo. Assim, se o Poder Judiciário irá construir um novo conteúdo, não haveria mais razões para a produção pelo Poder Legislativo. Uma segunda crítica é que o Poder Judiciário não está aparelhado e não tem a expertise técnica ou como avaliar as consequências sistêmicas de tais decisões construtivas. Também se argumenta o risco de aplicação não sincera pelo Poder Judiciário dessa técnica, manipulando o conteúdo da lei que aprecia, com o propósito de impor preferências e agendas pessoais dos juízes, favorecendo uma excessiva polarização da justiça.

Para Barroso e Perrone (2019), esses riscos estão presentes em qualquer forma de interpretação, seja ela interpretativa ou construtiva. O Poder Legislativo tem os seus direitos e deveres e não pode dispor da sua obrigação de legislar, no cumprimento do seu dever constitucional. Caso não o faça (havendo uma solução Constitucional), ela deve ser efetivada pelo Poder Judiciário. Para que seja possível balizar tudo isso é necessário que exista uma autocontenção por parte dos tribunais, da doutrina e da jurisprudência, devendo serem delineados standards restritivos e impostos ônus argumentativos às decisões emanadas do Poder Judiciário.

### 2.3 ESTRATÉGIAS JUDICIAIS DE SUPERAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

A omissão legislativa inconstitucional pode encontrar-se inserida de forma explícita ou implícita em uma norma, regra ou princípio, da Constituição Federal. Até o advento da CF/88, apenas as regras eram consideradas normas, aplicando-se a subsunção, e a única metodologia utilizada era a da hermenêutica, a partir da qual, por meio da interpretação literal ou mesmo teleológica, chegava-se ao resultado ou à natureza constitucional/inconstitucional de uma norma.

Caso a norma infraconstitucional estivesse conforme a Constituição, seria mantida no ordenamento jurídico e, portanto, considerada constitucional. De outro lado, caso a lei inferior fosse considerada em desacordo com a Constituição, seria declarada a sua inconstitucionalidade e deveria ser extirpada do ordenamento jurídico, na parte ou na totalidade dessa constatação.

Esse era o único controle de constitucionalidade existente em relação às normas, que se resumia na análise das regras para os efeitos do controle de constitucionalidade; o STF não aceitava a análise dos princípios e seus conflitos como se normas fossem.

À época, a única função que o STF poderia exercer seria o de legislador negativo. Não poderia jamais travestir-se de legislador para criar uma norma jurídica como substituto do Poder Legislativo, em razão de sua inércia imotivada. Caso contrário, haveria a quebra da independência dos poderes, acabando com a convivência harmônica entre eles.

Em relação à interpretação tradicional — a hermenêutica — na estrutura da subsunção, ela nada mais era do que o perfeito enquadramento dos fatos jurídicos às normas pré-estabelecidas. A subsunção ocorre quando o fato jurídico se enquadra à norma jurídica. Sobre esse assunto, aqui será apresentada uma rápida abordagem da regra na visão criminal, sob a ótica da subsunção, pois é de interesse do objeto desse estudo.

Esse fato jurídico para o Direito Penal, ou normas penais incriminadoras, nada mais é do que um acontecimento que interessa ao mundo jurídico, pois nem todo fato ocorrido deve ser protegido pela tutela penal. Ele pode ser positivo (uma ação, comissão) ou negativo (omissão). No Direito Penal, quando isso ocorre, estamos diante da tipicidade, onde o fato se enquadra perfeitamente à norma penal incriminadora.<sup>81</sup> Esse fato jurídico se enquadra em uma norma jurídica, pré-estabelecida, prospectiva, transparente, geralmente devendo atingir a todas as pessoas indistintamente. Dependendo do crime (caso contenha resultado), deve-se analisar a tipicidade e o nexa causal, que vai ligar a conduta comissiva ou omissa ao resultado. O resultado disso, é o fato típico, ou o primeiro elemento do crime, segundo a teoria finalista da ação.

O segundo elemento do crime, na visão da teoria finalista da ação, é a antijuridicidade ou ilicitude, onde se observa se o fato ocorrido é contrário ou não a norma penal incriminadora, se ocorreu ou não o crime. Para Welzel (1970), a intenção do agente, sua motivação subjetiva, compõe a fase interna da conduta, existente na razão do ser humano. Para o doutrinador, o fundamento do Direito não se encontra nas ciências naturais, mas na vida social. Assim, a teoria finalista da ação se contrapõe à teoria causalista, abordada adiante. Aqui o que interessa é a finalidade do agir ou do omitir, de acordo com o elemento volitivo.<sup>82</sup>

Também deve-se observar a culpabilidade, que é o pressuposto da pena. Os elementos que compõem a culpabilidade, nos termos da teoria finalista da ação, são a imputabilidade, a

---

<sup>81</sup> Já no Direito Tributário, por exemplo, estaria configurado um fato gerador.

<sup>82</sup> Também Hans Welzel, fala sobre o significado do tipo penal, que foi introduzida no Código Penal, com a reforma da parte geral, em 1984, em seu artigo 20, e nada mais é que a tradução da palavra alemã, “*Tatbestand*”, que significa modelo ou esquema (WELZEL, 1970).

potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade é uma decisão axiológica, valorativa, que considera o que é socialmente relevante. Aqui, não se analisa o dolo e a culpa, sendo esses sopesados na esfera da tipicidade da conduta.<sup>83</sup> Na teoria finalista, caso não haja dolo ou culpa, estar-se-á diante de um fato atípico. No entanto, a teoria finalista da ação padece de uma estrutura mais bem explicada em relação a culpa.<sup>84</sup>

Já para a teoria causalista ou clássica, pratica o fato típico aquele que dá causa ao resultado, independente do dolo e culpa do agente; trata-se, simplesmente, da relação de causa e efeito. Para essa teoria, o dolo e culpa estão na esfera da culpabilidade do agente e aqui o crime deveria ter três elementos: o fato típico, antijurídico e a culpabilidade.<sup>85</sup>

O estudo acima apenas elucida a complexa engrenagem que é a análise da estrutura da subsunção sobre o que venha ou não a ser crime. Logo, a criação de uma norma penal incriminadora pelo STF, na forma de sentença aditiva, atinge toda essa lógica e mecanismo penal. É controverso o STF poder criar uma norma jurídica criminalizadora simplesmente por achar que é o melhor para a sociedade, rompendo com toda uma estrutura construída por estudiosos no campo penal. Esse cenário se torna ainda mais complexo quando referente à aplicação de decisões construtivas aditivas ou substitutivas que imponham prejuízo ao réu.

Ao passo que se afirma corretamente que as normas infraconstitucionais devem obediência à CF, também é verídico ratificar a natureza constitucional da norma que é o princípio da legalidade. Logo, a importância desse princípio foi reconhecida pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC), para que fosse dado ao cidadão um julgamento justo, com leis pré-estabelecidas e respeito ao devido processo legal, representado por seu advogado constituído. A criação de uma sentença aditiva que prejudique o réu no momento de seu julgamento é extremamente discutível.

Vê-se que, atualmente, as estratégias judiciais de superação das omissões legislativas inconstitucionais estão presas a duas normas: às regras e aos princípios. Disso decorre a importância de conhecer a estrutura dessas duas normas para que se possa fazer o controle de constitucionalidade em todo o Direito, em especial nas omissões legislativas inconstitucionais.

---

<sup>83</sup> Para Greco (2010), Welzel realocou algumas categorias jurídicas penais, sendo o conceito de ação o mais importante, com um ponto de vista ontológico

<sup>84</sup> Para Roxin (2008), hoje, não se contesta que a existência empírica da omissão, da culpa e da omissão culposa não podem ser explicadas através da finalidade.

<sup>85</sup> “A razão é que consideram o crime o fato típico e antijurídico que é reprovável, censurável, o que constitui culpabilidade. Para Damásio E. de Jesus, porém, a censurabilidade da conduta típica é externa ao fato típico e antijurídico; é condição para que seja imposta a pena, como se verá no capítulo referente à culpabilidade” (TOLEDO, 1982; ZAFFARONI, 1977, p. 257).

Em relação ao Brasil, com o advento da CF/88, analítica e extensa, também os princípios, assim como as regras, passaram a ser reconhecidos pelo STF como normas cogentes. As estratégias para a superação da omissão legislativa inconstitucional devem passar por duas estruturas: pela subsunção (relativa às regras) e pela ponderação<sup>86</sup> (relativa aos princípios). Aquela, por meio de um controle de constitucionalidade tradicional, utilizando-se da hermenêutica, e esta, via a nova estrutura da ponderação (*prima facie*), encontrada dentro do princípio da proporcionalidade, por meio das vertentes dos princípios da proibição insuficiente e do excesso. A partir dessa construção chega-se à integração (via analogia); momento no qual o STF passa a legislar subsidiariamente, de forma positiva, criando normas aditivas em razão da inércia extemporânea do Poder Legislativo.

De acordo com o exposto, é importante apresentar de forma sucinta um estudo sobre as normas, que são o gênero das quais fazem as espécies das regras e dos princípios. Os próximos tópicos se encarregarão desta tarefa, mas adianta-se que Dworkin (2002) e Alexy (2008) contribuem fundamentalmente para que se possa compreender a estrutura e o funcionamento de normas novas e abertas como são os princípios, que podem captar os avanços sociais de forma ordenada. Tais princípios, no entanto, acabam por atribuir maior discricionariedade ao julgador (o que pode ser bom ou ruim), mas acabam por apresentar caminhos importantes para a solução de situações até bem pouco tempo inimagináveis (DWORKIN, 2002).

### **2.3.1 O paradigma do legislador negativo**

O legislador negativo (*der negative Gesetzgeber*, em Alemão), foi um conceito desenvolvido por Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, no início do século XX (KELSEN, 2017) Para a sua época, representou um grande avanço, pois defendeu o Controle de Constitucionalidade, com a extensão da jurisdição das Cortes Constitucionais pelo judiciário em sua forma negativa, retirando as decisões jurídicas das mãos do poder político.

Kelsen, em sua época, mostrou-se avançado e inovador a partir da sua Teoria Pura. Esse autor e Schmitt concordam que a expansão do judiciário seria um mal à democracia. Por essa razão, Kelsen entende que a forma de evitar esse mal seria por meio do controle de constitucionalidade na forma do legislador negativo, baseado em uma constituição minimalista, com respeito às minorias e limitação da jurisdição das Cortes. Já Carl Schmitt sustentava que

---

<sup>86</sup> Para dirimir os conflitos dentro da constelação de princípios, que conta com uma grande quantidade ainda não tão estudados e estratificados como as regras, Alexy (1999) propôs a estrutura das ponderações, para dirimir e solucionar as colisões sobre situações as mais diversas possíveis.

havendo o controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário haveria a produção de uma justiça politizada (BRANDÃO, 2014).

Kelsen foi defensor profundo da democracia em um dos piores momentos da humanidade: foi o artífice da Constituição da Áustria em 1920. Ele sabia da importância da Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha — uma carta democrática só possível após o fracasso da Alemanha com a Primeira Guerra Mundial e a tentativa de frear os limites e os poderes dos que detinham o poder —, mas criticava os alemães na medida em que não valorizavam e não sabiam da importância e da magnitude da Lei Maior do país (VALADÃO, 2019).<sup>87</sup>

Naquela época, o mundo estava dividido em extremos: de um lado, a extrema esquerda comunista e do outro lado, à extrema direita, o fascismo e o nazismo. Em razão disso, após a primeira grande guerra e antes da Segunda Guerra Mundial, antes que o partido nazista se apoderasse da Alemanha (parecendo adivinhar o futuro), ele faz uma carta em defesa da democracia, no ano de 1932. Em razão de tudo, não se trata nos tempos atuais de um jurista vetusto, pois as qualidades da sua obra parecem presentes, principalmente em razão da época em que viveu (BRANDÃO, 2014).

A razão dessa digressão em relação à democracia é justamente o fato de que ela foi o campo mais forte para a implementação dos direitos fundamentais no mundo e levou o Poder Judiciário a aumentar a sua jurisdição, como jamais visto. Tal processo se deu por etapas, com o intuito de limitar o poder político, retirando a centralidade da individualidade dos mandatários para o fortalecimento das instituições. Com o passar dos tempos, o judiciário continua a atuar tanto como legislador negativo quanto legislador positivo.

De forma metodológica, Kelsen sustentou que a sua Teoria Pura do Direito teria pilares na estrutura das normas e na teoria da Democracia. Não acreditava na soberania popular (para ele era fictícia, que mudava dependendo do momento), mas defendia os direitos da minoria, que poderia ser a maioria no futuro. E apresenta o *plädoyer* pela existência e a autonomia das Cortes Constitucionais (NOGUEIRA, 2010; BRASIL 2001).

O conceito de legislador negativo nasce do sincretismo entre teorias inconciliáveis, a primeira delas, o positivismo da Escola da Exegese e, em segundo lugar, o normativismo kelseniano (BRANDÃO, 2014)<sup>88</sup>. Para a teoria positivista, a aplicação judicial do Direito

---

<sup>87</sup> No artigo “A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional – socialismo” Rodrigo Borges Valadão, em 30 de dez/2020, sustenta a importância do jurista e do democrata para o mundo, no que intitulou Hans Kelsen e a Democracia. O autor demonstra que Kelsen sabia o valor daquela constituição, mas o povo alemão não dava o valor devido para aquela carta.

consistiria em atividade puramente cognitiva ou interpretativa, cabendo ao intérprete somente descobrir a vontade do legislador contida na norma. Assim, o órgão de criação de leis seria apenas o Poder Legislativo, e a interpretação caberia somente ao Poder Judiciário, com competências bem delimitadas. Não poderia o Poder Judiciário atuar como legislador positivo: ele se limitaria a invalidar manifestações do legislador infraconstitucional que contrariassem o texto constitucional, resultando em verdadeiro guardião da Constituição.

Já a Teoria Normativista de Kelsen, ao tratar da natureza da atividade judicial, embora fosse utilizada para fundamentar a figura do legislador negativo, é contraditória, pois traz no bojo de seus fundamentos a possibilidade de “criação” por meio da atividade judicial, confrontando a teoria positivista clássica (onde a função judicial é meramente executiva) (NOGUEIRA, 2010, p. 189-220).

Para Kelsen as decisões jurídicas são de competência exclusiva das Cortes Constitucionais, desde que o controle de constitucionalidade ocorra na vertente de legislador negativo. Uma das críticas reside na aceitação da produção de atos inferiores por parte do Judiciário, desde que de acordo com a Constituição. Ocorre que os atos jurídicos são atos de criação e de aplicação do Direito, o que vai de encontro com a figura do legislador positivo, lembrando que o legislador negativo não pode criar. Como disse Brandão (2014)<sup>89</sup>

“Evolui-se, portanto, de uma distinção qualitativa entre os atos de criação (lei) e de aplicação do direito (atos administrativos e decisões judiciais) para uma diferenciação quantitativa, sendo que ambos são atos de criação e de aplicação do direito, variando apenas em intensidade” (BRANDÃO, 2014, p. 189).

Assim, a teoria de Kelsen que resulta na figura do legislador negativo não é coerente com a sua própria Teoria Pura do Direito, segundo a crítica (NOGUEIRA, 2010, p. 13).

Para Kelsen, o legislador negativo deveria atuar exclusivamente para dizer se as normas fossem constitucionais ou não, mantendo a discricionariedade do Poder Legislativo na criação de leis, a contenção judicial e obedecendo a separação dos poderes, impedindo a usurpação legislativa. Com isso, os princípios abstratos seriam afastados em razão da separação dos Poderes que poderia produzir a discricionariedade legislativa, a presunção de constitucionalidade e doutrina da insindicabilidade das questões políticas; ou seja, uma constituição minimalista e procedimental (NOGUEIRA, 2010).<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Cf. MELLO, 2004.

Com o passar do tempo, os direitos fundamentais passaram a ser inseridos nos textos constitucionais, com Constituições mais analíticas, abertas, e com maior grau de interpretação e eficácia. Em decorrência desse novo momento histórico, e da necessidade de uma interpretação mais eficiente, o Direito passa a aceitar os princípios como normas cogentes, surgindo a necessidade de novas ferramentas para a operacionalização do controle de constitucionalidade.

O conceito do legislador negativo defendido por Kelsen (é importante ressaltar que ele não aceitava o princípio da proporcionalidade por considerá-lo instrumento para operacionalizar a figura do legislador positivo) já não é suficiente para atender às necessidades do STF. Atualmente, os princípios, hoje reconhecidamente “normas”, assim como as regras, passaram a operar por meio da estrutura da ponderação, conforme a teoria de Robert Alexy, já mencionada.

Depois da Segunda Guerra Mundial, o mundo se deparou com a necessidade de ter um maior controle sobre o poder político e, em muitos países, com as novas Cartas Políticas, a competência do Judiciário foi ampliada, de forma nunca experimentada. Em decorrência disso surge a opção de retirar do mundo político o controle de constitucionalidade e passá-lo para o Poder Judiciário, com algumas exceções. Ainda hoje, há democracias onde o controle de constitucionalidade é feito pelo parlamento, e nem por isso a democracia é fragilizada.

E desse modo, principalmente em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, o STF, por muitos anos, trabalhou como verdadeiro legislador negativo. Essa foi a posição de Celso de Mello (BRASIL, 1994), ao não aceitar a figura do legislador positivo, a seguir:

“A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o STF, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador” (BRASIL, 1994).<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Cf. RTJ 126/48, Rel. Min. Moreira Alves – RTJ 153/765, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 1063/DF. É que a decisão emanada dessa Corte – ao declarar, in abstrato, a ilegitimidade constitucional da lei ou ato normativo federal ou estadual – importa em eliminação dos atos estatais evadidos de inconstitucionalidade (RTJ 146/461-462, Rel. Min. Celso de Mello), os quais vem a ser excluídos, por efeito desse mesmo pronunciamento jurisdicional, do próprio sistema de direito positivo ao qual se achavam, até então, formalmente incorporados (RTJ 161/739-740, Rel. Min. Celso de Mello).

Abaixo, trecho do relatório de Moreira Alves (BRASIL, 1988):

“Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo [...]. O mesmo ocorre quando a Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial [...] o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição” (BRASIL, 1988)..

Vê-se que, ao atuar como legislador negativo, o STF só poderia suprimir ou retirar a eficácia jurídica de dispositivos, expressões ou mesmo interpretações dos atos normativos que fossem considerados inconstitucionais. Ele jamais poderia adicionar novos conteúdos, ainda que considerasse necessário, em decorrência dessa limitação jurisdicional imposta pela teoria kelsiana.<sup>92</sup>

Com o passar do tempo, e pela necessidade pragmática de dar respostas mais precisas nas interpretações e suas eficácias, o STF começa a mitigar a teoria kelsiana e passa a adentrar numa zona intermediária entre o legislador negativo e o positivo: são as decisões de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto. Com isso, inicia-se o processo de redução da interpretação teleológica, o fundamento maior para o controle de constitucionalidade até então. Antes, na condição de legislador negativo, o Poder Judiciário ou retiraria do texto a norma que considerasse inconstitucional ou a manteria declarando a sua constitucionalidade; sem meio termo.

Assim, algumas decisões do STF passaram a ultrapassar os limites do legislador negativo, acompanhando decisões parelhas ocorridas em vários países, com destaques para a Itália e Alemanha. Essas sentenças foram denominadas de intermediárias. Nesse sentido, Brandão (2014) menciona algumas decisões que fogem da figura do legislador negativo. Citamos algumas delas como exemplos:<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> É bom ressaltar que a única norma cogente reconhecida antes da Constituição Federal de 1988 eram as regras. Os princípios só seriam reconhecidos como norma jurídica, no direito brasileiro, a partir da nova Carta Magna. Até bem pouco tempo, o STF utilizou de tais fundamentos, na teoria de Kelsen para negar pedidos, foi o caso do Recurso Extraordinário n. 231924, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 21.06.2011, (jurisdizer não pode implicar legislar. Jurisdizer é dizer que o direito se contém na lei ou na Constituição. Jurisdizer não é juriscrir). Também decidiu, nesse sentido, o Ministro Dias Tofolli, no Agravo de Instrumento n. 737185 (impossibilidade de o Poder judiciário atuar como legislador positivo, resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade) (BRANDÃO, 2014).

<sup>93</sup> Cf., respectivamente, STF, ADI 558 RTJ, v. 146, t.2, p. 434; ADI 1.371, DJ, 15/06/1998; ADI 1.371, DJ, 15/06/1998; ADI 2.084, DJ, 23/06/2000; ADI 1.098, RTJ, v. 158, t.2, p. 458. Cf. também SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Op. Cit., p. 211.

- a) norma que autoriza a Defensoria Pública patrocinar ações civis públicas em benefício de consumidores teria a sua constitucionalidade limitada à sua incidência a consumidores hipossuficientes;
- b) norma que autoriza membro do Ministério Público a se filiar à partido político somente se aplica àqueles que se encontrarem em inatividade;
- c) dispositivo que permite ao membro do Ministério Público ocupar cargo na administração superior tem a sua constitucionalidade condicionada à esfera interna do MP; e
- d) norma do regimento interno do Tribunal de Justiça que autorizava o seu presidente a resolver todas as questões relativas ao cumprimento de precatórios teria a sua constitucionalidade vinculada à solução das “questões meramente administrativas”.

O caminhar do STF deu-se em razão do pragmatismo e da necessidade de a Corte dar resultados concretos sobre os casos em apreciação. Em muitas situações, a simples declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma infraconstitucional passou a não satisfazer aos reclames dos envolvidos e da sociedade nas lides apresentadas. O controle de constitucionalidade precisou, então, dessas sentenças intermediárias para dar um tratamento mais justo aos casos analisados pela Suprema Corte (BARROSO; PERRONE, 2019).

Por vezes, uma norma infraconstitucional que fosse declarada constitucional conforme a interpretação literal poderia continuar em confronto com o próprio texto da Constituição Federal, não conferindo o sentido de justiça que cada decisão deve trazer em si. Caso simplesmente fosse declarada a sua inconstitucionalidade, ela seria retirada do mundo jurídico, quando nem sempre a interpretação teleológica poderia em sua totalidade resolver o problema. No entanto, essa retirada da norma do ordenamento jurídico, poderia, muitas vezes, redundar em prejuízo ainda maior.

Assim ocorre quando da simples declaração de inconstitucionalidade de uma norma vem a retirada do direito à percepção de isonomia entre grupos ou pessoas, sem serem esses efetivamente beneficiados com a decisão. Esse é o caso de servidores públicos que, ao buscar a isonomia para recebimento de valores pecuniários, aprovada por assembleia legislativa, visavam o fim do benefício de uns em detrimento de outros. Em suma, todos perdiam com decisões de “tudo ou nada”, constitucional ou inconstitucional. Daí surge a importância do meio termo muitas vezes encontrado nas sentenças intermediárias — decisões interpretativas e decisões construtivas.

O simples retirar da órbita jurídica do texto infraconstitucional, considerado inconstitucional, retira a possibilidade de recebimento de valores pecuniários provenientes do princípio da isonomia daqueles que pediram e nunca receberam, bem como retira o direito daqueles que os estavam recebendo e não receberão mais. Houve o prejuízo para ambas as partes.

Poder-se-ia indagar: se a norma é inconstitucional ela não deveria ser retirada, pois se está pagando o indevido? Sim, mas os valores já percebidos por uns e não por outros ataca frontalmente o princípio da isonomia. Em razão dessa discrepância, atualmente o STF tem lançado mão da modulação, ferramenta que procura dar um caráter mais próximo da justiça para os preteridos, corrigindo distorções.

Se por um lado, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade parecem remeter ao legislador negativo (com a elevação dos princípios constitucionais abertos à condição de normas jurídicas), por outro, o STF aumenta a sua possibilidade de interpretação sobre situações menos concretas do que as estampadas nas regras, com a utilização efetiva do princípio da proporcionalidade.<sup>94</sup>

Assim, o STF vive essa transição do legislador negativo para o positivo, a partir da norma constitucional aberta, ou seja, a partir dos princípios. Nesse sentido foi o voto de Gilmar Mendes na ADI 1351/DF (BRASIL, 2006, p. 156-160), que abandona a técnica ortodoxa e busca as decisões modificativas dos sentidos originais do texto; a seguir:

“[...] as chamadas sentenças aditivas e modificativas – por se tratar de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional e pelos sentidos originais do texto serem sempre imprecisos [...] É possível antever que o STF acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais cortes constitucionais europeias. A assunção de uma atividade criativa pelo tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional” (BRASIL, 2006).

Em especial, na Itália, as sentenças intermediárias passaram a ser produzidas pela jurisprudência da Corte, em razão da necessidade de melhor julgar, dando respostas mais coerentes às demandas em discussão. Como bem assevera Brandão (2014), a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto têm como limite fundamental o texto da lei, ao passo que as sentenças aditivas, e sobretudo as

---

<sup>94</sup> Que mais tarde iria redundar em duas vertentes: (i) a proibição por excesso e (ii) a proibição de atuação insuficiente tanto do Poder Público quanto do privado.

modificativas, ao limite do texto constitucional. O direito passou a ser mais exigente em razão de necessidades da sociedade em constante evolução. Nesse sentido, e segundo a jurisprudência Italiana, o autor discorre sobre a omissão legislativa inconstitucional, em decisão construtiva aditiva parcial, que decorra de uma interpretação analógica ou extensiva.

### **2.3.2 O paradigma do legislador positivo**

Com uma sociedade cada vez mais exigente de seus direitos, o Poder Judiciário, que se prendia à figura do legislador negativo, começa uma procura por outras metodologias de interpretação, agora até de forma criativa, não apenas declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. Esse movimento é internacional, mais identificado na Alemanha e Itália, que passaram a construir a sentença modificativa, ou aditiva, necessitando de uma atuação diferenciada por parte do Judiciário, estendendo sua ótica para além da interpretação literal ou teleológica a que por anos se dedicaram.

Nesse mundo jurídico em formação, o Judiciário abandona, em parte, a sua autocontenção e passa a atuar com o novo foco de controle de constitucionalidade. Ao ser identificada a omissão legislativa inconstitucional, as Cortes Constitucionais utilizam-se do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição insuficiente, proibindo ao Estado de atuar aquém do mínimo permitido em matérias de direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que as omissões legislativas inconstitucionais (totais ou parciais) são iguais à proteção insuficiente dos direitos fundamentais. A concepção de proteção insuficiente dos direitos fundamentais é importante, uma vez que serve como uma alternativa à interpretação tradicional, quando confrontada com a omissão legislativa inconstitucional, escrita ou não. Para isso, lança-se mão da analogia para fechar uma lacuna axiológica, responsável por fazer com que o comando constitucional não possa produzir a eficácia necessária para a efetivação dos direitos fundamentais.

A nova figura do antigo guardião da constituição passa a ser a do legislador positivo. Ele passa a criar, dentro do próprio ordenamento jurídico, as situações necessárias que respondam à inércia imotivada do Poder Legislativo. Não há dúvidas de que esse é um caminho sem volta. Toda vez que o Poder Legislativo deixar de atuar ou agir adequadamente, sem motivos plausíveis e em tempo incompatível, o Poder Judiciário vai se legitimar para resguardar a Constituição Federal. Ele passará a atuar como legislador positivo,<sup>95</sup> criando, ou melhor,

---

<sup>95</sup> O legislador positivo representa a proatividade, uma justiça de resultados, o pragmatismo e os cuidados com a Constituição Federal.

estendendo a sua jurisdição para preencher lacunas técnicas de normas inconstitucionais omissas, a partir de outra norma analógica com afinidade ao tema tratado.

Entretanto, como tudo tem o do verso e o reverso, é importante anotar que esse avanço do Judiciário não pode se dar de maneira descomedida. Deve haver um equilíbrio com argumentos e justificativas muito plausíveis para se adotar essa nova técnica de interpretação, de construção aditiva ou substitutiva; tarefas que, originariamente, pertencem ao Poder Legislativo.<sup>96</sup>

É sempre bom lembrar que o controle de constitucionalidade em determinadas democracias é de competência do Poder Legislativo, portanto essa atuação do STF deve se dar na medida certa, sem discricionariedade, com limites a serem obedecidos para justificar e fundamentar essa atuação que ainda está em construção. É preciso sim, dar uma resposta satisfatória para a sociedade e para os demais Poderes, a fim de que uma solução não se transforme em um pesadelo, porém de forma mensurada, adequada, necessária e na medida certa. Na nova forma de metodologia da integração, o STF pode resolver muitas situações em vários ramos do direito, sem que haja um abalo maior, principalmente em relação ao Poder Legislativo.

No tocante a matérias de Direito Criminal, a situação não é tão tranquila. Uma questão que muito movimenta a sociedade é a segurança pública, que não tem correspondido, satisfatoriamente, à expectativa da população. Os bens jurídicos tutelados pelo Estado são constantemente violados, os números são cada vez piores, com milhares de mortos em razão da violência todos os anos, e a atuação dos órgãos de proteção é insuficiente, criando um paredão de violência que assola o país, sem resposta positiva (IPEA, 2020). Por conta de tudo isso, essa vertente do direito merece um cuidado especial.

Não restam dúvidas de que o Poder Judiciário pode atuar como legislador positivo no Direito Penal e Processual Penal, mas não em todas as situações. Como já dito, se em benefício do réu é incontroverso. Ao contrário torna-se por demais controversa a atuação do STF legislar positivamente contra o réu, em razão dos fundamentos já demonstrados anteriormente, principalmente em relação ao princípio constitucional da legalidade e a vedação da aplicação de analogia *in malam partem* (BORGES, 2019).<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Em razão desses movimentos como legislador positivo, o termo ativismo jurídico tem sido colocado de forma pejorativa para mostrar que o judiciário descumpra as regras e vai além do possível.

<sup>97</sup> O autor Ademar Borges, p. 396 e segs, é enfático em sua posição contra a possibilidade da aplicação da analogia *in malam partem*, pois confronta o princípio constitucional da legalidade.

É crucial que, para a efetivação da figura do legislador positivo, em se tratando da metodologia da integração, a alteração ou a expansão da interpretação sobre a norma omissiva inconstitucional legislativa se dê por meio da analogia. No campo penal só pode ser aplicado um tipo de analogia, que é *in bonam partem*, em benefício do réu.

No plano teórico, lembra bem Sousa Filho (2019), que não existem divergências quanto à proibição do STF em atuar como legislador positivo, conquanto obedecendo sempre o princípio da reserva legal.<sup>98</sup>

A virtuosa virada pragmática defendida por Luís Roberto Barroso se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos. Em outra oportunidade, o referido autor, lembrando decisão que deixou de declarar a perda do mandato de um Senador da República condenado criminalmente em razão dos limites textuais da Constituição, afirmou que

“[...] eu que defendo uma atuação criativa, construtiva e até reparadora do Judiciário em certos casos, mas o limite há de ser os textos normativos, se o texto não servir de limite aí não há mais limite e ninguém deseja que o judiciário atue sem limite” (SOUSA FILHO, 2019, p. 378).

E assim deve ser, em relação ao paradigma do legislador positivo. O STF tem as suas limitações constitucionais, sendo o princípio constitucional da reserva legal um dos mais importantes da nossa Carta Magna. No entanto, o que parece uma obviedade, não é tão simples. A referida Corte, contrariando as suas próprias convicções, tem julgado de forma controvertida

---

<sup>98</sup> A propósito, o STF já afirmou (BRASIL, 2008): “Tome-se o enunciado do preceito: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: (i) vinculação às definições da lei; (ii) vinculação às definições decorrentes, isto é, fixadas em virtude dela, de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva de lei; no segundo, em face da “reserva de norma” (norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar; ou regimental). Na segunda situação, ainda que as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa, mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei, o princípio será devidamente acatado. No caso do princípio da legalidade, expressa reserva de lei, o princípio será devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade, expressa reserva de lei em termos relativos (reserva de normas), razão pela qual não impede a atribuição explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para o exercício da função normativa, definir a obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares, e os vincule. Voltando ao art. 5º, XXXIX, no artigo 150, I e no parágrafo único do artigo 170, a Constituição retoma o princípio, então o adotando em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça. Não tivesse o artigo 5º, II consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos absolutos, nas hipóteses referidas. Dizendo-o de outra forma: se há um princípio da reserva de lei, ou seja, se há matérias que não podem ser reguladas senão por lei evidente que das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispendo, o Poder executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional, no que concerne a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; no que concerne a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda *verba cun effectu sunt accipienda*”.

em algumas decisões que afrontam esse princípio constitucional da legalidade (responsável por dar as diretrizes em relação ao julgamento do réu), produzindo, inclusive, sentenças aditivas — decisões que não são pacíficas nesse recorte apresentado.

É a interpretação literal que vai delimitar o espaço no qual o intérprete vai operar, jamais podendo se alcançar a racionalidade e objetividade plenas (BARROSO, 2009). Em decorrência dessa situação, haverá lacunas axiológicas na norma constitucional cuja colmatação se dará por meio da integração. Não se tratando, portanto, de interpretação conforme a Constituição, mas ocorrendo a criação ou uma adição de um novo segmento normativo. Conclui Sousa Filho (2019, p. 383):

“Pode-se afirmar, assim, que as sentenças aditivas realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio da criação de um novo segmento normativo com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais). Nas decisões denominadas aditivas, o Supremo Tribunal Federal cria normatividade. É o judiciário que edita a norma. Nesses casos, importa investigar, em cada caso, se o ato de criação do direito por meio de sentença aditiva invade ou não a esfera de atuação legítima do Poder Legislativo” (SOUSA FILHO, 2019, p. 383)..

Ainda, a atuação como legislador positivo no direito brasileiro e no restante dos países democráticos é importante, pois objetiva o fechamento das lacunas axiológicas inconstitucionais, que acabam por afetar os direitos humanos, principalmente aqueles referentes aos direitos fundamentais, ao princípio da dignidade da pessoa humana que exige um mínimo e a proibição deficiente do poder público e do privado. Ao que parece, tudo levará à produção de sentenças aditivas, e até mesmo substitutivas.

Após todo o exposto neste tópico, pode-se concluir que basicamente estamos diante de duas situações distintas: (i) o tradicional legislador negativo que opera o direito por meio da interpretação, partindo das disposições normativas existentes; e (ii) o legislador positivo que opera o direito a partir da integração, produzindo a norma jurídica.

Em suma, nesse capítulo tratou-se da criação judicial do direito e da superação de omissões legislativas inconstitucionais pelo STF, bem como do avanço histórico da figura do legislador negativo para o legislador positivo por meio das decisões construtivas ou manipulativas, seja na forma aditiva ou substitutiva. Também foram abordadas as estratégias para vencer essas omissões legislativas que afetam o comando constitucional. Como explicitado, essa necessidade de dar uma melhor resposta para a sociedade nasceu nas jurisprudências, principalmente da Itália e Alemanha, saindo do simplório controle de constitucionalidade que afirma ser constitucional ou inconstitucional (legislador negativo) e

passando para as sentenças intermediárias, com várias formas de decisões interpretativas e construtivas (legislador positivo).

De igual modo, com essa expansão de jurisdição, esse capítulo teve a preocupação de mostrar a necessidade de limitação de atuação do Poder Judiciário, principalmente na construção de decisões manipulativas ou construtivas. É preocupante observar o Poder Judiciário atuando de forma criativa, no campo penal em prejuízo do réu. A observância do princípio constitucional da legalidade é uma obrigação e uma garantia de julgamento justo para todo cidadão. Assim sendo, para uma melhor compreensão das ideias já traçadas, as analogias *in bonam parte* e *in malam partem* serão objeto de estudo do próximo capítulo.

### 3 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NO CAMPO PENAL

A edição de normas penais no sistema jurídico tem por objetivo a proteção de determinados bens, bem como a tutela jurídica da vida humana e da sociedade como um todo. Esses critérios de escolha não são fáceis, pois envolvem a seleção de bens e valores fundamentais da sociedade, com a compreensão e a concretude deles. Ao mesmo tempo, ao deixar de tutelar determinados valores, o Direito Penal perde legitimidade e eficiência à convivência humana pacífica (LIBERATTI, 2000).

De outro lado, parece inconcebível a tutela de bens não inseridos na CF, ou colidentes com a carta maior, como objeto de proteção jurídico-penal. O conceito mais contemporâneo de bem jurídico é “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (BIANCHINI, 2002, p. 43). O fundamento é que traz uma proteção mais efetiva de bens jurídicos supraindividuais, por ser inconcebível que um Direito Penal só possa atuar após a lesão ou o efetivo perigo de bens jurídicos, o que não seria bom.

Ao aprofundar esse entendimento, Bianchini (2002) esclarece que entre o bem jurídico e a Constituição deve haver uma relação de analogia material ou a conversão jurídico-constitucional de um bem fundamental ao ser humano para a manutenção do organismo social. Apenas essa correspondência de sentido e fins entre a CF, que traz valores constitucionais expressos ou implícitos ligados aos direitos fundamentais, e o ordenamento jurídico penal é que fortalecerá o poder de punir do Estado. De igual modo sustenta Dias (1999) que o bem jurídico transcende ao direito, encontrando-se em uma realidade que existia anteriormente, trata-se, pois, da transcendência.

Para Streck (2004), na perspectiva da Constituição Federal, há uma crise que envolve a concepção de bem jurídico no Estado Democrático brasileiro. Urge uma necessidade de redimensionamento do bem jurídico com adaptação para garantir a dignidade jurídico-penal, conforme a CF/88. O mencionado autor entende que o Direito Penal deve se afastar da esfera individual e migrar para o campo coletivo, na seara dos direitos difusos. Necessidade que pode ser observada em vários campos, entre eles: no meio ambiente, na economia social, nas condições de alimentação, no direito ao trabalho em determinadas condições de segurança social e material.

O autor vislumbra a existência de uma controvérsia acerca da extensão e das funções conceituais do bem jurídico entre os penalistas liberais, que defendem uma compreensão restrita

do conceito, e aqueles que defendem os valores supraindividuais, cuja posição em relação a funcionalidade se assenta em uma concepção organizativa, interventiva e atenta a realidade social. Essa contenda leva a uma confusão quanto aos bens jurídicos que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica e a sua relevância penal, com a conseqüente e merecida tutela.

Streck (2004) alerta que se de um lado existe a proibição por excesso (*ubermasverbot*), de outro há a proibição da proteção insuficiente (*untermasverbot*), ou seja, o Direito Penal não pode ser tratado como se houvesse apenas um garantismo negativo (o Estado estar obrigado a deixar de fazer algo). Esse ramo do Direito deve também ser observado sob o ângulo do garantismo positivo, ou seja, a indagação sobre o dever de proteção de certos bens fundamentais via Direito Penal.

De forma pragmática, se o legislador não cumpre essa proteção por meio do Direito Penal, é cabível a aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente. Caso contrário, o sistema jurídico haveria que se blindar frente a edição normativa que descriminalizassem a corrupção, como exemplo, o que seria impensável. Para o autor mencionado, a norma penal deve ser submetida ao controle de constitucionalidade, como qualquer outra. Também sustenta que o legislador no Estado Democrático de Direito não tem mais a mesma liberdade que teve no passado para legislar e lembra que a teoria do bem jurídico, que sustenta ideia de tipos penais no Direito Penal, representados por preceitos e princípios, depende da materialidade da Constituição.

Por fim, deve-se observar as obrigações implícitas e explícitas de criminalizar, devendo o Direito Penal ter foco nos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais. Esse é o mesmo pensamento de Dias (2001, p. 47-48), ao tratar dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, ao afirmar que “devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais” (DIAS, 2001, p. 47-48).

### 3.1 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL *IN BONAM PARTEM*

A sentença construtiva aditiva, produto da atividade do legislador positivo, só terá lugar quando uma disposição tem conteúdo normativo menor do que deveria ter, segundo a Constituição Federal. Nessa metodologia, quando atua o STF em controle concentrado ou outro órgão do Poder Judiciário que aja de forma difusa no controle de constitucionalidade, podem produzir de forma criativa, em sentenças modificativas ou aditivas, uma nova norma jurídica

não constante da norma omissa, que se tornou inconstitucional em razão dessa lacuna axiológica, produzida a partir da inércia imotivada do Poder Legislativo.

De forma mitigada, a partir da inércia imotivada do Poder Legislativo, o STF passa a ter legitimidade para atuar como legislador positivo por meio do Mandado de Injunção. Aqui tem-se a possibilidade de a Corte Constitucional atuar de forma criativa, ainda que com o perfil normativo-conservador, por tratar-se de atividade legislativa com previsão legal, matéria insculpada no art. 5º, LXIX da CF/88 (ZAVASCKI, 2013).

Entretanto, como já exposto em capítulos anteriores, o Poder Judiciário tem procurado a sua legitimidade na sustentação do direito de proteção mínimo, em razão da atuação deficiente do Estado em relação aos direitos fundamentais. Assim, o STF não tem se limitado a legislar positivamente somente por meio do Mandado de Injunção; ele tem expandido a sua jurisdição para todos os campos do Direito, inclusive, o Criminal.

O Estado, ao atuar com deficiência, não tem desempenhado a sua função de garantidor dos direitos fundamentais. O argumento a favor da atuação do Poder judiciário como legislador positivo é o risco da ausência ou intensa insuficiência da tutela penal para coibir o avanço da violência e a corrupção. Por essa razão, o STF passou a atuar com o controle de constitucionalidade sobre matérias penais, após a CF/88. Inclusive, por vezes, criminalizando condutas, o que se deu no caso da homofobia e transfobia. Nesses últimos casos, realmente verificou-se que a inércia do Poder legislativo, imotivada, e a ausência de uma legislação punitivo-criminal para essas discriminações aceleram a violência contra homossexuais ou transexuais no Brasil.<sup>99</sup>

É escorreito afirmar que as pessoas agredidas por esse tipo de crime, na seara dos direitos fundamentais, merecem a devida proteção. Entretanto, é por demais controverso o STF criminalizar condutas sem amparo dentro dos limites de sua jurisdição ou competência. Ao criar um crime, o STF pode estar violando direitos individuais ou restringindo direitos fundamentais de outros envolvidos, que estão resguardados pelo princípio constitucional da legalidade. E nesse sentido, com esse caráter, apenas o Poder Legislativo tem essa legitimidade de, por meio de processo legislativo bem definido, confeccionar leis penais que devem ser sempre: gerais, abstratas, prospectivas, previsíveis e transparentes. Também devem passar por um processo regular legislativo no momento de sua construção e, em casos mais emblemáticos, ouvindo a sociedade sobre o tema, com as suas repercussões e gradação.

---

<sup>99</sup> Cf. GONÇALVES, 2015. Em sentido contrário à criminalização da homofobia, cf. CARVALHO, 2012.

Em razão de todas as complexidades e gravidades dessa atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, é importante a cautela e o bom senso para enfrentar essa situação. É preciso lembrar estudo sobre as restrições aos direitos fundamentais, com análise dos princípios e as limitações iminentes, no tratamento das regras. Na produção de sentenças aditivas, por sua vez, em relação a normas penais incriminadoras, incluindo o CPP, deve-se observar o dogma da reserva constitucional da lei em sentido formal, o princípio da legalidade e da reserva legal (SOUSA FILHO, 2019).<sup>100</sup>

Ao analisar o direito comparado, é bom exemplo a Corte Constitucional Italiana, que não admite a possibilidade de pronúncia aditiva em matéria penal da qual derive efeitos *in malam partem* potencialmente redutivos da liberdade pessoal, em respeito ao princípio da legalidade penal. Para aquela Corte, legislar em matéria penal, cabe tão somente ao Poder Legislativo, a quem incumbe completar as lacunas por omissão inconstitucional existente. A Corte Italiana, assim como a Colombiana, aceita as sentenças aditivas que introduzem um requisito típico faltante na lei, em matéria penal, reduzindo o âmbito da aplicação penal.<sup>101</sup>

Relevante é ressaltar que a invalidação de lei que cria a hipótese de excludente de ilicitude, em descompasso com a Constituição, não pode ser equiparada à produção de sentença aditiva *in malam partem*.

Referente às sentenças construtivas aditivas, elas só devem abranger vácuos ou lacunas axiológicas contidas na Constituição, resultado da inércia imotivada e omissiva do Poder Legislativo. O Poder Judiciário, em seu ofício de controle de constitucionalidade, caso produza lacunas técnicas, não pode utilizar da sentença aditiva para colmatar tais vazios. Nesse caso, a responsabilidade não é do Poder Legislativo, mas sim do Poder Judiciário (BORGES, 2019).<sup>102</sup>

Aqui é importante aprofundar um pouco o estudo na área criminal, pois a metodologia da integração é que produz as sentenças aditivas. A técnica da integração utiliza-se da analogia para criar uma outra norma para colmatar a omissão inconstitucional legislativa — lembrando

---

<sup>100</sup> A Constituição estabeleceu no inciso II do artigo 5º que as restrições às liberdades individuais só podem ser feitas por lei. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem afirmado que “a reserva de lei para todos os atos de intervenção na esfera de liberdade, dentro do constitucionalismo democrático, é um elemento essencial para que os direitos do homem possam estar juridicamente protegidos e existe plenamente na realidade. Para que os princípios da legalidade e reserva legal constituam uma garantia efetiva dos direitos e liberdades da pessoa humana, se requer não só a sua proclamação formal, senão a existência de um regime que garanta eficazmente sua aplicação e um controle adequado do exercício das competências dos órgãos” (BORGES, 2019, p. 397).

<sup>101</sup> Cf. Corte Constitucional Italiana, sent. n. 42 del 1977 e Corte Constitucional, sent. n. 411 del 1995.

<sup>102</sup> Cf., a propósito, o irresponsável artigo publicado sobre o tema por: PORCIÚNCULA, José Carlos. **Abate de indivíduo armado não guarda relação com a legítima defesa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/porciuncula-abater-individuo-armado-nao-legitima-defesa>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

que a criação não recai sobre a norma originária, mas sim sobre a omissão inconstitucional legislativa identificada. Essa analogia no campo penal pode ser aplicada *in bonam partem*, em benefício do réu, desde que não afete as bases do princípio constitucional da legalidade. Ao contrário, servirá de mantra para beneficiar todas as situações, sejam as merecidas ou as imerecidas.

A segunda situação é bem mais complexa e discutível, que é a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo *in malam partem*. Logo, é necessário entender essa analogia mais profundamente, em suas duas vertentes: a que beneficia o réu (*in bonam partem*) e a que vai contra ele (*in malam partem*).

É preciso, inicialmente fazer uma distinção entre a analogia e interpretação. A analogia consiste em aplicar, à hipótese não prevista em lei, disposição relativa a casos semelhantes. Na analogia não existe a norma, não há um texto de lei procurando esclarecer esse sentido, enquanto a interpretação é o processo sobre o texto legal. A analogia vai ocorrer por meio desse mecanismo da integração, ocorrendo a edição de norma aditiva quando esta não contrariar o princípio da legalidade. No momento em que se encontra uma lacuna, aplica-se ao fato não regulado expressamente pela norma jurídica um dispositivo que disciplina hipótese semelhante (MIRABETE, 2008).

Dentro do Código Penal, deve-se fazer uma distinção para impedir a confusão entre a analogia *in bonam partem* permitida, *in malam partem* proibida e a interpretação analógica que é autorizada pelo próprio Código Penal. Na interpretação analógica, ao contrário da analogia, não existe lacuna no texto da lei. Para o Direito Penal, a interpretação analógica (ou *intra legem*) é espécie do gênero interpretação extensiva. Trata-se de técnica encontrada no Direito Penal que consiste em estender a atividade hermenêutica para abranger casos os semelhantes aos que foram mencionados no texto legal.

Um exemplo a ser citado é o que se verifica no art. 121, § 2º, I, do Código Penal, o homicídio será qualificado quando cometido mediante paga ou promessa de recompensa, “ou por outro motivo torpe”. Assim, qualquer outro motivo torpe, análogo à paga ou promessa de recompensa irá qualificar o homicídio, obedecendo a previsão legal. Ou seja, quando uma relação casuística seguir uma cláusula geral, a vontade da lei é abranger todas as hipóteses que, no caso concreto, sejam semelhantes ao rol exemplificado (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2020).

Vê-se então que a analogia e a interpretação analógica são figuras completamente diferentes, pois nesta não existe lacuna, ao contrário das situações em que se recorre ao uso da analogia. Na interpretação analógica, o objetivo é abranger casos concretos análogos; é o

processo de extração do autêntico significado da norma, ampliando o alcance das palavras legais, para atender a finalidade do texto (NUCCI, 2020).<sup>103</sup>

A analogia, por sua vez, é um processo de autointegração, criando-se uma norma penal, onde antes não existia. Na aplicação da analogia, há significado e lógica, trata-se de relação qualitativa entre fatos distintos. Entretanto, não pode a analogia ser aplicada em outros ramos do direito, em relação a norma penal incriminadora *in malam partem*, pois isso fere o princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal). Logo, não se admite a analogia *in malam partem*, em prejuízo do réu.

De outro lado, a analogia *in bonam partem* (para beneficiar o réu) deve ser aceita. O exemplo disso é art. 218 do CP, que menciona o verbo do tipo penal “induzir”, mas em analogia favorável deve-se aceitar o termo “instigar”, para evitar que o instigador responda como partícipe de estupro de vulnerável (NUCCI, 2020).

Ainda assim, essa aplicação, até para favorecer o réu, deve ser cautelosa e em hipóteses excepcionais. Sendo o princípio da legalidade a regra, e não a exceção, não pode o magistrado, quando quiser, utilizar-se da analogia *in bonam partem* para absolver qualquer acusado.

Pode-se enumerar uma série de analogias aplicadas, no método de integração, onde o STF atua como legislador positivo, produzindo sentenças aditivas. É bom lembrar que esse mecanismo ocorre dentro do princípio da proporcionalidade, na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, com o fim de preencher uma lacuna axiológica, em omissões legislativas inconstitucionais.

O STF julgou muitos casos nesse sentido, e um exemplo a ser citado no campo administrativo é o caso dos reajustes salariais para servidores civis não contemplados por lei, que o concedeu aos militares (quando o STF, de modo aditivo, estendeu aos servidores civis do Poder Executivo) o reajuste de 28,86% por meio das Leis nº 8.662/93 e nº 8.627/93. Aqui, claramente, uma omissão legislativa inconstitucional parcial, pois a lei beneficiou um grupo de servidores em detrimento dos outros (RMS 22.307).

Outro caso julgado pelo STF é aquele que descriminalizou o aborto no caso da anencefalia, na ADPF 54, em 12 de abril de 2012, quando utilizou o termo antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefálico. Neste caso, acrescentou mais uma excludente de ilicitude nos arts. 124 a 128 do Código Penal, ao contrário do Tribunal

---

<sup>103</sup> A adoção de interpretações extensiva e analógica é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência. Por todos, pode-se citar a lição de Jiménez de Asúa, afirmando que o meio literal e o teleológico podem levar a um resultado harmônico e conclusivo na interpretação das leis penais, seja ele restritivo ou extensivo, já que, assim fazendo, consegue-se captar a vontade da lei. Somente quando houver dúvida na interpretação prevalece o critério restritivo para não prejudicar o réu e extensivo quando lhe for favorável (JIMEZES DE ASUA, 1997).

Constitucional Alemão, conforme já dito em outro momento desse trabalho, que criminalizou o aborto para impedir essa conduta.

Nesse caso, trata-se de excludente de antijuridicidade. Se se considerar que o crime é composto de fato típico, antijurídico, e culpável, tem-se que, sem o segundo elemento do crime, estamos diante de uma atipicidade, ou seja, uma descriminalização, em benefício das mulheres que optam em abortar o feto anencéfalo; uma analogia *in bonam partem*. No entanto, se se olha pelo lado do feto, com vida, o Estado retira proteção de um feto em geração, ainda que deficiente, que não teve o direito de viver. Para a mãe, a analogia que descriminalizou o aborto é *in bonam partem*, mas sob a ótica do nascituro, seria a aplicação da analogia *in malam partem*, essa excludente de ilicitude (LENZA, 2020).

Feitas essas considerações acerca da criação do direito *in bonam partem*, percebe-se que o tema se relaciona intrinsecamente, as vezes coexistindo até no mesmo caso julgado, com a emergência da questão relativa à criação do direito *in malam parte*. Nesse sentido, passa-se a análise, no próximo tópico, das questões centrais relativas a esta última faceta da criação do direito e suas consequências para o ordenamento jurídico.

### 3.2 A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO *IN MALAM PARTEM*

Não há como falar na criação do direito *in bonam partem* ou *in malam partem* sem se referir a analogia. Em artigo escrito sobre a fala do jornalista Paulo Henrique Amorim ao definir o jornalista Heraldo Pereira como um “negro de alma branca”, Streck (2015) criticou o STJ por ter condenado o primeiro por injúria racial. O Desembargador Convocado Ericson Maranhão, segundo o artigo, concluiu que a injúria racial é imprescritível, uma vez que ela “também traduz preconceito de cor”, somando-se aos crimes definidos na Lei n. 7.716/89,<sup>104</sup> cujo rol não é taxativo. Aqui, o jurista afirma que, pela pouca crença no direito, queremos corrigir esse direito deficiente com nossas opiniões e teses. E afirma que

“O delito (a prática) do racismo é imprescritível, conforme previsto no art. 5º da Constituição Federal. É preciso, pois, diferenciar os crimes de racismo e de injúria racial (na verdade injúria qualificada), sobretudo em matéria penal, campo no qual as liberdades públicas reclamam a tutela do Estado, em decorrência do princípio da legalidade estrita. Nesse sentido, a lei penal deve ser prévia, certa, escrita e estrita, razão pelo qual não se admite analogia *in malam partem*, tampouco a criação judicial de tipos penais ou a extensão de

---

<sup>104</sup> Esta lei define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

um rol de delitos imprescritíveis. Só o legislador pode fazer isso. Por isso, deve haver um elenco taxativo” (STRECK, 2015).<sup>105</sup>

Na exposição de motivos do Código Penal de 1940, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o Min. Francisco Campos afirmou que

“A adoção da analogia em direito penal, para que o juiz eventualmente se substitua ao legislador, importará, inevitavelmente, a insegurança do direito. Nem mesmo poderá subsistir um nítido traço distintivo entre o injusto penal e o fato lícito. O texto expreso da lei cederá lugar a sensibilidade ética dos juízes, acaso mais apurada que a moral média do povo. Além disso, haverá grave perigo de expor os juízes, na criação de crimes ou na imposição de penas, a pressões externas, às sugestões de opinião pública, nem sempre bem orientada ou imparcial” (BUSSADA, 1991, p.160).

O termo *in malam partem* é uma expressão latina que designa o que é mau para a parte, usualmente ligado com a analogia no Direito Penal. A analogia *in malam partem* já foi objeto de estudos por muitos doutrinadores, os quais não aceitam a sua operacionalização neste ramo do Direito em específico, por vezes aceitando-se a analogia *in bonam partem*. Nelson Hungria, por exemplo, se posiciona ao não aceitar nenhum tipo de analogia. Nesse sentido, o autor afirma que:

“A analogia, portanto, não é interpretação, mas criação ou formação de direito novo, isto é aplicação extensiva da lei, a casos que esta não cogita. Com ela, o Juiz faz-se legislador, para suprir as lacunas da lei. É um processus integrativo e não interpretativo da lei. Costuma-se distinguir entre analogia legal (analogia legis) e analogia jurídica (analogia juris) conforme seja o seu ponto de partida um singular preceito de lei ou os princípios gerais (fundamentais) de direito; mas tal distinção é de todo, indiferente ao direito penal, que repele, de modo geral (e não apenas no que concerne a incriminações ou sanções), ambas as formas de analogia” (HUNGRIA *apud* BUSSADA, p. 161).

Vê-se que a analogia tem uma função integrativa da norma jurídica, não apenas interpretativa, assim não podendo ser confundida com interpretação extensiva. Ela não é *sui generis*, pois pressupõe a falta de norma jurídica, aponta para uma nova norma, a partir de

<sup>105</sup> “O reconhecimento da tese da imprescritibilidade do crime de injúria racial não se coaduna com o ‘romance em cadeia’ (Dworkin) dos precedentes judiciais oriundos do STJ, em prejuízo à estabilização da jurisprudência – aliás, conforme previsto no novo CPC, aplicável subsidiariamente ao processo penal. [...] Enfim, o controle penal das condutas discriminatórias é de fundamental importância para consolidação de uma democracia inclusiva e do respeito aos direitos humanos, independentemente de critérios envolvendo a raça ou etnia. Por outro lado, não se pode claudicar, relativizando garantias penais estruturantes do Estado democrático de Direito, a exemplo do princípio da legalidade penal estrita, sob pena de um retrocesso histórico ao *Anciën Régime*. E isso é uma questão de princípio!” (STRECK, 2015).

princípios superiores de normas existentes. analogia não cria direito, em razão de nova norma não ser criada, mas revelada à luz de sua existência anterior, latente na própria lei a ser aplicada, colmatada em situações antes não previstas. Para Manzini (1961), essa técnica pode ser aplicada, mas impõe como limite as normas penais incriminadoras, conforme se vê:

“[...] toda norma de direito que não contenha incriminação e nem sanção, ou que não importe em restrição de direito e outros interesses individuais, ou do poder restritivo do Estado, pode constituir base para o procedimento analógico. [...] A inexistência de uma incriminação sobre determinado fato significa que este é regulado negativamente pelo direito positivo, no sentido da liberdade” (MANZINI, 1961).

Os criminalistas, como demonstrado acima, em sua grande maioria não acolhem a analogia *in malam partem* em qualquer situação. Fato corroborado também pela Constituição Federal de 1988, que erigiu o princípio da legalidade como norma cogente do nosso ordenamento jurídico. Logo, em situação nenhuma eles aceitam a analogia *in malam partem*, prevalecendo sempre o princípio da legalidade.

De outro lado, outros juristas aceitam a analogia *in bonam partem* em razão de essa beneficiar o réu. O exemplo clássico do STF foi o julgamento da ADO 26 e MI 4733, quando a Corte enquadrou a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. Por óbvio, a criminalização a partir de analogia *in malam partem*, atuando a corte como legislador positivo, transgrediu o princípio constitucional da legalidade.

Ora, se a Constituição elevou o princípio da legalidade ao *status* constitucional, por certo que, dentro dos seus limites, é que se deva resolver toda a matéria na seara penal, sejam normas substantivas ou adjetivas. Esse caso será novamente analisado no item 4, desse trabalho.

É importante salientar que a metodologia da integração deve ocorrer dentro do princípio da proporcionalidade. Assim, será produzida sentença aditiva pelo Poder Judiciário, que atuará como legislador positivo. Por vezes, ultrapassando sua jurisdição, e, caso não seja feito de modo cauteloso e nos quadrantes da legalidade, o Poder Judiciário gerará decisões que servirão de base para outras infraconstitucionais, podendo acarretar muito prejuízo para a democracia, para a organização e para o bom funcionamento do Estado de Direito. E esse movimento tem sido denominado de pamprincipiologismo.

Para Streck (2010), os princípios não podem ser criados *ad hoc*, sem que haja vínculo histórico. Com frequência observa-se a criação de princípios pela doutrina, jurisprudência ou mesmo pelo Legislativo, sem a observação de sua legitimidade e imperatividade, o que acaba por fragilizar a autonomia do Direito. Os princípios devem refletir um sentido constitucional,

com caráter de transcendência, não podendo ser conceitos vazios, de acordo com a vontade do intérprete. Não se pode deixar de anotar que são normas que devem direcionar a unidade a que pertencem. Essa crítica vai de encontro aos excessos praticados por muitos operadores do direito que utilizam dos princípios para a produção da norma que lhes aprouver.

Esse é o mesmo entendimento de Sarmiento ao explicitar que: “[...] no Estado Democrático de Direito, não só os princípios, mas também as regras devem ser levadas a sério, evitando-se a ‘anarquia metodológica’ e a ‘carnavalização’ da Constituição” (SARMENTO, 2006, p. 200).

Também é controversa a edição de decisões ou sentenças aditivas *in malam partem* para serem aplicadas quando a lacuna omissiva foi criada pelo próprio Poder Judiciário, a partir da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma. Assim julgou o STJ, quando reconheceu a inconstitucionalidade do preceito secundário do crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada (art. 273, § 1º, B, do Código Penal, também é especial em relação ao delito de contrabando – e aplicar a pena prevista no art., 334 do Código Penal, sem fazer do Judiciário um legislador positivo, com a criação de penas (SOUSA FILHO, 2019).

Vários são os julgados onde o STF atuou como legislador positivo *in malam partem*. Um primeiro exemplo a ser mencionado é a situação da autorização da prisão após julgamento em segunda instância, pois a regra é clara no artigo 283 do CPP ao dispor que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Outra ocorrência a ser mencionada se deu no Decreto Presidencial n. 9.246, art. 1º que estabeleceu o indulto natalino que alcançaria às pessoas que tivessem cumprido 1/5 de suas respectivas penas, se não reincidentes, e 1/3 da pena, se reincidente, nos crimes sem violência ou grave ameaça. Em decisão monocrática, o ministro Luís Roberto Barroso excluiu dessas regras, todos os condenados que tivessem cometido crimes por peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, crimes praticados contra o sistema financeiro nacional, crimes previstos nas leis de licitações, crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens e crimes previstos na lei de organizações criminosas e a associação criminosa. Ora, em controle de constitucionalidade, segundo a decisão de Barroso, um grande grupo de pessoas deveria ser preterido do benefício geral apresentado pelo Presidente da República, portanto uma atuação *in malam partem*. Entretanto, essa decisão foi revertida pelo plenário, conforme se verá nos casos analisados no capítulo 4.

De igual modo, utilizando-se, inadequadamente, da técnica da interpretação conforme a Constituição, o STF tornou mais rigorosa a punição da violência doméstica cometido contra mulheres, transformando, em pública incondicionada, a ação penal a ser ajuizada contra o agressor da mulher em ambiente doméstico pelos crimes de lesão corporal leve e culposa. Apesar de ser necessária a reparação de erros, nem tudo pode ser objeto de decisão manipulativa pelo Poder Judiciário, em se tratando de prejuízo ao réu.

Conforme já decidiu o STF sobre a decisão aditiva no CPP, não há dúvida da prevalência do princípio da legalidade e da reserva legal na norma adjetiva penal. Não há que se falar em analogia, integração ou produção de sentenças aditivas *in malam partem* nesta parte do Direito, bem como nas normas penais incriminadoras.

Extrai-se, de todos os fundamentos, a dificuldade do STF em ampliar o campo punitivo estatal no campo penal. Caso sejam identificadas as omissões legislativas inconstitucionais, a partir dos princípios da proporcionalidade e da proibição da proteção insuficiente do Estado, o Poder Judiciário pode reconhecer tais omissões e remetê-las ao Poder Legislativo para solucionar a lacuna axiológica.

Logo, em se tratando de matérias penais que venham causar prejuízo ao réu — *in malam partem* —, é necessária uma maior cautela e atenção para não se produzir normas fora de uma organização jurídica aceitável. Caso o Poder Judiciário queira ingressar na seara substantiva ou adjetiva penal, pode atuar *in bonam partem* (dentro dos preceitos da legalidade), sem que haja prejuízo deste princípio, que é sustentáculo do Direito Penal.

### 3.3 A VEDAÇÃO ÀS SENTENÇAS ADITIVAS *IN MALAM PARTEM* EM MATÉRIA PENAL

A decisão aditiva é o resultado de uma série de situações; de início, decorre do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, do trabalho empírico, da construção da integração e, de igual modo, da analogia, tudo para a perfeita identificação da omissão legislativa inconstitucional. É necessário salientar que o sopesamento traz as suas etapas dentro do princípio da proporcionalidade, que se divide em subprincípios, sendo eles o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito; os dois primeiros ligados aos fatos e ao último ao direito. Também inseridos no princípio da proporcionalidade, encontramos as vertentes do princípio da proibição por excesso e o princípio da proibição da proteção insuficiente que atingem tanto o Poder Público, quanto a iniciativa privada.

Para esse sopesamento, a estrutura da ponderação proposta por Alexy só deve ser utilizada quando a regra definidora do caso concreto é insuficiente ou inapropriada para a solução do caso concreto (PULIDO, 2008).<sup>106</sup> Da análise de todo o estudo da ponderação, vê-se que, apesar das contrariedades, Alexy mostra que o Judiciário tem discricionariedade na criação da sentença aditiva, no que discordam Georges Abboud e Lênio Streck, que negam discricionariedade até mesmo para o Estado–Legislador (VAN DER BROOKE, 2014).

Entretanto, jamais se pode perder de vista que o legislador natural, o que tem a legitimidade popular para a feitura de leis, é o Poder Legislativo. A princípio, todas as leis devem ser confeccionadas a partir do processo legislativo, esboçado pela Constituição Federal, com as suas etapas, tempo e quóruns, conforme a importância da norma jurídica. A nossa Constituição Federal, como em outras constituições, delegou essa competência para o Poder Legislativo.

De modo excepcional, com legitimidade secundária e com o devido controle, é que se abre essa possibilidade de atuação extraordinária do STF como legislador positivo em decorrência da inércia extemporânea e imotivada do Poder Legislativo. Isso se dá com o fim de conferir a eficácia da Constituição. Essa atuação ocorre tanto na verificação de omissões legislativas inconstitucionais parciais ou totais.

Por certo, ainda que haja a discussão sobre regras e princípios em determinado conflito de normas, a resposta estará na constelação conflitante dos princípios e, neste estudo, na vertente do princípio da proteção da proibição insuficiente, quando o Estado deixa de atuar minimamente em relação aos direitos fundamentais.

Ocorre que a interpretação conforme a Constituição, como já discurremos, nem sempre é capaz de solucionar as situações que envolvam normas, além das regras. Em decorrência dessa situação, em se tratando do conflito entre princípios e de princípios e regras, lança-se mão da estrutura da ponderação, do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, via metodologia da integração, onde, por meio da analogia, trazendo uma norma infraconstitucional para preencher a omissão legislativa inconstitucional para dar um novo alcance para a norma omissa, colmata-se a lacuna técnica. O resultado dessa criação legislativa do STF (legislador positivo) é conhecido como sentença construtiva aditiva ou modificativa.

---

<sup>106</sup> É importante lembrar que uma das críticas à ponderação de Alexy está na racionalidade das ponderações, sem segurança jurídica, sem limitações, dando margem ao juiz para aplicar as suas ideologias e suas próprias avaliações. Essa foi uma das observações avaliadas em capítulo anterior, apresentada pelo jurista Colombiano Bernal Pulido (2008).

A decisão aditiva pode e deve ser utilizada pelo Poder Judiciário como legislador positivo em muitas situações para responder às necessidades do direito moderno. Entretanto, na seara penal, é diferente, pois a interpretação de um texto deve ser sempre em benefício do réu, *in bonam partem*. Se há vazios nas normas penais, a interpretação será em benefício do acusado, devendo essa lacuna axiológica encontrada pelo Poder Judiciário ser colmatada da melhor forma possível.

Ainda é importante lembrar que mesmo que um cidadão tenha cometido fato imoral ou desprezível pela sociedade, não havendo a tipificação penal de sua conduta, não se considera que ele tenha cometido crime. No campo penal, ninguém pode ser condenado sem lei prévia que descreva uma conduta criminosa (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Ainda que haja dúvidas, o julgamento deverá ser em benefício do réu. Da mesma forma, não se criam sentenças aditivas nas normas penais por achar injusta a situação posta. A exceção ocorre somente se criadas *in bonam partem*, desde que não sejam contrárias ao princípio da legalidade — pedra angular do direito substantivo e adjetivo penal.

As decisões aditivas, em algumas situações, podem trabalhar com a analogia a favor do réu ou *in bonam partem*. Lembrando que nem sempre, pois trata-se de uma exceção ao princípio da legalidade e deve ser resolvido dentro da própria decisão interpretativa. Se o contrário for, o princípio da legalidade passará a ser uma exceção, e não uma regra, como deve ser, trazendo segurança, previsibilidade e segurança para aquele que está sendo julgado.<sup>107</sup>

No Brasil, o controle de constitucionalidade se dá pela via concentrada ou difusa. Na via concentrada, a competência é exclusiva do STF, nas matérias atinentes à CF, dos Tribunais de Justiça, quando referente a Leis e Constituição Estaduais, O controle de constitucionalidade difuso pode ser feito por qualquer magistrado, lembrando que não tem efeito *erga omnis*, restringindo-se tão somente ao caso concreto debatido.

Em tese, vê-se que todo o Poder Judiciário pode produzir sentenças ou decisões aditivas, mas dentro de todas as limitações que analisamos neste estudo.

A produção de sentença aditiva *in bonam partem*, em matéria criminal é possível, desde que obedecido o princípio da legalidade. Um exemplo disso foi a decisão *in bonam partem* que reconheceu que a utilização da tornozeleira eletrônica em casa, em razão da pandemia, deve ser

---

<sup>107</sup> MANZINI (apud BUSSADA, 1991, p. 191) – “Para Manzini toda norma de direito que não contenha incriminação nem sanção, ou que não importe em restrição de direito e outros interesses individuais, ou do poder repressivo do Estado, pode constituir base para o procedimento analógico. Acha que a analogia, nesses limites, é tolerada pelo art. 16 do Código Penal Italiano. [...] É a analogia lícita, enquanto se veda aquela que se propõe estender-se a casos ou matéria não contemplados, nem explícita e nem implicitamente na lei, incriminações ou sanções (p. 309, nº II). A inexistência de uma incriminação sobre determinado fato significa que este é regulado negativamente pelo direito positivo, no sentido da liberdade.

contada para fins de detração (art. 42 do CP). O fundamento é de que, apesar da tornozeleira eletrônica não constituir pena privativa de liberdade, as limitações a que a pessoa fica submetida se assemelham ao cumprimento da pena em regime prisional semiaberto (art. 319, incisos V e IX do CPP).

Após todo o exposto, pode-se dizer que, em suma, no campo penal a norma construída a partir de decisão construtiva ou manipulativa não pode prejudicar o réu e, por consequência, é por demais inapropriada a aplicação da analogia *in malam partem*. Se há uma lacuna a ser sanada, não pode o réu ser prejudicado por uma sentença aditiva criada pelo legislador positivo. A seguir, em tópico dedicado ao assunto, serão abordados casos emblemáticos que ilustram melhor tudo o que até aqui foi exposto.

#### 4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PENAL

Em relação à matéria, importante marco temporal foi o advento da Constituição Federal de 1988,<sup>108</sup> pois ela instrumentalizou a possibilidade de postulação da tutela jurisdicional adequada e efetiva perante o STF e demais tribunais, o que anteriormente não era previsto em lei. Para isso foram criadas as figuras da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), do Mandado de Injunção (MI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

O recorte dos casos concretos aqui analisados foi feito com o objetivo de discutir a possibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo em todos os ramos do direito, com uma ênfase e afunilamento no campo penal, mostrando as decisões do STF, os argumentos dos ministros e suas limitações com atuações a favor e contra o réu. Elas agem na maior parte das vezes *in bonam partem*, porém verificam-se casos em que tal atuação efetivou-se acarretando prejuízo para o réu, *in malam partem*.

Todos os casos servem de base para análise do limite jurisdicional de que dispõe o STF para atuar como legislador positivo, nas técnicas chamadas construtivas aditivas e substantivas. Também pretende-se averiguar quando deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, que trata de direitos fundamentais, suscitados por ADO, MI, ADPF, ADC e HC. Ainda, em destaque, cabe investigar se o réu pode ser prejudicado na produção de sentenças aditivas ou modificativas por parte do Poder Judiciário, e quais os limites de atuação do STF nesse campo.

Por essa razão, a discussão faz referência a se o STF deve delimitar sua atuação como legislador positivo na seara penal, respeitando o princípio constitucional da legalidade e suas vertentes. De igual modo, relaciona-se, após a identificação de lacunas técnicas produzidas por omissões inconstitucionais legislativas de normas implícitas, com a análise sobre a perfeita aplicação técnica do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, em se tratando de direitos fundamentais, e qual a limitação ou competência do STF para a atuação nesse campo.

---

<sup>108</sup> A Constituição Federal do Brasil de 1988 é principiológica, reunindo um quantitativo elevado de princípios em comparação às regras. Diferentemente do que ocorre com as regras, que são tratadas como normas cogentes, os princípios, quando de eficácia limitada, precisam da atuação do legislador para serem efetivados e concretizarem os objetivos da Carta Magna.

Além disso, busca-se investigar se o STF restringiu direitos fundamentais, sem previsão legal, no campo penal e chegar a uma conclusão final sobre o exercício desse controle de constitucionalidade: se está a obedecer a melhor técnica de interpretação e de construção de sentenças construtivas ou modificativas, bem como se respeita os limites legais de atuação do Poder Judiciário.

Os casos foram eleitos por sua relevância jurídica, sob o prisma dos princípios da legalidade e do princípio da proporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, para saber se este tem sido utilizado a técnica mais eficiente para a identificação das omissões inconstitucionais legislativas, bem como para supri-las, com o olhar para a figura do legislador positivo.

Na análise dos casos emblemáticos que se seguem, o presente trabalho irá procurar fixar o entendimento sobre a natureza das decisões apresentadas. Buscar-se-á analisar se são decisões construtivas aditivas ou substitutivas ou se são decisões interpretativas.<sup>109</sup>

#### 4.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes da segunda grande guerra mundial, Hans Kelsen, como já dito anteriormente, defensor que o controle de constitucionalidade deveria pertencer ao Poder Judiciário, sendo que as normas eram declaradas constitucionais ou inconstitucionais, sem meio termo, o que trazia muitos prejuízos. A inconstitucionalidade encontrada implicava em nulidade *ex tunc*, invalidando toda a norma desde o seu nascedouro, resultando muita injustiça para as partes.<sup>110</sup> (BARROSO; PERRONE, 2019, p. 300). Em decorrência disso, a criação judicial do direito, e aqui, em especial, o Direito Penal, passou a procurar um meio termo nessa inconstitucionalidade, e na própria nulidade, o que foi denominado de sentença intermediária. Com ela, esse controle tornou-se mais maleável, com mais justiça interpartes, soluções mais acertadas e legítimas.

Entre as decisões intermediárias encontram-se as decisões interpretativas, que são ligadas ao texto e que podem ser extraídas da lei, de acordo com o Poder Judiciário. De outro lado, tem-se as decisões construtivas, que não podem ser extraídas do programa normativo da lei, quando terão o seu conteúdo ampliado ou modificado, com a atuação criativa da Corte no

---

<sup>109</sup> Para isso será seguida a classificação já mencionada anteriormente por Barroso e Perroni (2019).

<sup>110</sup> Barroso e Perrone (2019) entendem que a simples declaração de inconstitucionalidade pode acarretar mais injustiças do que justiça com a aplicação da retroatividade. Em decorrência disso criou-se a Lei nº 9.968/1999, que trata da modulação de efeitos.

papel de legislador positivo. Em muitas situações torna-se difícil diferenciar se as decisões são interpretativas ou construtivas, uma vez que essa é apenas uma classificação que procura aferir, em relação aos casos analisados, mais pragmatismo ao mundo jurídico. Não obstante, existem inúmeras outras classificações que procuram entender a fundo o controle de constitucionalidade.

- a) A declaração de inconstitucionalidade pura e simples leva à nulidade total da norma:
  - Efeito *ex tunc*;
  - Retroatividade total da decisão; e
  - Controle de constitucionalidade tradicional.
- b) As sentenças intermediárias:
  - **Decisões interpretativas:** aqui o tribunal atribui ou afasta um significado ou uma incidência que pode ser extraído do programa normativo da lei. O intérprete, dentre as interpretações possíveis, efetiva o disposto na CF ou suprime significados inconstitucionais. Podem ser utilizadas as técnicas da:
    - i) interpretação conforme a constituição;
    - ii) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto;
    - iii) declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; ou
    - iv) declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.
  - **Decisões construtivas:** nas decisões aditivas, existe uma norma implícita, que nega outro direito não mencionado. A declaração de inconstitucionalidade vai recair sobre a parte ablativa ou demolitória (que será retirada do texto), caracterizando a omissão. Na parte a ser reconstruída será adicionada à norma o conteúdo que faltava para ela voltar a ser constitucional. De outro lado, as decisões substitutivas têm como principal característica serem normas explícitas. Ao retirar a parte ablativa do texto, é gerada uma lacuna jurídica. A parte ou conteúdo deve ser reconstruído pelo próprio judiciário, consoante a CF. Nas decisões aditivas, suprime-se a omissão com acréscimo, mantendo a norma original. Nas decisões substitutivas, troca-se o texto produzido

pelo Poder Legislativo por outro editado pelo Poder Judiciário. Podem ser de duas categorias:

- i) decisões aditivas;*
- ii) decisões substitutivas.*

## 4.2 CASOS EMBLEMÁTICOS

A seguir serão apresentados alguns julgados e temas, principalmente do STF, para que seja analisado o controle de constitucionalidade efetivado, referente, em especial, às matérias atinentes à seara criminal.

Sendo o direito uma ciência e, portanto, em evolução constante, os embates de temas e ideias tem alargado o campo fértil, e de muitas estradas, para se alcançar a justiça, em seu inteiro teor. Em razão disso, o STF, na maior parte das vezes, tem encontrado os caminhos mais adequados para responder aos reclames da democracia e da sociedade.

Na obra já mencionada de Ademar Borges (2019), é apresentada uma sugestão para que o STF utilize a admissibilidade como filtro que impeçam pedidos insinceros que pleiteiam a interpretação Conforme a Constituição. Percebe-se que a real intenção dessas solicitações e fazer com que a Corte atue como legislador positivo, não devendo serem admitidos pelo STF.

Nesse capítulo, o objetivo é a análise de temas já julgados pelo STF e STJ, em especial na seara criminal, que tem em seu campo algumas restrições na atuação do legislador positivo, principalmente em razão do princípio constitucional da legalidade. Em tais casos os Ministros utilizaram por fundamento, às vezes de forma controvertida, o princípio da proibição do Estado em atuar de forma insuficiente. Com isso, criam normas penais incriminadoras a partir de outra norma, utilizando-se da analogia *in malam partem*, com a produção de decisões aditivas ou até substitutivas.

Conforme será exposto a seguir, a metodologia utilizada para a aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente, em matéria penal, não pode ser a mesma dos outros ramos do Direito: o Direito Penal tem a característica especial de sempre ter que ser interpretado em benefício do réu.

### **4.2.1 ADC 43, 44 e 54: Constitucionalidade do Art. 283 do CPP, o Início da Execução da Pena e o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente**

Conforme exposto no item 1.2, o plenário do STF (BRASIL, 2016), tendo por Relator o Min. Teori Zavascki, negou o *Habeas Corpus* 126.292, por maioria de votos, decidindo pela possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau e que, assim agindo, não ofenderia o princípio constitucional da presunção da inocência. O entendimento do STF, conforme o Min. Teori Zavascki, neste julgamento, foi a interpretação extensiva ao artigo 283 do CPP, quando sustentou que é coerente com a Constituição Federal o principiar da execução criminal, quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.<sup>111</sup>

É importante ressaltar que a regra contida no artigo 283 do CPP não continha qualquer tipo de omissão legislativa inconstitucional parcial ou relativa. Ao contrário, a regra diz que o principiar da execução da pena se dará com o trânsito em julgado da sentença condenatória. No relatório de Zavascki, aplicou-se a interpretação extensiva à norma processual penal, apresentando como fundamento de sua decisão a lei da Ficha Limpa — Lei Complementar 135/2010 — que consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado. Vê-se que, aqui, foi aplicada a metodologia da integração, lançando mão da analogia *in malam partem* para dar novo sentido ao texto do art. 283, CPP.

A ADC 43 reabriu a discussão sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP e o início da execução da pena, reestabelecendo, ao final, o entendimento de que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente, em sentença condenatória transitada em julgado ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>112</sup>

Neste julgamento, a então Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Dodge, sustentou que a lei processual penal não poderia adotar o início da execução da pena somente a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Caso contrário, a norma adjetiva processual estaria a confrontar o princípio da proibição da proteção insuficiente. No parecer da Procuradora-Geral, não restou evidenciada a constatação de que o artigo 283 do CPP seria

---

<sup>111</sup> Cf. as manifestações da Advocacia Geral da União nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n<sup>os</sup> 43, 44 e 54. Disponíveis em <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-agu-adcs-43-44-54.pdf>. Acesso em 8 nov. 2021.

<sup>112</sup> Abboud (2019), ao analisar o julgado, comunga da decisão final da Corte sobre o assunto, mas critica o ativismo sobre o tema, o resultado parelho de seis votos a cinco, bem como o argumento fático de que sairiam da cadeia em torno de cento e sessenta mil condenados que cumpriam pena. Ao contrário, o autor apresentou dados do Conselho Nacional de Justiça, que esse número não ultrapassaria a casa de cinco mil condenados. Entretanto, salienta, que ainda que fossem 160 mil beneficiários, o Direito não deveria caminhar para o pragmatismo e o ativismo. Lembrou por fim, que o magistrado pode manter preso, por meio de prisão cautelar, aqueles que devem ser segregados. Nesse sentido: “[...] ansiamos, que essa decisão seja um marco para uma jurisdição mais técnica, menos ativista e mais deferente ao produto Legislativo. Nesse cenário, o STF perderá protagonismo, gerando contudo, menos instabilidade institucional, e sua atuação, a longo prazo, não se dará pelo viés da demagogias populistas, mas sim pelo que determina o direito positivo brasileiro”.

inconstitucional por violar a proporcionalidade em relação ao princípio da proibição da proteção insuficiente — e nem qualquer estudo empírico a embasar que o mínimo necessário não foi realizado pelo Estado.

A digna representante do Ministério Público sustentou que a lei, no art. 283 do CPP, sob o pálio do princípio da inocência, não pode, a pretexto de protegê-la de modo absoluto, desprotegê-la ou proteger de modo insuficiente direitos de outros, mediante restrições ao *ius puniendi* que levem à ineficácia da tutela penal. Vê-se que o parecer exarado não comprovou a inadequação ou a ineficácia do art. 283 do CPP, o que poderia levar a uma produção insuficiente e inconstitucional por parte do Legislativo e, em consequência, a uma possível legitimidade para a atuação da Corte Constitucional em caso de omissão ou de insuficiência.<sup>113</sup>

Vê-se que foram insuficientes os argumentos suscitados que justificassem a intervenção do STF como legislador positivo para a devida aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente, na vertente da proporcionalidade, para embasar a metodologia da integração e produção da sentença aditiva com aplicação da analogia. Isso seria muito discutível, pois feito em prejuízo do réu e, portanto, *in malam partem*, esbarrando no princípio constitucional da legalidade.

A aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente do Poder Público por omissão inconstitucional legislativa parcial ou relativa, em razão da inércia do Estado-Legislator ou por não atingir o patamar mínimo em tempo adequado, é uma exceção que deveria ser produzida a partir da análise da ineficiência e inadequação contida na regra do art. 283 do CPP. Em se tratando de normas penais, é imprópria a incursão nesta metodologia da integração, encontrando barreira no princípio da legalidade, quando em prejuízo do réu.

Esse debate pautou-se sobre o texto do artigo 283 do CPP. Questionou-se se teria sido esse artigo recepcionado ou não pela Constituição Federal e se o início da prisão deveria ocorrer depois da condenação em segundo grau ou conforme o texto adjetivo penal, após a sentença condenatória com trânsito em julgado. Essa sessão, além de apreciar o ADC 43, também julgou, simultaneamente, as ADCs 44 e 54.<sup>114</sup> Relator das ADCs 43, 44 e 54, o Min. Marco Aurélio entendeu como constitucional o art. 283 do Código Processo Penal.

---

<sup>113</sup> A peça formatada teve por condão sugerir ao STF um modelo distinto do art. 283 do CPP, confeccionado pelo Poder Legislativo. Lembra-se que a proteção insuficiente tem que restar provada, e uma das formas de o fazer é por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, que nesse caso, não vai se postar contra o réu, principalmente, em razão do princípio da legalidade.

<sup>114</sup> Requerentes das ADCs 43, 44 e 54: Partido Ecológico Nacional, Conselho Federal da OAB e o Partido Comunista do Brasil.

É importante frisar que em 2008 o CPP foi reformado, de modo que os artigos 312 e 313 do mencionado código não mais permitem a possibilidade de prender um acusado antes do trânsito em julgado, exceto se houver no caso concreto situação que justifique a decretação da prisão preventiva. Com isso, passa a ser direito do réu aguardar o julgamento de seus recursos em liberdade e somente ser preso após a preclusão máxima da decisão condenatória, conforme a Constituição Federal (ZAPATER, 2019).

A Constituição Federal de 1988, no período de redemocratização do país, elevou as garantias processuais ao patamar de direitos fundamentais, sendo a primeira a consagrar o princípio da inocência, conforme o art. 5º, inciso LVII de seu texto. Assim sendo, a regra do artigo 283 do CPP casou-se perfeitamente à norma constitucional: a regra infraconstitucional e o princípio constitucional em perfeita consonância.

Não havendo inconstitucionalidade, não é a melhor opção operar a metodologia da integração ou transformar o STF em legislador positivo para criar sentenças aditivas, por meio de analogias *in malam partem*. As decisões não podem ser baseadas apenas em evidências ou dados jornalísticos. Nessa técnica jurídica, devem-se buscar dados de trabalhos científicos e empíricos fortes, concretos e confiáveis. Daí em diante, parte-se para um debate amadurecido, com o fim de analisar a possibilidade da configuração da omissão legislativa inconstitucional e aplicação do princípio da proibição da proteção por insuficiência.

Apenas discordar do dispositivo legal apresentado pelo legislador não é o bastante para a aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente. Deve-se demonstrar os parâmetros da inconstitucionalidade, no caso em debate, em relação ao artigo 283 do CPP; o que não ocorreu. O operador do direito pode pensar, e até sugerir, uma melhor e mais eficiente legislação do que a regente, mas não pode transformar o STF em uma espécie de legislador positivo, com técnicas inapropriadas, utilizando por fundamento o princípio da proibição da proteção insuficiente sem elementos confirmatórios adequados para justificar sua atuação do Poder Judiciário nessa forma.

No caso em debate, o julgamento decidiu pelo início da execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, afirmando ser constitucional o artigo 283 do CPP. Logo, da reflexão jurídica apresentada, não resta dúvida de que o art. 283 do CPP está conforme a CF e que o STF decidiu dentro dos parâmetros legais. O que mais importa é sempre mostrar, por meio dos fundamentos esposados, as possibilidades e as dificuldades da aplicação

de decisões aditivas na seara penal, quando se trata de analogias *in bonam partem* e *in malam partem*.<sup>115</sup>

Em suma, o STF em seu último julgamento sobre a matéria, decidiu de maneira escorreita ao declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP e alterar a decisão do outro julgamento ocorrido em 2016, que havia julgado improcedente o *Habeas Corpus* 126.292 e definido o início da execução da pena após o julgamento em segunda instância, com edição analógica baseada na lei da ficha limpa, que superava o princípio constitucional da inocência insculpido na Constituição Federal.

Trata-se, portanto, de sentença intermediária na espécie de decisão interpretativa conforme a Constituição, com mais de uma interpretação possível. Por fim, houve a compatibilização do sentido da norma com a Constituição, ou seja, de acordo com a melhor forma da lei.

#### **4.2.2 Decreto nº 9.246/2017: Indulto Coletivo**

Em outro caso, o ex-Presidente da República Michel Temer expediu o Decreto n. 9.246 de 21 de dezembro de 2017, concedendo indulto coletivo por ocasião do final de ano. Em decorrência do ato normativo, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874, postulando cautelarmente a declaração de inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Feuerbach (1966 *apud* GRECO, 2012) ressalta que o mais destacado penalista do início do século XIX é lembrado por sua menção ao princípio da legalidade, de onde surgiu a expressão “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. Afirma Feuerbach que é da teoria da pena que deriva o princípio da legalidade. O argumento em favor da legalidade é, portanto, um argumento de conveniência e, enquanto tal, tem ele natureza hipotética e, ao menos, parcialmente empírica. Sua dimensão hipotética está no fato de que ele começa com a postulação de um fim – intimidar a população contra cometimento de delitos – derivando a conclusão da hipótese de que se quer realizar o fim postulado: se se quer intimidar a população então se precisa da legalidade penal. Sua dimensão empírica está contida em ao menos duas premissas que nele se encontram implícitas, a saber, a de que a lei é idônea a intimidar e, em segundo lugar, a de que a lei intimida com maior idoneidade ou com menor custo que as alternativas existentes. A legalidade, é um instrumento útil, e essa é a razão pela qual devemos adotá-la.

<sup>116</sup> A saber: Art. 1º. O indulto natalino coletivo será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras que, até 25 de dezembro de 2017, tenham cumprido: I – um quinto da pena, se não reincidentes e um terço da pena, se reincidentes, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência a pessoa: [...] Art. 2º. O tempo de cumprimento das penas previstas no art. 1º será reduzido para a pessoa: [...] § 1º A redução de que trata o caput será de: I – um sexto da pena, se não reincidente, e um quarto da pena, se reincidente, nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º; Art. 8º - Os requisitos para a concessão do indulto natalino e da comutação de pena de que trata este decreto são aplicáveis à pessoa que: I - teve pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito; II- esteja cumprindo a pena em regime aberto; III- tenha sido beneficiada com a suspensão condicional do processo; ou IV- esteja em livramento condicional. [...] Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda. [...] Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento. do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; o

Segundo a ação proposta, o Decreto Presidencial configurou ato arbitrário, que gera impunidade de crimes graves, sem observar a individualização da pena. De igual modo, perdoou delitos de relevância social e comutou penas de forma indiscriminada, com a promoção de desigualdade e desequilíbrio no sistema jurídico penal ao retirar a eficácia de normas de Direito Penal editadas pelo Poder Legislativo.

Como a ADI 5874 foi proposta no recesso forense, em sede de medida cautelar, a Presidência do STF suspendeu os efeitos dos artigos impugnados.<sup>117</sup> Ao retornar do recesso e analisar a medida cautelar, o Min. Luís Roberto Barroso manteve, por ocasião de decisão monocrática publicada em 09 de fevereiro de 2018, a decisão do Presidente que suspendeu os artigos arguidos, além de modular as situações colhidas pela medida cautelar e fixar determinados critérios para a aplicação da parte não suspensa do referido decreto. O relator, em sua fundamentação e antecipação de seu voto, entendeu tratar-se de declaração parcial de inconstitucionalidade com atribuições de efeitos manipulativos e estabeleceu, monocraticamente, alguns preceitos. Dentre eles (BRASIL, 2019):

- a) Inconstitucionalidade da inclusão dos crimes relacionados ao combate à corrupção no âmbito de incidência do Decreto.
- b) Inconstitucionalidade da inclusão da multa no âmbito de incidência do Decreto.
- c) Inconstitucionalidade da fixação do prazo para indulto que seja inferior ao do livramento condicional e independa do quantum da pena aplicada.
- d) Inconstitucionalidade da concessão de indulto para condenados que cumprem pena restritiva de direitos ou aos beneficiados pelo *sursis* processual.
- e) Inconstitucionalidade da concessão de indulto para réus que podem ter a condenação agravada.

Na data de 28 de novembro de 2018, o relator da ADI 5874, Min. Roberto Barroso, ratificou o seu voto, pela aplicação parcial do decreto, sob os fundamentos já apresentados. Salientou que o indulto iria beneficiar corruptos, corruptores e peculatórios que teriam

---

II – do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza. Art. 11. O indulto natalino e a comutação de pena de que trata este Decreto são cabíveis, ainda que I – a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, sem prejuízo de recurso da defesa em instância superior; II- haja recurso da acusação de qualquer natureza após a apreciação em segunda instância; III- a pessoa condenada responda a outro processo criminal sem decisão condenatória em segunda instância, mesmo que tenha por objeto os crimes a que se refere o art. 3º, ou IV- a guia de recolhimento não tenha sido expedida.

<sup>117</sup> A então Presidente do STF, Ministra Carmen Lúcia, aplicou o Artigo 10, caput, da Lei 9.868/99 e artigo 13, inciso VIII, do Regimento Interno do STF: “São atribuições do Presidente [...] VIII – decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias”.

cumprido apenas 20% (vinte por cento) da pena. Nesta sessão, o Min. Alexandre de Moraes abriu divergência e alegou inicialmente que o STF não estaria julgando o instituto do indulto coletivo, mas apenas o indulto de 2017. Afirmou que a concessão do indulto tem previsão no art. 84, inciso XII, da CF e que se trata de ato privativo do Presidente da República, de modo que não fere o princípio da separação dos poderes. Lembrou da harmonia dos três poderes e do sistema de freios e contrapesos, por meio do qual um controla o outro.

Por fim, concluiu não competir ao Poder Judiciário reescrever o decreto do indulto ou fixar os requisitos que devem ser observados. Afirmou que, caso o Presidente da República tenha ultrapassado a sua competência, o STF poderia apenas declarar a sua inconstitucionalidade. Entretanto, se o Presidente atuou dentro da constitucionalidade, ainda que o STF discorde das escolhas, não pode substituir por outras. Explicitou que, ao criar requisitos para o decreto, estaria legislando para esse e para outros decretos de forma permanente e concluiu rechaçando a possibilidade de desvio de finalidade do Presidente da República, no mesmo sentido de a própria PGR, que afastou essa possibilidade.<sup>118</sup>

Em 9 de maio de 2019, o STF retomou o julgamento e, por maioria de votos (sete votos a quatro), decidiu pela constitucionalidade do Decreto n. 9246/17. Para o relator Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário pode modular a sanção ao caso concreto, de forma que ela não seja excessiva ou insuficiente. De acordo com o seu entendimento, a redução indiscriminada e arbitrária da pena, por obra de decreto concessivo de caráter geral, é atentatória ao princípio democrático e da separação de poderes, por usurpar do Poder do Judiciário a competência de definir a reprimenda penal.<sup>119</sup>

Não obstante a boa fundamentação do voto do relator Luís Roberto Barroso, a aplicação do princípio da proporcionalidade, na sua vertente do princípio de proibição insuficiente, apesar de evidenciada, não teve nenhum fundamento empírico capaz de confirmar o alegado pelo ministro.<sup>120</sup> De igual modo, não foi afetada a dignidade da pessoa humana. É preciso mensurar

---

<sup>118</sup> Cf. matéria publicada no Jusbrasil sobre o tema: “Plenário suspende julgamento sobre indulto natalino concedido pelo presidente Temer”, de 28 fev. 2018. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/652997938/plenario-suspende-julgamento-sobre-indulto-natalino-concedido-pelo-presidente-temer>. Acesso em: 2 maio 2021.

<sup>119</sup> Cf. matéria publicada no Jusbrasil sobre o tema: “STF declara constitucionalidade de decreto de indulto natalino de 2017”, de 9 maio 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/706833097/stf-declara-constitucionalidade-de-decreto-de-indulto-natalino-de-2017>. Acesso em: 2 maio de 2021.

<sup>120</sup> Ressalta-se que a maioria dos decretos natalinos trouxeram a redução de 1/3 da pena, sendo que no ano de 2016 a redução foi maior, de 1/4 da pena. Já no Decreto n° 9246/17, o indulto apresentou uma diminuição de 1/5 da pena para benefício do condenado. Apesar de mais benéfica ao réu, não restou comprovado que, apenas pelo percentual redutor de 1/5 da pena, a atuação fosse ineficiente ou ineficaz — bases utilizadas para a análise do princípio da proibição da proteção por insuficiência de atuação por parte do Estado.

qual é o mínimo para se dizer tratar-se de desproporcionalidade na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente. A justificativa dos votos vencidos na discussão deste decreto é um tanto controversa, pois, ao tempo em que se fala de usurpação do Poder Legislativo por parte do Executivo, propõem os Ministros vencidos uma série de regras alterando o Indulto previsto constitucionalmente.

Ao que parece, a solução proposta estenderia a jurisdição do Poder Judiciário, produzindo sentença manipulativa. Ou seja, mesmo que o Poder Judiciário não tenha o poder de propor Indulto Coletivo, competência do Presidente da República, se o argumento do relator fosse o vencedor, o Indulto seria em sua grande parte alterado por aquele primeiro. O argumento dos vencidos é controverso, principalmente no que tange ao aumento da jurisdição conferindo autolegitimação. Se assim o fosse, em todo Decreto de Indulto editado pelo Presidente da República, as penas *in concreto* dos abrangidos pelo benefício seriam alteradas sem a aquiescência do Poder Executivo — a quem foi dada essa competência.

De outro lado, sobre a redução da pena cumprida para o benefício de determinados grupos de condenados, não se pode afirmar que estão errados e que o Estado não está atuando com suficiência. As evidências não são trunfos ou elementos determinantes para embasar uma decisão e dizer que o Estado, por meio do Presidente da República, ao produzir o Decreto Presidencial, agiu de forma insuficiente e prejudicial aos direitos fundamentais.

As evidências são elementos importantes para iniciar-se um trabalho científico e empírico sólido sobre o percentual discutido para o benefício do condenado. Entretanto, para se chegar a uma situação adequada com o fim de saber qual a porcentagem ideal (se 1/3, 1/4 ou 1/5, ou outro número em relação à concessão do indulto natalino), somente a partir de um trabalho empírico da história dos Indultos coletivos e seus respectivos resultados é que se pode concluir a proporção ideal que beneficie o condenado e proteja a sociedade.<sup>121</sup>

O princípio da proibição da proteção insuficiente pressupõe uma omissão legislativa inconstitucional (total ou parcial), com uma técnica de integração por meio da analogia para fechar uma lacuna axiológica, não sendo verificado tal cenário nos votos dos ministros vencidos. Esses defenderam a inconstitucionalidade parcial e, ao mesmo tempo, uma sentença manipulativa, associando-se ao princípio da proteção da proibição insuficiente. Fez-se referências aos percentuais para benefícios dos condenados dos anos anteriores, mas no

---

<sup>121</sup> É importante anotar que a população de encarcerados que o Brasil possui é uma das mais altas do mundo, com situações na maioria das vezes degradantes, superlotação de prisões e uma mistura, no mesmo ambiente, de presos que cometeram os mais diversos tipos de crimes, substituindo o condenado de qualquer dignidade. São poucos os presídios que cumprem a Lei de Execuções Penais.

presente caso ocorreu a suspensão de vários artigos do Decreto, bem como regras para o cumprimento a partir do novo entendimento esposado. No entanto, se o princípio da legalidade é constitucional e pode ter a sua origem na própria execução penal, é mais apropriado que ele seja o parâmetro para a solução do caso quando puder haver prejuízo para os réus, inclusive na proposta de recorte de parte do Indulto Coletivo proposto.

Sendo o Decreto Presidencial previsto na Constituição, por certo que ao STF cabe o controle de constitucionalidade. E esse é o caso, ao declarar a Corte, com base no princípio da proibição da proteção insuficiente, que o réu que cumprir 1/5 da pena não terá o benefício do indulto, por ser tempo insuficiente, mas terá direito se cumprir pelo menos 1/3 da pena. Em todo caso, falta comprovação científica, por meio do trabalho empírico, para se comprovar os números, sendo também controversa a aplicação, em matéria penal, de sentença aditiva.<sup>122</sup>

Em todos os casos a serem analisados pelo STF, deve-se observar a possibilidade ou não da aplicação da técnica da integração e, por consequência, de decisões construtivas em relação às normas penais. Aliado a isso, tem-se o princípio da proporcionalidade, seus subprincípios e o elementos da “adequação”. Um recurso pode ser adequado ou não, só podendo a técnica da integração produzir decisões construtivas aditivas a partir de uma omissão legislativa inconstitucional.

Nesse caso concreto, o princípio da proibição da proteção não é suscitado em razão de insuficiência da esfera legislativa, mas sim do Poder Executivo. Aqui, o Decreto não foi produzido pelo Poder Legislativo, mas sim pelo Poder Executivo. Logo, não há que se falar em decisões aditivas. Sob o ângulo de visão do Min. Roberto Barroso, ao declarar a inconstitucionalidade de parte do texto do Indulto Coletivo e dar nova redação ao vácuo originado pelo próprio Poder Judiciário, o que se pretendeu fazer não foi uma decisão interpretativa no primeiro momento e a decisão manipulativa em outro momento. Dos fatos narrados, entende-se que se trata de sentença intermediária, na espécie construtiva substitutiva — quando se retira um texto produzido pelo Poder Executivo, e coloca-se outro redigido pelo Poder Judiciário.

Ao alterar o texto original do Presidente da República, a nova redação traria prejuízos a muitos réus, ou uma alteração *in malam partem*, o que esbarra no princípio da legalidade. Neste fundamento, na vertente da proibição por excesso, os fatos levantados pelos Ministros que

---

<sup>122</sup> Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou em seu voto, em relação a esse caso concreto: “Não compete ao Supremo reescrever o decreto do indulto, pois a opção do Presidente da República não poderá ser substituída por uma escolha discricionária do Poder Judiciário, mesmo que possa parecer melhor, mais técnica ou mais justa.” (BRASIL, 2019, p. 30).

foram vencidos no julgamento parecem mais próximos desse braço do princípio da proporcionalidade, pois, pelo que foi exposto, os condenados receberam mais do que deveriam em decorrência do Decreto Presidencial. Neste caso, não é a vertente da proibição por insuficiência, mas sim a proibição por excesso, cometida pelo Decreto do Presidente da República, que fixou um período menor para o condenado ser beneficiado, podendo-se falar até em excesso a favor do condenado, com a sequente redução por parte do voto vencido.<sup>123</sup>

Por décadas, esse decreto de indulto variou o quantum redutor de pena de 1/3 até 1/5 do tempo total da pena. As mudanças aditivas não poderiam prosperar, como foi a gradação de 1/5 para os não reincidentes e de 1/3 para os reincidentes, cingindo a discussão neste ponto a números, sem um trabalho empírico para confirmar o correto.<sup>124</sup> A violação da proporcionalidade não pode ser usada como trunfo, sem esse trabalho empírico e científico a ser realizado. Deve ser apresentada pesquisa clara e racional que comprove desproteção a bens jurídicos ou a atuação em excessos produzidos pelo Estado contra o ser humano, que violem os direitos fundamentais. Com isso deve-se provar que o patamar mínimo exigido não estava sendo cumprido.

É importante ressaltar que o Decreto poderia ter sido formulado de modo mais abrangente e atingir os crimes considerados de menor lesividade. Ou talvez a diminuição de 1/3 do *quantum* redutor da pena para todos os crimes, seguindo um critério histórico. Entretanto, o mais importante é um trabalho de campo para ver os condenados que foram beneficiados em anos anteriores, se eles reincidiram ou não, identificar os erros com base em estudos concretos de política criminal (buscando os seus fundamentos: critérios éticos, jurídicos e sociológicos para as considerações necessárias), tudo isso sem afastar da análise a macrocriminalidade.

---

<sup>123</sup> Importante lembrar que a constatação do princípio da proibição por excesso tem ligação direta com as decisões construtivas redutivas, pois reduz a incidência de uma norma, a partir de uma mera eliminação de sua redação, de conteúdos incompatíveis com a CF. Isso gera a reestruturação da norma controlada, por exemplo, por meio de um recorte do Decreto presidencial proposto. É importante salientar nesse estudo a não adesão de que a decisão faça parte da decisão aditiva, mas por certo, trata-se de decisão construtiva. Ela mais se aproxima do excesso do que da insuficiência.

<sup>124</sup> Cf. Sarmiento e Gomes sobre o tema (2011, p. 74): “Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos humanos, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porquê no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou juiz, uma vez que normalmente há múltiplas formas constitucionalmente admissíveis para assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Assim, o recurso à ponderação, pautada no princípio da proporcionalidade, torna-se geralmente necessário para o equacionamento da questão. Sem embargo, no caso de influência dos direitos fundamentais através da proibição de intervenção estatal, recorre-se à dimensão do princípio da proporcionalidade como vedação de excesso, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos. Já no caso da influência destes direitos através do imperativo da tutela, a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade. É a da proibição de insuficiência, em que o controle é o mais brando.”

Em matéria penal, quando há a possibilidade de gerar prejuízo ao réu, é muito difícil para o STF legislar positivamente. A natureza jurídica das normas penais, sua forma restritiva e a impossibilidade de se criar uma norma jurídica de forma analógica a partir de outra norma dentro do ordenamento jurídico afetariam o réu em várias situações. Isso tudo ainda pior quando verificada a analogia *in malam partem*, que transgride o princípio constitucional da legalidade.

Em suma, o STF atuou de forma escorregia ao validar o Decreto nº 9.246/17 e rejeitar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874, proposta pela Procuradora-Geral da República. O caminho da legalidade, em matéria penal, deve preponderar, não se admitindo a figura do legislador positivo que produz sentenças aditivas, salvo em casos de analogia *in bonam partem*.

O resultado do julgamento em controle de constitucionalidade foi a aplicação de sentença intermediária, por meio de decisão interpretativa, consistente em manter o Decreto de Indulto, compatibilizando o sentido da norma com a Constituição, de acordo com o Decreto Presidencial nº 9.246/17; tudo dentro das possibilidades semânticas.

#### **4.2.3 ADO 26: Criminalização de Todas as Formas de Homofobia e Transfobia**

A ADO 26 foi intentada pelo Partido Popular Socialista (PPS) com a finalidade de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. Na petição inicial, o PPS dispõe que, no conceito de racismo está inserido a ideologia de superioridade de um grupo em desfavor do outro, podendo tais condutas serem enquadradas nessa previsão legal. Para esta ideologia, seriam inferiores à população de lésbicas, gays, travestis, transexuais ou transgêneros – LGBT+, quanto aos heterossexuais cisgêneros (as que se identificam com o gênero de nascença).

Neste pedido, o PPS apresentou como paradigma o caso Ellwanger (HC n. 82.424-4/RS), julgado pelo STF, bem como a possibilidade de edição de legislação específica, por se tratar de uma omissão legislativa inconstitucional parcial. O pedido formulado não tem por objetivo a criação de um tipo penal, mas que determinadas condutas sejam inseridas nos tipos já existentes. Em razão disso, careceria de uma outra redação do Poder Legislativo ou uma interpretação do STF.

A omissão do Poder Legislativo estaria em não aprovar e nem rejeitar o Projeto de Lei-PL n. 5003/2001 e o Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, motivo pelo qual requereu a declaração de mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional, por não editar lei específica em razão da matéria, violando a obrigatoriedade de criminalização de todas as formas de racismo, nos termos do art. 5º, XLII, da CF. De forma alternativa, caso não entendidas como

forma de racismo, pediu que fossem enquadradas como discriminações atentatórias a direitos e liberdade fundamentais da população LGBT.

A PGR, por sua vez, entendeu que determinadas condutas homofóbicas deveriam ser enquadradas na Lei nº 7.716/1989 (que dispõe sobre crimes resultantes de preconceitos raça e cor), por meio de interpretação conforme a Constituição — também havendo a possibilidade de uma omissão legislativa. Assim, a PGR propôs um prazo para o Poder Legislativo editar lei específica sobre o assunto, alternativamente, em caso de descumprimento, sugeriu o acolhimento da pretensão de aplicação da Lei de Racismo aos casos de homofobia e transfobia e, por fim, suscitou a possibilidade de o STF realizar interpretação normativa aplicável até a data da edição da lei (RAMOS, 2019).

O julgamento sobre a matéria teve início no dia 14 de fevereiro de 2019. Na sessão do dia 20 de fevereiro de 2019, o Min. Celso de Melo declarou em seu voto a omissão inconstitucional em legislar sobre proteção penal aos integrantes do grupo LGBT. O relator dessa ADO deu interpretação conforme a Constituição Federal para enquadrar a homofobia e transfobia, ou qualquer que seja a sua forma de manifestação, como representação de forma contemporânea de racismo e avaliou a importância do julgamento no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas.

O STF, ao final, enquadrou a homofobia e transfobia como crimes de racismo, nos termos da Lei nº 7.716/1989, até que o Poder Legislativo editasse lei sobre a matéria. Também reconheceu a omissão legislativa e, por maioria de votos, assentou a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Em relação a esse ponto, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli entenderam que a conduta só poderia ser punida mediante lei aprovada pelo Poder Legislativo. O Ministro Marco Aurélio não reconheceu a mora.

Em suma, eis a conclusão do julgamento:

- a) Até o Congresso Nacional editar lei específica, as condutas homofóbicas, transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018;
- b) No caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe;
- c) A repressão penal à prática da homofobia e transfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem o discurso do ódio;

- d) O conceito de racismo ultrapassa aspectos biológicos ou fenotípicos e alcança a dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis. (JUSBRASIL, 2019).

É relevante ressaltar a importância do assunto, bem como as justificativas fáticas, que serviram de fundamento para o julgamento dos Ministros, nos campos filosófico, genético (relacionados ao fenótipo), sociológico, que se traduzem no princípio da dignidade da pessoa humana. O julgamento buscou reparar danos com os quais nos deparamos a cada instante, sendo impossível não ser contra os fatos levantados e a situação colocada pelos eminentes julgadores. O assunto merece sim uma resposta adequada do Estado, visando a proteção das minorias e não só deste, mas de outros segmentos que são discriminados e merecem proteção estatal.

Os julgadores concluíram que, realmente, tratava-se de uma omissão inconstitucional legislativa, em razão da falta da proibição da proteção suficiente do Estado em relação aos mencionados grupos. Vê-se, então, tratar-se de decisão construtiva aditiva e não decisão interpretativa, como dito por Celso de Mello. Nesta ADO, o STF expande a sua jurisdição para atuar como legislador positivo.<sup>125</sup>

A decisão construtiva aditiva não é “conforme a constituição”, ao contrário, cria-se uma norma a partir de uma analogia baseada em outra norma. Neste caso, a base para a analogia utilizada foi a Lei n. 7.716/89 (que criminaliza o racismo), inserindo, o STF, o crime de homofobia e transfobia dentro desse texto legal. Ao fazer isso, o princípio da taxatividade do Direito Penal, corolário do princípio constitucional da legalidade, não foi considerado por esse julgamento.

Mesmo sem previsão legal, não estando no rol dos tipos existentes na referida lei, o STF produziu essa sentença aditiva para equiparar a homofobia e a transfobia a crime de racismo. Uma decisão questionável, pois é controverso o Poder Judiciário criminalizar condutas sem que haja uma lei previamente editada pelo Poder Legislativo. Também restou questionável a utilização da metodologia construtiva aditiva na construção da decisão, entretanto ressaltou tratar-se de decisão “conforme a constituição”.

Essa matéria deveria e deve ser trabalhada pelo Poder Legislativo para reordenar esse controle de constitucionalidade inapropriado “conforme a constituição” para o caso em debate. Todavia, a indagação que persiste é: alguém pode ser condenado sem uma lei previamente

---

<sup>125</sup> Nesse sentido, é importante frisar que entre uma sessão e outra deste julgamento, o Congresso Nacional comunicou ao STF que estava a concluir o texto sobre a matéria, mas ainda assim o STF deu continuidade ao julgamento, sem atender ao pedido do Poder Legislativo.

existente? A situação do Estado de Direito ficará à mercê, pois tal decisão levou o Direito à insegurança jurídica e à ausência de prospectividade em relação a matéria analisada.

Ao decidir dessa forma, o STF está a dizer que os magistrados dos tribunais inferiores, no controle difuso de constitucionalidade, podem criar sentenças aditivas em seus julgamentos, desconsiderando os fundamentos das normas penais, limitadas pelo princípio constitucional da legalidade. O Direito pode passar a ser imprevisível com estas decisões desarrazoadas, indo de encontro com a noção de o império da lei, preconizado por Raz (1979), filósofo positivista que discorreu sobre a teoria do sistema jurídico, propondo que a lei deva ser geral, transparente, prospectiva e que traga segurança jurídica. Aqui, o STF descartou os ditames do princípio constitucional da legalidade e suas vertentes, como a analogia *in malam partem* e a taxatividade. A proteção das minorias, incluindo os grupos que sofrem homofobia e transfobia, deve ser exercida, mas a partir de medidas a serem tomadas pelo Poder Legislativo, e não por meio da extensão jurisdicional.

Vê-se que se trata, portanto, de decisão controversa, onde o STF julgou procedente a ADO 26, com fulcro no art. 1º, inciso III, art. 3º, incisos I e IV, art. 5º, incisos XLI, XLII e § 1º da CF, para determinar a integral aplicação dos tipos penais previstos na Lei n. 7.716/89 às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional. Com isso, o STF aplicou, de forma analógica, a Lei n. 7.716/1989 a todas as formas de homofobia e transfobia, produzindo sentença aditiva (BADARÓ, 2019).

Ainda que restasse configurada a omissão legislativa inconstitucional por violação ao princípio da vedação à proibição da proteção insuficiente, o mais plausível seria o STF remeter ao Poder Legislativo, como fez, mas não criminalizar as condutas relacionadas, com base em analogia *in malam partem*. Quando configurada a omissão legislativa inconstitucional, antes de se aplicar o princípio da proibição da proteção insuficiente, de modo a causar prejuízo ao réu, o STF deve reconhecer a omissão inconstitucional e remeter ao Congresso Nacional para a edição de normas, obedecendo aos princípios da legalidade e da taxatividade.

Como já dito, é impossível utilizar uma norma criminal como analogia para criminalizar outra conduta, a chamada *analogia in malam partem*. Neste caso restou ampliado ou aditivado ao delito de racismo mais duas situações, a da homofobia e da transfobia, ação permitida somente ao Poder Legislativo.

Em outro julgamento no STF, Celso de Mello<sup>126</sup> adotou a mesma compreensão da Corte Constitucional Italiana, que sustenta a impossibilidade de sentenças aditivas *in malam partem*,

---

<sup>126</sup> Em seu julgamento, o Min. Celso de Mello fez referências à Ordinance n. 25 de 1995 e n. 146 de 1993; Sentenze n. 108 de 1981 e n. 42 de 1977, todas do Tribunal Constitucional Italiano.

pois sempre decorrem do princípio da reserva legal e do princípio dos delitos e das penas (BRASIL, 2015).<sup>127</sup>

A criação de normas penais implica na restrição a direitos fundamentais e, muitas vezes, no cerceamento de liberdade, um dos pilares da democracia. Por essa razão, em decorrência da restrição às liberdades individuais, é que o legislador, eleito diretamente pela população, de forma democrática, tem a competência para criar ou editar normas jurídicas. E não é outro o sentido da CF em seu art. 5º, inciso II, no qual as restrições às liberdades individuais só podem ser feitas por lei.<sup>128</sup>

Como se demonstrou, não se trata de sentença intermediária na espécie de decisão interpretativa “conforme a constituição”. A sentença intermediária, a princípio, teve como espécie decisão construtiva aditiva, pois utilizou-se da integração como técnica ao equiparar e acrescentar ao tipo penal da Lei nº 7.716/1989 a criminalização da homofobia e a transfobia. Tendo como fundamento a inércia imotivada do Poder Legislativo, que não criou os projetos de lei sobre a matéria que estava em trâmite, a Corte argumentou que o Poder Legislativo atuou

---

<sup>127</sup> Sobre o tema, acertadas são as observações abaixo feitas por Badaró (2019): A homofobia ou transfobia é um ato ilegal, de discriminação e preconceito em razão da orientação sexual de alguém. E como tal deve ser punida. Isso não significa, porém, que quem agir assim estará praticando um ato de preconceito racial e, muito menos, que possa ser punido pelas figuras que caracterizam o crime de racismo, previstas na Lei nº 7.716/1989. [...] Ofender verbalmente, agredir ou matar alguém por ser lésbica, gay, bissexual, travesti, transexual ou transgênero é absolutamente inaceitável, ilegal, é crime. Tais condutas serão caracterizadas como crime contra a honra, contra a integridade física ou contra a vida! [...] Por outro lado, é perfeitamente possível criar, por lei, delitos específicos, criminalizando em um tipo penal próprio a homofobia e transfobia. [...] A posição da maioria do STF, no julgamento da (ADO) nº 26, na linha do voto do relator Celso de Mello tinha adotado no voto uma premissa irretocável no item 7: a impossibilidade jurídico-constitucional de o STF, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal. [...] do ponto de vista hermenêutico, não é possível concordar com o posicionamento de que “a homofobia representa uma forma contemporânea de racismo”. Do ponto de vista científico, a genética demonstrou que há uma só raça: a raça humana. [...] Mormente quando se está cogitando do conteúdo de um tipo penal, em relação ao qual há garantia constitucional de reserva de lei, é inaceitável que o julgador possa considerar crime condutas que o legislador não tipificou. Admitir isso seria substituir o princípio da legalidade por um de jurisdicionalidade!” Isso porque a conduta criminosa estará sendo determinada, em última análise, não pelo legislador, mas por um órgão judiciário.” Para concluir, Badaró (2019) demonstra o total inconformismo com a decisão final: “[...] Depois de toda a defesa da legalidade, e da impossibilidade de o STF criar tipos penais, o voto do Ministro Celso de Mello, no que acaba de ser acompanhado por seus pares, realizou um verdadeiro truque ilusionista: não é possível utilizar um tipo penal já existente, para considerar crime algo que nele não está descrito.” Ainda segundo Badaró (2019): “Ao julgador cabe interpretar a lei, mas não reescrever”. Como bem assevera Natalino Irti (2017, p. 26): “reconhecer ou aceitar o poder normativo dos juízes significa – como adverte um eminente estudioso alemão, Bernd Rütheres – realizar uma revolução clandestina ou secreta (Heimlich), e subverter os princípios da democracia representativa. [...] Ora, não é necessário grande conhecimento linguístico para entender que ‘discriminação ou preconceito de raça, cor etnia, religião ou procedência nacional’ não diz respeito a homofobia ou transfobia.”

<sup>128</sup> No mesmo sentido encontra-se o posicionamento e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “A reserva de lei para todos os atos de intervenção na esfera de liberdade, dentro do constitucionalismo democrático, é um elemento essencial para que os direitos do homem possam estar juridicamente protegidos e existe plenamente na realidade. Para que os princípios da legalidade e reserva de lei constituam uma garantia efetiva dos direitos e liberdade da pessoa humana, se requer não só sua proclamação formal, senão a exigência de um regime que garanta, eficazmente, sua aplicação e um controle adequado do exercício das competências dos órgãos” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1986).

de forma desproporcional na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente por ter deixado de fazer o mínimo sobre a matéria.

Entretanto, as decisões aditivas não comportam a utilização de analogia em desfavor do réu, em razão do princípio constitucional da legalidade e taxatividade.<sup>129</sup>

#### **4.2.4 Colaboração Premiada: Concessão de Benefícios além dos Previstos em Lei**

A Lei n. 12.850/2013 criou a colaboração premiada, instituto distinto da delação premiada. A colaboração premiada passou a ser um negócio jurídico processual, enquanto a delação premiada, com a nova redação dada pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), toma a forma de um contrato jurídico que prevê direitos e obrigações das partes.<sup>130</sup>

Essa lei prevê, conforme já julgado pelo STF no HC 166373, que o delatado deve ser o último a depor. O texto legal, em seu art. 3º, redefine a colaboração premiada, tratando-o por “negócio jurídico processual e meio de obtenção de provas, que pressupõe utilidade e interesse públicos”,<sup>131</sup> diferenciando, ainda, da confissão, instituto que trata apenas da figura do acusado. É importante salientar a importância do julgamento do HC 127483, que teve por relator o ministro Dias Toffoli que decidiu em decisão empatada, a prevalência do regimento interno do STF, que no exercício da atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, sem emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Restando assim, a possibilidade de em juízo a possibilidade de impugnação por partícipes ou coautores do relato do colaborador.

Ao celebrar a colaboração premiada entre as partes, o termo de acordo será remetido ao Poder Judiciário, contendo as declarações do colaborador, além da cópia da investigação. Neste momento, o magistrado analisará se a colaboração atendeu o princípio da legalidade, e, por fim, se a colaboração é regular, feita de modo voluntário, sem pressão, ameaça ou induzimento.

Após a devida análise dos requisitos a serem cumpridos para a correta efetivação da colaboração, deverão ser obedecidas todas as exigências contidas em lei e, ao final, deverá ser homologado o acordo. Caso, a colaboração não tenha obedecido os parâmetros estabelecidos

---

<sup>129</sup> A Corte Constitucional da Colômbia caminhou no mesmo sentido, não podem ser sanadas omissões legislativas relativa em uma disposição legal que consagra um tipo penal. Cf. Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-671 de 2014.

<sup>130</sup> É importante ressaltar que o delator que levar informações ao Estado acerca de crimes cometidos contra a administração pública poderá ter assegurada proteção integral contra possíveis retaliações e isenção de responsabilidade civil ou penal em relação ao relato, exceto se as informações ou provas forem falsas, conforme as leis acima mencionadas.

na Lei n. 12.850/13, o juiz não deverá homologar o acordo, mas, sendo possível, poderá adequar a proposta ao caso concreto. De igual modo, se a colaboração estiver na forma da lei, o magistrado deve definir também os benefícios legais a serem aplicados, na proporcionalidade no conteúdo da colaboração premiada.

A colaboração premiada necessita, para a sua eficácia, de outras provas que corroborem as informações apresentadas pelo colaborador. Em determinados casos, tem-se visto que alguns acordos de colaboração concedem benefícios que vão além daqueles previstos em lei ao colaborador, sob o pálio de que seria o único modo de chegar ao topo da organização criminosa; tudo em razão do princípio da proibição da proteção insuficiente da lei. Em razão disso, são ampliadas outras concessões fora do ordenamento jurídico, o que não é legal, e a negociação acaba por extrapolar os limites do princípio constitucional da legalidade e da taxatividade, pois somente pode ser concedido pelo Estado aquilo que se encontra legalmente previsto.

O argumento utilizado pelos operadores da colaboração premiada para a expansão de benefícios além daqueles previstos em lei é, sobretudo, a necessidade de mais ferramentas para a produção do resultado pretendido, sem as quais não serão alcançados os chefes das organizações criminosas. Por esta razão, criou-se a possibilidade de aplicação de benefícios híbridos (ou atípicos) ao colaborador, com três premissas básicas:

- a) Se a lei permite ao colaborador ser beneficiado até com o perdão judicial (art. 4º, caput, da Lei n. 12.850/13, extinguindo a punibilidade nos termos do art. 107, IX do Código Penal), por coerência, o MP ou a autoridade policial podem oferecer quaisquer outros benefícios. Seria a premissa que se traduz na frase “quem pode o mais pode o menos”;
- b) Podem ser concedidos os benefícios que não sejam proibidos pelo ordenamento jurídico nem agravem a situação do colaborador, conforme julgamento proferido pelo Ministro Barroso em voto na Questão de Ordem da Petição n. 7.074/DF;
- c) Como base de sustentação de supramencionada premissa (a), tem-se a colaboração como negócio jurídico processual, conforme Lei Anticrime e decisão do STF no julgamento do *Habeas Corpus* 127.483/PR. Logo, é instituto jurídico sujeito à autonomia e liberalidade das partes em pactuarem os termos da avença (BESSA, 2020).

Nesse prisma, as mais diversas colaborações premiadas foram celebradas, como ocorreu na delação de Alberto Youssef, em 2014, que permitiu que suas filhas utilizassem veículos confessadamente produtos de crime. Também pode-se citar o caso da colaboração do ex-

presidente da Transpetro, Sérgio Machado, onde o MPF se comprometeu a não oferecer denúncia em desfavor de qualquer familiar do colaborador. Ainda, em 2014, a colaboração com Pedro José Barusco Filho, ex-gerente de Serviços da Petrobrás, na qual foi prometido a não aplicação de sanções ao colaborador e a suas empresas em eventuais ações cíveis e de improbidade administrativa decorrentes dos fatos objeto da colaboração (BESSA, 2020).<sup>132</sup> Esses são apenas alguns casos em que podem ser verificados benefícios concedidos aos colaboradores que fogem da taxatividade das leis em vigor.

Ao analisar situações relacionadas a colaboração premiada, Ricardo Lewandowski decidiu que a validação de acordo de colaboração com cláusulas que extrapolam os limites permitidos por lei transformaria o Ministério Público em legislador, antecipando sanções criminais não previstas legalmente no ordenamento jurídico. Na decisão, Lewandowski negou a homologação da colaboração, pois entendeu tratar-se de atribuição privativa do judiciário, sem qualquer autorização legal para que o Ministério Público procedesse dessa forma.<sup>133</sup>

O professor Vinícius Vasconcelos tece críticas sobre essa atuação fora da legalidade, principalmente ao termo “quem pode o mais pode o menos”. Assim aduz:

“[...] quem pode o mais pode o menos. [...] tal cenário de não restrição e amorfismo acarreta consequências nefastas ao regime de colaboração premiada, visto que desconsidera por completo a legalidade, e, assim, fomenta espaços para manifestações ilegítimas de poder. A desmensurada expansão de benefícios possíveis ocasiona ainda a distorção do sistema em razão do exponencial crescimento das possíveis pressões e coações. Embora, em uma primeira análise, possa-se afirmar que a possibilidade de concessão de prêmios não previstos na lei é medida que beneficia o réu, de modo que inexistente a restrição da legalidade estrita, pensa-se que as consequências de tal abertura, em realidade esvaziarão os limites do instituto negocial, prejudicando o delator e, especialmente os demais acusados” (VASCONCELLOS, 2017, p. 239).

Em voto proferido no plenário do STF na ADI nº 5.508/DF, o Min. Celso de Mello também sustentou que a colaboração premiada deve obedecer aos limites da legalidade e da taxatividade (BRASIL, 2018).

Para Canotilho e Brandão (2016), as vantagens que não se encontram penalmente previstas em lei não podem ser prometidos ou concedidas pelo Ministério Público ou pela autoridade policial. Nesse sentido, Schertel (2020) entende que a Lei nº 12.850/2013 não autoriza a convenção sobre o *quantum* exato da pena como resposta a inúmeros procedimentos criminais. Trata-se de *package deals*: permite-se a celebração de um só acordo destinado a

---

<sup>132</sup> Cf. Cláusula 5ª, III, do acordo firmado nos autos do inquérito policial 5049557-14.2013.404.7000, em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba/PR; Cláusula 7ª, § 3º, de 24 set 14 (STF. Pet 5.244/DF. Rel. Min. Teori Zawaski) e acordo datado de 4 maio 16 (STF. Pet 6.138/DF. Rel. Min. Teori Zawaski).

<sup>133</sup> Cf. STF. Pet. 7.265/DF. 14 nov 17.

abranger diferentes investigações por meio de uma única negociação, da qual costuma resultar uma só pena criminal. Para o autor, o *package deals* foi utilizado por algum tempo na Alemanha, até o julgamento final sobre essa possibilidade, quando foi considerado ilegal pelo Tribunal Constitucional em 2013.<sup>134</sup>

Schertel (2020) lembra que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão decidiu que a falta de transparência e documentação levam à nulidade do acordo. Para o autor, a colaboração, sendo um negócio jurídico, tem por característica inicial a bilateralidade entre colaborador e acusação. Entretanto, esse negócio tem reflexos no interesse jurídico de terceiros. Nesse sentido, o autor discorda da decisão do plenário do STF proferida no julgamento do HC n. 127.483, de relatoria de Dias Toffoli, e entende que essa decisão afeta o princípio da proibição da proteção insuficiente de direitos e garantias do delatados. Tal decisão importa em perda do controle judicial, o que configura violação à tutela jurisdicional substancial, em relação a direitos fundamentais.

A 2ª Turma do STF tem discordado de tal decisão e tem dado oportunidade para que os réus possam impugnar as colaborações e as provas produzidas. O fundamento apontado por Schertel (2020) reside no fato de o acordo ser um instrumento processual que restringe direitos fundamentais do réu, como a liberdade de locomoção, o patrimônio, a imagem e a honra, mostrando a necessidade de pugnar-se sobre a referida matéria em observância ao princípio da legalidade<sup>135</sup> e com obediência a culpabilidade, conforme decidiu o Tribunal Constitucional Alemão.<sup>136</sup>

Acordos que ultrapassam a permissibilidade legislativa, se, por um lado, beneficiam e facilitam sua pactuação e a investigação criminal, por outro lado, atingem o princípio constitucional da legalidade na seara penal, o que não é apropriado. Por óbvio, os pactuantes não podem acrescentar benefícios sem previsão legal. De igual modo, não se pode utilizar o princípio da proibição da proteção insuficiente, pois a utilização dessa vertente do princípio da proporcionalidade deve ocorrer quando identificado de fato e de direito a omissão legislativa

---

<sup>134</sup> Nesse sentido, cf. Tribunal Constitucional da Alemanha. BVerfG, Sentença do Segundo Senado, de 19 de março de 2013.

<sup>135</sup> Claus Roxin aponta quatro consequências e repercussões do princípio da legalidade, no sentido de proibições. As duas primeiras dirigem-se ao Juiz (proibição de analogia e a proibição do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena) e as últimas ao legislador (proibição de retroatividade e proibição de leis penais indeterminadas e imprecisas) (ROXIN, 1997).

<sup>136</sup> Ora, sendo meio de obtenção de provas, não é razoável impossibilitar o Poder Judiciário de analisar a validade da medida e das provas apontadas. Nesse sentido, a 2ª turma do STF, ao julgar o HC 142.205 de relatoria de Gilmar Mendes, decidiu que ainda que terceiros não possuam legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada, tal fato não impede o delatado de discutir a licitude das provas produzidas contra ele (BRASIL, 2020).

inconstitucional por meio da metodologia da integração. Isso pode atingir o réu em seus direitos fundamentais, o que não é o caso.

Como já dito por diversas vezes, a analogia pode ser aplicada *in bonam partem*, desde que analisados os cuidados relativos ao princípio constitucional da legalidade, fato que parece intransponível quando aplicada *in malam partem*. Caso o STF e Tribunais de Justiça, em controle concentrado de constitucionalidade, ou os demais tribunais e magistrados, de forma difusa, constatem a omissão legislativa inconstitucional, deve-se declarar sua inconstitucionalidade e remeter a omissão ao Poder Legislativo, para que esse resolva a situação da lacuna axiológica.

Esse aditamento realizado pelo MP ou pela autoridade policial, que vai além daquilo que é previsto na norma adjetiva ou substantiva penal, é ilegal. O fato de se considerar a causa justa — desvendar crimes praticados por organizações criminosas — não anula a irregularidade dos acordos realizados.

A atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público como legisladores positivos, no campo penal, é completamente ilegal. Não cabe a aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente nas omissões legislativas inconstitucionais, *in malam partem*, ainda que sejam crimes do colarinho branco.<sup>137</sup> Não se pode fugir das pilastras das normas penais, cujo principal princípio constitucional é o da legalidade.

Ao STF, é por demais temerária a aplicação de decisões aditivas, sob a luz da técnica da integração, para a criação de normas penais *in malam partem*, utilizando a analogia com o fim de legislar de forma positiva. De igual modo, ao Ministério Público e à polícia é vedado, pelo princípio constitucional da legalidade, a concessão de benefícios em colaboração e delação premiada além daqueles expressamente previstos em lei.

Ressalte-se, por fim, que a exceção, sem prejuízo para o princípio constitucional da legalidade, são as analogias feitas *in bonam partem*, também de forma restrita, com legitimidade residual do Poder Judiciário, quando de forma inerte e extemporânea o Poder Legislativo deixa de atuar.

#### **4.2.5 ADPF 395 e 444: Condução Coercitiva dos Investigados**

A condução coercitiva dos investigados, tema da ADPF 395, teve como relator o Min. Gilmar Mendes, onde foi suscitado o pedido de declaração de inconstitucionalidade da medida

---

<sup>137</sup> Termo utilizado pelo sociólogo Edwin H. Sutherland em sua obra *Crime de Colarinho Branco*, de 1940.

cautelar autônoma que inquiria suspeitos, indiciados ou acusados. O objetivo da ADPF foi a de cessar a condução coercitiva para interrogatório na investigação e na instrução criminal.

A ADPF 444, por sua vez, atacou a condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação policial. De igual modo, pediu-se a declaração de inconstitucionalidade da interpretação extensiva relativa ao art. 260 do CPP. Vê-se, então, que o ponto polêmico se centra na condução coercitiva do investigado (BRASIL, 2018).

Ressalta-se que foi muito utilizado o procedimento adotado pelo CPC no CPP — o que não foi aceito pelo STF. Isso pois o princípio constitucional da legalidade em normas penais é basilar e ao acrescentar uma cautelar inexistente ou não constante na taxatividade do CPP, depara-se com a criação de mais uma decisão construtiva. Aqui, o magistrado, ao deferir a aplicação do CPP de cautelares previstas no CPC, atua como legislador positivo, a partir da metodologia da integração. Ela se traduz em medida cautelar inexistente não prevista no CPP, sendo criada a partir da analogia de medidas cautelares previstas no CPC, com a sustentação ou a fundamentação nas omissões legislativas inconstitucionais.

Para operacionalizar essa técnica, utiliza-se do princípio da proporcionalidade, na sua vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, em razão do Estado-Legislator ter sido inerte e extemporâneo para solucionar a situação, no caso, para a obtenção de provas para instruir o processo criminal. Esses pedidos de concessão de medidas cautelares, sem previsão no CPP, foram por várias vezes concedidas pelos tribunais inferiores e juízos monocráticos e, assim atuando, o Poder Judiciário confrontou os princípios da reserva legal, da legalidade e o da taxatividade. Das decisões, extrai-se que o STF colocou uma pedra sobre matérias relativas às normas processuais penais, principalmente, ao atingir liberdade de locomoção.

O STF, ao analisar e decidir as ADPFs, decidiu, sob o pálio da CF/88, a prevalência do direito à não incriminação, pois se o investigado tem o direito ao silêncio, não há razões para a condução coercitiva. Em sua argumentação, afirmou tratar-se de inconsistência, pois de nada adianta conduzir coercitivamente o investigado, se ele pode manter-se calado durante interrogatório. Esse pode recusar-se a depor, e nem por isso consistiria como admissão de sua responsabilidade, nos termos dos arts. 1º, inciso III e 5º, incisos LIV, LV e LVII da CF.<sup>138</sup> Ainda afirma o relator que, se o investigado pode se furtar a comparecer ao seu interrogatório, nenhuma razão resta para a possibilidade de condução coercitiva.

Todo o cidadão tem o direito de liberdade de locomoção, sendo que a condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por

---

<sup>138</sup> A advertência quanto ao silêncio, estando o investigado preso ou solto encontra-se nos artigos art. 6º, V e art. 186 do CPP.

forças policiais, em vias públicas. Não se pode tornar o investigado um mero objeto do Estado, mas no ato da condução coercitiva o investigado é submetido à força, fato que ataca o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Nesse cenário, ainda se verifica a violação da presunção de não culpabilidade, tratamento que deve ser aferido a pessoas não condenadas (art. 5º, LVII, CF). Não obstante, com a condução coercitiva, o investigado é tratado como culpado.

Em suma, o STF decidiu pela procedência das ADPFs, ao declarar incompatível com a Constituição Federal a condução coercitiva do investigado ou de réus para interrogatório, pois esses não são obrigados a participar do ato. Também declarou não recepcionada pela CF a expressão contida no art. 260 do CPP “para o interrogatório” (BRASIL, 2018b).

Na presente análise, o mais importante é a atenção a proibição de criação de cautelares atípicas, sem estar taxativamente prevista em lei, importando em prejuízo para o investigado ou o réu. Vê-se uma utilização indevida da figura do legislador positivo nessas situações, seja da autoridade policial ou do Ministério Público, ao pedirem concessão dessas medidas sem previsão na lei processual penal ou em decisão concessiva de tal medida por parte do Poder Judiciário.

A decisão da Corte Constitucional foi por não recepcionar a condução coercitiva de investigados e que se deve aplicar a legalidade em sentido estrito em matéria processual penal, razão pela qual não existe o poder de cautela dos juízes na seara penal como existe na cível. Vale o que está na lei (BRASIL, 2018).

Esse foi o posicionamento de Celso de Melo, afirmando que o Juiz está vinculado, totalmente, aos termos do CPP, não se admitindo as medidas cautelares atípicas ou contrárias ao princípio da legalidade. Nesse campo, a legalidade deve ser estrita e a tipicidade deve ser processual, uma vez que o processo penal é um limitador do poder punitivo estatal<sup>139</sup> e se trata de uma garantia fundamental de qualquer pessoa. O Estado não pode ir além do que está previsto em lei.

---

<sup>139</sup> “No processo civil, em face da impossibilidade do legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei [...] Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (artigo 5º, LIV, CF), exige-se à observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade. O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto a legalidade da repressão, como exigência de tipicidade (*nulla coatio sine lege*) das medidas cautelares, a implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza. O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem recurso à analogia como o processo civil”. (BRASIL, 2018, p.28).

Assim, não é possível pleitear junto ao Poder Judiciário a dilação do seu poder de jurisdição em matéria processual penal, sem previsão legal. Qualquer alteração deve se dar por meio do Poder Legislativo, que detém essa reserva para legislar. O Poder Judiciário não pode criar nem tipos penais e nem ritos que prejudiquem o réu de qualquer forma. De modo diverso, isso contrariaria frontalmente o princípio da legalidade, da taxatividade e da anterioridade da lei, previstos expressamente na própria CF/88.

Resta, então, sobejamente fundamentada a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, seja a pedido da Autoridade Policial ou do Ministério Público. Não pode ele criar sentenças aditivas, *in malam partem*, que ampliem a jurisdição e, em consequência, o poder de punição estatal.

Demonstrou-se que ao se deparar com omissões legislativas inconstitucionais de normas penais — quando violado o princípio da proibição da proteção por insuficiência, o Poder Judiciário não tem legitimidade para criar ou aditar normas penais. No presente caso, trata-se de controle de constitucionalidade com a redução do texto, em razão de não recepção pela Constituição Federal do termo “para o interrogatório”.

Dessa forma julgaram-se procedente as ADPFs, não aceitando medidas cautelares que não estejam taxativamente elencadas no CPP. Importante decisão evidenciadora de que, ao deparar-se com pedidos de adição ou substituição de normas penais *in malam partem*, o STF deve sempre estar atento ao princípio constitucional da legalidade e suas vertentes; sempre alerta para não ampliar do poder punitivo estatal (BORGES, 2019).

#### **4.2.6 Recurso Extraordinário 979.962: o Caso dos Medicamentos**

Neste caso, o réu foi condenado por ter infringido o disposto no art. 273, § 1º-B, I do Código Penal. Sua conduta consistiu na importação irregular, bem como exposição à venda e venda, de produtos para fins medicinais, em especial o medicamento Alprostadil 500 mg/ml (prostaglandina E1 ou PGE 1) — de nome comercial Prostin VR —, sem o registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Ele foi condenado em primeiro grau e teve a sentença confirmada pelo TRF4 da 4ª Região, que aplicou outro precedente desse Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma do art. 273, § 1º-B, inciso I, CP. Da decisão restou criado critério para mensurar a quantidade e destinação dos medicamentos internalizados, daí surgindo quatro possibilidades para a dosimetria da pena.

A primeira, a disposta no preceito secundário do art. 273 do Código Penal; a segunda possibilidade referente à aplicação do art. 33, da Lei n. 11.343/2006; a terceira, como sendo a desclassificação para o art. 334-A do Código Penal ou, como quarta e última alternativa, aplicar o princípio da insignificância. No caso em debate, o TRF4 concluiu ter ocorrido internalização de média quantidade de medicamentos e, por essa razão, aplicou-se a sanção incursa nos termos do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo fixada a pena *in concreto* em três anos, nove meses e quinze dias de reclusão.

No RE 979.962/RS, interposto pelo MPF, que sustentou que: (a) é constitucional a pena cominada ao art. 273, § 1º, do Código Penal; e (b) não é facultado ao Poder Judiciário a opção de combinar previsões legais, criando uma terceira espécie normativa não prevista no ordenamento jurídico.

O condenado por sua vez, em sua resposta ao RE, concordou que a pena cominada ao tipo descrito no art. 273, § 1º-B, inciso I, do CP seria inconstitucional e não poderiam ser aplicadas as sanções previstas no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por violação ao princípio da legalidade penal. Lembrando que o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal previa uma pena entre 10 e 15 anos de reclusão.

A matéria chegou ao plenário do STF, tendo por relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Em seu voto, assentou que, dependendo do estado do Brasil onde se ocorria o crime, as penas eram aplicadas de modo diferente. O TRF da 3ª Região, com jurisdição em São Paulo e Mato Grosso do Sul, entendia ser constitucional o disposto no preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, do CP,<sup>140</sup> com pena de 10 a 15 anos. Já a mesma conduta, se praticada no Rio Grande do Sul, poderia ter pena idêntica ao do crime contrabando, com pena mínima de 2 anos de reclusão.<sup>141</sup>

Em razão dessas desproporcionalidades de julgamentos entre os tribunais, sem isonomia de tratamento dos acusados nas diferentes unidades da Federação do Brasil, o Pleno do STF, no Tema de Repercussão 1003, julgou procedente as questões constitucionais referentes: (a) à alegação de inconstitucionalidade da pena cominada em abstrato para a importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal; e (b) caso declarada inconstitucional, à possibilidade de utilização do preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena, em razão da importação de medicamento sem registro.

Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso sustentou que o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I do CP é inconstitucional, em razão da vedação de penas cruéis e da dignidade das

---

<sup>141</sup> Cf., nesse sentido, julgado ARGINC 5001968-40.2014.404.0000, de relatoria de Leandro Paulsen.

peças humanas.<sup>142</sup> É proibida a desproporcionalidade das penas, preceito que pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF) e dos princípios da igualdade e da individualidade da pena, uma vez que situações semelhantes devem receber o mesmo tratamento (CF, art. 5º, XLVI); tudo conforme a sua culpabilidade (BRASIL, 2021).

Em razão da fundamentação mencionada, o relator Luís Roberto Barroso, seguido pela maioria dos Ministros, votou pela inconstitucionalidade do preceito secundário, ou da pena contida no art. 273, § 1º-B, do CP, em razão da desproporcionalidade da pena. O debate efetivamente se prendeu ao segundo ponto, referente a qual pena deveria ser aplicada ao mencionado caso concreto, já que, declarada a sua inconstitucionalidade, o crime ficaria sem pena ou preceito secundário.

Inicialmente, o relator sugeriu buscar uma outra pena constante no Código Penal para suprir essa lacuna deixada pela própria atuação do STF ao declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário. Assim, propôs aquela prevista para o crime de contrabando, cuja pena é de 2 a 5 anos de prisão (art. 334-A, CP) e representa figura típica do gênero de condutas tipificadas no art. 273, § 1º-B, I, do CP, que são espécies daquela.

Não concordando com o voto do relator sobre essa proposição, Alexandre de Moraes abriu divergência e votou para que a pena voltasse a ser como era anteriormente, ripristinando uma pena que havia sido alterada pelo Poder Legislativo que criou a pena ora declarada inconstitucional de 10 a 15 anos de reclusão. A nova pena ripristinada, na sua redação originária, previa uma pena de reclusão de um a três anos e multa. O voto de Alexandre de Moraes foi vencedor e seguido pela maioria dos seus pares. Ao final, o Min. Roberto Barroso ajustou o seu voto para acompanhar a maioria, que se fazia representar na posição divergente proposta pelo Min. Alexandre de Moraes.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Luis Roberto Barroso salienta que um dos primeiros documentos a serem produzidos no combate as penas cruéis foi a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) promulgada na Inglaterra em 1969, que vedava penas cruéis e incomuns (*cruel and unusual punishments*), esta foi a mesma expressão dada pela Oitava Emenda à Constituição dos EUA. O mesmo termo foi repetido no Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Cívicos, art. 7º, além do art. 5º (1966) e da Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969) e a Convenção Europeia de Direitos do homem, art. 3º “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. A CF do Brasil prevê em seus artigos (5º, XLVII). Nos EUA, a Suprema Corte, sustenta que a aplicação da cláusula da Oitava Emenda não se restringe a sanções físicas, como a tortura, ou trabalhos forçados, mas se estende a qualquer punição que, por sua excessiva duração ou severidade, seja grosseiramente desproporcional (*grossly disproportionate*) ao crime imputado. O que se repete no artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (BRASIL, 2021a).

<sup>143</sup> “É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.677/1988 – reclusão de 10 a 15 anos – à hipótese prevista no seu parágrafo 1º, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária – reclusão de um a três anos e multa”. (MEU SITE JURÍDICO, 2021).

Ocorre que o STF não poderia declarar a inconstitucionalidade da pena e fechar a lacuna aberta com outra pena por meio da repristinação. A Corte buscou uma norma que não mais existia, que estava fora do ordenamento jurídico, portanto não havendo a possibilidade de lançar mão da analogia, mesmo que *in bonam partem*, para solucionar a situação criada em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da pena do art. 273, § 1º-B, I, CP. O STF lançou mão de uma norma inexistente para preencher o vazio criado pela declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário, criado por ele próprio. A solução adequada e correta para o caso foi a inicialmente proposta pelo Min. Roberto Barroso, pois tratava-se de norma vigente do Código Penal referente ao contrabando, gênero do qual o art. 273, § 1º-B, I é espécie.

Esse movimento duplo no controle de constitucionalidade consistente na declaração de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, na aplicação de outra norma para fechar essa lacuna é denominada na Itália de *rime obligatte*. Tal movimento é possível e é exemplo claro de como o STF pode atuar na produção de sentença construtiva aplicando a analogia em norma penal incriminadora *in bonam partem*.

Apesar disso, é importante ressaltar que a Corte Italiana não aceita que o *rime obligatte* seja uma sentença construtiva, para evitar conflitos com o Poder Legislativo daquele país. Entretanto, dúvidas não há de que se trata de sentença intermediária na espécie construtiva substitutiva, onde se retirou todo o preceito secundário e se inseriu outro texto de produção do Poder Judiciário, esse que nem mais existia. Assim, sendo uma decisão substitutiva, ela se vincula a normas explícitas, como a pena do texto original que foi retirada. Em seu lugar, surgiu uma lacuna e parte do conteúdo foi reconstruído conforme os preceitos da CF.

#### 4.2.7 Compensação Penal

A compensação penal em razão de penas e prisões abusivas e ilegais tem ganhado corpo nas jurisprudências, nas doutrinas, em tratados e constituições democráticas. Nesse tema, se discute a impropriedade da pena em ficar restrita apenas à medida cronológica ou linear, como se não existissem várias situações de ilegalidades e abusos cometidos contra aqueles que foram condenados e cumprem pena.<sup>144</sup>

É preciso atentar-se para o aparato estatal, a qualidade das delegacias, as prisões e suas superlotações, os abusos perpetrados contra aqueles que são custodiados pelo Estado e situações referencialmente subjetivas como: doenças, idade, discriminações, entre outras situações.

---

<sup>144</sup> O STJ, ao julgar o HC 136961, concedeu, de forma precursora, compensação punitiva ao aplicar a Resolução 22/2018 da CIDH com a contagem do prazo em dobro.

As prisões cautelares e sentenças penais condenatórias trazem em seu conteúdo a proporção entre o crime, a punição e o tempo. É bem verdade que é preciso resguardar os direitos e sofrimentos das vítimas envolvidas nesse contexto. Entretanto, o que se busca nesse contexto é analisar a qualidade do cumprimento da pena que é exercitado em nosso país. Em razão disso, não se pode mensurar de forma igual o cumprimento da pena que observa a Leis de Execuções Penais e outra que a descumpra de forma ilegal. Deve-se igualar cumprimento de penas desiguais, que apenas se equiparam na condenação da pena *in concreto*, apresentada pelo magistrado. Nesse sentido dispõe o art. 5º, XLIX, da CF, que incumbe ao Estado zelar pela integridade física e moral de pessoas presas.

De outro lado o art. 37, § 6º da CF versa sobre a teoria do risco, na qual o Estado é responsável pelos danos causados por seus agentes a terceiros, seja de forma comissiva ou omissiva. Assim, diante dos presos e condenados, o Estado encontra-se na posição de garante e, não cumprindo legalmente a sua obrigação, incorrerá na culpa *in custodiando*. Todavia, não há dinheiro que pague a dignidade da pessoa humana e a falha reiterada do Estado nessa área leva-nos a repensar sobre as decisões jurídicas que consistem em resgatar as falhas do Estado e de seus agentes somente na questão financeira. Aqui, o mais importante é a incolumidade física e mental do preso cautelarmente ou condenado. Daí a importância da discussão do tema sobre a compensação penal. Nesse sentido pode-se arrolar uma série de situações que estão a ocorrer a cada momento nesse país, tais como: o abuso de poder praticado por agentes estatais, excesso de prazo, erro judiciário durante a condução do processo penal, violência física, psicológica, violação da intimidade, tortura e extorsão de custodiados, superlotação, ambiente insalubre, falta de água e infraestrutura adequadas de presídios, más condições de alimentação e assistência médica para os presos (ESTRADA, 2017).<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> “Se o Estado concentra em si o direito — na verdade pretensão — de privar seres humanos de à liberdade, tem ele a correspondente obrigação de garantir que estes recebam tratamento digno. Logo, se o Estado não assegura tratamento digno e humano às pessoas encarceradas, deve compensá-las penalmente (com proporcional ‘moeda’ de reparação) pela promessa de dignidade quebrada”. (ESTRADA, 2017, p. 333). No entanto, nem tudo se resolve com base em pecúnia. Muitos são os fundamentos que cercam a compensação penal por penas ou prisões abusivas. Da CF pode-se extrair vários fundamentos, são eles: (a) o art. 1º, inciso III da CF, que enuncia a dignidade da pessoa humana; (b) art. 5º, XLIX da CF, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral; (c) art. 5º, III da CF, prevendo que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; e (d) art. 5º, X da CF, que enuncia serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Além da CF, os fundamentos convencionais podem ser assim enumerados: (a) art. 5º Declaração Universal dos Direitos do Homem; (b) arts. 2.1, 2.2, 7, 9.1, 9.5 e 10.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU; e (c) arts. 1º, 2, 5.1 e 5.2, 7.3 e 9 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em relação aos fundamentos infraconstitucionais, pode-se citar o art. 185 da Lei de Execução Penal (LEP), que diz que haverá o excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença em normas legais e regulamentares. A LEP se aplica tanto a preso provisório quanto a condenado (art. 2º, parágrafo único).

Sobre a matéria, o STF, no julgamento do RE 580.252/MS, com repercussão geral, reconheceu a indenização de presos que sofreram danos morais por cumprirem pena em estabelecimentos penais com condições degradantes. O voto vencido do Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a reparação em dinheiro não minora as violações à dignidade do detento, pois, ao invés de utilizar o dinheiro da indenização para melhorar o sistema, o dinheiro é canalizado para pagar indenizações individuais. Em decorrência disso votou para que a reparação do dano se consubstanciasse na remição de dias cumpridos, aplicando por analogia o art. 126 da lei de execução penal. Esse voto foi por demais substancial, apesar de vencido (BRASIL, 2017).

De outro lado, nasce uma outra possibilidade que é a da remição em condenações distintas. Ora, se o condenado tiver cumprido a pena em excesso em determinado processo, nada mais justo que ele tenha direito a detração ou outra condenação, pois o Estado não pode ser devedor nesse tipo de direito que é fundamental. Nesse sentido, nada mais justo que a compensação. Entretanto, o voto mencionado foi vencido pela maioria, que acabou por fixar a tese da aplicação do artigo 37, § 6º da CF, obrigando o ressarcimento de danos, inclusive morais, causadas aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Aqui foram vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso, Luís Fux e Celso de Mello, que davam provimento, mas entendiam a remição como forma indenizatória (BRASIL, 2017).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) decidiu sobre a Resolução de 22 de novembro de 2018, que tratou do hiperencarceramento e da grave deterioração das condições de privação de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), no Complexo de Bangu, na Zona Oeste do Rio de Janeiro. Ela aduziu que:

“[...] 9.1. Toda pena privativa de liberdade e qualquer privação de liberdade, ainda que a título preventivo ou cautelar, implica necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável. Não obstante isso, essa dor ou aflição se reduz basicamente às inevitáveis consequências de restrição de movimento da pessoa, à necessária convivência imposta por uma instituição integral e ao respeito aos regulamentos, indispensáveis para a conservação da ordem interna do estabelecimento.

9.2. Quando as condições do estabelecimento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação e de seus efeitos antes mencionados, o conteúdo aflitivo da pena ou privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica.

[...] 12.1 Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superlotação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes a sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção jurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo da pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de efetiva privação de liberdade em condições degradantes” (SARMENTO; SOUSA FILHO; PONTES, 2021, p. 1-17).

Em 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou, no STF, a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 (ADPF 347) em razão de um “estado de coisas inconstitucionais” do sistema carcerário brasileiro. A ação sustenta que existe uma violação contínua de direitos humanos e fundamentais, em razão de cumprimento de pena completamente inconstitucional. Por maioria de votos, o relatório de Marco Aurélio acatou cautelarmente dois dos oito pedidos, sendo um deles a realização, em todo o território nacional das audiências de custódia e o outro que a União liberasse de forma imediata verbas do Fundo Penitenciário Nacional (SARMENTO; SOUSA FILHO; PONTES, 2021).<sup>146</sup>

Anexa a essa ADPF, seguiu manifestação do professor Juarez Tavares, na qual afirma que deve haver outro conceito de punição – ou seja, a pena real –, que deve levar em conta as condições de local de cumprimento da pena, a superlotação, as deficiências estruturais, a escassez de recursos, a falta de pessoal especializado e outras situações. Tudo isso vai implicar em necessário redimensionamento do valor nominal da pena, consistente numa redução proporcional desse valor, de forma a equiparar a aflição ficta a aflição real. Isso é compensação punitiva (SARMENTO; SOUSA FILHO; PONTES, 2021).<sup>147</sup>

Nesse sentido, o STJ, ao julgar o HC 136961, concedeu, de forma precursora, compensação punitiva ao aplicar a Resolução 22/2018 da CIDH com a contagem do prazo em dobro referente a todo o período da pena cumprido em situação degradante de um condenado que esteve preso no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na zona oeste do Rio de Janeiro. O relator da matéria Reynaldo Soares da Fonseca decidiu que, a partir do Decreto 4.463/2002, o Brasil reconheceu a competência da CIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada em 1969. Afirmou que se trata de coisa julgada internacional e disse ainda que a jurisdição do Brasil, com base na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos de maneira mais positiva àqueles que tem os seus direitos violados. Por fim, alegou a necessidade do diálogo interno com o direito internacional dos direitos humanos (BRASIL, 2021).

No julgamento desta cautelar, O Min. Ricardo Lewandowski afirmou que, na criminologia moderna, os juízes, ao determinarem as prisões, devem observar o *numerus*

---

<sup>146</sup> Para os autores da ADPF 347, o Judiciário é partícipe direto da crise e deve ter posição de destaque para reverter o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros. No julgamento da supramencionada medida cautelar, o Min. Gilmar Mendes retrata que o tema é da funcionalidade ou disfuncionalidade do Poder Judiciário.

*clausus*. Em outras palavras: devem observar primeiro se existe espaço físico para cumprimento das prisões com dignidade nas delegacias de polícia ou penitenciárias, não podendo enviar um condenado para cela superlotada.

De igual modo, outra decisão importante foi a relativa ao RE 641.320, com repercussão geral (Tema 423), relativo à prisão domiciliar. A decisão determina que, no cumprimento da pena de condenado sentenciado ao regime semiaberto, se não existe vaga adequada para tal, não pode o preso ficar no regime fechado por ineficiência do Estado, pois assim fazendo estaria a violar os princípios constitucionais da legalidade e da individualização da pena. Logo, se houver déficit de vagas, poderá o sentenciado deixar a prisão de forma antecipada, cumprir sua pena por meio do monitoramento eletrônico ou se adequar a penas restritivas de direito que progridem para o regime aberto (BRASIL, 2016).

A partir do julgamento do RE 641.320, extraiu-se a Súmula Vinculante nº 56, que dispõe: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (BRASIL, 2016).

Ressalta-se que se trata de tema promissor e que pode alterar toda a estrutura da execução penal. A violação dos agentes públicos, as superlotações de cadeia, a saúde precária de condenados nos presídios, os abusos, torturas e outras ilegalidades são notórios. O princípio constitucional da legalidade vem sendo descumprido ao longo de décadas; não se cumpre a CF, não se cumpre a LEP, não se cumprem os regulamentos.

A execução de pena no Brasil afronta, claramente, vários princípios, em especial o princípio da legalidade e o da dignidade da pessoa humana. Assim, os operadores do direito, ao concederem as mencionadas compensações (*in natura*), nada mais fazem do que cumprir o princípio da proibição da proteção insuficiente. O Estado brasileiro não tem cuidado de modo mínimo da população carcerária, seja prisão definitiva ou cautelar, transgredindo, assim, o princípio da proporcionalidade.

Após a apresentação dos casos citados, verifica-se que o Poder Judiciário se legitima para ver as normas constitucionais e infraconstitucionais serem cumpridas. Para isso, se utiliza da analogia *in bonam partem*, em benefício do preso ou condenado que, por sua vez, tem o direito de cumprir a pena com dignidade e dentro da legalidade preconizada pelas normas nacionais e internacionais.

#### **4.2.8 A análise de casos emblemáticos no direito penal e processo penal**

É importante ressaltar que, para uma melhor compreensão dos casos, foram apresentadas lides relativas ao direito substantivo penal e, em outras situações, algumas referentes ao direito adjetivo penal. O objetivo almejado para com a utilização de tal estratégia é o de ressaltar a obediência que devem tanto o direito penal como o direito processual penal ao princípio constitucional da legalidade. Logo, o estudo demonstra a impertinência da utilização da analogia *in malam partem*. De outro lado, a analogia *in bonam partem*, dentro dos parâmetros da legalidade, pode ser aplicada na construção de decisões aditivas e substitutivas.

Dos casos apresentados nesse capítulo, extrai-se que as decisões do STF, por maioria de votos, utilizaram a decisão interpretativa Conforme a Constituição nos seguintes casos: (i) na ADC 43,44 e 54; (ii) no debate acerca da constitucionalidade do art. 283 do CPP; (iii) no Decreto do Indulto 9.246/2017; (iv) na colaboração premiada com a concessão de benefícios além do previsto em lei; e (v) no caso relativo à ADPF 395 e 444 — referente à condução coercitiva de investigados — onde procedeu-se à redução de texto legal, uma vez que a CF/88 não recepcionou o termo “interrogatório”.

De outro lado, a produção de decisões construtivas ou manipulativas foram constatados nos seguintes casos: (i) na ADO 26 — que aborda a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia —, proferindo-se decisão construtiva aditiva (em decorrência de omissão legislativa inconstitucional parcial), com aplicação da metodologia da integração com a utilização da analogia *in malam partem*; (ii) no recurso extraordinário 979962, onde efetivou-se decisão substitutiva aditiva, com a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma penal, com a troca do texto do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário de norma reprimada; e (iii) na análise de compensação penal, verificada uma omissão legislativa inconstitucional parcial quando a lei de execuções penais é descumprida e há a necessidade de reparação do princípio da legalidade violado no cumprimento da pena. Nesses casos, o Poder Judiciário atua como legislador positivo para compensar o estado que atua abaixo do mínimo, prejudicando a efetivação de direitos fundamentais, conforme identifica o princípio da proibição insuficiente.

Em última análise, as decisões finais do STF foram *in bonam partem* em todos os casos apresentados — com exceção do caso analisado relativo à criminalização da homofobia e transfobia. Neste último, apesar de a analogia ser benéfica para um grupo, ela é feita em prejuízo de outro, devendo a criminalização ter sido editada pelo Poder Legislativo.

Cabe repisar que, por fim, as mesmas regras e metodologias são aplicadas ao direito material e adjetivo penal, sempre conforme o princípio constitucional da legalidade, com

observância especial à técnica da analogia, que não deve ser aplicada no campo penal *in malam partem*.

## CONCLUSÃO

A dissertação apresenta o avanço histórico do controle de constitucionalidade desde a simples declaração de inconstitucionalidade de uma norma até o momento em que se passou a utilizar sentenças intermediárias, com o intuito de uma melhor resposta para a sociedade.

Com o avanço do Direito no tempo, os direitos fundamentais passaram a ser inseridos nos textos constitucionais, produzindo constituições mais analíticas, abertas, e com maior grau de interpretação e resolutividade. Em decorrência da necessidade pragmática de dar respostas mais precisas nas interpretações e suas eficácias, as cortes constitucionais começam a mitigar a teoria kelseniana e passam a adentrar em uma zona intermediária entre o legislador negativo e o positivo.

O tradicional legislador negativo operava o direito por meio da interpretação, partindo da disposição normativa para se obter a norma jurídica. O Poder Judiciário tinha a faculdade de retirar do texto a norma que considerasse inconstitucional ou mantê-la declarando a sua constitucionalidade, mas não havia uma via alternativa que conciliasse as duas possibilidades. No entanto, é a partir disso que se inicia o processo de redução da interpretação teleológica — o fundamento maior para o controle de constitucionalidade até então.

Com o advento da CF/88 e de uma sociedade cada vez mais exigente e à procura de seus direitos, o STF viveu essa transição do legislador negativo para o positivo com toda intensidade, a partir da norma constitucional aberta, ou seja, a partir da aplicação dos princípios em seus julgamentos. A Corte passa a utilizar outras metodologias de interpretação, agora até de forma criativa, não apenas declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei.<sup>148</sup>

Neste mundo jurídico em formação, o Judiciário abandona, em parte, a sua autocontenção e passa a atuar com o novo foco de controle de constitucionalidade. O ponto central torna-se as omissões legislativas inconstitucionais que, ao serem identificadas, passam a serem objetos de julgamento das cortes constitucionais. Por meio de decisões construtivas, elas se valem do princípio da proporcionalidade, na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente do Estado em matéria de direitos fundamentais, para a produção de uma nova técnica de julgar.

---

<sup>148</sup> Algumas decisões do STF passaram a ultrapassar os limites do legislador negativo, acompanhando decisões parelhas ocorridas em vários países, com destaques para a Itália e Alemanha. Nesse sentido foi o voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, que abandona a técnica ortodoxa e procura as decisões modificativas dos sentidos originais do texto.

As decisões construtivas são importantes, uma vez que servem como alternativa à interpretação tradicional, quando confrontada com a omissão legislativa inconstitucional. Para a sua consecução, lança-se mão da analogia (no sentido de integração) para a solução de lacuna axiológica. Assim deve ser o paradigma do legislador positivo, que busca a produção de uma norma jurídica operando o Direito a partir da integração.

A utilização da técnica construtiva por parte do Judiciário é necessária e importante ferramenta para a construção de um Direito mais justo. A atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, no Direito brasileiro e no restante dos países democráticos, tem sido essencial, pois objetiva o fechamento das lacunas axiológicas inconstitucionais, que acabam por afetar os direitos humanos. Entretanto, na seara penal, o STF deve atuar com extrema cautela, não devendo trabalhar com analogia *in malam partem*.

É verdade que as normas infraconstitucionais devem obediência à CF, como também é verídico que o princípio da legalidade é uma norma constitucional. Logo, a sua importância foi reconhecida pela Assembleia Nacional Constituinte, para que fosse dado ao cidadão um julgamento justo, com leis pré-estabelecidas e respeito ao devido processo legal, representado por seu advogado constituído. A criação de uma sentença construtiva que prejudique o réu no momento de seu julgamento configura um atraso em relação aos direitos fundamentais.

As Cortes Constitucionais e o Poder Judiciário como um todo, quando atuam dentro dessas limitações, trazem resultados importantes e significativos para a segurança jurídica e para a eficiência e eficácia da própria Constituição. De outro lado, também são identificados alguns pontos polêmicos, e muito criticados, quando os Tribunais Superiores excedem ao querer aplicar as decisões construtivas em todos os ramos do Direito, em especial na seara penal, confrontando o princípio constitucional da legalidade.

Assim, em razão de atuação do STF como legislador positivo, várias críticas surgem em relação à corte, dentre elas: (a) a falta de legitimidade dos magistrados para criar normas, violando o princípio democrático; (b) a violação ao princípio da separação dos poderes, em especial, a usurpação do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário; (c) não previsão orçamentária das decisões construtivas, criando despesas ilegais; e (d) os argumentos consequencialistas, sustentando que o poder Judiciário não está aparelhado tecnicamente como o Poder Legislativo, não possui *expertise* técnica e está sujeito ao risco da aplicação de modo não sincero de tais técnicas com o propósito de impor agendas e preferências pessoais dos juízes, favorecendo uma politização da Justiça.

É de bom alvitre concluir que o Poder Judiciário precisa de cautela, diálogo e moderação em sua atuação na produção de decisões construtivas, pois os excessos podem redundar em

prejuízos irreparáveis para o Estado Democrático Brasileiro. É preciso que o STF tenha regras bastante claras para que não parem dúvidas sobre a sua atuação em substituição ao Poder Legislativo, pois, aqui, o que importa é tão somente eliminar a inconstitucionalidade que impede o bom funcionamento da CF. É ponto nodal dentro da seara penal o STF estabelecer com clareza o seu limite de atuação; até onde vai sua jurisdição e competência. Por certo, não basta dizer que os parâmetros estão definidos na Constituição. É preciso extrair da CF esse limite; até onde pode ir o STF ou todo o Poder Judiciário na aplicação dessas decisões construtivas.

É incompreensível a atuação do STF, no campo penal, quando da análise, sem parâmetro definido, dos casos concretos emergentes. Não parece simples afirmar que o princípio da legalidade está dentro da Constituição, logo podendo o Ministro julgar como queira dentro dos limites constitucionais. Não! O princípio da legalidade é a estrutura e a base de normas penais e ao extrair esse princípio delas, conforme foi construído, é simplesmente as fazer desaparecer. Uma casa não subsiste sem a sua estrutura.

A CF entregou uma ferramenta, com parâmetros definidos, em que autoriza o Poder Judiciário a atuar como legislador positivo — o Mandado de Injunção—, com regras claras e bem definidas. Entretanto, esse remédio constitucional não é o bastante para responder todas as situações que buscam no Poder Judiciário uma solução. As decisões construtivas, principalmente as aditivas no campo penal, em desfavor do réu, realmente se mostram mais plausíveis quando da busca de auferir mais justiça às decisões. Entretanto, na seara penal, é bom que o Poder Judiciário adote a postura de autocontenção.

Somente deve-se admitir a figura do legislador positivo no campo penal para corrigir um problema grave constitucional, com o fim de coibir abusos no âmbito de direitos fundamentais e preservar direitos e garantias que não podem ser violados. As leis penais não podem retroagir em prejuízo do réu. Ninguém pode responder ou ser condenado quando não existe uma previsão taxativa na lei. É impossível criar uma interpretação extensiva em prejuízo do réu.

As normas penais não são as soluções para todos os problemas existentes; ao contrário, devem ser utilizadas de forma comedida e em sintonia com o princípio da legalidade. Com certeza deve-se lançar mão do Direito Administrativo, Direito Civil e outros mecanismos existentes para a solução de boa parte dos problemas. É preciso reforçar os mecanismos preventivos, além de aperfeiçoar os controles internos, com a busca da transparência cada vez maior no setor público. Deve-se, inclusive, repensar as formas de punições adotadas hoje pelo direito brasileiro, pois, em decorrência de um mesmo fato, a pessoa pode responder por crime

eleitoral, improbidade administrativa, além de ser punido penalmente e administrativamente. Nesse sentido, existe um excesso punitivista em nosso ordenamento jurídico, que não obedece ao princípio da proporcionalidade na vertente da proibição por excesso.

O STF, ao decidir a ADI 855, parece ter definido que o princípio da proporcionalidade tem sua sede material no devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Considerado em sua acepção substantiva, e não meramente formal, ele constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um limite. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade deve ser levado em consideração quando se restringe determinado direito fundamental ou verificam-se conflitos entre princípios constitucionais. O devido processo legal não se limita à observância do processo na forma descrita na lei, mas impede também a permanência no ordenamento de leis desprovidas de razoabilidade. Assim, a Suprema Corte tem utilizado o princípio da proporcionalidade como parâmetro para aferição da constitucionalidade de leis, declarando a inconstitucionalidade daquelas que contêm limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (MENDES; BRANCO, 2014).

No processo penal é recorrente a utilização da aplicação do princípio da proporcionalidade, constituído de alguns requisitos e pressupostos próprios. Nesse sentido, seu pressuposto formal é o princípio da legalidade e seu pressuposto material, o princípio da justificação teleológica. De outro lado, os requisitos extrínsecos estão afetos à judicialidade e à motivação. Em relação aos requisitos intrínsecos, destacam-se a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ao analisar os subprincípios do princípio da proporcionalidade, há que se observar que esse se desdobra em duas vertentes, dois parâmetros de atuação ditados pelo princípio da proporcionalidade. Uma na qual ao Estado é proibido de atuar em excesso e a outra, que mais nos interessa nesta dissertação, que é a proibição ao Estado de agir de modo insuficiente. Em relação ao princípio da proibição da proteção insuficiente, de início é importante entender que se trata de um controle de constitucionalidade nas matérias atinentes aos direitos fundamentais. Essa estrutura tem sido utilizada para dar efetividade aos comandos constitucionais, quando o Poder Judiciário, seja na forma concentrada ou difusa, atua como legislador positivo nas omissões inconstitucionais legislativas.

O princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção deficiente é tão importante que pode ser definido como um critério estrutural para a determinação da eficácia dos direitos fundamentais, cuja aplicação pode determinar se um ato estatal constitui uma omissão — violando um direito fundamental de proteção. Esse princípio, além de sugerir que

os direitos fundamentais devem ser respeitados, aponta também a obrigação de proteção por parte do Estado. Referida obrigação pode se dar, por exemplo, por meio da criação de normas afetas ao Direito Penal, visando a devida proteção da sociedade.

A ideia do princípio da proporcionalidade como vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), desenvolvido no direito alemão, baseou-se no conceito de que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos negativos, mas possuem a dimensão objetiva, uma vez que tutelam determinados bens jurídicos e valores que devem ser protegidos diante de riscos de terceiros.<sup>149</sup> (SARLET, p.330, 2006). Em razão destes fundamentos, o Estado passa a ter o dever de proteger os direitos fundamentais: o denominado imperativo de tutela. Com isso, a ferramenta que viabiliza a proteção dos direitos fundamentais é o princípio da proporcionalidade, impedindo a atuação estatal deficiente ou de total omissão.

Atualmente, não se discute sobre a necessidade do controle constitucional dos deveres de proteção no campo penal, proibindo-se tanto o excesso quanto a insuficiência pelo Poder Público. É consenso que a solução de omissões relativas a tais matérias é de competência do Poder Legislativo. Somente verificada a inércia desse Poder em resolver tais lacunas é que o Judiciário estende sua jurisdição para atuar como legislador positivo.

O que se faz necessário hoje é o estabelecimento de parâmetros para o limite da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Necessita-se balizar o que é insuficiente ou carecedor de atuação do Estado para preencher essa lacuna, e como mensurar isso. Para aferir essa situação de insuficiência é preciso se utilizar dos parâmetros do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o trabalho empírico para mensurar o tamanho e a relevância dessa omissão, se inconstitucional ou não.

Ao adentrar no campo penal, é importante ressaltar que, ao deixar de tutelar determinados valores, o Direito Penal perde legitimidade e eficiência à convivência humana pacífica. De outro lado, parece inconcebível a tutela de bens não inseridos na CF como objeto de proteção jurídico-penal ou colidentes com os preceitos da carta maior. O conceito mais contemporâneo, em relação ao núcleo central ou ao cerne do bem jurídico é a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso. A correspondência de sentido e fins entre a CF e o ordenamento jurídico penal é que fortalecerá o poder de punir do Estado.

---

<sup>149</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, p. 330, Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência, escreveu esse artigo e nesse tópico retrata a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O Direito Penal não pode ser tratado como se houvesse, na razão de sua existência, apenas um garantismo negativo a ser cumprido; deve ser também observado sob o ângulo do garantismo positivo, ou seja, sobre o dever de proteção de certos bens fundamentais. De forma pragmática, se o legislador não cumpre essa proteção por meio do Direito Penal, é cabível a aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente (STRECK, 2004).

Entretanto, ao criar uma decisão construtiva contra o réu, o STF pode estar violando direitos individuais ou restringindo direitos fundamentais de outros envolvidos, resguardados pelo princípio constitucional da legalidade. Entretanto, apenas o Poder Legislativo tem essa legitimidade, e essa reserva efetiva-se por meio de um processo legislativo bem definido que culmina com a confecção das leis penais gerais, abstratas, prospectivas, previsíveis e transparentes. Tais características são importantes, uma vez que se deve buscar sempre um processo regular de inovação legislativa.

Assim, a criação judicial em benefício do réu é possível dentro dos parâmetros da legalidade, mas é intransponível quando vem em prejuízo ao réu. Ao analisar o direito comparado, é bom exemplo a Corte Constitucional Italiana, que não admite a possibilidade de pronúncia aditiva em matéria penal da qual derive efeitos *in malam partem* potencialmente redutivos da liberdade pessoal, em respeito ao princípio da legalidade penal. Para essa Corte, legislar em matéria penal cabe tão somente ao Poder Legislativo, a quem incumbe completar as lacunas por omissão inconstitucional existente.

Na técnica da integração, é utilizada a analogia, que consiste em aplicar à hipótese não prevista em lei disposição relativa a casos assemelhados. A analogia em geral significa a correspondência entre duas normas, mais exatamente, a correspondência de uma relação com outra. Na aplicação da analogia há significado e lógica, trata-se de relação qualitativa entre fatos distintos. Entretanto, se a analogia pode ser aplicada em outros ramos do Direito, no campo penal deve-se rechaçar o seu uso quando fere o princípio da legalidade, da taxatividade e feita *in malam partem*.

Em seu capítulo 4, o presente trabalho abordou, predominantemente, decisões do STF relativas ao exercício desta Corte em seu papel de controle de constitucionalidade, bem como a criação judicial do Direito Penal a partir desses julgados. Para isso, foram apresentados diversos casos emblemáticos, mostrando quais os tipos de sentenças intermediárias adotadas nas soluções dos casos pela Suprema Corte – se decisões interpretativas ou decisões construtivas.

Os casos concretos foram apresentados em decorrência de sua relevância, quando ocorreram as justificações para discutir a possibilidade de atuação do Poder Judiciário como

legislador positivo em diversos ramos do Direito, em especial no campo penal. Foi contra o réu, sempre com foco nos princípios da proporcionalidade, na vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente, e da legalidade, com vistas a se saber se a melhor técnica legislativa foi devidamente aplicada nos casos apreciados. Ao final, verificou-se que a referida Corte nem sempre obedeceu a melhor técnica. Algumas vezes o STF ultrapassou o limite da legalidade.

Em suma: o STF não pode atuar como legislador positivo, na seara penal contra o réu. Entretanto, em favor do réu, em *bonam partem*, pode e deve atuar, dentro do princípio constitucional da legalidade para reparar omissões que tanto prejuízo causam para a Constituição e sua efetividade, o que vai redundar a falta de proteção do cidadão e da coletividade em relação aos direitos fundamentais. Um campo que o STF pode e deve atuar para combater as violações humanas encontra-se principalmente no cumprimento de pena, ou seja, na lei de execuções penais. Daí a importância fundamental de reparar os erros históricos.

Com esse foco surge a “compensação penal”, com o objetivo de reparar penas e prisões abusivas e ilegais, ganhando corpo na jurisprudência e na doutrina. É preciso que os erros praticados pelo Estado sejam compensados de forma plena, pois aqui trata-se de direito fundamental. Não pode o operador do direito ficar adstrito, no cumprimento da pena, apenas à questão temporal, como se os abusos e os excessos não tenham sido cometidos contra aqueles que efetivamente a cumprem. É preciso atentar-se para a qualidade do cumprimento da pena.

Ao final reitera-se a obrigação do STF atuar no campo penal em benefício do réu, mas a impossibilidade legal de atuar como legislador positivo para prejudicar o réu. Essa atuação contraria a CF, CPP, CP, tratados e acordos internacionais. Eis o limite do STF!

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal e o absurdo. **Consultor Jurídico**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-14/georges-abboud-julgamento-adcs-43-44-54-absurdo>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

ACCIOLY, G. G. **O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

ALEXANDRINO, V. P. M. **Direito Constitucional Descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008a.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008b, p. 13-42.

BADARÓ, G. H. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista**. 24 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARATTA, A. *La Política Criminal y El Derecho Penal de La Constitución: Nuevas Reflexiones Sobre El Modelo Integrado de las Ciencias Penales*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 29/2000, jan. – mar. 2000, p. 27 -52.

BARROSO, L. R. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas ao Brasil. **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, ano 6, n. 22/23. Jun. 2007. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC\\_22e23\\_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y)>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BESSA, S. **Lei anticrime e a impossibilidade de aplicação de benefícios não previstos em lei ao colaborador**. Nov. 2020 Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/336238/lei-anticrime-e-a-impossibilidade-de-aplicacao-de-beneficios-nao-previstos-em-lei-ao-colaborador>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

BIANCHINI, A. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLANCO DE MORAIS, C. **Justiça Constitucional: O contencioso Constitucional Português entre o Modelo Misto e a Tentação do Modelo de Reenvio**. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo II, 2005.

BLANCO MORAIS, C. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, C.; CASSEB, P. A.; MONTEBOLO, S. et al. **As sentenças intermediárias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 15-115.

BOFILL, H. L. *Formas Interpretativas de Decisión en el Juicio de Constitucionalidad de Las Leyes*. Apresentada na Universitat de Pompeu Fabra. 2002, p. 115-117. Disponível em <<https://tdx.cesca.es/TDX-0321103-105848/index.html>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRANDÃO, R. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, jan. – jun. 2014, p. 189/220. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo9.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 136.961**. Relator: Min. Reinaldo Soares da Fonseca. Data de julgamento: 28 abr. 2021a. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202002844693&data=20210430&tipo=0&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&tipo=0&formato=PDF)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 979.962**. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de julgamento: 5 mar. 2021b. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861474832/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-979962-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-861474842?ref=serp>>. Acesso em: 29 de ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 979.062**. Tema com Repercussão Geral n. 1003. Discussão relativa à constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, para aqueles que importam medicamentos sem registro sanitário. Relator Ministro Roberto Barroso. Data de julgamento: 24 mar. 2021c. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5006518>>. Acesso em: 31 maio. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 142.205**. Relator Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 30 set. 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/937202963/habeas-corpus-hc-142205-pr-0003138-9020171000000/inteiro-teor-937202970?ref=serp>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.874**. Data de julgamento: 9 mai. 2019b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 7 nov. 2019c. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/11/adb541bab02a07\\_acordao-adc43.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/11/adb541bab02a07_acordao-adc43.pdf)>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874**. Relator: Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 9 maio 2019d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874**. Data de Julgamento: 9 maio 2019e. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 163.334**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 18 dez. 2019f. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/recurso-ordinario-habeas-corporus-163334.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **STF Notícias**. 13 jun. 2019g. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idC](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idC)>. Acesso em: 3 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental 395/Distrito Federal**. Voto do Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 14 jun. 2018a. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Apdf395VotoCM.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Inteiro Teor do Acórdão. Data de julgamento: 14 jun. 2018b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508**. Voto do Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 20 jun. 2018c. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/NoticiaStf/anexo/A](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/NoticiaStf/anexo/A)>. Acesso em: 5 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.172**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 4 abr. 2018d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 580.252**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 16 fev. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 24 de ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 maio 2016a. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 9 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 641.320**. Data de julgamento: 11 mai. 2016b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 123.971**. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 25 fev. 2016c. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11172202>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 17 fev. 2016d. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 56**. 2016e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 127.483**. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 27 ago. 2015a. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.835**. Data de Julgamento: 13 out. 2015b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 01 ago. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Relator: Min. Ayres Brito, 5 mai. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 12.015**, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de

julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1. de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto. Data do julgamento: 29 maio 2008a. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 85.060**. Relator: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 23 set. 2008b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=575869>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.800**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 11 jun. 2007a. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=488644>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 2 maio 2007b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.351**. Relator Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 7 dez 2006a. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 418.376**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 9 fev. 2006b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.351**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 7 dez. 2006c. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730359/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1351-df/inteiro-teor-103116517>>. Acesso em: 09 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.344-MC**. Relator: Min. Moreira Alves. Data de julgamento: 19 abr. 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346988>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.063**. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 18 maio 1994. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346801>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação n. 1451-7**. Relator: Min. Moreira Alves. Data de Julgamento: 25 maio 1988b. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=representa%C3%A7%C3%A3o+1451-7-df%2C+do+egregio+supremo+tribunal+federal>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF declara inconstitucional pena de 10 a 15 anos para importação de medicamento sem registro sanitário. **STF Notícias**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idCor>>. Acesso em: 9 mai. 2021.

BRUST, L. **Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

BUSSADA, Wilson. **Direito criminal nos tribunais (A a C, até o verbete crime)**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

BUSSADA, Wilson. **Direito criminal nos tribunais (C a E, até o verbete crime)**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

CAMPOS, C. A. A. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. **Direito Público**, [S.l.], v. 8, n. 42, jan. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<deperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1963/1067>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, J.J. G; BRANDÃO, N. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, nº 4000, set./nov. 2016.

CANOTILHO, J.J; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, M. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. In: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 9-13.

CARVALHO, S. *Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homofobia: perspectives starting from the queer criminology*, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 99, p. 187-212, nov.- dez. 2012.

CERRI, A. *Corso di giustizia costituzionale*, 4. ed., Milano: Giuffrè, 2004.

CLÉRICO, L. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. In: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 125-175.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-6/1986*. La Expresión "Leyes" En El Artículo 30 De La Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2021.

COSTA, T. C M. **Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

CRISAFULLI, V. *Lezioni di diritto costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1976.

CUNHA JÚNIOR, D. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 7ª ed. Juspodivm, 2014.

DI MANNO, T. *Le Juge Constitutionne et la techninque des decisions 'interpretatives' en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.

DIAS, J. F. Ónus de alegar e de provar no processo penal? **Revista de Legislação e Jurisprudência**. Coimbra: Editora Coimbra, v.1., n. 155, p. 121 -143, 1971.

DIAZ REVORIO, F. J. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

DUQUE ESTRADA, R.R. Compensação Penal por Penas ou Prisões Abusivas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132/2017, jun. 2017, p. 333 e s.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELDENS, L. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIGUEIREDO DIAS, J. **Direito Penal - Parte Geral I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1, p. 138.

FIGUEIREDO DIAS, J. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, J. **Temas básicos da doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

GONÇALVES, G. A. **O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GONÇALVES, L. C. Direito Penal: a criminalização da homofobia como forma de proteção de direitos fundamentais. **Justificando**. Disponível em <<http://www.justificando.com/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protecao-de-direitos-fundamentais>>. 2015. Acesso em: 27 fev. 2021.

GONZALEZ, N.; SERRANO, C. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madrid: Codex, 1990.

GRECO, L. Conveniência e Respeito: sobre o Hipotético e o Categórico na Fundamentação do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, v. 20, n. 95, mar./abr. 2012, p. 44 e s.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GUEDES, Néviton, **Constituição e Poder – O Juiz entre o Ativismo Judicial e a Autocontenção**. 2012. Disponível em <<https://conjur.com.br/2012>>. Acesso em 13 de dez/2021.

GUEIROS, A.; JAPIASSÚ, C. E. **Direito Penal**. Volume único. Barueri: Editora Atlas, 2020.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

IPEA. Atlas da Violência. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

IRTI, N. *Per um dialogo sulla calcolabilità giuridica*. In: CARLEO, A. (Org.). **Calcolabilità giurídica**. Bologna: II Molino, 2017.

ITÁLIA. Corte Constitucional Italiana. **Sentenza n. 394**. 2006. Disponível em: <<https://www.giurcost.org/decisioni/2006/0394s-06.html>>. Acesso em: 31 mai. 2021

JIMENEZ CAMPO, J. *La declaración de inconstitucionalidade de la ley*. In: LLORENT, Francisco Rubio Llorente; CAMPO, Javier Jimenéz. **Estudios sobre jurisdicción constitucional**. 1. ed. Madri: MacGraw-Hill, 1998.

JIMEZES DE ASUA, L. **Lecciones de derecho penal**. Mexico: Harla, 1997.

JUSBRASIL. Decano declara omissão legislativa e afirma que homofobia representa forma contemporânea de racismo”. 20 fev. 2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/678381573/decano-declara-omissao-legislativa-e-afirma-que-homofobia-representa-forma-contemporanea-de-racismo>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

KELSEN, H. A Garantia Jurisdicional da Constituição: A Justiça Constitucional. **Direito Público**, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1401>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

KELSEN, H. *Democracia y Constitucionalismo dentreo y más Allá Del Estado. Defensa de la democracia, Tercera Parte. Kelsen Para Erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Pauson, Universidade Externado de Colombia, Calle 12 n. I-17, ed. Carlos Bernal y Marcelo Porciuncula, 2017.*

LENZA, P. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIBERATTI, W. D. Bem jurídico penal e constituição. In: LOPES, M. A R.; LIBERATI, W. D. (Org.) **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAIA, C. S. B. **A Sentença Aditiva e o Supremo Tribunal Federal: Entre o Estado de Direito e Soberania Popular**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Dissertação, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

MANZINI, V. *Tratatto di Diritto Penale Italiano*. V. 1. Torino, 1961.

MARINUCCI, G.; DOLCINI, E. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2009.

MARTINES, F. "**Lei anticrime**" aperfeiçoa a contratação da colaboração premiada. 25 dez 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-25/lei-muda-delacao-impede-prisao-base-palavra-colaborador>>. Acesso em: 9 nov 2021.

MARTINS, L. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Coletânea original Jürgen Schwabe. Berlin: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MEDEIROS, R. **A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores o conteúdo, e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: UCE, 1999.

MEJIA SALAZAR, L. M. **El debilitamiento del principio de legalidade penal em decisiones de control de constitucionalidade de la Corte Constitucional colombiana**. Nuevo Foro Penal, 2012. Disponível em: <[https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/249/LuzMaria\\_MejiaSalazar\\_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/249/LuzMaria_MejiaSalazar_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 9 nov. 2021.

MELLO, C. A. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, G. F.; GONET, P. G. B. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, G. F.; GONET, P.G.B. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEU SITE JURÍDICO. **STF: É inconstitucional a pena de reclusão de 10 a 15 anos cominada para a importação de medicamento sem registro**. 25 mar 2021. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/03/25/stf-e-inconstitucional-pena-de-reclusao-de-10-15-anos-cominada-para-importacao-de-medicamento-sem-registro/>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

MIGALHAS. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi de 6 a 5**. 7 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5>>. Acesso em: 31 maio 2021

MIRABETE, J.F. **Manual de Direito Penal I**: parte geral. vol 1, 24 ed. Barueri: Atlas, 2008.

MIRANDA, J. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. **Revista Direito e Liberdade**, v. 14, n. 1, p. 0-38, jan./jun. 2012.

MIRANDA, J.; SILVA, M. A. M. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORAIS, C. B. **As sentenças intermediárias da justiça constitucional**. Lisboa: Editora AAFDL, 2009.

MOREIRA, L. G. e SCHMITT, H. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43--44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2--instancia>>. Acesso em: 9 nov 2021.

MORTATI, C. *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*. In: MORTATI, C. *Raccolta di scritti: problemi di diritto público nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. Vol. III. Milano: Giuffré, 1972.

NOGUEIRA, G. D. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 15, jul/ago, 2010.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Barueri: Editora Gen, 2020.

OLIVEIRA, F. B. B. **Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PALU, O. L. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista os Tribunais, 2001.

PEDRA, A. S. A. Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2011.

PEREIRA, J. R. G. Os imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade: Um panorama da discussão atual da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, D; SARLET, I. W. (org.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Cultura**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 167-206.

PERLINGIERI, Pietro. **Commento ala Costituzione italiana**, 2, ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

PIOVESAN, F. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 276/89, Processo n. 23/87, 2**. Sessão plenária, Relator: Cons. José Manuel Cardoso da Costa. 28 fev. 1989. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890276.html>>. Acesso em: 8 mar. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 474/02, Processo n. 489/94, 2**. Sessão plenária, Relator: Cons. Bravo Serra. 19 nov. 2002. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>>. Acesso em: 8 mar. 2021.

PULIDO, C. B. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

PULIDO, C. B. Epílogo. In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

PULIDO, C. B. **Estrutura e Limites da Ponderação**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

PULIDO, C. B. *La racionalidade de la ponderación*. In: *Serie justicia y derechos humanos (neoconstitucionalismo y sociedad) – dentro de El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional*. Universidade Externado (Colômbia). Quito: 2008, 1. Ed. dec. 2008, p. 43-68.

RAMOS, P. **A criminalização da Homofobia e da Transfobia (ADO n. 26/STF)**. 17 mar 2019. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/homofobia-ado-no-26-stf>>. Acesso em: 3 maio 2021.

RAUPP, R. R. Sobre a Compreensão e a Justificação dos Crimes de Ódio contra a Vida (*Hate Crimes*) no Direito Brasileiro: Reflexões a Partir do Debate Estadunidense. **Revista dos Tribunais** [online]. Thomson Reuters, mar. 2018.

RAZ, J. *The Authority of Law*. Oxford University Press, New York: The Clarendon Press, 1979.

REALE, M. A pessoa, valor-fonte fundamento do direito. In: **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva 1990, p. 58 e s.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, C. **La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

SÁ, F. Omissões Inconstitucionais e Sentenças Aditivas. In: MORAIS, C. B. (org.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.

SÁNCHEZ, J. A. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de La Democracia Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998

SANDULLI, A. **Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti**. Milano: Giuffrè, 1967.

SARLET, I. W. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a Proibição do Excesso e de Insuficiência. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. ISSN 1138-4824.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016

SARMENTO, D. Revisitando os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. In: FILHO, R. N. A. (org.). **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais — Diálogos Contemporâneos**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

SARMENTO, D.; SOUSA FILHO, A. B.; PONTES, G. J. **Memoriais da ADPF 347. STF, Memoriais do Ar quente PSOL de 2021**. Trata-se da Resolução de 22 de novembro de 2018, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

SARMENTO, D.; GOMES, F. R. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n.4, out.-dez. 2011, p. 60–101.

SARMENTO, Daniel, **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, ano 2006.

SCHERTEL, F. M. **Leniency Policies in the Prosecution of Economic Crimes and Corruption – Consensual Justice and Search for Truth in Brazilian and German law**. [s.l.]: Nomos, 2020.

SILVA, J. P. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, V. A. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006. Disponível em: [https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf). Acesso em: 17 mai. 2020.

SILVESTRI, G. *Le sentenze normative della corte costituzionale*. In: *Scritti sul a giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Padova: Cedam, 1985.

SOUSA FILHO, A. B. **O Controle de Constitucionalidade de Leis Penais no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUSA FILHO, A. B. **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUSA FILHO, A. **O STF pode atuar como legislador positivo? As sentenças aditivas e as ações constitucionais que discutem a epidemia do zika vírus**. 30 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-pode-atuar-como-legislador-positivo-30112016>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

STANZIOLA, R.V. Mandados Implícitos de Criminalização: Da Relação Entre a Constituição e Direito Penal a um Inconstitucional Exercício de Ativismo Judicial. In: **Revista dos Tribunais** [online]. Thomson Reuters, p.7-8, 2011.

STRECK, L. L. Aplicar a ‘Letra Da Lei’ é uma Atitude Positivista? In: **Novos Estudos Jurídicos [online]**, 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 8 nov. 2021

STRECK, L. L. Bem jurídico e Constituição: Da proibição do excesso (*ÜbermasBverbot*) à proibição deficiente (*UntermasBverbot*) ou de como há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 80, 2004, p. 303-345.

STRECK, L. L. **STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu**. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

STRECK, L.L. Bem jurídico e constituição – da proibição de excesso (*übermasverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermasverbot*) ou como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**. vol. LXXX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, p. 307-313.

STRECK, M. L. S. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TOLEDO, F. A. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1982.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA, *BVerfG*. Sentença do Segundo Senado de 19 de março de 2013. 2 BvR 2628/10, p. 1-132.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, **Sentencia C-671**. 2014.

VALADÃO, Rodrigo Borges, **A Luta contra a Teoria Pura do Direito na República de Weimar e o Caminho para o Nacional-Socialismo**, 30/12/2020. Disponível em <<https://revistaelectronica.pge.rj.go>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

VAN DER BROOKE, A. M. **Proibição da Proteção Deficiente**: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2014.

VASCONCELLOS, V. G. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán: parte geral*. 11. Ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal: parte geral*, Buenos Aires: Ediar, 1977.

ZAGREBELSKY, G.; MARCENÓ, V. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018.

ZAPATER, M. Supremo vota pela constitucionalidade da Constituição. 2019. **FGV Notícias**. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/supremo-vota-pela-constitucionalidade-constituicao>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

ZAVASKI, T. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009, In: MENDES, G. F; VALE, A. R; QUINTAS, F. L. (orgs.). **Mandado de Injunção, Estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.