

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD
Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD

SARA DE ASSIS AQUINO

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DAS LEIS PENAIS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília

2023

SARA DE ASSIS AQUINO

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DAS LEIS PENAIS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção de grau de Mestra em
Direito pela Universidade de Brasília –
UnB.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto.

Brasília

2023

SARA DE ASSIS AQUINO

A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DAS LEIS PENAIS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção de grau de Mestra em
Direito pela Universidade de Brasília –
UnB.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves

Profa. Dra. Ana Elisa Bechara

Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

AA657i Aquino, Sara de Assis
A interpretação conforme a Constituição de leis penais
pelo Supremo Tribunal Federal / Sara de Assis Aquino;
orientador João Costa-Neto. -- Brasília, 2023.
237 p.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade de
Brasília, 2023.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Interpretação conforme a
Constituição. 3. Constitucionalização do Direito Penal. 4.
Norma penal. 5. Capacidade criativa judicial. I. Costa
Neto, João, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Essa pesquisa nasce da conjunção de duas paixões construídas durante toda a minha vida acadêmica: o Direito Constitucional e o Direito Penal. Explorar as tensões entre as garantias constitucionais, os princípios penais e processuais penais e os conceitos da teoria geral do delito tem sido a linha de investigação constante desde os primeiros semestres da graduação em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Durante essa ainda curta trajetória, felizmente, pude contar com a confiança, a troca de conhecimentos e as críticas naturais a um ambiente acadêmico plural e instigante. A isso, devo agradecer a uma longa lista de pessoas.

Ao Prof. Dr. João Costa-Neto, meu querido orientador, que impulsiona seus orientandos a alcançarem os sonhos mais ousados. Sensibilidade e leveza são as palavras que definem esse processo de orientação.

À Profa. Dra. Beatriz Vargas, que me recebeu na turma de Teoria Geral do Direito Penal de braços abertos. Despretensiosa, perspicaz e sempre genial, ensinou-me imensamente sobre a importância de amar o que se faz.

À Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, com quem aprendi as primeiras lições da teoria geral do direito penal, ao Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho, cuja tese influenciou grande parte das minhas questões de pesquisa, e ao Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves, em quem me inspiro desde o primeiro dia de aula na UnB. A todos, agradeço pela oportunidade de discutir e melhorar o trabalho.

Ao Gabinete da Presidência e ao Núcleo de Redação e Pesquisa Jurídica do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pela solidariedade durante esse período.

Aos colegas de mestrado, especialmente Giulia, Elias e Rogério, que deixaram o caminho mais leve.

Ao João Pedro, por ser meu incentivador, melhor amigo e companhia favorita para tudo.

Aos meus pais, pelo permanente apoio incondicional.

“A meio caminhar de nossa vida
fui me encontrar em uma selva escura:
estava a reta da minha via perdida.

Ah! que tarefa de narrar é dura
essa selva selvagem, rude e forte,
que volve o medo à mente que a figura.”

*“Nel mezzo del cammin di nostra vita
mi ritrovai per una selva oscura,
ché la diritta via era smarrita.*

*Ahi quanto a dir qual era è cosa dura
esta selva selvaggia e aspra e forte
che nel pensier rinova la paura!”*

(ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia – Inferno*. 5. ed
(bilingue). Trad. Italo Eugenio Mauro. São Paulo: Editora
34, 2019.)

RESUMO

A presente investigação tem por objeto o exame da interpretação conforme a Constituição das leis penais no Supremo Tribunal Federal (STF). Ela está amparada na observação de que a expansão da jurisdição constitucional tem efeitos em todas as esferas, inclusive em matéria penal. Considerando a função do STF e a recente constitucionalização do Direito Penal no Brasil, indaga-se como a interpretação conforme a Constituição é utilizada quando aplicada às normas penais materiais e processuais. Em última análise, busca-se analisar qual o resultado da adequação constitucional da legislação penal pelo STF. Para tanto, o trabalho é desenvolvido em três capítulos. O primeiro preocupa-se em situar a interpretação conforme a Constituição como método moderno de interpretação constitucional. No capítulo seguinte, desenvolve-se o caminho da constitucionalização do Direito Penal no Brasil, que acompanhou o movimento iniciado em países como Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, cujas doutrinas penais exercem forte influência no sistema brasileiro. O terceiro capítulo, por sua vez, apresenta as questões em torno da legitimidade da interpretação conforme a Constituição das leis penais. Examina a jurisprudência alemã, a partir do estudo específico de Lothar Kuhlen, e sintetiza quatro categorias, utilizadas para analisar a jurisprudência brasileira, quais sejam: (i) redução e ampliação conforme a Constituição dentro da margem possibilitada pela literalidade da norma; (ii) redução conforme a Constituição desatrelada do enunciado normativo, em que se dividem as subcategorias (ii.1) método interpretativo usado para conformar a indeterminação legal e (ii.2) método interpretativo usado para criar elementos normativos benéficos ou prejudiciais ao réu; (iii) ampliação conforme a Constituição benéfica ao réu; e (iv) ampliação conforme a Constituição prejudicial ao réu. Na jurisprudência brasileira, explora-se decisões em todas as referidas categorias. Ao final, conclui-se que a interpretação conforme a Constituição tem sido utilizada pelo STF tanto de forma legítima quanto para interferir na política criminal brasileira, em favor e em prejuízo ao réu, a despeito da aparente deferência da jurisdição constitucional ao legislador penal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Interpretação conforme a Constituição. Constitucionalização do Direito Penal. Norma penal. Capacidade criativa judicial.

ABSTRACT

This dissertation aims to examine the constitutional interpretation of criminal laws in the Supreme Court (STF, in portuguese). The research conducted is based on the observation that the expansion of constitutional jurisdiction has effects on all domains, including criminal matters. Considering the role of the Federal Supreme Court (STF) and the recent constitutionalization of criminal law in Brazil, this study focuses on how the interpretation according to the Constitution is used when applied to criminal and criminal procedural rules. Ultimately, this dissertation seeks to analyze the result of an interpretation according to constitutional adequacy of criminal legislation by the STF. To this end, the study is divided into three chapters. The first is concerned with situating the interpretation according to the Constitution as a modern method of constitutional interpretation. In the next chapter, the path of the constitutionalization of criminal law in Brazil is analyzed in accordance with the movement initiated in countries such as Germany, Spain, Italy and Portugal, whose criminal doctrines have a strong influence on the Brazilian system. The third chapter, in turn, presents the issues surrounding the legitimacy of the constitutional interpretation of criminal laws. We examine German case law, based on the specific study of Lothar Kuhlen, and synthesize four categories used to analyze Brazilian case law, namely: (i) reduction and expansion in accordance with the Constitution within the margin made possible by the literalness of the norm; (ii) reduction in accordance with the Constitution unrelated to the normative statement, divided into two subcategories: i) an interpretative method used to conform to legal indeterminacy and (ii.2) an interpretative method used to create normative elements that can be beneficial or harmful to the defendant; (iii) expansion according to the Constitution that benefits the defendant; and (iv) expansion according to the Constitution that harms the defendant. In Brazilian case law, this study explores decisions in all these categories. The conclusion is that the interpretation according to the Constitution has been used by the Federal Supreme Court (STF) both legitimately and to interfere in Brazilian criminal policy, in favor and to the detriment of the defendant, despite the apparent compliance of the constitutional jurisdiction to the rules established by the criminal legislator.

Key-words: Federal Supreme Court – interpretation according to the Constitution – constitutionalization of criminal law – criminal norm – judicial creative capacity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO MÉTODO MODERNO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	15
2.1 Os métodos interpretativos tradicionais: gramatical, sistemático, histórico e teleológico	18
2.2 As limitações: particularidades da interpretação constitucional e o dogma da nulidade absoluta	25
2.3 A origem da interpretação conforme a Constituição no direito comparado: Alemanha e Estados Unidos	35
2.4 A origem e o desenvolvimento da interpretação conforme no direito brasileiro	40
2.5 Premissas	45
2.5.1 <i>A distinção entre texto e norma</i>	47
2.5.2 <i>Unidade da Constituição</i>	53
2.5.3 <i>Presunção de constitucionalidade</i>	58
2.6 Limites doutrinários e jurisprudenciais	66
2.7 Conclusão parcial	81
3 O DIREITO PENAL E A CONSTITUIÇÃO	83
3.1 A constitucionalização do direito penal	87
3.2 A teoria político-criminal do bem jurídico-penal: limite e fundamento do poder punitivo .	99
3.2.1 <i>A evolução histórica da teoria do bem jurídico-penal: Binbaum, Binding, Liszt, neokantismo, nacional-socialismo e Welzel</i>	101
3.2.2 <i>O conceito político-criminal e constitucionalmente orientado do bem jurídico-penal: a Constituição como limite e fundamento do poder punitivo</i>	114
3.3 O controle constitucional de normas penais: legítimo ou interferência excessiva?	127
3.3.1 <i>Se e como: é possível o controle constitucional de normas penais?</i>	127
3.3.2 <i>Em que medida: qual o rigor do controle constitucional de normas penais?</i>	136
3.4 Conclusão parcial	146
4 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE NORMAS PENAIS	148
4.1 O controle constitucional de leis penais na jurisprudência do STF	154
4.2 A interpretação conforme a Constituição das leis penais no direito alemão	169
4.3 A interpretação conforme a Constituição de normas penais no Brasil	181
4.3.1 <i>Redução e ampliação conforme a Constituição dentro da margem possibilitada pela literalidade da norma</i>	181
4.3.2 <i>Redução conforme a Constituição desatrelada do enunciado normativo</i>	185
4.3.2.1 <i>Método interpretativo usado para contornar a indeterminação legal</i>	186
4.3.2.2 <i>Método interpretativo usado para criar elementos normativos benéficos ou prejudiciais ao réu</i> 191	
4.3.3 <i>Ampliação conforme a Constituição benéfica ao réu</i>	198

4.3.4	<i>Ampliação conforme a Constituição prejudicial ao réu</i>	201
4.4	Conclusão parcial	208
5	CONCLUSÕES	210
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	216

1 INTRODUÇÃO

Grande parte das discussões constitucionais em voga no Brasil tratam de matéria criminal. A descriminalização da posse de droga para uso pessoal¹ e do aborto,² a criminalização da LGBTfobia,³ a possibilidade de utilizar a legítima defesa da honra como argumento defensivo⁴ e o cumprimento de pena após condenação em segunda instância⁵ são alguns exemplos de temas eminentemente penais e processuais penais que chamam a atenção no debate público e que foram objeto de judicialização. Até mesmo o protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) deve-se, em alguma medida, à competência penal da Corte, já que os julgamentos de ações penais originárias, em regra, envolvem autoridades políticas do alto escalão.⁶

Por diferentes vias, o STF é submetido a julgar questões penais – seja em razão da competência para ações penais originárias, *habeas corpus* e recursos em matéria penal, seja em razão do controle de constitucionalidade das normas penais. Ao menos em parte, isso se deve à Constituição Federal de 1988, que inaugura um momento ímpar na história constitucional brasileira em relação às normas penais constitucionais.⁷ Apenas no rol de seu art. 5º há mais de 30 incisos, entre os 78, relacionados a garantias penais e processuais.⁸ Além dos princípios penais e processuais penais explícitos – como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, a retroatividade da lei mais benéfica, a individualização da pena, dentre outros –

¹ STF, Recurso Extraordinário (RE) nº 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes. Tema 506 de repercussão geral – tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

² STF, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, Rel. Min. Rosa Weber.

³ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, j. 13.6.2019.

⁴ STF, Ref-MC ADPF nº 779, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. em 15.3.2021.

⁵ STF, Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 7.11.2019.

⁶ A competência penal originária do STF, que intensificou a cobertura midiática dos julgamentos, é comumente associada ao aumento da visibilidade do Tribunal na esfera pública. Cf. BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, mai./ago. 2018; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008; RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁷ O panorama histórico do tratamento penal nas constituições brasileiras é analisado por Márcia Carvalho. Cf. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 17-32. Sobre a proeminência de normas penais na Constituição Federal de 1888, cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 153 e seguintes; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 58.

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 247.

, o texto constitucional inovou e passou a contar com mandados explícitos e implícitos de criminalização.⁹

Uma explicação possível para a proeminência de valores jurídico-criminais na Constituição Federal de 1988 aponta para a superação do entulho autoritário. Raquel Scalcon sugere que a Assembleia Constituinte teria celebrado, ali mesmo, compromissos futuros que vinculassem o projeto democrático.¹⁰ O movimento democrático seguido às décadas de ditadura militar internalizou uma “quase neurótica preocupação de *não repetição*”, arremata a autora.¹¹ A se confirmar essa hipótese, não seria fenômeno particular à experiência brasileira. Espanha, Alemanha e Itália são exemplos de países que, após seus respectivos regimes de exceção, adotaram mandados constitucionais de criminalização voltados à punição de crimes e terrorismo e outros arbítrios estatais.¹²

No Brasil, a ampliação dos princípios constitucionais penais e processuais penais não foi acompanhada por uma ampla reforma legislativa. Os diplomas básicos – Código Penal (CP), Código de Processo Penal (CPP) e a Lei de Execuções Penais (LEP) – são todos anteriores à Constituição Federal de 1988. Após a promulgação do atual ordenamento constitucional, houve amplas alterações legislativas, como a aprovação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), a reforma processual penal de 2008 (Lei nº 11.719/2008) e, mais recentemente, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Ainda assim, é de se questionar como a alteração por que passou o sistema constitucional se reflete na aplicação das normas penais e processuais penais.

Afinal, o Poder Judiciário mantém uma posição ativa na concretização das garantias individuais e sociais por meio da criação de direito nos casos concretos.¹³ Em outras esferas, os magistrados destacam-se pela atuação no campo reservado, inicialmente, aos administradores

⁹ Sobre a problemática dos mandados implícitos de criminalização, criticamente, cf. SCALCON, Raquel Lima. Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização: podemos manter o legislador ordinário penal na prisão?. *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, julho, 2009, p. 167-184. Em sentido oposto, cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80 e seguintes.

¹⁰ SCALCON, Raquel Lima. *Controle de constitucionalidade de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 76.

¹¹ *Idem*.

¹² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso de diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 53 e seguintes; SANTOS, Cleopas Isaías. Alguns apontamentos sobre as vinculações filosóficas e constitucionais do conceito material de crime. *Revista Liberdades*, n. 7, maio-agosto, 2011, p. 94.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 217 e seguintes.

e legisladores. A intensa judicialização da saúde, por exemplo, rende debates a respeito da legitimidade judicial para decidir sobre a alocação de recursos públicos na gestão da saúde da coletividade.¹⁴ A intervenção judicial em matéria penal, entretanto, enfrenta questões ainda mais delicadas, relacionadas à reserva absoluta de lei e à separação de poderes.¹⁵

Cesare Beccaria publicou “Dos Delitos e Das Penas” em 1764, com a pretensão de delinear novas definições a que se vincularia a punição, após a ascensão do Iluminismo.¹⁶ Opondo-se à falta de racionalidade do direito de punir, estabeleceu, dentre outros, o princípio da legalidade. As punições poderiam ser aplicadas, desde que fossem previstas em leis gerais estabelecidas pelo legislador.¹⁷ Para o autor, uma consequência da legalidade seria a seguinte: “os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores”.¹⁸

Não há dúvida de que o atual contexto histórico, social e político se afasta da realidade em que viveu Beccaria. A capacidade criativa dos juízes e a ascensão das Cortes Constitucionais é resultado da proliferação de textos constitucionais criados em oposição a regimes ditatoriais que viriam a acontecer mais de uma década após a primeira tiragem de “Dos Delitos e Das Penas”. Em países como a Itália, por exemplo, as decisões interpretativas ganham espaço como forma de superar a legislação autoritária, sem a necessidade de reforma legislativa.¹⁹

Diante do cenário brasileiro, em que se multiplicaram os princípios penais e processuais penais com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o objetivo deste trabalho é analisar a capacidade criativa do judiciário brasileiro em matéria penal. Especificamente, qual o uso dado à interpretação conforme a Constituição, pelo STF, quando aplicada às normas penais e processuais penais.

¹⁴ Sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Synthesis*, v. 5, n. 1, 23-32, 2012; VASCONCELOS, Natália Pires de. *Judiciário e orçamento público: considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

¹⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 432.

¹⁶ TORÍO LÓPEZ, Ángel. Beccaria y la Inquisición española. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 24, n. 2, p. 319-416, 1971; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 65-83. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 127-129.

¹⁷ BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000, p. 20.

¹⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 20.

No sistema brasileiro, o STF trata de matéria penal por meio de diversos instrumentos jurídicos – tanto nas ações de controle concentrado e nos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, quanto no julgamento das ações penais originárias e de *habeas corpus*. Para restringir o objeto de análise, o estudo propõe-se a examinar as decisões prolatadas pelo Plenário do STF que expressamente aplicaram a interpretação conforme a Constituição a normas penais e processuais penais.

Para tanto, a presente dissertação divide-se em três capítulos. O primeiro trata da interpretação conforme a Constituição como mecanismo próprio de interpretação constitucional. Inicialmente, examina os métodos tradicionais de interpretação jurídica – gramatical, sistemático, histórico e teleológico – para, em seguida, explorar suas limitações ante os métodos modernos de interpretação jurídico-constitucional. Adiante, apresenta a origem da interpretação conforme os contextos alemão e estadunidense, bem como desenvolve sua introdução e desenvolvimento no ordenamento brasileiro. Além disso, expõe as premissas metodológicas e doutrinárias da interpretação de acordo com a distinção entre texto e norma, a unidade da Constituição e a presunção de constitucionalidade. Por último, explora os limites doutrinários e jurisprudenciais do método interpretativo, com destaque para a literalidade do texto, a vontade subjetiva e objetiva da lei e o dogma do legislador negativo.

O segundo capítulo diz respeito à relação de proximidade entre os campos penal e constitucional. Em primeiro lugar, demonstra o movimento de constitucionalização do direito penal no Brasil e em países influentes na doutrina penal nacional, como Alemanha, Espanha, Portugal e Itália. Ainda, trata da teoria do bem jurídico-penal como elemento relevante para alterar a lógica da relação jurídica entre Direito Penal e Constituição. Retrata a evolução da teoria do bem jurídico-penal até o conceito político-criminal e constitucionalmente orientado. Em seguida, explora a legitimidade do controle constitucional de normas penais, com ênfase na possibilidade, na forma e na intensidade do controle judicial da atividade legislativa penal.

O terceiro e último capítulo analisa a interpretação conforme a Constituição de normas penais. Antes, traça o panorama do controle constitucional de leis penais na jurisprudência do STF, com ênfase na quantidade de declarações de inconstitucionalidade e nas análises já produzidas no direito brasileiro. Adiante, explora a interpretação conforme a Constituição de leis penais no direito alemão, a partir da sistematização de Lothar Kuhlen. Enfim, o último tópico examina a interpretação conforme de leis penais pelo STF, com base nas categorias observadas na jurisprudência alemã – (i) redução e ampliação conforme a Constituição dentro

da margem possibilitada pela literalidade da norma; (ii) redução conforme a Constituição desatrelada do enunciado normativo, em que se dividem as subcategorias (ii.1) método interpretativo usado para conformar a indeterminação legal e (ii.2) método interpretativo usado para criar elementos normativos benéficos ou prejudiciais ao réu; (iii) ampliação conforme a Constituição benéfica ao réu; e (iv) ampliação conforme a Constituição prejudicial ao réu.

Dentro da proposta, a finalidade por excelência desta dissertação é contribuir para os estudos interdisciplinares envolvendo os campos penal e constitucional. Ainda há pouco material a respeito da jurisdição constitucional penal brasileira, a despeito das múltiplas perguntas de pesquisa que dela decorrem.

2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO MÉTODO MODERNO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A evolução dos estudos sobre interpretação constitucional relaciona-se diretamente ao protagonismo que assumiu o Poder Judiciário a partir da segunda metade do século XX.²⁰ O constitucionalismo moderno não é marcado pela mera disseminação de constituições escritas no pós Revolução Francesa.²¹ A tradição revolucionária conferia ao povo e aos representantes eleitos a prerrogativa de definirem a lei e o seu sentido.²² Estava exclusivamente no campo político a legitimidade democrática, ainda sem a noção clara de controle judicial dos atos legislativos e administrativos.²³ As primeiras noções de separação dos poderes surgiram ainda com a forte desconfiança popular nos juízes, motivada pela postura conservadora durante o Antigo Regime.²⁴

²⁰ Cf. a ascensão do controle constitucional no direito comparado a partir do século XX em: CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 65 e seguintes; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editora Civitas, 1991, p. 24 e seguintes; TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

²¹ O conceito adotado é o de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem constitucionalismo moderno designa “o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Esse constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçados da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Esses princípios ter-se-iam sedimentado num *tempo longo* - desde os fins da Idade Média até ao século XVIII. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 52.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 40-42. Sobre o “constitucionalismo das revoluções”, a abordagem de Maurizio Fioravanti destaca a importância da igualdade e do poder do povo para fazer cumprir os comandos gerais da lei. Especificamente a respeito do constitucionalismo pós Revolução Francesa, o autor diz: “(...) es producto del entrelazamiento de estos dos constitucionalismos, pero con predominio del primero, con una tendencia más acentuada a atribuir la declaración y la garantía de los derechos a la fuerza de la ley, conforme al gran y potente mito de la ley general y abstracta, ya sea una ley querida por la asamblea de los representantes del pueblo o de la nación, ya sea la que el propio pueblo reclama para sí para ejercer directa y permanentemente una soberanía propia e inalienable”. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Trad. Adela Mora Canada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 39.

²³ O surgimento das constituições modernas ao longo do século XX coexistiu com a mentalidade positivista. Considerava-se que faltava força normativa às constituições, a despeito de sua posição superior no ordenamento jurídico. Por isso, a efetividade dependeria da promulgação de leis regulamentadoras, que conferissem os meios para execução dos mandamentos constitucionais. Nessa linha, Maurizio Fioravanti afirma: “En esta situación, la ley se ponía solo en apariencia al servicio de la Constitución para ejecutarla, pero en realidad la Constitución mostraba implícitamente su impotencia para ser norma jurídica sin el trámite de la ley”. FIORAVANTI, Maurizio. *Ibidem*, p. 99.

²⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, p. 56-58; HESPANHA, António Manuel. *Poder e instituições na europa do antigo regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 140 e seguintes.

Mesmo assim, a transição para o Estado social ensejou o acúmulo de competência dos Poderes Legislativo e Executivo – o que, por sua vez, demandou a atuação de juízes e Tribunais para conter seus excessos.²⁵ Cappelletti observa o movimento imposto ao Judiciário para “elevantar-se ao nível dos outros poderes, convertendo-se num ‘terceiro gigante’ para controlar o legislador mastodonte e o administrador leviatã”.²⁶

Aliado ao crescimento do Judiciário, o constitucionalismo moderno desenvolveu-se em reação a experiências tirânicas. Após a II Guerra Mundial, países como Alemanha, Espanha, Itália e Portugal adotaram constituições com amplo rol de direitos fundamentais, bem como atribuíram a proteção do sistema democrático e das garantias constitucionais ao Poder Judiciário.²⁷

A reação às ditaduras latino-americanas seguiu o mesmo caminho. A partir da década de 1980, as reformas constitucionais proliferaram-se e, em grande medida, inspiraram-se nas constituições europeias.²⁸ Brasil (1988), Colômbia (1991), Argentina (1994), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) são exemplos de países que utilizaram a reforma constitucional para consolidar o processo de redemocratização após regimes ditatoriais.²⁹ De certa forma, nem mesmo o exemplo chileno foge à regra: apesar de ainda vigente a Constituição de 1980, promulgada durante a ditadura de Augusto Pinochet, o país segue discutindo a necessidade de um novo texto constitucional.

A consolidação do constitucionalismo moderno é o que dá as bases para o surgimento da constituição moderna, caracterizada por ser um documento escrito que delinea a forma do Estado e de seus Poderes, estabelece direitos individuais e garantias fundamentais e limita o

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis (org). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios onstitucionales, 1984, p. 608; CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 40-42.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. *Ibidem*.

²⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editora Civitas, 1991, *passim*.

²⁸ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008. p. 80 e seguintes; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 44.

²⁹ O exame do constitucionalismo latino-americano, de seus avanços e retrocessos, em perspectiva crítica, cf. GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014; GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. *Desarrollo Económico*, v. 36, n. 144, p. 971-990, jan./ mar. 1997.

poder político.³⁰ A partir da década de 1950, as Cortes Constitucionais destacaram-se como guardiãs dos direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade. O julgamento de *Marbury v. Madison*, em 1803, ao qual se atribui a criação do controle constitucional da lei (*judicial review*), não desencadeou imediatamente a mudança de postura do Poder Judiciário. Na verdade, a Suprema Corte dos EUA notabilizou-se a partir de decisões relacionadas à proteção de direitos fundamentais durante o período de presidência do *Justice Warren*.³¹ Mesmo países que resistiram aos mecanismos da jurisdição constitucional – como Inglaterra e França, por exemplo – confiaram ao Poder Judiciário a guarda de direitos fundamentais.³²

Na prática, a expansão da jurisdição constitucional impulsionou a participação ativa do Poder Judiciário no processo de aplicação e interpretação da lei. A textura aberta e a indeterminação das normas constitucionais contribuíram para abalar a cultura jurídica legalista. A alta carga valorativa das regras e dos princípios constitucionais conferiu maior espaço decisório aos juízes. Além disso, os juízes constitucionais desprenderam-se da lógica mecânica formalista, já que não mais analisavam situações concretas, mas vinculavam-se ao exame da conformidade entre a lei e a Constituição.³³

Por outro lado, o modelo jurisdicional formalista, calcado na aplicação lógica e mecânica e restrita à subsunção da lei aos fatos, já não atendia aos anseios sociais por decisões fundamentadas.³⁴ Para Luís Rodolfo Vigo, a justificação das decisões é resultado de uma sociedade cada vez mais democrática e plural, que entende a fundamentação dos atos públicos como instrumento a permitir a crítica pelos cidadãos.³⁵

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almeida, 1989, p. 52-55. Para o autor, a constituição moderna apresenta duas premissas fundamentais: ordena e limita os poderes estatais, segundo o princípio de separação de poderes (*checks and balances*), e determina direitos e liberdades fundamentais, bem como os meios de garanti-los.

³¹ Os dois casos representativos daquele momento constitucional são *Brown v. Board of Education*, de 1954, que pôs fim à política segregacionista (*separate, but equal*), e *Roe v. Wade*, de 1973, que proibiu a criminalização do aborto até 12 semanas de gestação. TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 510 e seguintes. A despeito de reconhecer o avanço da proteção de direitos de minorias sociais, a doutrina constitucional norte-americana é crítica em relação à natureza contramajoritária da Corte Warren. Cf., por todos, BALKIN, Jack. M. What *Brown* teaches us about constitutional theory. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 6, 2004. Entre nós, em perspectiva menos crítica, cf. KOERNER, Andrei. A corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos. In: KOERNER, Andrei (org.). *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 142-175.

³² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 57 e seguintes, 94 e seguintes.

³³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editora Civitas, 1991, p. 131-133.

³⁴ VIGO, Luís Rodolfo. Razonamiento judicial justificatório. *Doxa*, n. 21, 1998, p. 482-483.

³⁵ *Idem*.

A nova realidade constitucional permitiu o desenvolvimento de uma atividade judicial reconhecidamente criativa. O direito passa a ser visto como construção coletiva, isto é, iniciado pelo constituinte, sucedido pelo legislador e, enfim, concretizado pelo juiz.³⁶ Assim, interpretação construtiva das normas constitucionais, como assinala Hesse, é o que consolida e preserva a sua força normativa.³⁷ Além de que a atividade interpretativa permite, sem alteração textual, a atualização conceitual dos parâmetros constitucionais.³⁸ Nesse contexto, a criatividade judicial se intensificou após a incorporação de métodos modernos de interpretação constitucional, que aumentaram o leque de decisões possíveis a ser tomada pelas Cortes Constitucionais.

Os problemas sobre interpretação constitucional tangenciam, mas não esgotam, o tema proposto para o presente trabalho. Por si só, a interpretação constitucional é matéria abrangente e tem sido amplamente estudada nas últimas décadas. Por isso, na medida necessária, este capítulo buscará responder às seguintes questões: Quais os métodos tradicionais de interpretação jurídica e quais suas limitações? O que qualifica a interpretação conforme a Constituição como método interpretativo moderno? Quais suas premissas e limitações?

2.1 Os métodos interpretativos tradicionais: gramatical, sistemático, histórico e teleológico

As formas modernas de interpretação constitucional – dentre as quais se destaca o objeto de estudo, a interpretação conforme a Constituição – distinguem-se, na fórmula e no resultado, dos métodos tradicionais de interpretação jurídica sistematizados por Savigny.³⁹ Exponente da Escola Histórica de Direito, Savigny publicou em 1840 o livro “*Das System des heutigen*

³⁶ *Ibidem*, p. 484-485.

³⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 468-469.

³⁹ Essa é a posição majoritária da doutrina constitucional internacional e nacional. Por todos, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 447-537; VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 40 e seguintes; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 166-167. Vale mencionar, no entanto a posição de Virgílio Afonso da Silva, para quem os princípios da interpretação constitucional não se diferenciam dos métodos tradicionais da interpretação jurídica em geral. Ainda que aposte em um “sincretismo metodológico”, o autor reconhece a particularidade da interpretação constitucional, com a ressalva de que, em sua maioria, os cânones da interpretação constitucional se aplicam às demais normas jurídicas, e vice-versa. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

Römischen Rechts” (*Sistema del diritto romano attuale*, na versão italiana utilizada para consulta). Nele, o autor idealiza os métodos gramatical, sistemático e histórico – aos quais acrescenta, posteriormente, a interpretação teleológica.⁴⁰

De origem formalista e civilista, o método hermenêutico clássico orienta a interpretação jurídica em geral, e não apenas a interpretação constitucional, e aplica-se de forma conjunta – ou una, como prefere Pablo Verdú.⁴¹ Os diferentes métodos, a serem delineados a seguir, complementam-se, combinam-se um ao outro, a fim de que o resultado do processo interpretativo considere o texto da norma (interpretação gramatical), a completude do ordenamento jurídico (interpretação sistemática), o contexto de criação da lei (interpretação histórica) e a sua finalidade (interpretação teleológica).⁴² Assim, cumpre delimitar a função de cada um deles.

A interpretação gramatical parte do texto da norma e considera o sentido literal de cada palavra do enunciado normativo.⁴³ Também conhecida por interpretação literal ou léxica, busca o significado etimológico das palavras utilizadas na lei, considerando o momento histórico para a definição.⁴⁴ Para Savigny, analisar o elemento gramatical aproxima o aplicador do direito e o legislador, porque a palavra “constitui o meio para que o pensamento do legislador se comunique conosco”.⁴⁵ Por isso, o recurso à sintaxe e à semântica posiciona ao julgador o mesmo conteúdo linguístico do legislador, além de evitar distorções interpretativas da intenção da norma.⁴⁶

⁴⁰ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 127 e seguintes; HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*., p. 38.

⁴¹ VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1989, p. 577 e seguintes. Com concepção semelhante, cf. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 138.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128 e seguintes; LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Político*, v. 92, Belo Horizonte, p. 65-97, 2005, p. 93-94; VERDÚ, Pablo Lucas. *Ibidem*.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 149.

⁴⁴ Ao questionar-se se a averiguação do sentido literal da lei deve considerar o significado etimológico dominante das palavras ao tempo da promulgação da norma, Larenz afirma que os diversos sentidos gramaticais atribuídos posteriormente, se utilizados para a interpretação, poderiam deturpar a intenção do legislador e, conseqüentemente, o entendimento da norma. Diz o autor: “O legislador parte do uso linguístico do seu tempo. Se se trata de um termo da linguagem técnico-jurídica, que o legislador usou no sentido em que era entendido no seu tempo, há que partir do significado atual, haveria provavelmente de se falsear a intenção do legislador.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 455.

⁴⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 83, tradução nossa.

⁴⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 10 e seguintes.

Atualmente, a interpretação gramatical segue útil, seja porque o texto da lei é reconhecido como o ponto de partida e o limite do processo interpretativo, seja porque a literalidade da norma ganha importância a depender da disposição normativa ou do campo jurídico.⁴⁷ É o caso, por exemplo, das leis processuais que fixam prazos próprios ou das normas penais que estabelecem determinadas idades como critério para a sua incidência – elementos intransponíveis.⁴⁸

No caso da interpretação gramatical aplicada às normas constitucionais, considera-se preferencialmente o uso corriqueiro das palavras, tendo em vista o processo constituinte, democrático e dialético.⁴⁹ A concretização de expressões vagas e abstratas, características do texto constitucional, não se resolve meramente com a interpretação literal, que, não raro, apresenta respostas incertas.⁵⁰ Por exemplo, a menção à “razoável duração do processo”, do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não indica de maneira quantitativa qual duração é ou não razoável, nem o faz a remissão à literalidade do que significa a palavra “razoável”. Sendo assim, o processo interpretativo deve ser complementado a partir das outras formas – histórica, sistemática, teleológica – para materializar o mandamento constitucional.⁵¹

Por sua vez, a interpretação histórica consiste no método pelo qual o aplicador da lei averigua as condições ao tempo de elaboração da lei.⁵² O problema a que o legislador procurou solucionar, bem como as suas regulações pretéritas, são objeto da análise histórica, cujo objetivo precípuo é reconstituir a *occasio legis*.⁵³ Afinal, “uma norma de direito não brota dum

⁴⁷ Francesco Ferrara exemplifica a importância da interpretação gramatical para as normas que apresentem conceitos específicos, como o direito marítimo, contratos de bolsa, regime das águas e contratos. Há também o caso de conceitos jurídicos que utilizam expressões corriqueiras, como boa-fé ou a definição de negligência para os atos ilícitos culposos, em que a interpretação gramatical cumpre a função de evidenciar o caráter técnico das palavras. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 139.

⁴⁸ A título exemplificativo, a jurisprudência dominante do STF a respeito do art. 115 do Código Penal, que trata da redução pena metade dos prazos de prescrição quanto o agente, ao tempo do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos ou, na data da sentença condenatória, maior de 70 (setenta) anos. Cf. “Agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Prescrição. Incidência do art. 115 do Código Penal. Impossibilidade. Agravante com idade inferior a 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória. Precedentes. Regimental não provido. 1. Segundo a jurisprudência majoritária da Corte, a regra do art. 115 do Código Penal somente é aplicada ao agente com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória. 2. O entendimento jurisprudencial provém da interpretação literal do art. 115 do Código Penal. (...)” STF, Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1033206, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 16.9.2020.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

⁵⁰ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 140.

⁵¹ *Idem*.

⁵² SAVIGNY, Federico Carlo Di. *Sistema del Diritto romano attuale*. Trad. de Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico - Editrice, 1888, p. 30; FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 143-144.

⁵³ QUEIROGA, Antônio Elias de. Interpretação e aplicação do direito. *Revista dos Tribunais*, vol. 740, jun., 1997, *online*.

jacto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter legislador”, como afirma Ferrara.⁵⁴ Pelo contrário, é comum que as leis se inspirem em regulações anteriores, que por sua vez também se inspiraram em normas pretéritas, numa lenta evolução. Daí dizer que a procura pela origem da lei possa receber o nome de interpretação genética.⁵⁵

Para referir-se à interpretação histórica, Larenz fala da “intenção reguladora”, isto é, dos motivos e dos fins da lei.⁵⁶ No STF, o método é utilizado largamente, com apoio nas disposições de motivos e outras manifestações próprias do processo legislativo. Ao julgar o RHC nº 163.334/SC, que tratava da tipicidade do não recolhimento do ICMS próprio e declarado, um dos argumentos utilizados consistiu na análise dos trabalhos legislativos que, por sua vez, conduziram à conclusão de que a *mens legis* apontava para a criminalização da conduta.⁵⁷

Ademais, a interpretação histórica é utilizada, com mais intensidade, nos primeiros anos e décadas de uma Constituição.⁵⁸ Pela proximidade com que se deram os debates políticos, é comum que a interpretação gire em torno de questões sobre a intenção e pretensões do legislador constituinte.⁵⁹

Apesar de ser comum no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, a interpretação histórica ganha destaque nos países de tradição no *common law*. As correntes textualistas e originalistas, além de estarem alinhadas a uma postura judicial contida, buscam reconstruir a intenção original dos constituintes.⁶⁰ Embora tenham se desenvolvido para além da doutrina de

⁵⁴ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 143.

⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 22.

⁵⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 462 e seguintes; 486.

⁵⁷ O seguinte trecho da ementa é elucidativo: “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.”. STF, Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 163334, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 18.12.2019.

⁵⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 41-43.

⁵⁹ *Idem*. Na experiência brasileira, vale mencionar a resistência do STF nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição Federal de 1988. A abertura ao controle de constitucionalidade e a inovação de instrumentos como o mandado de injunção confrontaram-se com a jurisprudência formalista do Tribunal, e apenas décadas depois se concretizaram como mecanismos eficazes. É o que conclui José Cerqueira Nunes, no trabalho de fôlego fruto de sua tese de doutorado: “As primeiras composições do Supremo promoveram interpretações retrospectivas da constituição para bloquear a superação do passado e interpretações formalistas para limitar o alcance da nova ordem constitucional. Assim, a efetividade da nova constituição foi limitada pelas forças conservadoras que apostaram na atualização do passado autoritário e no gradualismo da transição democrática.” CERQUEIRA NETO, José Nunes de. *A inércia da tradição*. Brasília: Colenda, 2022, p. 184.

⁶⁰ Por todos os textos, cf. BORK, Robert H. The Constitution, Original Intent, and Economic Rights, *San Diego Law Review*, v. 23, n. 823, 1986; BORK, Robert H. Original Intent: The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making, 26 *JUDGES J.* v. 13, 1987.

Robert Bork,⁶¹ as críticas vão desde a possibilidade de mutação de conceitos de acordo com as mudanças sociais, econômicas e políticas, até o apontamento de que o originalismo permite dar soluções a questões impopulares que juízes se recusariam caso tivessem que fazê-lo de outro modo.⁶²

A interpretação sistemática, por seu turno, considera as normas como partes de um ordenamento coeso. Para Savigny, o elemento sistemático, aliado ao histórico, permite conhecer de forma mais aprofundada a intenção legislativa.⁶³ Com efeito, a harmonia interna impõe a comparação e a compatibilização da interpretação da norma com as demais disposições, incluindo as de mesmo nível e aquelas hierarquicamente superiores. A compreensão sistêmica é, acima de tudo, instrumento preventivo das antinomias jurídicas.⁶⁴

Ou seja, a reconstrução do espírito da lei pode realizar-se, segundo Limongi França, “em relação às demais normas próprias do ordenamento”.⁶⁵ A interpretação sistemática chama atenção para o ordenamento jurídico como um conjunto de normas coerentes entre si. “Não se interpreta o direito em tiras, em pedaços”, como diz Eros Grau.⁶⁶ O sistema jurídico pressupõe um conjunto ordenado de disposições que se complementam mutuamente.⁶⁷

Um caso de aplicação da interpretação sistemática foi o RC 1.472/MG, relativo à necessidade ou não de dolo específico (motivação política) para os crimes contra a segurança nacional (à época, discutia-se a tipificação à luz da Lei nº 7.170/1983).⁶⁸ Estava em questão o tipo penal de guarda e transporte de material militar (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 7.170/1983). No caso concreto, o paciente foi flagrado na posse de diversas armas e munições,

⁶¹ Cf. RAKOVE, Jack N. *The Original Intention of Original Understanding*. *Const. Comment.*, v. 13, n 159, 1996; SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997; BRISBIN JR, Richard A. *Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival*. The Johns Hopkins University Press: Baltimore and London, 1998.

⁶² ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 65 e seguintes; SHAPIRO, David L. The role of precedent in constitutional adjudication: an introspection. *Texas Law Review*, v. 86, n. 5, April, 2008, p. 934 e seguintes; MEYLER, Bernadette A. *Towards a Common Law Originalism*. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 49, 2006.

⁶³ SAVIGNY, Friedrich Karl von et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 84.

⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milano: A. Giuffrè, 1998, p. 221-222.

⁶⁵ FRANÇA, Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16.

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

⁶⁷ “O sentido duma disposição ressalta nítido e preciso, quando é confrontada com outras normas gerais ou supraordenadas, de que constitui uma derivação ou aplicação ou uma exceção, quando dos preceitos singulares se remonta ao ordenamento jurídico no seu todo. O preceito singular não só adquire individualidade mais nítida, como pode assumir um valor e uma importância inesperada caso fosse considerado separadamente, ao passo que em correlação e em função de outras normas pode encontrar-se restringido, ampliado e desenvolvido”. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 143.

⁶⁸ STF, Recurso Crime (RC) nº 1472, Rel. Min. Dias Toffoli, 25.5.2016.

mas confessou o seu objetivo: assaltar uma agência bancária. Numa interpretação sistemática, o STF considerou que a tipificação dos crimes contra a segurança nacional depende de motivação política e de lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação, ao Estado de Direito ou à pessoa dos chefes dos Poderes da União, como se extrai dos arts. 1º e 2º daquela norma.

Por último, o método teleológico busca maximizar a finalidade social da norma a partir de critérios valorativos. Desses, é o único que aparece expressamente no ordenamento brasileiro, como mandamento para aplicação da lei no art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) – “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”. A interpretação teleológica introduz ao processo de aplicação da lei “as estruturas materiais previamente dadas no ‘domínio da norma’”.⁶⁹ Isso significa que toda disposição normativa carrega consigo um objetivo, uma finalidade a ela subjacente, não necessariamente revelada pelo método histórico (*occasio legis*), mas deduzível a partir do prognóstico objetivo do programa da norma (*ratio legis*).⁷⁰

O método é utilizado largamente pelo STF e, aliás, recebe críticas por abrir margem para arbitrariedades na eleição de quais seriam as finalidades da lei submetida ao crivo judicial.⁷¹ No HC nº 109.538/MS, formou-se maioria, acompanhando a divergência aberta pela ministra Rosa Weber, para interpretar teleologicamente a majorante do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, na parte em que se refere a “transporte público”.⁷² A leitura teleológica encabeçada pela ministra Rosa Weber considerou que a menção a transportes públicos tinha por objetivo apenar, com mais rigor, a venda de drogas em ambientes com alta circulação de

⁶⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 470-471.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 486-478. Segundo o autor: “(...) há de o intérprete remontar aos critérios teleológico-objetivos, mesmo quando o próprio legislador não tenha tido porventura plena consciência deles. Tais critérios teleológico-objetivos são, por seu lado, as estruturas materiais do âmbito da norma e, por outro lado, os princípios jurídicos imanentes ao ordenamento jurídico.”

⁷¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 43. De maneira específica, cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 115 e seguintes; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51-57.

⁷² STF, HC nº 109538, Rel. Min. Luiz Fux, Redatora p/ acórdão Min. Rosa Weber, j. em 15.5.2012.

pessoas. Significa dizer que a mera utilização do transporte público não caracteriza, por si só, o suporte fático a autorizar a incidência da majorante.⁷³

Em geral, considera-se a interpretação teleológica a mais importante dentre os métodos clássicos, porque a persecução de fins é uma das características do Direito.⁷⁴ Sob essa perspectiva, as normas são instrumentos orientados a fins específicos. No ordenamento brasileiro, os fins gerais de toda lei estão listados no art. 3º da Constituição Federal de 1988 – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução de desigualdades, e a promoção do bem de todos.⁷⁵

A pluralidade dos métodos tradicionais segue sendo utilizada pelo STF e, com frequência, são empregados conjuntamente.⁷⁶ Superada a perspectiva de Forsthoff, para quem os métodos tradicionais bastariam para interpretar as normas constitucionais,⁷⁷ é amplamente aceita a aplicação desses cânones de interpretação ao Direito Constitucional, desde que acompanhados de técnicas modernas que atendam às particularidades da lei constitucional e confirmem maior flexibilidade ao intérprete.⁷⁸ As suas limitações são objeto do tópico seguinte.

⁷³ *Idem*. Em um trecho, a ministra Rosa Weber sintetiza a interpretação teleológica a que conferiu o dispositivo: “Na minha leitura, contudo, o objetivo do legislador foi o de punir com mais rigor a comercialização de drogas em determinados locais, escolas, hospitais, teatros e unidades de tratamento de dependentes, entre outros. Pela inserção da expressão “transporte público” nesse mesmo dispositivo, entendo que a referência há de ser interpretada na mesma perspectiva, vale dizer, no sentido de que a “venda” da droga nas dependências do transporte público deve ser apenada com mais rigor.”

⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 95 e seguintes.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145-146.

⁷⁶ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6303, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 14.3.2022; STF, MC-ADI nº 5823, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 8.5.2019; STF, RE, nº 651703 (repercussão geral, Tema 581), Rel. Min. Luiz Fux, j. em 29.9.2016.

⁷⁷ Sobre o tema, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 510-511; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 150.

⁷⁸ Os métodos tradicionais de interpretação influenciaram particularmente o Direito Constitucional, mas não sem dificuldade de se adequarem à abertura e à natureza política das normas constitucionais, como afirma Paulo Bonavides. O autor destaca que a tópica, sistematizada por Theodor Viehweg, conquistou o espaço jamais ocupado pela hermenêutica clássica e, rapidamente, ganhou adesão, na Alemanha, de professores de Direito Público como Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse. Diz Bonavides: “A insuficiência do positivismo explica o advento da tópica, na medida em que lhe foi impossível abranger toda a realidade do Direito, valendo-se, conforme ressaltou Kriele, de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis.”. Ainda assim, os elementos clássicos de Savigny não são abandonados; pelo contrário, introduzem-se como elementos auxiliares de interpretação. Afinal, como bem aponta Bonavides, “Sendo a Constituição aberta, a interpretação também o é. Valem para tanto todas as considerações e pontos de vista que concorram ao esclarecimento do caso concreto”. BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 1, maio, 2011, *online*. LARENZ, Karl. *Ibidem*, p. 513-514.

2.2 As limitações: particularidades da interpretação constitucional e o dogma da nulidade absoluta

A interpretação constitucional distingue-se da interpretação jurídica em geral por dois motivos principais: a peculiaridade das normas constitucionais frente às demais normas jurídicas e o leque de soluções para além da simples declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Para entender a origem de novos mecanismos interpretativos, em especial da interpretação conforme a Constituição, é preciso esclarecer quais as razões para uma específica interpretação constitucional.

A primeira diferença está na supremacia hierárquica da Constituição. A superioridade jurídica converte as normas constitucionais em parâmetro de validade para as demais normas e atos jurídicos do ordenamento.⁷⁹ Em sentido formal, a Constituição assume posição hierarquicamente superior por estabelecer procedimento diferenciado e mais exigente para a modificação do seu próprio texto e, assim, traduz-se em uma constituição rígida.⁸⁰

O aspecto material da supremacia relaciona-se ao conteúdo disciplinado pelas normas constitucionais, responsáveis por determinar os valores fundamentais de uma sociedade. Além de suas consequências para a ordem jurídica e para a vida estatal, a Constituição ainda estabelece, como aponta Konrad Hesse, “as bases da ordenação da vida não estatal”, com normas direcionadas a princípios norteadores também das relações privadas.⁸¹ Um exemplo notório no ordenamento brasileiro está no art. 227 da Constituição Federal, que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade” os direitos constitucionais básicos, na esferas individual e social.

A segunda diferença está no grau de abstração das disposições constitucionais. Canotilho identifica dois tipos de normas constitucionais: organizatórias e materiais.⁸² De um lado, as normas jurídico-organizatórias dividem-se entre normas de competência, de criação de órgãos e de processo.⁸³ Essas costumam veicular enunciados objetivos, embora a abrangência

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 17-18.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 83. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 42. SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 47.

⁸¹ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 16.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 123-124.

⁸³ *Ibidem*, p. 124-125.

de sua aplicação possa ser objeto de controvérsia. É o caso, por exemplo, das regras relacionadas à divisão de competências administrativas e legislativas.⁸⁴ As normas jurídico-materiais, por sua vez, referem-se às disposições sobre direitos fundamentais, garantias constitucionais, fins e tarefas do Estado e imposições constitucionais.⁸⁵ Em geral, são disposições com linguagem abstrata e de baixa densidade normativa, com menção recorrente a conceitos jurídicos indeterminados.

Evidentemente, essas características não são exclusivas da lei constitucional e podem ser encontradas em normas infraconstitucionais. É o caso, por exemplo, dos conceitos de “boa-fé” do Direito Civil e de “justa causa” do Direito Processual Penal. Contudo, como assinala Jane Pereira, a lei infraconstitucional indeterminada ainda pode recorrer, para ganhar concretude, aos postulados constitucionais.⁸⁶ Em se tratando de abstração da própria norma constitucional, no entanto, não há outro parâmetro que lhe seja superior.

Sob outra perspectiva, Raúl Usera destaca que o caráter genérico das normas constitucionais não só é proposital como constitui o motor por excelência da interpretação.⁸⁷ Para o autor, o constituinte necessariamente aprovou um texto incompleto com o objetivo de que a tarefa de concretizar as disposições constitucionais contribua para a criação de consensos políticos.⁸⁸ Daí a afirmação de Loewenstein, para quem “toda Constituição é, em si, uma obra

⁸⁴ Há diversos casos no STF que discutem definições limítrofes das normas constitucionais de competência. Em decisão recente, a Corte fixou a seguinte tese sob a sistemática da repercussão geral (Tema 1246): “O art. 268 do Código Penal veicula norma penal em branco que pode ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação, sem que isso implique ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).”. O caso discutia a constitucionalidade de norma estadual em razão de o art. 22, I, da Constituição Federal atribuir privativamente à União a competência para legislar sobre direito penal. Então, a norma local que complementasse o tipo penal em branco do art. 268 do Código Penal (infração de medida sanitária preventiva) seria inconstitucional. O Tribunal entendeu que a competência comum dos entes federados para legislar sobre saúde permite aos Estados e aos Municípios editar regulamentos que subsidiem a aplicação da norma penal. “Vale destacar, nesse contexto, que a complementação de que necessita a norma penal em branco não se reveste, por só esse motivo, de natureza criminal, mas sim, via de regra, de caráter administrativo e técnico-científico, a justificar seja o ato normativo suplementador editado por este federado que possua competência administrativa para tanto”, afirmou a ministra Rosa Weber, relatora do caso. STF, ARE 1418846 (repercussão geral, Tema 1246), Rel. Min. Rosa Weber, j. em 25.3.2023.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 126-128.

⁸⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 74.

⁸⁷ USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 61.

⁸⁸ USERA, Raúl Canosa. *Ibidem*, p. 62. Em sentido semelhante: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 22.

humana incompleta”.⁸⁹ A imprecisão confere maleabilidade ao texto, a fim de que se adapte a diferentes realidades.⁹⁰ Dessa forma, a lei constitucional garante espaço para novas leituras decorrente de mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais por que passar a sociedade.⁹¹

Ademais, a estrutura normativa do texto constitucional conta com disposições que se diferenciam das regras jurídicas em geral, caracterizadas pelo arranjo entre o suporte fático hipotético e a sanção (“se A, deve ser B”).⁹² Parte significativa das normas constitucionais foge à regra geral e assume natureza programática.⁹³ As normas programáticas, alerta Canotilho, não são meras recomendações aos intérpretes, mas, pelo contrário, consistem em disposições vinculantes e permanentes, cuja normatividade independe de concretização legislativa posterior.⁹⁴

Por mais abstratas, todas as normas constitucionais produzem algum efeito.⁹⁵ O art. 196 da Constituição Federal é um nítido exemplo de norma programática, pois prevê a garantia universal do direito à saúde “mediante políticas sociais e econômicas” – quais? – “que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”.⁹⁶ A despeito da falta de detalhamento, o

⁸⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976 apud FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 22.

⁹⁰ USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 62.

⁹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 247.

⁹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 96 e seguintes.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 132 e seguintes; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 364 e seguintes; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editora Civitas, 1991. BASTOS, Celso. As normas programáticas na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 14, jan.-mar., 1996, n.p.

⁹⁴ Contrapondo-se à doutrina clássica, Canotilho destaca três aspectos fundamentais das normas programáticas, todos relacionados aos efeitos concretos delas decorrente, quais sejam: “(1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*). (2) Como *diretivas materiais permanentes*, elas vinculam *positivamente* todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução e jurisdição). (3) Como *limites negativos*, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, grifos no original. No mesmo sentido: MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 78, jan.-mar., 2012, n.p.

⁹⁵ BASTOS, Celso. As normas programáticas na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 14, jan.-mar., 1996, n.p. Por outra perspectiva, mas sobre o mesmo tema: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20 e seguintes.

⁹⁶ Com o que concorda Carlos Blanco de Moraes, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução

enunciado explicita a proteção à saúde como dever estatal, a ser cumprido por meio de atos comissivos.⁹⁷ O RE nº 271.286/RS, de relatoria do ministro Celso de Mello, foi julgado sob essa perspectiva.⁹⁸ O caso tratava do dever estatal de distribuir gratuitamente medicamentos destinados ao tratamento de AIDS/HIV e, mais especificamente, da existência de obrigação solidária entre os entes públicos. A Corte, à unanimidade, reconheceu que o art. 196 da Constituição impõe prestações positivas por parte do Estado, com objetivo de viabilizar a concretização do programa normativo constitucional.⁹⁹

O caráter programático evidencia a natureza política das normas constitucionais, outro elemento distintivo em relação às demais normas jurídicas. Significa dizer que as disposições constitucionais, em alguma medida, determinam a atividade legislativa, executiva e judicial, seja para impor medidas positivas, seja para limitar medidas que lhe contrariem.¹⁰⁰ A interpretação constitucional, dessa forma, leva em consideração a ideologia e os valores políticos embutidos pelo processo constituinte.¹⁰¹

Adotando as premissas da teoria sistêmica, os campos do direito e da política são interdependentes entre si ou, como diz Marcelo Neves, reciprocamente dependentes um do outro.¹⁰² Nessa perspectiva, as decisões tomadas pelo sistema político submetem-se a controle judicial e, por outro lado, o sistema jurídico depende das deliberações políticas para que as

para o paradigma neoconstitucionalista?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 78, jan.-mar., 2012, n.p.

⁹⁷ A esse respeito, o STF se manifestou no caso da vacinação compulsória durante a pandemia da COVID-19: “(...) dizer que a norma do art. 196, por se tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.”. Cf. STF, ADI nº 6586, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. em 17.12.2020.

⁹⁸ STF, RE 271286, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.9.2000.

⁹⁹ “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide sobre o Poder Público a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República”. *Idem*.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 251. Segundo o autor: “Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações”.

¹⁰¹ BULOS, Uadi Lamêgo. Teoria da interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 205, jul.-set., 1996, p. 26.

¹⁰² NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, número 206, abr.-jun., 2015, p. 117.

normas existam.¹⁰³ O ponto de convergência entre esses sistemas, no Estado Democrático de Direito, é a Constituição – definida por Luhmann como “acoplamento estrutural entre direito e política”.¹⁰⁴ Em síntese, a Constituição promove o intercâmbio permanente de elementos jurídicos e políticos, o que, em última análise, gera consequências políticas em todas as decisões tomadas pelo juiz constitucional, bem como dinamiza a interpretação constitucional.¹⁰⁵

Há, por fim, uma última particularidade da interpretação constitucional: o Poder Constituinte originário, cujas características – em especial, a natureza ilimitada e soberana – distinguem-se do poder legislativo constituído do qual provêm as normas infraconstitucionais.¹⁰⁶ Além de não ser submetido ao crivo judicial, como afirmou o STF no julgamento da ADI 815/DF, ao rejeitar a teoria das normas constitucionais inconstitucionais,¹⁰⁷ “o Poder Constituinte originário impõe uma interpretação mais ampla e liberal das normas constitucionais”.¹⁰⁸

Esses elementos revelam que as normas constitucionais e infraconstitucionais possuem propriedades não opostas, mas certamente distintas, que revelam, ao menos em alguma medida, a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação. A ambiguidade do texto, a amplitude interpretativa e a dimensão política demandaram, com o tempo, o incremento dos instrumentos de interpretação. Mas além das especificidades da norma constitucional, o

¹⁰³ *Idem*; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 68, 90 e seguintes, 107, 117-125; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*, v. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 44 e seguintes.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 76; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 28, grifo no original: “É importante lembrar, ademais, que o elemento político introduzido e cristalizado na norma constitucional não se estratifica, mas continua desenvolvendo-se e adaptando-se às novas exigências, às novas situações, pelo que é um elemento dinâmico cujo *sentido atual* será sempre perseguido pelo exegeta.”

¹⁰⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Ibidem*; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 97.

¹⁰⁷ No caso concreto, discutia-se a inconstitucionalidade do art. 45, §§1º e 2º, da Constituição Federal. O Governador do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou a ADI sob o fundamento de possibilidade da declaração de inconstitucionalidade das normas constitucionais, com esteio na teoria de Otto Bachof, uma vez que há hierarquia entre normas constitucionais originárias. A Advocacia-Geral da União (AGU) manifestou-se pela impossibilidade jurídica do pedido, assim como a Procuradoria-Geral da República (PGR). Por unanimidade, a Corte aderiu ao voto do relator, o ministro Moreira Alves, que tratou da ausência de jurisdição, do STF, para o controle do Poder Constituinte Originário: “Não podendo, pois, o Supremo Tribunal, em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, fiscalizar o Poder Constituinte originário, quer em face do direito suprapositivo não positivado na Constituição, quer diante do direito suprapositivo positivado na Carta Magna, quer com sabe em normas constitucionais que seriam de grau superior ao das demais (...).” STF, ADI nº 815, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 28.3.1996.

¹⁰⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 76.

surgimento dos modernos métodos interpretativos, com particular atenção à interpretação conforme a Constituição, deveu-se também à superação da tese da nulidade absoluta.¹⁰⁹

A nulidade absoluta dos atos inconstitucionais nasce com o próprio controle de constitucionalidade, na forma concebida por John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*. Ao declarar a inconstitucionalidade da Seção 13 do *Judiciary Act*, Marshall resumiu em uma frase o efeito das decisões da jurisdição constitucional: “um ato legislativo contrário à Constituição não é lei” (*a legislative act contrary to the Constitution is not law*).¹¹⁰ A partir daí, popularizou-se o modelo norte-americano de controle judicial, no qual as decisões detêm caráter meramente declaratório e eficácia *ex tunc*. Em outras palavras: a inconstitucionalidade da lei acompanha-a por toda sua vigência e o controle judicial de constitucionalidade apenas declara, e não constitui, a incompatibilidade com a Constituição e a consequente nulidade.

Apesar do dogma da nulidade absoluta atrelar-se ao sistema norte-americano, a sua aplicação não se dava de maneira rígida. Na verdade, a doutrina da nulidade absoluta (*void ab initio*) estabeleceu-se como uma das regras dentre as quais as Cortes norte-americanas utilizavam para atribuir efeitos à declaração de inconstitucionalidade. O conhecido levantamento jurisprudencial de Oliver Peter Field mostra que nem mesmo é possível falar em uma regra geral de nulidade absoluta.¹¹¹ Àquela altura, tanto as Cortes estaduais quanto a

¹⁰⁹ FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 19 e seguintes.

¹¹⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Canotilho explica as premissas circulares em que se funda a equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade de forma deveras elucidativa. O raciocínio é este: “(1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque é inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade.”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 729.

¹¹¹ “There are some situations where the courts are willing to follow the void *ab initio*, but they are not so very numerous. There are other situations in which the courts are in conflict whether the statute is to be treated as void from the beginning or not. Then there is another group of situations in which all courts refuse to adhere to the doctrine that the statute is void from the beginning. From this it can be seen that it is impossible to lay down as a general rule that an unconstitutional statute is void, or is to be treated as no law. As a matter of fact there are as many cases or more, and as many situations or more, where the courts hold the statute inoperative only from the date of the decision as there are hold it void from the beginning.” (Tradução nossa: “Há algumas situações que as cortes se dispõem a declarar a nulidade *ab initio*, mas não são tão numerosas. Há outras situações de conflito sobre se o marco a partir do qual se opera a nulidade. Há, ainda, outro grupo de situações em que todas as cortes se recusam a aderir ao dogma da nulidade absoluta. Percebe-se, a partir disso, que não se pode falar em uma regra geral a respeito da inconstitucionalidade estar vinculada à nulidade absoluta. Na verdade, há tantos casos ou mais em que os tribunais declaram a nulidade da lei apenas a partir da decisão, em vez de considerarem nula desde o início.”). FIELD, Oliver Peter. The effect of an unconstitutional statute. *Indiana Law Journal*, v. 1, 1926, p. 12-13.

Suprema Corte dos EUA procuravam meios para “salvar certos efeitos de fato que a inconstitucionalidade não pode cancelar”.¹¹²

Em 1965, o julgamento de *Linkletter v. Walker* marcou a flexibilização do dogma da nulidade absoluta.¹¹³ No caso, Victor Linkletter impetrou *habeas corpus* alegando a nulidade de provas que levaram à condenação por roubo. Como fundamento, referiu-se ao julgamento de *Mapp v. Ohio*, no qual a Suprema Corte decidiu sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas pelos Estados.¹¹⁴ Por isso, ainda que posterior, o novo entendimento seria aplicável ao caso de Linkletter, considerando os efeitos da decisão. Contudo, a Suprema Corte norte-americana manteve a condenação, sob o argumento de que a Constituição não determina a nulidade absoluta da declaração de inconstitucionalidade e que, portanto, os efeitos das decisões devem ser analisados diante do caso concreto.¹¹⁵

Por outro lado, o controle de constitucionalidade alemão já surgiu desvinculado da doutrina da nulidade absoluta. Desde o início, a Corte alemã dispunha de alternativas, como a decisão de apelo e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.¹¹⁶ São instrumentos com objetivo de evitar a criação de vácuos jurídicos e das chamadas situações ainda mais inconstitucionais. Recorrendo cada vez menos à nulidade, a Corte alemã lança mão desse efeito quando é possível restabelecer uma situação de conformidade com a Constituição.¹¹⁷

¹¹² BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 149.

¹¹³ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618.

¹¹⁴ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643.

¹¹⁵ “The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect, and in each case, the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate. This approach is particularly correct with reference to the unreasonable search and seizure prescription of the Fourth Amendment.”. (Tradução nossa: “A Constituição não proíbe nem exige o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade e, em cada caso, examina o que é mais apropriado – se a nulidade retroativa ou prospectiva. Essa abordagem é particularmente correta em relação às normas sobre busca e apreensão da Quarta Emenda.”). Cf. *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei, a interpretação conforme a constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 4, 7-30, 1993, p. 10 e seguintes; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 275 e seguintes; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47.

¹¹⁷ SCHNEIDER, Hans-Peter. Jurisdicción constitucional y separación de poderes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n. 5, mayo-agosto, 1982, p. 58 e seguintes.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional possui amplo poder de escolha sobre as consequências das decisões de inconstitucionalidade e decorre do texto constitucional.¹¹⁸ O artigo 282.1 estabelece, como regra geral, a nulidade absoluta dos preceitos declarados inconstitucionais. Mas há previsão, no artigo 282.4, de que o Tribunal limite os efeitos da decisão, de maneira fundamentada, levando em consideração “a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”. Para Jorge Miranda, a disposição confere flexibilidade para que o Tribunal não tenha de deixar de declarar a inconstitucionalidade de uma norma para contornar os efeitos da nulidade.¹¹⁹

Sem contar com previsão expressa em seu ordenamento, o Tribunal Constitucional espanhol desvinculou-se da nulidade absoluta como regra impositiva. Amparando-se no direito alemão, a Sentencia Constitucional 45/1989 conferiu efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade da lei fiscal (naquele caso, *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*).¹²⁰ García de Enterría aponta a decisão como um progresso, apesar das críticas à sua fundamentação. A partir daquela decisão, o Tribunal Constitucional espanhol equilibrou a efetividade das normas constitucionais e os impactos sociais de suas decisões.¹²¹

Em princípio, o sistema brasileiro absorveu a tradição norte-americana, muito em razão das influências de Rui Barbosa. Desde o início, em 1891, ainda exclusivamente difuso, reproduzia o dogma da nulidade absoluta, embora de forma implícita.¹²² Entretanto, a

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 708; CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, jan.-mar., 2006, n.p.; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 258 e seguintes.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 500 e seguintes.

¹²⁰ “Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.”. Cf. *SENTENCIA 45/1989*, de 20 de Febrero, BOE núm. 52, de 02 de marzo de 1989. Compôs o quórum de votação o magistrado Francisco Rubio Llorente, constitucionalista influente e professor em diversas universidades mundo afora, que um ano antes publicou o artigo “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, no qual trata da tendência de os Tribunais Constitucionais europeus flexibilizarem o dogma da nulidade absoluta. Cf. LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n. 22, enero-abril, 1988, p. 36.

¹²¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de derecho público*, n. 92, año 22, out.-dez., 1989, p. 12-15; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1988, p. 188 e seguintes.

¹²² Reproduzindo as premissas do *judicial review* norte-americano, Rui Barbosa anunciou os três elementos fundamentais do sistema de controle de constitucionalidade: “o de que os atos inconstitucionais do Congresso, ou do poder executivo, são nulos; o de que sua nulidade se autentica pelos tribunais; ou de que, pronunciada pelos tribunais, a nulidade abrange toda a existência do ato, retroagindo até a sua decretação, e obliterando-lhe todos os efeitos.”. BARBOSA, Rui, *A constituição e os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça*

equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade, com efeito *ex tunc*, conviveu com exceções durante toda a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro. Acompanhando a tradição do direito comparado, o STF mantinha a nulidade absoluta como regra geral, mas admitia exceções a depender das particularidades do caso concreto.¹²³ Os preceitos da boa-fé, da segurança jurídica, além de casos envolvendo prerrogativas de servidores públicos eram, comumente, o cerne dessas exceções.¹²⁴ Na prática, porém, a Súmula nº 5/STF mostrou-se um ponto de inflexão na tradição adotada pela Corte.¹²⁵

No Brasil, é apenas com a Lei nº 9.868, de 1999, que o Supremo Tribunal Federal adota instrumentos formais para limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.¹²⁶ Redator da proposta legislativa que deu origem à referida lei, Gilmar Mendes buscou inspirações no direito comparado para embasar a proposta da modulação extraordinária de efeitos da decisão. Extraordinária, segundo ele, porque “o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”.¹²⁷

No constitucionalismo brasileiro talvez o mais emblemático exemplo seja a ADI nº 2.240/BA, cujo objeto impugnado é a lei baiana que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.¹²⁸ Ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), a ADI sustentou um argumento

Federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1892, p. 230. No mesmo sentido, Alfredo Buzaid esclarece que o sistema brasileiro se alinhou à prática norte-americana, cf. BUZOID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. *Revista forense: comemorativa - 100 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 363-412.

¹²³ O Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 17.976/SP, de relatoria do ministro Amaral Santos, exemplifica bem a forma como a matéria era tratada pela Corte. O acórdão estende os efeitos da inconstitucionalidade da lei às decisões judiciais transitadas em julgado; no entanto, a desconstituição dos atos judiciais submete-se às normas da ação rescisória: “A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança. Aplicação da Súmula 430. Recurso desprovido.”. STF, RMS nº 17976, Rel. Min. Amaral Santos, j. em 13.9.1968.

¹²⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ação rescisória e modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, v. 153, nov., 2007, n.p.; FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 30-31.

¹²⁵ Superada ainda na vigência da Constituição Federal de 1967/1969, embora não formalmente cancelada, a Súmula nº 5/STF estabelecia que “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Executivo”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho apontou a incongruência do enunciado com o regime de nulidade absoluta adotado pela Corte. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236-244.

¹²⁶ MENDES, Gilmar. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *DPU*, n. 27, maio-jun., 2009, p. 33-35; FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 22.

¹²⁷ MENDES, Gilmar. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 23, abr.-jun., 1998, n.p.

¹²⁸ STF, ADI nº 2240, Rel. Min. Eros Grau, j. em 9.5.2007.

simples pela inconstitucionalidade formal da lei estadual: os requisitos para a criação de Municípios, incluídos pela Emenda Constitucional (EC) nº 5/1996, não foram observados. A inconstitucionalidade patente fora reconhecida até mesmo pelo relator, o ministro Eros Grau, que, no entanto, votou pela improcedência da ação. Não houve contradição, mas o reconhecimento das consequências que a declaração de inconstitucionalidade e, principalmente, a nulidade absoluta causariam.¹²⁹ A divergência foi inaugurada pelo ministro Gilmar Mendes, que destacou a inadequação da postura restritiva da Corte (*self-restraint*) para resolver a questão. Ao final, formou-se unanimidade para “adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada (...) resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos”.¹³⁰

A Lei nº 9.868/1999 também é o marco da previsão expressa de dois tipos modernos de interpretação constitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, no entanto, já haviam sido aplicadas pela Corte brasileira.¹³¹ Com o tempo, a limitação do dogma da nulidade absoluta evidenciou-se porque já não resolvia de maneira eficaz os problemas das “situações constitucionalmente imperfeitas”.¹³² A categoria de Canotilho refere-se a questões constitucionais complexas, para cuja solução o autor lista a declaração de inconstitucionalidade sem as consequências da nulidade, a situação ainda constitucional, a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial.¹³³

¹²⁹ De uma perspectiva consequencialista, o ministro Eros Grau sintetizou os efeitos de uma eventual decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade: “(...) o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. No seu território, foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. No dia 19 de julho de 2.001, foi promulgada a sua lei orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local; até maio de 2.006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. O Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território - isto é, no território de Luís Eduardo Magalhães - foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos pelo sítio do IBGE [www.ibge.gov.br], no ano de 2.000 foram realizadas eleições no Município de Luís Eduardo Magalhães, organizadas pelo TRE-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2.004, eram 20.941 os eleitores do Município. (...) Em suma, o Município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.”. *Idem*.

¹³⁰ Em seguida, o ministro relator retificou seu voto e alinhou-se à proposta do ministro Gilmar Mendes. O Tribunal, ainda, fixou o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para que o legislador estadual inicie novo processo legislativo, conforme os parâmetros legais. *Idem*.

¹³¹ MENDES, Gilmar. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 23, abr.-jun., 1998, n.p.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941, p. 736-737.

¹³³ *Idem*.

Gilmar Mendes observa que a introdução desses mecanismos obedeceu principalmente ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista os efeitos das decisões tomadas em controle abstrato nos casos concretos – em andamento ou já transitados em julgado.¹³⁴ Além disso, os métodos modernos de interpretação destinam-se a contornar a lacuna normativa e a situação ainda mais inconstitucional, ambos resultados da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*.¹³⁵

Seja em razão das peculiaridades da interpretação constitucional, seja em razão das limitações do dogma da nulidade absoluta frente às situações complexas, os métodos tradicionais de interpretação jurídica mostraram-se insuficientes. As modernas técnicas de interpretação constitucional cumprem a função de impulsionar a criatividade judicial para contornar os contratempos da declaração de inconstitucionalidade.¹³⁶

2.3 A origem da interpretação conforme a Constituição no direito comparado: Alemanha e Estados Unidos

Antes de analisar a recepção da interpretação conforme pelo direito brasileiro, examinar o seu surgimento em outros países é importante para mostrar a maleabilidade desse método. Aprofundar os antecedentes dos direitos alemão e norte-americano, especificamente, se justifica pela relevância da interpretação conforme nesses países, bem como na importância das doutrinas alemã e norte-americana para o ordenamento jurídico brasileiro de maneira geral.¹³⁷

A origem da interpretação conforme a Constituição é comumente associada ao direito alemão e, mais especificamente, à decisão BVerfGE 2, 266, de 1953.¹³⁸ O caso discutia a constitucionalidade do art. 1 (2) da Lei de Emergência, que limitava a liberdade de circulação nos territórios alemães conquistados após a Segunda Guerra Mundial. Com exceção dos

¹³⁴ MENDES, Gilmar. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *DPU*, n. 27, maio-jun., 2009, p. 35-36.

¹³⁵ FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 36.

¹³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 259.

¹³⁷ Sobre a repercussão de institutos alemães no direito constitucional brasileiro, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 530. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Ibidem*, p. 262-263. Uma crítica à afirmação, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 192.

habitantes e daqueles que comprovassem perigo à integridade física, à vida ou outras situações graves, a circulação na referida área era proibida. Diante da restrição, o Tribunal Administrativo de Braunschweig considerou a disposição contrária ao art. 11 da Lei Fundamental de Bonn, que estabelece o direito fundamental à liberdade de locomoção e de domicílio.¹³⁹ Por sua vez, o Tribunal Constitucional decidiu que, considerando o rol de exceções da Lei de Emergência meramente exemplificativo, não haveria inconstitucionalidade. “Uma lei não é inconstitucional se puder ser interpretada de acordo com a Lei Fundamental e permanecer com seu significado”,¹⁴⁰ firmou o Tribunal, mantendo hígido o art. 1 (2) da Lei de Emergência e estabelecendo, dali para frente, a sua correta interpretação.

Entretanto, nem mesmo a doutrina alemã atribui à jurisprudência nacional a criação da interpretação conforme.¹⁴¹ Na Europa, a Corte Federal suíça já havia decidido, reiteradamente, pela desnecessidade de declarar a norma inconstitucional se houver alguma interpretação conforme a Constituição.¹⁴² De outro lado, parte da doutrina constitucional tem conferido o pioneirismo a decisões norte-americanas que se reportam ao conceito de interpretação *in harmony with the Constitution*.¹⁴³ Nesse sentido, Gilmar Mendes popularizou a passagem em que Thomas Cooley expressa a interpretação conforme como premissa do controle constitucional.¹⁴⁴

¹³⁹ “Artigo 11. [Liberdade de locomoção e de domicílio]. (1) Todos os alemães gozam de liberdade de locomoção e de domicílio em todo o território federal. (2) Este direito só pode ser restringido por lei, ou em virtude de lei, e só nos casos em que a insuficiência de meios de subsistência possa acarretar encargos especiais para a coletividade, ou se a restrição for necessária para a defesa contra um perigo iminente para a existência ou ordem fundamental livre e democrática da Federação ou de um Estado federado, para combater o perigo de epidemias, em catástrofes naturais e acidentes muito graves, para a proteção da juventude contra abandono ou para a prevenção de delitos.”. HEEGEWALDT, Elisabeth; ÖSTERMANN, Elmar (coords.). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Aachen Assis Mendonça. Deutscher Bundestag: Berlin, 2022, p. 18.

¹⁴⁰ No original: “Ein Gesetz ist nicht verfassungswidrig, wenn ein Auslegung möglich ist, die im Einklang mit dem Grundgesetz steht, und das Gesetz bei dieser Auslegung sinnvoll bleibt”. BVerfGE 2, 266.

¹⁴¹ BOFILL, Héctor López. *Formas interpretativas de decisón em el juicio de constitucionalidade de las leyes*. 2002. Tese (Doutorado) – Doctorado em Derecho Público – Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2002, p. 89 e seguintes.

¹⁴² *Idem*. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 193; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 616 e seguintes.

¹⁴³ BOFILL, Héctor López. *Ibidem*, p. 90 e seguintes; COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007, p. 70 e seguintes; KLAFKE, Guilherme Forma. *A interpretação conforme a Constituição na doutrina brasileira: uma análise entre conceitos e os limites à utilização da técnica*. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 14-15.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 284.

Apesar de reconhecer a inovação estadunidense, há relativo consenso sobre o surgimento espontâneo da técnica nos tribunais europeus.¹⁴⁵ A diferença entre os fundamentos dos direitos norte-americano e alemão indicam, nesse particular, que não houve uma mera reprodução do instituto.¹⁴⁶

Não obstante as similaridades entre os sistemas, sobretudo no que tange aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade,¹⁴⁷ o direito alemão possuía ferramentas outras que possibilitaram a vigência da norma mesmo após o reconhecimento da inconstitucionalidade.¹⁴⁸ Isso porque, na Alemanha, a reforma da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, em 1970, diferenciou lei inconstitucional e lei nula e, a partir de então, o Tribunal Constitucional pôde deixar de pronunciar a nulidade de leis reconhecidamente inconstitucionais com base no seu regulamento legal.¹⁴⁹

Superado o dogma da nulidade na prática alemã, a utilização da interpretação conforme como técnica decisória para contornar o vazio legislativo ou a insegurança jurídica, em princípio, deixa de fazer sentido. Sob essa perspectiva, inicialmente, o recurso à interpretação conforme, no direito alemão, justificou-se por critérios técnicos, tais como a presunção de validade dos atos jurídicos, supremacia da Constituição e a unidade do ordenamento.¹⁵⁰

¹⁴⁵ “En síntesis, el acuerdo histórico al que llegan los autores consiste en reconocer que el precedente de la interpretación conforme aparece por primera vez en el modelo norteamericano, para añadir, en segundo lugar, *que el desarrollo de esta técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia de la Supreme Court sino que deriva de las propias necesidades del control de constitucionalidad*.” BOFILL, Héctor López. *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*. 2002. Tese (Doutorado) – Doctorado em Derecho Público – Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2002, p. 90. Em sentido similar, cf. DÍAS REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, p. 22.

¹⁴⁶ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 44-45.

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 81-82.

¹⁴⁸ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 45.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei - “Unvereinbarkeitserklärung” - na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de informação legislativa*, n. 30, n. 118, abr.-jun., p. 64-65. Vale mencionar que a reforma legislativa concretizou a prática já adotada pelo Tribunal Constitucional, que, não raro, temendo as consequências da declaração de inconstitucionalidade, se utilizava de pronúncias parciais de nulidade, antes mesmo que houvesse subsídio legal para tanto. Cf. BOFILL, Héctor López. *Ibidem*, p. 93 e seguintes; FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 72-73.

¹⁵⁰ BOFILL, Héctor López. *Ibidem*, p. 110; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 46; COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007, p. 92. Por outro lado, o desenvolvimento da interpretação conforme na jurisprudência e doutrina alemãs nas últimas décadas adicionou camadas políticas à técnica decisória. O princípio de conservação da norma (*favor legis*) não se refere apenas à necessidade de motivação para decisões de

No sistema norte-americano, por sua vez, a presunção de constitucionalidade é atenuada, tendo em vista a possibilidade de qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade incidental de uma lei, avalia Cappelletti.¹⁵¹ Além disso, Bofill analisa a proliferação de decisões interpretativas no constitucionalismo estadunidense após o julgamento do caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, no qual foram formuladas as regras da *avoidance doctrine*.¹⁵² Para abster-se de analisar a constitucionalidade das leis, a fim de não intervir na atividade legislativa, a Suprema Corte passou a utilizar métodos interpretativos para modificar o sentido da norma.¹⁵³

No ponto, a interpretação jurídica na prática estadunidense desenvolve-se a partir de uma contradição fundante: se o controle de constitucionalidade das normas tenciona a relação entre os poderes, então a saída seria obstá-lo por meio da atribuição de um sentido (constitucional) para a lei. É fácil concordar com a análise de Colnago, para quem a *avoidance doctrine* “acaba por gerar as mesmas consequências que se buscava evitar com a não análise da questão constitucional”.¹⁵⁴ Ao conferir outro significado para a norma, a Suprema Corte intervém tanto quanto – ou mais – se viesse a declarar a sua inconstitucionalidade.

As estruturas distintas dos sistemas alemão e estadunidense revelam, ainda, suas questões próprias a respeito da legitimidade da interpretação conforme. Na Alemanha, a técnica funciona como um contrapeso em relação à concentração do controle constitucional, porque os juízos e tribunais comuns são os primeiros responsáveis a conferir à norma uma interpretação

inconstitucionalidade nem à natural presunção de validade dos atos jurídicos, mas possui uma dimensão política. A premissa segundo a qual as normas são, *prima facie*, constitucionais norteia-se também pelo respeito à separação de poderes e à legitimidade democrática dos legisladores. AMANDI, Víctor Manuel Rojas. La interpretación de conformidad con la constitución en derecho alemán. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 161, p. 813-842, mayo-agosto, 2021, p. 826. Exemplo disso é o julgamento BVerfGE 90, 263, de 1994, cuja decisão aponta para a atividade interpretativa limitada pela deferência ao princípio democrático: “Der Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbietet es, im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn zu verleihen oder den normativen Gehalt einer Vorschrift grundlegend neu zu bestimmen.” [Em tradução livre: O respeito ao legislador legitimado democraticamente proíbe dar sentido contrário a uma lei que seja clara na sua redação e no seu espírito, ou redefinir por completo o seu conteúdo normativo por via da interpretação.]

¹⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 84-85.

¹⁵² BOFILL, Héctor López. *Ibidem*, p. 296 e seguintes; COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007, p. 74.

¹⁵³ Com perspectiva crítica a respeito da *avoidance doctrine*, Héctor Bofill observa: “(...) lo que ocurre es que la regla de evitación se aplica después de un juicio de constitucionalidad *encubierto*, estrategia ciertamente opuesta a lo que debería ser el modelo dialógico que antes vislumbrábamos en el que la primera condición para entablar relaciones de colaboración entre la Corte y el legislativo (...)”. BOFILL, Héctor López. *Ibidem*, p. 317.

¹⁵⁴ COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007, p. 79.

compatível com a Constituição.¹⁵⁵ Em sentido oposto, De Laurentiis sugere que a técnica, nos Estados Unidos, realça o poder decisório da Suprema Corte.¹⁵⁶ Isso talvez não apenas pelo motivo que se poderia imaginar – o aumento da capacidade criativa dos juízes –, mas porque estabelecer a interpretação a Constituição de uma lei, naturalmente, depende de estabelecer o que diz a própria Constituição.¹⁵⁷

A definição da origem da interpretação conforme a Constituição é complexa e ambivalente. Cronologicamente, os Estados Unidos saíram na frente, com precedentes que indicavam a necessidade de uma interpretação normativa com objetivo de conformar-se ao texto constitucional. O crescimento das decisões interpretativas no direito estadunidense, entretanto, não é linear. De outro lado, o método interpretativo surge, na Alemanha, a partir da necessidade do sistema, e não como reprodução da jurisprudência norte-americana, e possui seus fundamentos próprios. O panorama, por mais dúbio que seja, é um retrato importante para entender a introdução e o desenvolvimento da interpretação conforme no direito brasileiro.

¹⁵⁵ Apesar de receber críticas, a orientação jurisprudencial alemã é a de que o Tribunal Constitucional pode aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição apenas se o tribunal comum não lograr êxito em atribuir à lei uma interpretação conforme a Constituição. Trata-se da interpretação do art. 100 da Lei Fundamental, que estabelece a condição de a lei ser previamente considerada inconstitucional para que a questão constitucional seja remetida ao Tribunal Constitucional, como se lê: “Artigo 100 [Controle concreto de normas]. (1) Quanto um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental.”. HEEGEWALDT, Elisabeth; ÖSTERMANN, Elmar (coords.). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Aachen Assis Mendonça. Deutscher Bundestag: Berlin, 2022, p. 91-92. Cf. BVerfGE 68, 337, p. 334; 22, 373, p. 378; 48, 40, p. 45. Em âmbito doutrinário, não faltam críticas. Em geral, a interpretação conforme é considerada, além de técnica própria do controle constitucional, regra hermenêutica impositiva. Contudo, a doutrina alemã entende que, invariavelmente, uma de suas consequências é a declaração parcial de nulidade da norma interpretada, ou, pelo menos, a redução do seu âmbito de aplicação. A esse respeito, conferem as críticas reunidas por Víctor Amandi, que sintetizou-as dessa forma: “Si, por el contrario, tal y como lo exige en su jurisprudencia éste [Tribunal Constitucional], cualquier juez tiene la facultad para determinar si una norma resulta conforme con la Constitución, esto conduce a una pérdida de autoridad del legislador, puesto que el juzgador bien puede inobservar la ley, por lo menos, según alguna de sus posibles versiones interpretativas.”. AMANDI, Víctor Manuel Rojas. La interpretación de conformidad con la constitución en derecho alemán. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 161, p. 813-842, mayo-agosto, 2021, p. 830.

¹⁵⁶ O autor conclui o seguinte: “enquanto no sistema concentrado de controle da Alemanha a interpretação conforme a Constituição é na prática um catalisador da difusão da competência de averiguação de constitucionalidade, no controle difuso norte-americano seu efeito imediato é a concentração de tal atribuição. Ou seja, os efeitos decorrentes da aplicação da interpretação conforme a Constituição nesses dois países não só são distintos, mas opostos.”. DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

¹⁵⁷ Hèctor Bofill explica bem o fenômeno: “En Estados Unidos *el problema o es que la Corte Suprema proceda a la reconstrucción de la ley enjuiciada por vía interpretativa, sino que lo decisivo continua siendo la legitimidad de la Corte para establecer lo que dice la Constitución.*”. BOFILL, Hèctor López. *Formas interpretativas de decisión em el juicio de constitucionalidade de las leyes*. 2002. Tese (Doutorado) – Doctorado em Derecho Público – Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2002, p. 293.

2.4 A origem e o desenvolvimento da interpretação conforme no direito brasileiro

O primeiro registro de aplicação da interpretação conforme a Constituição pelo direito brasileiro é a Representação (RP) nº 1.417/DF, de relatoria do ministro Moreira Alves.¹⁵⁸¹⁵⁹ Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, que viria a expandir o controle constitucional, e da Lei nº 9.868/1999, que trata da interpretação conforme como técnica decisória, o STF analisou a constitucionalidade da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN, LC nº 35/1979) pela lente da interpretação conforme a Constituição.

Oferecida pelo Procurador-Geral da República (PGR), a RP 1.417/DF buscava alterar a interpretação do art. 65, §3º, da LOMAN, que havia sido recepcionado pelos tribunais como uma carta branca para determinação de ajudas de custo e seus membros, sem intermédio de lei federal ou estadual que regulasse a matéria.¹⁶⁰ A interpretação literal do dispositivo conferia aos tribunais a competência reservada aos Chefes do Poder Executivo – aumento de vencimentos e da despesa pública –, segundo a divisão de competências da Constituição de

¹⁵⁸ STF, Representação de Inconstitucionalidade (RP) nº 1417, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 2.8.1999.

¹⁵⁹ A imensa maioria da doutrina brasileira adota o referido marco, cf., por todos, KLAFKE, Guilherme Forma. *A interpretação conforme a Constituição na doutrina brasileira: uma análise das relações entre conceitos e os limites à utilização da técnica*. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014; SILVEIRA, Bianca Rey Guedes da. *Controle abstrato de constitucionalidade: uma análise dogmático-jurisprudencial das técnicas decisórias “interpretação conforme a Constituição” e “Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”*. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011, p. 76-79; SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 192. Em sentido contrário, Gilmar Mendes menciona julgados anteriores, em especial a RP 948/SE, também de relatoria do ministro Moreira Alves. Embora a argumentação na RP 948/SE pondere a (in)constitucionalidade de lei sergipana, que não destaca o critério “exercício em caráter permanente” para o recebimento de subsídio mensal e vitalício a quem tiver exercido o cargo de Governador, a decisão não trata de pluralidade de interpretações. Na verdade, a partir de interpretação sistêmica e teleológica, conclui que há uma interpretação possível para a norma e, a partir dela, julga improcedente o pedido. O ministro relator, a esse respeito, consigna que: “Se não me fosse possível, com base na interpretação do espírito do texto ora impugnado, concluir que, com fundamento nele, se pode extrair a conclusão de que está implícito o caráter de permanência exigido na Constituição Federal, daria pela sua inconstitucionalidade, uma vez que o dispositivo constitucional estadual estaria admitindo alteração quanto ao destinatário do benefício, o que, no caso, é essencial à sua concessão. Sucede, porém, que a restrição é de tal ordem que, a não ser em casos excepcionalíssimos, poderia sua interpretação literal levar à concessão do subsídio a substituto eventual do Governador. Parece-me evidente que, ao estabelecer regra mais rigorosa do que a contida na Constituição Federal, sua finalidade foi a de aumentar os requisitos para a obtenção do subsídio, e, não, de permitir que ele fosse concedido, em contraposição à Constituição Federal, a quem não tivesse no exercício em caráter permanente no cargo de Governador.” Além disso, não há referências diretas de aplicação da interpretação conforme a Constituição como técnica de decisão nem como princípio hermenêutico. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 289.

¹⁶⁰ “Art. 65. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens: (...) § 3º Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, conceder ao Magistrado auxílio-transporte em até 25% (vinte e cinco por cento), auxílio-moradia em até 30% (trinta por cento), calculados os respectivos percentuais sobre os vencimentos e cessando qualquer benefício indireto que, ao mesmo título, venha sendo recebido.”. BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm.

1969 (arts. 57, inciso II, e 65, combinados ao art. 200). A PGR propunha, então, a aplicação da interpretação conforme a Constituição para, afastando a interpretação literal da lei, atribuir ao enunciado normativo outro sentido.

Para fundamentar a manifestação, apresentou três argumentativas. Em primeiro lugar, centrou-se na compatibilidade da interpretação conforme a Constituição no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, baseou-se em parecer anterior, subscrito por Gilmar Ferreira Mendes, à época Procurador da República, e juntado aos autos da RP 1.305/CE. Nesse sentido, advogou a recepção da interpretação conforme no direito brasileiro, com a ressalva de que o instrumento adequado seria a Representação Interpretativa, e não a Representação de Inconstitucionalidade. Em segundo lugar, fundamentou o pedido na separação entre a norma e o intuito legislativo (*mens legislatoris*). Segundo a PGR, apesar da finalidade da atividade legislativa ser a atribuição da competência aos tribunais, o que ficou demonstrado a partir de documentos juntados aos autos, o contexto político não vincularia a interpretação da norma.

Em terceiro lugar, apresentou a interpretação alternativa da norma. Opinou pela improcedência do pedido, com a determinação de que a interpretação do art. 65, §3º, da LOMAN, tivesse por objeto o ato concreto a ser exercido pelos tribunais, após a devida regulamentação legal. Na prática, havendo lei federal ou estadual, os tribunais seriam os responsáveis pelo ato administrativo que, em última instância, concederia as ajudas de custo.

O dispositivo em questão, portanto, perderia por completo a eficácia e a interpretação; no caso, apenas evitariam a sua nulidade. O ministro relator assim observou: “Interpretado, como se propõe, o parágrafo (...) pouco acrescenta ao texto original da lei complementar”.¹⁶¹ No entanto, o voto do relator, acompanhado à unanimidade, chamou atenção para a vontade do legislador. Ainda que reconheça o caráter dúbio do texto normativo, baseando-se nas manifestações do processo legislativo, o relator depreendeu o objetivo específico de, efetivamente, conferir aos tribunais o poder de conceder ajudas de custo sem prévia lei federal ou estadual. “No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme a Constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador”, destaca a ementa.¹⁶²

¹⁶¹ STF, Representação de Inconstitucionalidade (RP) nº 1417, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 2.8.1999, Acórdão, p. 23.

¹⁶² *Ibidem*, p. 1.

Acerca do cabimento da interpretação conforme, o voto destaca o particular acúmulo de competências do STF como uma vantagem do sistema brasileiro.¹⁶³ Além disso, a vinculação dos juízos e tribunais comuns à interpretação fixada pela Corte não seria um entrave, como em alguns sistemas do controle de constitucionalidade europeu. Por isso, entendeu que o instrumento correto a manejar seria a própria representação de inconstitucionalidade, e não a representação interpretativa, já que “a representação de inconstitucionalidade visa ao controle da constitucionalidade da lei e o princípio da interpretação conforme à Constituição é o meio para a efetivação desse controle”.¹⁶⁴

Estava implícito, nesse particular, o rechaço à tese arguida pela PGR em relação à natureza de princípio hermenêutico geral da interpretação conforme. O voto classificou-a como técnica própria do controle constitucional e equiparou-se à declaração de nulidade parcial sem redução de texto.¹⁶⁵ Até atualmente a jurisprudência do STF é marcada por essa confusão entre as técnicas.¹⁶⁶ Isso sugere que a origem e o desenvolvimento da técnica no STF se deram à margem do que se entende doutrinariamente por interpretação conforme e por declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

Por meio da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, o intérprete aponta a inconstitucionalidade de uma determinada aplicação da lei, sem conduzir à sua cassação.¹⁶⁷ Virgílio Afonso da Silva esclarece que a técnica “não se refere à definição do conteúdo da norma em abstrato, mas de sua aplicação em concreto”.¹⁶⁸

¹⁶³ “Desse modo, depositou-se nas mãos do Tribunal a possibilidade de coibir não apenas a eficácia do texto legal *abstratamente* incompatível com a Lei Maior, mas também a aplicação *desconforme à Constituição* da lei que, interpretada diversamente, com ela se harmoniza.”. *Ibidem*, p. 17.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 41.

¹⁶⁵ Em trecho ilustrativo, o acórdão: “O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto - *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), 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.”. *Ibidem*, p. 40.

¹⁶⁶ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53. A respeito do equívoco da prática brasileira, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 200 e seguintes, sobre a utilização, pelo STF, de uma “interpretação conforme a constituição sem redução de texto”.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.482-1.483.

¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 202.

O caso mais tradicional de incidência da nulidade parcial sem redução de texto refere-se ao controle constitucional de normas tributárias, como a ADI nº 5733, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes.¹⁶⁹ A referida ADI impugnou a Lei amazonense nº 4.454/2017, publicada em março, com previsão de que vigência após 90 dias da publicação. No entanto, a norma não está abarcada pelas hipóteses excepcionais do princípio da anterioridade tributária, razão pela qual apenas poderia ter eficácia no início do exercício financeiro seguinte, em 2018. Como a norma não é em si inconstitucional, mas a sua aplicação no período anterior àquele permitido de acordo com o princípio da anterioridade, a Corte seguiu a jurisprudência e declarou a nulidade parcial, sem redução de texto, da lei amazonense – limitando-se a declarar a nulidade de sua aplicação aos fatos geradores anteriores a 1ª de janeiro de 2018.¹⁷⁰

Por sua vez, a interpretação conforme a Constituição pode ser entendida como um postulado hermenêutico, isto é, como uma regra geral para aplicação normativa, ou pode ser manejada como mecanismo próprio do controle constitucional. Pela primeira concepção, entende-se que o intérprete deve sempre se orientar a partir dos princípios constitucionais.¹⁷¹ Chamada “interpretação orientada pela Constituição”, essa vertente da interpretação conforme é concebida como um princípio constitucional do qual se extrai o dever de aplicar a norma de modo a concretizar os fins e valores constitucionais.¹⁷²

Por outro lado, a interpretação conforme não perde seu caráter de técnica própria do controle de constitucionalidade. Mesmo autores como Barroso, que admitem a sua natureza de princípio geral de interpretação, apontam o uso para “buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo”.¹⁷³ Por essa via, a interpretação conforme é o meio pelo qual os tribunais mantêm a norma no ordenamento, conferindo-lhe um sentido compatível com a Constituição, nas situações em que, da polissemia semântica do enunciado normativo, decorre uma interpretação inconstitucional da norma.¹⁷⁴

¹⁶⁹ STF, ADI nº 5733, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 20.9.2019.

¹⁷⁰ Em outros casos, o STF decidiu da mesma forma, cf. por todos, STF, ADI 6671, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 15.9.2021.

¹⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 218 e seguintes.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193 e seguintes.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 194; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 93 e seguintes.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 530 e seguintes; KLAFKE, Guilherme Forma. *A interpretação conforme a Constituição na doutrina brasileira: uma análise entre conceitos e*

Nesse sentido, a diferença entre as técnicas está no efeito e no dispositivo da decisão. Primeiro, quanto ao efeito, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, em geral, limita-se a apontar a aplicação inconstitucional da norma, sem estabelecer ao dispositivo um sentido constitucional e vinculante. Ela é caracterizada por uma “*redução de conteúdo*”.¹⁷⁵ A interpretação conforme, além do aspecto negativo, caracteriza-se também por seu aspecto positivo – a definição de uma interpretação normativa compatível com a Constituição.¹⁷⁶ Em segundo lugar, quanto ao dispositivo da decisão, a nulidade parcial, ainda que sem redução de texto, implica a procedência do pedido de inconstitucionalidade, ao passo que a interpretação conforme conduz à improcedência.¹⁷⁷

Para Gilmar Mendes, as diferenças entre as técnicas resumem-se ao campo teórico – “a sua irrelevância prática parece notória”, destaca o autor.¹⁷⁸ Uma das razões para o entendimento conecta-se à jurisprudência do STF, que desconsidera a diferença entre a declaração de nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme. De fato, em âmbito jurisprudencial, as técnicas confundem-se profundamente. Uma passagem exemplificativa está na ADI nº 491, de relatoria do ministro Moreira Alves, em que se afirma que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto viabiliza a interpretação conforme.¹⁷⁹ Além disso, a aplicação da interpretação conforme é, na maioria das vezes, acompanhada de uma declaração

os limites à utilização da técnica. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 78 e seguintes.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 287, grifos no original.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.485; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 112 e seguintes; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 532 e seguintes.

¹⁷⁷ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 125; COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007, p. 139 e seguintes.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 287.

¹⁷⁹ STF, MC-ADI nº 491, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 13.6.1991, Acórdão, p. 19. A respeito do caso, Mendes e Coelho afirmam que significou a autonomia entre as técnicas. No entanto, a decisão é clara em afirmar que se trata de métodos interdependentes. Em sentido contrário, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 312 e seguintes; COELHO, Inocêncio Mártires. Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, mediante interpretação conforme: um caso exemplar na jurisprudência do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 23, p. 169-188, 1988, n.p.

de procedência parcial do pedido de inconstitucionalidade, o que contradiz a razão de ser do método interpretativo – que mantém vigente a norma e confirma sua constitucionalidade.¹⁸⁰

Um exemplo está na ADI nº 5139, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, que discutia a Lei alagoana nº 7.508/2013.¹⁸¹ A norma estadual determinava, aos estabelecimentos de ensino, a disponibilização de cadeiras adaptadas aos alunos portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida. Um dos dispositivos dispunha que o número de cadeiras adaptadas deveria ser, no mínimo, igual ao número de alunos regularmente matriculados. Impugnou-se a lei, então, com fundamento da desproporcionalidade da medida. O Tribunal reconheceu a constitucionalidade da medida e conferiu à norma interpretação conforme para ressaltar que o número mínimo de cadeiras adaptadas imposto pela lei se relaciona ao número de alunos com deficiência. Ainda assim, o dispositivo da decisão julgou procedente o pedido da ADI, e não improcedente.¹⁸²

Por esse panorama, pode-se afirmar que a aplicação da interpretação conforme pelo STF não é de todo compatível com o conceito doutrinário da técnica. Para Brust, a atecnia da Corte reflete-se na jurisprudência dos tribunais estaduais, que reproduzem a interpretação conforme também como um método equiparado à declaração de nulidade parcial sem redução de texto.¹⁸³ Apesar da origem e do desenvolvimento da interpretação conforme na jurisdição constitucional brasileira, entender seus fundamentos jurídicos é importante para analisar a forma como o Tribunal aplica a técnica às leis penais.

2.5 Premissas

Os fundamentos dogmáticos da interpretação conforme a Constituição, de certa forma, confundem-se com elementos que baseiam a interpretação constitucional em geral. Até porque

¹⁸⁰ BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. *Revista Direito GV*, V. 5, P. 507-526, 2009, p. 508-509.

¹⁸¹ STF, ADI nº 5139. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 11.10.2019.

¹⁸² No caso, o dispositivo firmou: “Pelo exposto, julgo procedente em parte o pedido para conferir interpretação conforme à Constituição da República ao parágrafo único do art. 2º da Lei estadual n. 7.508/2013, para que se entenda que a expressão “número de alunos regularmente matriculados em cada sala” se refere à quantidade de alunos com deficiência física ou mobilidade reduzida regularmente matriculados em cada sala.”. *Ibidem*, p. 17. Assim como esse, há vários outros exemplos, cf. STF, ADI 5024, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 20.9.2018; STF, ADI 4058, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 19.12.2018; STF, ADI 5647, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 4.11.2021.

¹⁸³ BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. *Revista Direito GV*, V. 5, P. 507-526, 2009, p. 522.

a interpretação conforme é uma forma indireta de interpretação das normas constitucionais, que são o parâmetro para exame da legitimidade das leis infraconstitucionais.¹⁸⁴ No entanto, a jurisprudência brasileira não se ateve, nem se atém, a definir as fundamentações jurídicas da interpretação conforme.¹⁸⁵

Desde a Rp 1.417/DF, o STF já adotou diferentes razões para subsidiar o emprego da interpretação conforme a Constituição, sem a sistematização de quais parâmetros serão aplicados de maneira uniforme. Os exemplos são diversos: a insegurança jurídica causada pela declaração de inconstitucionalidade,¹⁸⁶ o contorno ao arbítrio legislativo,¹⁸⁷ o óbice a efeitos repristinatórios indesejados, a regulamentação de objetos para os quais não havia lei.¹⁸⁸ O ministro Marco Aurélio já até mesmo sugeriu, e nisso ficou vencido, a utilização pedagógica da técnica.¹⁸⁹

O panorama da jurisprudência brasileira mostra, nesse particular, que a plasticidade do conceito de interpretação conforme a Constituição tem servido para justificar a sua aplicação pelos mais diferentes motivos – jurídicos e políticos. Apesar da pluralidade de fundamentação,

¹⁸⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 75; SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 192; Maciel, Silvio Luiz. Interpretação conforme a constituição. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 23. Para Celso Ribeiro Bastos, a dualidade da interpretação conforme como interpretação constitucional é o aspecto central do método: “Na verdade, na interpretação conforme à Constituição, o que está em jogo é, acima de tudo, a interpretação do próprio sentido da norma constitucional, com a consequente adaptação a esse sentido, quando possível, da legislação ordinária (na hipótese de esta apresentar uma pluralidade de sentidos possíveis)”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 174.

¹⁸⁵ Com a mesma observação, cf. DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75 e seguintes; KLAFKE, Guilherme Forma. *A interpretação conforme a Constituição na doutrina brasileira: uma análise entre conceitos e os limites à utilização da técnica*. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

¹⁸⁶ Com essa fundamentação, cf. STF, ADI 3685, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 23.3.2006; STF, ADI 4429, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 14.12.2011.

¹⁸⁷ STF, MC-ADI 3854, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28.2.2007. Na decisão, estava em dúvida a constitucionalidade da Emenda Constitucional (EC) nº 41/2003, que atribuiu diferentes limites remuneratórios aos magistrados estaduais e federais. Com esteio no princípio da isonomia e na “perceptível *arbitrariedade* da distinção”, a Corte conferiu interpretação conforme para estabelecer um único patamar a todos os membros da magistratura.

¹⁸⁸ PELLEGRINI, Guilherme Martins. Motivos que levam ao uso da interpretação conforme a Constituição pelo STF. In: VOJVODIC, Adriana et al (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 307-309; 310-312.

¹⁸⁹ A orientação está nos apartes: “O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: O pressuposto do manejo da interpretação conforme é a polissemia do dispositivo. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ministro, às vezes, é necessário ser pedagógico nesse campo, até mesmo em alerta às autoridades. O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Não tem equivocidade; não há polissemia aí. O sentido é unívoco e é um só.”. STF, ADI 2544, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 28.6.2006, Acórdão, p. 17.

a interpretação conforme é uma técnica específica, caracterizada por elementos particulares que a diferenciam de outros métodos.

Suas premissas principais são (i) a distinção entre texto e norma, (ii) a supremacia constitucional, (iii) a unidade da constituição e (iv) a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Os subtópicos a seguir destinam-se a explorar esses princípios característicos.

2.5.1 *A distinção entre texto e norma*

Ao discutir a interpretação jurídica, tanto no plano geral quanto na dogmática constitucional, o debate dirige-se às diferentes formas de concretização normativa. Por isso, para explorar os tipos de interpretação constitucional, o primeiro passo é distinguir o texto normativo e a norma.¹⁹⁰ O processo de distinção opera nos planos do significante e do significado e é caracterizado, por Marcelo Neves, como o exame da relação entre a disposição normativa e o sentido que lhe é atribuído.¹⁹¹

O texto normativo, portanto, ganha sentido a partir da interpretação jurídica. Na clássica formulação de Savigny, interpretar é uma arte.¹⁹² É a arte de aplicar a lei, a despeito de eventuais obscuridades nela inerentes. O julgador, pela natureza de seu cargo, nunca deve limitar-se a decidir em razão de defeitos na norma.¹⁹³ Assim, Savigny propunha que as lacunas e ambiguidades do texto da lei fossem resolvidos a partir dos métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático.¹⁹⁴ Os métodos interpretativos tradicionais, para o autor, serviriam para revelar o sentido implícito da norma.

¹⁹⁰ Em geral, podem ser utilizadas expressões sinônimas, como “enunciado”, “disposição normativa”, “letra da lei”, “formulação da norma”, “texto normativo”, “programa normativo”, “sinal linguístico”. Todas referem-se ao direito positivo, à norma escrita. A esse respeito, conferir: NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 1-2; GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 27 e seguintes; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989, p. 154-155.

¹⁹¹ Marcelo Neves refere-se ao processo como “de dação de sentido no processo de comunicação”. NEVES, Marcelo. *Ibidem*, p. 2. O mesmo fenômeno é chamado de “processo de concretização” por J. J. Canotilho; conf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Ibidem*, p. 155. Em sentido semelhante, Eros Grau define a interpretação como a “atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”. GRAU, Eros. *Idem*.

¹⁹² SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tip. Ed. Torinese, p. 219.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 217.

¹⁹⁴ *Ibidem*, 217-218.

Se os elementos de interpretação propostos por Savigny extraem o verdadeiro sentido da lei, significa que a literalidade do texto, por si só, pode não ser suficiente. O processo de aplicação da lei, sob esse viés, é o processo de transformação do texto em norma, baseado na distinção entre enunciado da lei e o resultado da interpretação. A esse respeito, Castanheira Neves observou que a lei era, para Savigny, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o limite do intérprete.¹⁹⁵

De todo modo, a perspectiva de Savigny limitava-se a conferir à interpretação jurídica a função de esclarecer, de explicar o texto da lei. Em suas palavras: “Essa é a atividade de interpretação, que podemos definir como a reconstrução do pensamento imanente à lei”.¹⁹⁶ Nesse sentido, a hermenêutica positivista tradicional busca defender a vontade da norma (*mens legis*) a partir da investigação da razão da lei (*ratio legis*).¹⁹⁷ O processo interpretativo calcado na teoria de Savigny pode ser descrito como uma atividade declaratória, por meio da qual o intérprete não exerce capacidade criativa e cujo resultado expressa a única resposta correta para a controvérsia jurídica.¹⁹⁸

A distinção entre texto e norma assume caráter importante também na doutrina de Kelsen. Em “Teoria Pura do Direito”, o autor define direito como “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”.¹⁹⁹ A concepção kelseniana distingue norma jurídica (estrutura própria do Direito) de proposição jurídica (estrutura própria da Ciência do Direito) assumindo a participação ativa dos órgãos jurídicos na criação de normas jurídicas concretas.²⁰⁰ Os cientistas do direito observam-no “de

¹⁹⁵ NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1993, p. 96.

¹⁹⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tip. Ed. Torinese, p. 219-220.

¹⁹⁷ Por essa perspectiva, os métodos tradicionais de interpretação jurídica cumprem a função de “reconstruir a vontade que o legislador expressou na lei”, sem conferir ao intérprete qualquer capacidade criativa no processo interpretativo. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 214 e seguintes. Por outro lado, numa segunda fase do pensamento de Savigny, o autor passa a destacar a importância de observar a convicção do povo (*Volksgeist*) como elemento necessário à interpretação das normas. A mudança é comentada em FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 231-232.

¹⁹⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 34; FRANÇA, R. Limongi. Interpretación y hermenêutica del derecho. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v. 1, outubro, p. 1339-1345, 2010, n.p.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

²⁰⁰ “As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como *proposições jurídicas*, ser distinguidas das *normas jurídicas* que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito.”. *Ibidem*, p. 80.

fora”, os legisladores criam as normas jurídicas gerais e os juízes criam as normas jurídicas individuais.²⁰¹

Assim, Kelsen opõe-se à teoria tradicional segundo a qual a interpretação se dá no plano cognitivo como uma atividade meramente declaratória. À atividade cognoscitiva, a teoria kelseniana soma a atividade volitiva.²⁰² Com isso, o autor conclui a necessária relação entre interpretação jurídica e criação normativa: “A interpretação feita por órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.”²⁰³

Em relação às disposições constitucionais, a distância entre texto e norma é ainda maior, considerando a hierarquia normativa e a indeterminação dos preceitos. Pode haver diversas leis e atos administrativos no meio do caminho entre o texto constitucional e a decisão que o concretiza. Isso evidencia, aliás, que o texto não carrega todo o sentido normativo. Com isso, a teoria kelseniana se afasta da ideia de que existe uma verdade a ser descoberta pelo processo interpretativo. Ao assumir a ambiguidade, a abstração e a plurivocidade dos enunciados normativos, Kelsen reconhece o ato de interpretar como um ato de vontade – o ato de escolher uma interpretação dentre todas as possíveis.²⁰⁴

Noutro lado, o processo de concretização da norma não ignora os fatos concretos.²⁰⁵ O papel da interpretação ganha novas camadas com a doutrina de Friedrich Müller, para quem a

²⁰¹ “A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa ser então conhecido e descrito pela ciência jurídica. É certo que os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer – de dentro, por assim dizer – primeiramente o Direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria, aplica a Constituição, deve conhecê-las. O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estágio preparatório da sua função que, como adiante melhor se mostrará, é simultaneamente – não só no caso do legislador como também no do juiz – produção jurídica: o estabelecimento de uma norma jurídica geral – por parte do legislador – ou a fixação de uma norma jurídica individual – por parte do juiz.” *Ibidem*, p. 81.

²⁰² “Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito, devemos dizer: na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada.” *Ibidem*, p. 329.

²⁰³ A interpretação autêntica – levada a cabo pelos órgãos aplicadores do direito – distingue-se da interpretação doutrinária, conferida por aqueles que não compõem a estrutura dos órgãos jurídicos. *Idem*.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 248 e seguintes. Sobre interpretação autêntica e liberdade do intérprete, cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 227-230; REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

²⁰⁵ Com sentido semelhante, Eros Grau sintetiza: “É que a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir dos elementos que se desprendem do *texto* (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Note-se bem que, ao interpretar os textos normativos, o intérprete toma como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. Além disso, os fatos, elemento do caso, hão de ser também

interpretação jurídica é o processo de combinação de elementos jurídicos e não jurídicos.²⁰⁶ Müller observa que a concretização da norma depende da comunicação entre direito e realidade. São dimensões interdependentes e, por isso, o mundo dos fatos não se contrapõe à lei; pelo contrário, “o recorte da realidade dos fatos, para o qual a norma é determinante, sendo tal recorte também determinante para a norma”.²⁰⁷

Em relação à teoria interpretativa de Savigny, há uma diferença importante: a interpretação não apenas intermedia o texto e a norma, mas é o resultado de um processo interpretativo que considera elementos fáticos e jurídicos. A interpretação dos fatos também é, para Marcelo Neves, passo essencial para a eliminação da ambiguidade e vagueza do texto normativo.²⁰⁸ O autor esclarece que a aplicação da norma não está condicionada à consideração de todos os fatores contextuais, mas à seleção dos fatos jurídicos relevantes.²⁰⁹ A mudança do contexto político, histórico e social influencia, portanto, o resultado da interpretação, ainda que o texto se mantenha rigorosamente igual.

Um exemplo claro é o do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, mais especificamente do alcance da garantia constitucional da presunção de inocência. A questão era a seguinte: a execução provisória da pena após decisão em segunda instância viola o princípio da presunção de inocência?

Em 2009, o Plenário do STF apreciou o tema pela primeira vez, no julgamento do HC nº 84.078/MG, de relatoria do ministro Eros Grau.²¹⁰ O ato coator reproduzia a jurisprudência

interpretados.”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 88-89.

²⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 38; MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 198.

²⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 215.

²⁰⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 6 e seguintes.

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ Naquele caso concreto, o paciente estava preso preventivamente, após pedido do Ministério Público fundado na necessidade de salvaguardar a aplicação da lei. A acusação teria demonstrado que o paciente poderia utilizar seu patrimônio para fugir, diante do anúncio de que liquidaria seu patrimônio. Em contraposição, a defesa alegou que a liquidação dos bens teria o único objetivo de financiar nova atividade econômica. Com isso, o Ministro Nelson Jobim, relator original do caso, concedeu a liminar para afastar a prisão preventiva. Quando do julgamento de mérito, então, o Ministro Eros Grau limitou a controvérsia à idoneidade da execução provisória da pena, tendo em vista a decisão anterior: “Afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena.”. STF, HC nº 84078, Rel. Min. Eros Grau, j. em 5.2.2009, Acórdão, p. 7.

dominante, baseada no art. 637 do CPP/1941,²¹¹ segundo a qual o princípio constitucional da não culpabilidade não inibe prisão provisória do réu com condenação confirmada em segundo grau, já que os recursos especial e extraordinário não têm, em regra, efeito suspensivo.²¹² Após a promulgação da Lei nº 7.210/1984, a Lei de Execução Penal (LEP), o trânsito em julgado passou a condicionar a execução da sentença condenatória (arts. 105, 147 e 164).²¹³

A mudança jurisprudencial não foi imediata, mas pelo menos a partir de 2004 instaurou-se a divergência. A Primeira Turma, em decisões reiteradas, conformou-se à LEP e confirmou a vedação à execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ao passo que a Segunda Turma mantinha a jurisprudência anterior. Daí a afetação do tema, pela primeira vez, ao Plenário da Corte.²¹⁴ Em suma, por maioria de sete votos a quatro, a Corte decidiu que as prisões antes do trânsito em julgado seriam apenas de natureza cautelar, em atenção ao princípio da presunção de inocência do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Em 2011, a Lei nº 12.403 alterou o art. 283 do CPP e adequou-o à LEP e ao entendimento da Corte. Apesar da decisão e da mudança legislativa, a possibilidade de executar provisoriamente a pena após decisão em segunda instância permaneceu no debate público. Evidentemente, o contexto político-social, que se alterou bruscamente após a deflagração da Operação Lava-Jato em 2014, contribuiu para manter aberta a questão. Inclusive entidades representantes de classes jurídicas estimularam a continuidade da discussão. A Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), por exemplo, posicionou-se em favor da tese permissiva da

²¹¹ “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”. BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

²¹² Com esse entendimento, cf. STF, 70338, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 22.2.1994; STF, HC 72741, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 1.9.1995.

²¹³ “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. [...] Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. [...] Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.”. BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm.

²¹⁴ O julgamento iniciou-se na Primeira Turma, em 26.10.2004. Na ocasião, o ministro Eros Grau, relator, indeferiu o *habeas corpus*. O ministro Carlos Britto pediu vista dos autos e, retomado o julgamento em 24.11.2004, propôs a remessa do processo ao Pleno – “é chegada a hora de remeter ao Pleno essa matéria de uma vez por todas. As duas Turmas dissentem e o fazem reiteradamente.”. STF, HC nº 84078, Rel. Min. Eros Grau, j. em 5.2.2009, Acórdão, p. 24.

execução da pena antes do trânsito em julgado e apresentou anteprojeto de lei para viabilizar a prisão após decisão colegiada para alguns crimes.²¹⁵

Tudo isso levou a matéria a julgamento novamente, a partir do HC 126.292/SP, em 2016, sob a relatoria do ministro Teori Zavascki.²¹⁶ O relator propôs a retomada da jurisprudência anterior, incluindo seus fundamentos jurídicos, e foi seguido por seis de seus pares.²¹⁷ Com isso, o STF novamente alinhou-se à tese da compatibilidade entre a execução provisória após acórdão condenatório e o princípio da presunção de inocência, a despeito da redação conferida, anos antes, ao art. 283 do CPP. A toda evidência, a decisão do HC 126.292/SP demandaria uma nova interpretação do referido dispositivo que, em sua literalidade, permite apenas a prisão “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado”, com exceção do flagrante delito e de prisões cautelares.

Considerando a disputa sobre a interpretação da norma processual penal, o Partido Ecológico Nacional (PEN), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e o Partido Comunista do Brasil (PCB) ajuizaram ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs 43, 44 e 54).²¹⁸ Todas elas veicularam pedidos subsidiários de interpretação conforme a Constituição para vincular a eventual decisão de prisão aos requisitos do art. 312 do CPP ou para conferir efeito suspensivo aos recursos especiais.²¹⁹

Sob a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, as ADCs foram a julgamento em novembro de 2019. A maioria, por seis a cinco, seguiu o voto do relator para confirmar a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Mais uma vez o STF reformulou seu entendimento e, recuperando a tese de 2009, dessa vez com efeito vinculante, condicionou o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²²⁰

²¹⁵ CONJUR. Ajufe apresenta ao Senado PL que permite prisão após condenação em 2ª instância. 29.06.2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-29/ajufe-apresenta-pl-permite-prisao-condenados-instancia>.

²¹⁶ STF, HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17.2.2016.

²¹⁷ “A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.”. *Ibidem*, p. 15. Com o relator votaram os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. A divergência foi composta pelos ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Rosa Weber e Marco Aurélio Mello.

²¹⁸ STF, ADCs nº 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 7.11.2019.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 5-13.

²²⁰ Ementa: “PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia

A divergência minoritária instaurada pelo ministro Alexandre de Moraes propôs a interpretação conforme a Constituição do art. 283 do CPP, “de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após a decisão proferida por Tribunal de 2º grau de jurisdição”.²²¹ Seguido pelos ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, a interpretação conforme tinha por objetivo restringir o âmbito de incidência da norma processual penal benéfica ao réu.

O caso da execução provisória da pena é emblemático por demonstrar o desprendimento entre o enunciado e a norma na prática brasileira. Extraem-se plúrimas e distintas normas de um mesmo enunciado normativo. Ao mesmo texto de lei pode ser conferida uma ou outra interpretação, mais ou menos apegada à literalidade da disposição. Dificilmente os textos normativos conduzem a situações de isomorfia, nas quais “as palavras e expressões da linguagem nela utilizadas são suficientemente claras”.²²²

O natural é que haja dúvida quanto ao sentido e à abrangência da lei, sobretudo da lei constitucional, cujo caráter principiológico abre espaço para expressões indeterminadas e abstratas – como evidenciaram as discussões a respeito do sentido e do alcance do princípio da presunção de inocência.

2.5.2 *Unidade da Constituição*

O princípio da unidade da Constituição baseia-se na sistematicidade do ordenamento jurídico. Celso Ribeiro Bastos resume: “significa que todo o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas”.²²³ Apesar de essa conceituação ser comum na doutrina de direito constitucional – é adotada, por exemplo, por Barroso, Hesse, Canotilho e Mendes –²²⁴ faltam-lhe contornos mais claros.

versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.”
Ibidem.

²²¹ *Ibidem*, p. 64.

²²² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 152.

²²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 102.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202 e seguintes; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio

Para Santi Romano, vai além da existência de um sistema coeso e constituído por “normas concatenadas logicamente entre si”.²²⁵ A própria confiança em um sistema perfeitamente coerente contrasta com a prática legislativa, que é movida por objetivos outros do que construir um arcabouço normativo perfeitamente coerente entre si.²²⁶ Romano sugere, assim, que o ordenamento jurídico uno possui elementos que extrapolam um mero conjunto de normas. Às normas soma-se o direito em sua concepção social, entendido como “organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente”.²²⁷

Por essa via, a unidade da Constituição não se resume à interpretação coesa das normas constitucionais, mas abrange a integridade de todo o sistema social.²²⁸ Em sentido material, então, impõe que o exercício da jurisdição constitucional reflita o conteúdo da Constituição, bem como refuta interpretações formalistas.²²⁹

A aplicação sistemática tem a função de materializar conceitos vagos e abstratos, respeitando a interdependência ínsita às disposições constitucionais.²³⁰ Ou seja, a unidade da Constituição impede interpretações isoladas ou descontextualizadas do todo.²³¹ O intérprete deve buscar a harmonização – ou a concordância prática – entre valores constitucionais que se tensionem. A solução constitucionalmente adequada para conflitos dessa natureza é aquela que preserve, ao máximo, a higidez dos princípios constitucionais em questão.²³²

Antonio Fabris Editor, 1998, p. 72; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989, p. 137-138; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²²⁵ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 67.

²²⁶ *Ibidem*, p. 68.

²²⁷ *Ibidem*, p. 77.

²²⁸ No mesmo sentido, a respeito da obra de Santi Romano, desenvolve Raúl Usera: “(...) según este esquema ideado por Santi Romano, em que la Constitución es fundamento jurídico de la institución estatal y que, por ende, dicho fundamento resulta en sus términos y contenidos un todo coherente. Tal unidad sobrepasa el concepto mismo de sistematicidad relegándolo a mera consecuencia de la unidad descrita. Esta unidad sobrepasa la simple coherencia formal, es decir, que las disposiciones formen un todo identificable como una Constitución, ya que va mucho más allá, en tanto en cuanto composta, una complementariedad e integración entre todos los contenidos constitucionales.”. USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 176.

²²⁹ *Ibidem*, p. 177.

²³⁰ BULOS, Uadi Lamêgo. Teoria da interpretação constitucional. *Revista De Direito Administrativo*, 205, 23–64, 1996, p. 43-44.

²³¹ *Idem*; COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. *Revista De Direito Administrativo*, 230, 163-186, 2002, p. 179.

²³² COELHO, Inocêncio Mártires. *Ibidem*, p. 180.

Por outro lado, a coerência do sistema constitucional não pode ignorar – alerta Canotilho – a pluralidade inerente à democracia.²³³ Especialmente no Brasil, o processo constituinte é resultado do compromisso de sujeitos diversos, não raro com interesses contrários. Apesar das tentativas de partir de um texto base, a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) estruturou-se de maneira capilarizada em oito comissões temáticas, dentro das quais se ramificavam três subcomissões.²³⁴ Os órgãos descentralizados apresentaram suas partes, que, juntas, formaram o anteprojeto do texto constitucional – o que, para Cristiano Paixão, “garantiu uma maior democracia interna na Assembleia”.²³⁵

Além disso, ao longo de todo o processo constituinte, representantes de diversas áreas manifestaram-se em defesa de seus interesses.²³⁶ Veículos da imprensa, movimentos sociais, sindicatos, partidos políticos majoritários e minoritários, políticos governistas e de oposição participaram da ANC e transformaram-na em um palco para discussão e efetiva participação popular. Outra particularidade foram as audiências públicas e o envio de ementas populares, por meio das quais a sociedade civil contribuía ativamente para a elaboração do texto.²³⁷

O texto final da Constituição Federal de 1988 não apenas representa o movimento democrático de sua elaboração como consolida interesses contrários dos grupos atuantes. Um exemplo é o do art. 7º, XV, que trata do direito social ao “repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”. O dispositivo veicula, a um só tempo, importantes demandas do movimento sindical e da classe empresária. De um lado, os sindicalistas defendiam o direito ao descanso semanal remunerado e, de outro, os representantes empresariais demandavam que

²³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989, p. 137.

²³⁴ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, vol. 13, núm. 26, 2011, p. 164.

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ MICHILES, Carlos et al. 1989. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, *passim*.

²³⁷ O histórico discurso de Ulysses Guimarães quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 trata, em mais de um trecho, da participação popular durante os trabalhos da ANC. Em um excerto, diz: “Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna. O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final. A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões. Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar.”. GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 595-602, 2008, p. 596-597.

esse fosse aos domingos. A partícula “preferencialmente” destaca-se, nesse particular, como um elemento de construção de consenso entre grupos que negociavam de lados opostos.²³⁸

Com efeito, o reconhecimento de situações de tensão não invalida tampouco impossibilita a efetivação da unidade da Constituição. Assim, Canotilho afirma: “o *consenso fundamental* quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar (...) o pluralismo e o antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador”.²³⁹ Barroso lista diversos pontos de tensão no texto constitucional, como o direito às liberdades de manifestação e o direito à honra e à privacidade.²⁴⁰ A tarefa do intérprete, nesses casos, é conduzir ao entendimento “que permita o máximo de realização dos direitos fundamentais e o funcionamento das instituições”.²⁴¹

Quando se trata de normas de diferentes hierarquias, a unidade da Constituição impõe-se como um “um princípio de prevalência normativo-vertical”.²⁴² Como conjunto de regras jurídicas, a Constituição ocupa posição superior em relação às demais disposições normativas e impõe, a essas, a conformidade tanto na forma quanto no conteúdo.

O conceito de supremacia constitucional, umbilicalmente ligado ao de unidade do ordenamento, possui as dimensões formal e material.²⁴³ Na dimensão formal, a superioridade da constituição define o modo de produção legislativa e regras qualificadas para a alteração do texto constitucional. Na dimensão material, impõe a conformidade substancial das leis e atos administrativos aos parâmetros materiais inscritos nas regras e nos princípios constitucionais. Por essa via, a unidade da Constituição não é apenas o fundamento para a interpretação conforme, mas para toda e qualquer técnica do controle de constitucionalidade.²⁴⁴

²³⁸ COELHO, Ricardo Corrêa. *Partidos políticos, maiorias parlamentares e tomada de decisão na Constituinte*. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999, p. 68; NORONHA, Eduardo Garuti. *Mudança institucional e a Constituinte de 1987-88: temas e preferências de empresários e sindicalistas*. 7º Encontro da ABCP, p. 1–30, 2010.

²³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989, p. 137, grifos no original.

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204.

²⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 434.

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989, p. 120.

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 80 e seguintes.

²⁴⁴ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 96; COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007, p. 130.

Virgílio Afonso da Silva aponta inconsistências teóricas na classificação da unidade do ordenamento como fundamento da interpretação conforme.²⁴⁵ O autor considera que a premissa (as normas constitucionais são parâmetro interpretativo) e a conclusão (fixar uma interpretação conforme em vez de declarar a inconstitucionalidade da lei) conectam-se por um salto interpretativo.²⁴⁶ Aponta, ainda, a possível circularidade do argumento: “declarar a inconstitucionalidade de uma lei garante, na mesma medida, a unidade do ordenamento”.²⁴⁷ De fato, Silva apresenta elementos convincentes no que diz respeito à fragilidade do argumento e, sobretudo, na sua reprodução acrítica pela doutrina brasileira.²⁴⁸ Entretanto, o autor também admite a utilização da noção de unidade da Constituição para “todo e qualquer controle de constitucionalidade”, o que sugere o reconhecimento de ao menos algum rendimento ao conceito.²⁴⁹

Em que pese a abstração do conceito e as críticas a ele dirigidas, a jurisprudência do STF comumente se refere à unidade da Constituição para justificar a aplicação da interpretação conforme.²⁵⁰ O julgamento da Questão de Ordem na Repercussão Geral no RE nº 966.177/RG girou em torno da aplicação dos postulados da unidade e da concordância prática.²⁵¹ Estava em questão definir se o art. 116, I, do Código Penal impunha a suspensão do prazo prescricional em razão do sobrestamento de ações penais em decorrência do reconhecimento de repercussão geral. O dispositivo trata da suspensão da prescrição “enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência de crime”. É a hipótese de suspensão da prescrição durante o julgamento de questões prejudiciais, regulamentadas pelos arts. 92 a 94 do CPP.²⁵²

Apesar de as normas processuais penais não mencionarem o reconhecimento de repercussão geral como questão prejudicial propriamente dita, a Corte conferiu interpretação conforme ao art. 116, I, do CP para estabelecer a suspensão do curso prescricional no caso de

²⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 194-195.

²⁴⁶ *Idem.*

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ *Idem.* MACIEL, Silvio Luiz. Interpretação conforme a constituição. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 123.

²⁵⁰ Cf. STF, ADI 4078, Rel. Min. Luiz Fux. Redatora do acórdão: Cármen Lúcia, j. em 10.11.2011; STF, ADI nº 4439, Rel. Min. Roberto Barroso. Redator do acórdão: Alexandre de Moraes, j. em 27.9.2017.

²⁵¹ STF, Questão de Ordem na Repercussão Geral no RE nº 966177, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 7.6.2017, Acórdão, p. 23-24.

²⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 368.

sobrestamento de processos penais após a adoção da sistemática da repercussão geral.²⁵³ Dentre os fundamentos, a decisão remete-se à unidade do ordenamento jurídico para justificar a ampliação da hipótese suspensiva. Em síntese, considerou que admitir o sobrestamento dos processos penais sem paralisar a contagem do prazo prescricional tornaria deficiente a persecução penal.²⁵⁴

Dessa forma, a unidade da Constituição ampara as técnicas interpretativas no controle constitucional porque estabelece (i) a relação de interdependência entre as normas constitucionais, a serem harmonizadas a despeito de eventuais contradições; e (ii) a integração hierárquica das normas infraconstitucionais com os postulados constitucionais.

2.5.3 Presunção de constitucionalidade

A presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público pode ser também chamada de “pensamento *favor legis*” ou princípio de conservação da norma.²⁵⁵ Em síntese, expressa a ideia de que as leis ou atos do Poder Público são, *a priori*, constitucionais, tendo a inconstitucionalidade de ser provada por aquele que a arguiu.

O conceito surgiu no constitucionalismo norte-americano sob a justificativa de ser uma técnica de autocontenção judicial, por meio da qual se requeria a prova da inconstitucionalidade além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).²⁵⁶ Em *Fletch v. Peck*, John Marshall

²⁵³ Saber se é legítimo utilizar esse fundamento e a interpretação conforme para incluir uma hipótese de suspensão prescricional em processos penais é uma questão importante, discutida no último capítulo (cf. *infra*, IV.c.iv).

²⁵⁴ “Depreende-se, em suma, a partir da análise dos argumentos acima elencados, que diversas são as normas constitucionais que, direta ou indiretamente, são violadas a partir da não suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva no que condiz aos delitos que são objeto das ações penais que forem sobrestadas em decorrência da aplicação da sistemática da repercussão geral constitucional. Diante de tal quadro, o que se propõe é, a partir da invocação dos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, afastar o sobredito espectro de violação a normas de assento constitucional, interpretando a legislação infraconstitucional que regula a suspensão dos prazos prescricionais da pretensão punitiva de modo a abranger, no que pertine à regra prevista no art. 116, I, do CP, a hipótese fática processual concernente ao sobrestamento de ações penais em decorrência do disposto no art. 1.035, §5º, do CPC.” STF, Questão de Ordem na Repercussão Geral no RE nº 966177, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 7.6.2017, Acórdão, p. 23-24.

²⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a constituição e a declaração. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 1, n. 2, 1993, p. 25; BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 247 e seguintes; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178 e seguintes.

²⁵⁶ TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 15 e seguintes.

consignou que o juiz deve não apenas reconhecer a inconstitucionalidade, mas essa deve ser clara e tornar de todo incompatíveis a lei e a Constituição.²⁵⁷

O surgimento da presunção de constitucionalidade está atrelado à tentativa de equilibrar a separação entre os poderes após a consolidação do controle judicial de constitucionalidade das leis. A presunção traduzia-se na exigência de reconhecimento de inconstitucionalidade flagrante, sem a qual o Judiciário não estaria legitimado a declarar a incompatibilidade da lei com a Constituição. Nesse contexto, o legislador atua com ampla margem de discricionariedade.²⁵⁸

Parte da doutrina constitucional entende tratar-se de uma presunção como no direito em geral, uma exigência processual comum, embora justificada por razões extrajurídicas.²⁵⁹ A maioria, no entanto, reconhece a particularidade da presunção de constitucionalidade em relação às demais presunções jurídicas. As presunções legais dividem-se entre as absolutas (*juris et de jure*) e as relativas (*juris tantum*). Do ponto de vista probatório, Pontes de Miranda define as distinções: “Na presunção legal absoluta, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse²⁶⁰ presunção legal relativa, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse, admitindo-se prova em contrário”.²⁶¹

Com efeito, as presunções legais atribuem, por ficção jurídica, a verdade sobre certos fatos, podendo haver prova em contrário ou não. Um exemplo de presunção absoluta no ordenamento brasileiro é a do art. 1.597, V, do Código Civil, relativo à presunção de concepção na constância do casamento dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Ou seja, a utilização do sêmen de doador não altera a natureza da filiação, e os filhos dessa maneira concebidos terão os mesmos direitos e

²⁵⁷ *Fletch v. Peck*, 10 US 87 (1810), tradução nossa. Em seu voto, consignou: “The Court will not declare a law to be unconstitutional unless the opposition between the Constitution and the law be clear and plain.” [A Corte não deve declarar a lei inconstitucional, a não ser que a incompatibilidade com a Constituição seja clara e plena.]. O julgado também é mencionado por Paulo Bonavides, cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 248-249.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y formula politica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 201.

²⁶⁰ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 86.

²⁶¹ A teoria pontuada admite, ainda, a presunção legal mista, caracterizada como “a presunção legal relativa, se contra ela só se admite a prova *a*, ou *a* ou *b*.”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 446.

qualificações daqueles concebidos de outras formas.²⁶² Do reconhecimento de inseminação artificial não se extrai qualquer outro fato, mas dele decorrem consequências jurídicas.

As presunções relativas estabelecem relação dedutiva entre dois fatos (um presumido e um inferido) e permitem prova em contrário.²⁶³ É o caso da presunção de pagamento pela entrega do título ao devedor, do art. 324 do Código Civil, ou da presunção de inocência, do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. A relação entre fato presumido (a inocência) e fato inferido (a absolvição de quaisquer imputações penais) pode se alterar, se houver prova da culpa. O dever de provar, no caso, está com aquele que desafia a presunção – a acusação, no exemplo.

A breve remissão nos conceitos de presunção legal já demonstra a dificuldade de aplicá-los ao controle constitucional, cujo objeto de análise não são fatos propriamente ditos, mas a compatibilidade entre normas infraconstitucionais e a Constituição. Na tentativa de conciliar o instituto da presunção relativa legal e o juízo de constitucionalidade, De Laurentiis reporta-se aos fatos subjacentes à legitimidade da norma. Ou seja: a presunção de constitucionalidade incidiria sobre “os fatos que fundamentam a validade da lei” e sobre a regularidade do procedimento legislativo.²⁶⁴ O autor defende a presunção de constitucionalidade em sua concepção *in dubio, favor legis*.

Nessa linha, a conservação das normas atrela-se à premissa de que o legislador e os órgãos públicos atuaram de boa-fé e de maneira legítima. É uma “confiança outorgada ao legislativo”.²⁶⁵ Esse é o conteúdo de uma das regras de interpretação de Henry Campbell Black: “Ao interpretar uma lei duvidosa ou ambígua, os tribunais presumirão que a intenção do legislador foi a de promulgar uma lei válida, sensata e justa”.²⁶⁶ No caso dos atos legislativos,

²⁶² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de processo*, v. 196, 2011, n.p.

²⁶³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 446-447.

²⁶⁴ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89. Para amparar o seu fundamento, o autor observa a relevância das questões de fato no juízo de constitucionalidade, ainda que abstrato, da lei (art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/1999).

²⁶⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editora Civitas, 1991, p. 328, tradução nossa.

²⁶⁶ BLACK, Henry Campbell; Tradução de: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Presunções na construção constitucional e a consideração dos efeitos e consequências do texto normativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. n. 7. ano 2. p. 333-366. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018, p. 336.

a conservação se justifica ainda pela proximidade entre representantes políticos e a vontade popular.²⁶⁷

Noutro giro, alguns autores preferem referir-se de outro modo à mesma ideia. Hans Prümmer define como “uma antecipação do juízo de improcedência da arguição de inconstitucionalidade”, já que se trata de presumir a constitucionalidade da lei impugnada.²⁶⁸ Pontes de Miranda, por sua vez, fala em “princípio da melhor suposição” para apontar a pré-disposição do Judiciário na análise da constitucionalidade das normas.²⁶⁹

Lúcio Bittencourt, por sua vez, nega a noção de presunção.²⁷⁰ Para o autor, a lei não é tida como válida ou legítima quando questionada a sua constitucionalidade. Explica: “A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei – não se presume – é para todos os efeitos”.²⁷¹ Ainda que se afaste do conceito de presunção de constitucionalidade, o autor reitera a ideia central segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade exige a incompatibilidade “clara, inequívoca, indiscutível, não podendo existir a respeito qualquer dúvida razoável”.²⁷²

Na doutrina nacional, a crítica mais veemente à presunção de constitucionalidade é a de Virgílio Afonso da Silva, para quem a categoria é “simplista, unilateral, supérflua e trivial”.²⁷³ Para o autor, o argumento gira em torno apenas da deferência ao legislador e à separação de poderes, sem considerar outras variáveis importantes, como a matéria de que trata a lei.²⁷⁴ Por

²⁶⁷ USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 202; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 73; SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme a constituição: *Verfassungskonforme Auslegung* brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 143, p. 19-33, jul./set. 1999, p. 23.

²⁶⁸ PRÜMM, Hans apud DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86-87.

²⁶⁹ Para Pontes de Miranda, o princípio da melhor suposição é aquele segundo o qual “a lei e o regulamento, como os demais atos estatais, se supõem acordes com a Constituição e só o exame pelo órgão competente pode desconstituí-los ou negar-lhes eficácia”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Defesa, guarda e rigidez das constituições. guarda e rigidez das constituições*. Revista de Direito Administrativo, n. 4, p. 1-25, 1946, p. 16-17.

²⁷⁰ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 95-96.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 95, grifos no original. O autor ainda menciona a caráter geral e obrigatório das normas como fundamento para sua argumentação: “Sendo a lei *obrigatória*, por natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fosse furtar-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, *não se presume válida*: ela é válida, eficaz e obrigatória.”. *Ibidem*, p. 96.

²⁷² *Ibidem*, p. 96.

²⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 197.

²⁷⁴ O autor ilustra a crítica: “Segundo uma das acepções dessa presunção, caso haja mais de uma interpretação possível para uma lei ou dispositivo legal, e uma delas garanta a liberdade dos cidadãos de forma mais efetiva, é essa a interpretação que deverá ser prioridade. Pode acontecer, no entanto, que uma lei restrinja alguma liberdade

um lado, a tendência em prol da conservação da norma não é apenas um recurso de respeito ao legislador, mas de confiança no procedimento legítimo e representativo de aprovação das leis.

Por outro lado, de fato, a presunção de constitucionalidade pode confrontar-se com direitos fundamentais prioritários. Para casos dessa natureza, a jurisprudência norte-americana desenvolveu exceções à presunção de constitucionalidade durante a *Era Lochner* – o primeiro período de ativismo acentuado da Suprema Corte estadunidense.²⁷⁵ O julgado mais marcante – *Lochner v. New York* – tratava da constitucionalidade de uma lei que limitava a quantidade de horas tratadas por funcionários de padarias (*Bakeshop Act*).²⁷⁶ O estado de Nova York proibiu jornadas de trabalho que excedessem a 60 (sessenta) horas semanais ou a 10 (dez) horas diárias. A Suprema Corte declarou inconstitucional a lei novaiorquina com base na 14ª Emenda, de 1868, sob a justificativa de que a norma interferia a liberdade de contratar e de que não havia relação direta entre a carga horária em questão e a proteção da saúde dos empregados.²⁷⁷

Até meados da década de 1930, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de inúmeras leis estaduais e federais relativas à regulação de mercado. Paralelamente à argumentação baseada na indevida intromissão do Legislativo no mercado corria a superação da exigência de incompatibilidade flagrante para a declaração de inconstitucionalidade. As legislações intervencionistas, na verdade, eram presumidas inconstitucionais.²⁷⁸ Na *Era Lochner*, a presunção de inconstitucionalidade das políticas características do *New Deal* tinha caráter eminentemente político, o que rendeu críticas sobre a arbitrariedade das decisões.²⁷⁹

garantida pela constituição. Se seguirmos a ideia subjacente à interpretação conforme a constituição e à presunção de constitucionalidade, caso haja uma interpretação que torne a lei inconstitucional, essa deverá ter prioridade.”. *Ibidem*, p. 197.

²⁷⁵ SHAMAN, Jeffery. Cracks in the structure: the coming breakdown of levels of scrutiny. *Ohio State Law Journal*, v. 45, p. 161-183, 1984; TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 34-35.

²⁷⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

²⁷⁷ *Idem*.

²⁷⁸ TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 36.

²⁷⁹ A observação é de Jamie Cameron, para quem “it became patently clear, in the line of cases following *Lochner v. New York*, that the court held statutes unconstitutional only because a majority disagreed with the policy objectives of the legislature” [“tornou-se claro que, nos casos que se seguiram a *Lochner v. New York*, a corte declarou a inconstitucionalidade de normas apenas porque a maioria discordava dos objetivos políticos”]. Cf. CAMERON, Jamie. “The Motor Vehicle Reference and the Relevance of American Doctrine in Charter Adjudication.” In: SHARPE, Robert J. (ed.). *Constitutional Litigation*. Toronto, ON: Butterworths, 1987. Em sentido semelhante: WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*. New York: Basic Books, 1986, p. 160 e seguintes; CHOUDRY, Sujit. The *Lochner* Era and Comparative Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 1, p. 1-55, 2004.

A racionalização da presunção de inconstitucionalidade ocorreu a partir do julgamento *United States v. Carolene Products Co.*, e também tinha como cerne a matéria de fundo das leis impugnadas.²⁸⁰ Em específico, o julgado estabeleceu um nível de controle mais rigoroso para casos em que a lei contrariasse, em tese, os direitos fundamentais de que tratam as primeiras dez emendas.²⁸¹ Proibição de direitos políticos, restrições à liberdade religiosa, leis baseadas em critérios de raça ou que vão na contramão da proteção de minorias – são hipóteses que requerem maior rigor no escrutínio judicial, o *strict scrutiny*.

Atualmente, a doutrina norte-americana questiona o legado do caso *United States v. Carolene Products Co.* A despeito das críticas em torno da decisão e de seu rendimento contemporâneo, não há dúvida quanto aos seus objetivos: a um, mitigar a presunção de constitucionalidade em certos casos e, a dois, estabelecer a deferência legislativa como regra geral.²⁸² Nasce desse contexto a doutrina dos direitos preferenciais, cuja implementação distingue a proteção judicial conferida às normas, a depender do seu objeto de regulação.²⁸³

Por essa via, a crítica de Virgílio Afonso da Silva é acertada. A lei regulamentadora do exercício de garantias fundamentais deve ser olhada com desconfiança pelo Judiciário, seja em razão do *status* constitucional, seja em razão da eficácia normativa. Por isso, embora a legitimidade do processo legislativo deva ser uma premissa adotada pelo Judiciário, a presunção de constitucionalidade deve ser mitigada quando se tratar do controle judicial de normas proibitivas ou regulamentadoras de direitos constitucionais. Além de Silva, há outros estudiosos brasileiros que defendem a presunção de constitucionalidade gradativa, como Cláudio Pereira

²⁸⁰ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 US 144 (1938).

²⁸¹ *Idem*. O resumo do entendimento está na nota de rodapé nº 4.: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. (...)” [“Talvez deva existir um escopo mais restrito para a presunção de constitucionalidade quando a legislação pareça violar uma proibição específica da Constituição, como aquelas das primeiras dez emendas, que são igualmente específicas quando comparadas à Décima Quarta [Emenda].”]

²⁸² Em perspectiva crítica, cf. STRAUSS, David A. Is Carolene Products Obsolete? *University of Illinois Law Review*, vol. 2010, n. 4, 2010; ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, 1985; MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²⁸³ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 156 e seguintes; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 187; TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 40.

de Souza Neto e Daniel Sarmento,²⁸⁴ Clèmerson Merlin Clève e Bruno Lorenzetto,²⁸⁵ André Ramos Tavares e Nicola Tommasini²⁸⁶ e Ademar Borges.²⁸⁷

Para Virgílio Afonso da Silva, ademais, os conceitos de presunção e de constitucionalidade ou inconstitucionalidade são incompatíveis, porque esses não admitem prova em contrário.²⁸⁸ O autor destaca que a conformidade ou não com a Constituição não é inerente à lei. Em geral, a conformidade constitucional de uma norma depende do exercício interpretativo – tanto da lei quanto da Constituição. Entretanto, algumas formas de inconstitucionalidade formal são inerentes à lei, como as violações ao devido processo legislativo – que, aliás, permitem a prova em contrário. Uma lei aprovada por quórum abaixo do necessário ou de iniciativa de ente incompetente são exemplos disso. Além disso, a própria distinção entre questões de fato e questões de direito, sobretudo no âmbito constitucional, tem sido objeto de revisão.²⁸⁹

Ainda assim, é de se admitir o descompasso entre as presunções jurídicas e o controle judicial, como já pontuado.²⁹⁰ Em vez de presunção, portanto, parece mais adequado falar em antecipação de resultado de procedência ou improcedência, reversível se apresentados argumentos formais e/ou materiais que justifiquem a conformidade ou a desconformidade entre a norma impugnada e a Constituição.

²⁸⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 7, agosto, 2015, n.p.

²⁸⁶ TAVARES, André Ramos; TOMMASINI, Nicola. Graduando a presunção de constitucionalidade. *Revista Fórum Jurídico*, v. 7, p. 69, 2015; TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

²⁸⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

²⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 197-198.

²⁸⁹ Para contraditar a crítica de Silva, Tommasini sugere que “as proposições de fato e de direito não podem ser distinguidas ontológica nem epistemologicamente”. A equivalência ontológica afasta-se do realismo jurídico e admite que questões de fato e de direito são apreendidas a partir de inferências da realidade. Já a equivalência epistemológica está no semelhante processo de justificar a existência das questões de fato e de direito. Para o autor, “a verificação de se proposições “de direito” são ou não justificadas necessariamente perpassa um processo de justificação que obedece, em sua essência, os mesmos princípios epistemológicos que já são aplicados às questões tradicionalmente enquadradas como “de fato”. Ou seja, mesmo as questões de direito são apresentadas e justificadas por meio de provas, embora essas “provas” sejam comumente chamadas de “argumentos”. TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 72-75.

²⁹⁰ Em sentido contrário, cf. TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A principal função desse juízo antecipatório é estabelecer os padrões de prova da certeza da inconstitucionalidade da lei, que se alteram de acordo com o rigor da atuação judicial em relação ao objeto analisado.²⁹¹ Tommasini ainda menciona outras duas funções: orientar a regra de decisão segundo a qual, havendo dúvida, declara-se a constitucionalidade da norma (*in dubio pro legislatore*), e conferir transparência à distribuição do ônus da prova.²⁹²

Apesar das divergências doutrinárias sobre o tema, a lei brasileira confere às normas alguma presunção de constitucionalidade a partir de mecanismos processuais como a reserva de plenário, do art. 97 da Constituição Federal, que estabelece o quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade, e a manifestação do Advogado-Geral da União (ou, em âmbito estadual e distrital, o respectivo cargo análogo) em defesa do ato impugnado, constante do art. 103, §3º, da Constituição Federal.²⁹³ Mesmo assim, o sistema brasileiro não se orienta exclusivamente por essa presunção, uma vez que admite, por exemplo, a suspensão da norma por medida cautelar, em regra, decidida monocraticamente.²⁹⁴

A jurisprudência do STF segue a mesma ambivalência. Por uma perspectiva, endossa os fundamentos da presunção de constitucionalidade. Nesse particular, a Corte pondera a conservação da norma como instrumento de autocontenção judicial e de deferência à escolha legislativa,²⁹⁵ bem como exige a demonstração de incompatibilidade incontornável entre a norma impugnada e a Constituição para a declaração de inconstitucionalidade.²⁹⁶ A presunção de constitucionalidade manifesta-se também na escolha sobre os efeitos da declaração de nulidade, sobretudo nas áreas administrativa e tributária. O Tribunal já utilizou o fundamento,

²⁹¹ *Ibidem*, p. 85-86.

²⁹² *Ibidem*, p. 86-95. No sistema brasileiro, a jurisprudência consolidada reitera a máxima de que, em controle concentrado de constitucionalidade, o pedido é definido, mas a causa de pedir é aberta. Significa que ao juiz constitucional, bem como aos terceiros, é dada a tarefa de inovar quanto aos argumentos em prol da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada. Por isso, a função de racionalizar a distribuição do ônus da prova não se adequa ao ordenamento nacional, notadamente quando se tratar de controle abstrato. Cf., no sentido exposto, por todos, STF, ADI nº 3796, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 8.3.2017.

²⁹³ Apesar da literalidade da norma constitucional a respeito de o Advogado-Geral da União (AGU) manifestar-se em defesa do ato impugnado, a jurisprudência do STF consolidou-se para admitir a autonomia do AGU para corroborar a arguição de inconstitucionalidade. STF, ADI 3916, Rel. Min. Eros Grau, j. em 3.2.2010.

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 190-191.

²⁹⁵ “(...) 14. A autocontenção judicial requer o respeito à escolha democrática do legislador, à mingua de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis e à luz dos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, *caput*, da Constituição, os quais garantem as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização.”. STF, ADI nº 5794. Rel. Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Luiz Fux, j. em 29.6.2018.

²⁹⁶ “Vale dizer, o poder de controlar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos vem associado a elevado encargo no que diz respeito à fundamentação do ato decisório. Desse modo, a lei ou decreto para ter reconhecida sua inconstitucionalidade e declarada sua nulidade, pelo Poder Judiciário, há de estar em manifesto e incontornável conflito com a Lei Fundamental.”. STF, MC-ADI nº 5795, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 22.8.22.

por exemplo, para conferir efeitos prospectivos a decisões de inconstitucionalidade relativas à transposição de regime jurídico,²⁹⁷ à promoção de magistrados²⁹⁸ e à concessão de serviços de segurança e motorista a ex-Governadores.²⁹⁹

Por outra perspectiva, em contraposição à exegese da presunção de legitimidade das normas, a jurisprudência admite a autonomia de órgãos estatais para negar cumprimento à lei que entenda como inconstitucional. Trata-se de entendimento longo do STF, consolidado antes mesmo da Constituição Federal de 1988, quando a Corte já se manifestava favoravelmente à prerrogativa de o Poder Executivo deixar de aplicar a lei considerada inconstitucional, mas ainda vigente.³⁰⁰

Dessa forma, a presunção de constitucionalidade está no cerne da interpretação conforme a Constituição, assim como fundamenta outros métodos intermediários de decisão,³⁰¹ porque estabelece a noção de que a declaração de inconstitucionalidade é a via excepcional. A lei é, em regra, constitucional, ou pode ter a sua aplicação resolvida a partir de métodos interpretativos.

2.6 Limites doutrinários e jurisprudenciais

Como técnica interpretativa moderna, a interpretação conforme a Constituição caracteriza-se por conferir flexibilidade ao intérprete. Diante de um texto normativo plurissignificativo, a decisão pela inconstitucionalidade deixa de ser a única possibilidade. A interpretação conforme a Constituição, portanto, permite que a norma ambígua seja mantida no ordenamento com o sentido que lhe for atribuído pelo Judiciário. A doutrina e a jurisprudência entendem não se tratar de uma prerrogativa absoluta do intérprete, mas de uma técnica interpretativa limitada por regras hermenêuticas. São elas, principalmente: (i) o sentido

²⁹⁷ STF, ADI 1476, Rel. Min. Nunes Marques, j. em 1.8.2018; STF, ADI nº 3456, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 23.8.2019.

²⁹⁸ STF, ADI nº 4758, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 18.12.2019.

²⁹⁹ STF, ADI nº 5346, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 18.10.2019.

³⁰⁰ STF, RMS nº 14797. Relator: Victor Nunes, j. em 8.6.1966. Sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. Poder executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, v. 181, p. 387-414, 990.

³⁰¹ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93.

inequívoco do texto normativo; (ii) a vontade do legislador; (iii) a função de legislador negativo.³⁰²

O respeito à literalidade da norma é a limitação por excelência não apenas para a interpretação conforme a Constituição, mas para a interpretação jurídica em geral.³⁰³ Savigny já mencionava o texto da norma como obstáculo intransponível ao processo interpretativo.³⁰⁴ No que se refere à interpretação conforme, há dois aspectos centrais da limitação ao texto da lei.

O primeiro, de natureza substancial, refere-se ao teor literal da lei, ao sentido manifesto das palavras que compõem o enunciado da norma. “Há que se respeitar o significado possível da proposição normativa, não se admitindo uma interpretação que violente a estrutura verbal do preceito”, sintetiza Gilmar Mendes.³⁰⁵ O autor destaca o teor literal como instrumento de autocontenção judicial, já que a estruturação jurídica da sociedade cabe aos legisladores democraticamente eleitos.³⁰⁶ De Laurentiis alinha a limitação do texto à função jurisdicional, resguardando assim a competência legislativa.³⁰⁷

³⁰² Os limites a serem explorados na presente dissertação não esgotam todos os elementos presentes na doutrina ou na jurisprudência, mas representam os argumentos com maior incidência. Guilherme Klafke, ao analisar a relação entre os conceitos e os limites conferidos à interpretação conforme a Constituição pela doutrina brasileira, elenca outras justificações para limitação de uso da técnica, tais como “sentidos máximos das palavras”, “ausência de divergência real em torno das interpretações do dispositivo”, “delimitação de competências”, “princípios e regras processuais”, “relação de precedência entre técnicas” “outros princípios e regras jurídicas”, “postulado da proporcionalidade”, cf. KLAFFE, Guilherme. *A interpretação conforme a Constituição na doutrina brasileira: uma análise entre conceitos e os limites à utilização da técnica*. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 214-216.

³⁰³ Tratando da interpretação das leis em geral, Francesco Ferrara afirma: “A interpretação deve ser objetiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei.”. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 129. No mesmo sentido, Müller assinala a importância da interpretação gramatical da norma constitucional: “*O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis*. (...) Decisões que passam claramente por cima [überspielen] do teor literal da constituição não são admissíveis. O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência de obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito.”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 64, grifos no original.

³⁰⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 80-84.

³⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 287. Em sentido semelhante: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 411. Elival da Silva Ramos segue a mesma linha, ao definir do que se trata a vinculação da interpretação jurídica ao texto-base: “O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma.”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 171.

³⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 4, p. 7-30, 1993, n.p.

³⁰⁷ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111.

A textualidade da lei delimita o espaço de decisão permitido ao intérprete, mas não se confunde com a reprodução do tradicional método gramatical de interpretação jurídica.³⁰⁸ Isto é, essa limitação não exige que o resultado do processo interpretativo seja a reprodução do teor literal, “mas deve ser *de qualquer modo ainda compatível* com o texto da norma”, não apenas a partir da interpretação gramatical, mas dos demais métodos tradicionais somados à interpretação conforme.³⁰⁹

A limitação da interpretação conforme pela textualidade é reproduzida pela jurisdição constitucional brasileira; no entanto, a prática revela incoerências.³¹⁰ Um caso simbólico foi o julgamento da medida cautelar na ADI nº 6.039, sob a relatoria do ministro Edson Fachin.³¹¹ A Procuradoria-Geral da República impugnou a lei estadual do Rio de Janeiro relativa ao Programa de Atenção às Vítimas de Estupro, em cujo art. 1º, §3º, estabelece regras para o exame de vítimas femininas. A lei impunha o seguinte: sempre que possível, o exame será feito por legistas mulheres, e o será obrigatoriamente nos casos de vítimas menores de idade.³¹² O pedido baseou-se nas supostas inconstitucionalidades formal e material da norma, por violação à competência privativa da União para legislar sobre matéria processual e por ofensa ao acesso à justiça de crianças e adolescentes.

O voto condutor confirmou a constitucionalidade da norma, mas apontou uma inconstitucionalidade circunstancial – “uma vez que não é a previsão abstrata da norma que parece ser inconstitucional, mas a sua aplicação concreta.”³¹³ A circunstância inconstitucional seria a de recusa de legistas homens à realização de exames em vítimas menores de idade, ante a disposição normativa que tornou obrigatório o exame, nesses casos, por peritas mulheres. Há

³⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173. Sobre o método gramatical, Carlos Maximiliano defende que seja o primeiro a ser aplicado, em todos os casos, e complementado com os demais. Diz o autor: “O processo gramatical será o primeiro na ordem metódica, em a gradação tradicional; porém não em valor, importância: interpretação, por excelência, é a que se baseia no elemento ideológico.”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 117.

³⁰⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 64, *vide* nota de rodapé 78, grifos no original.

³¹⁰ “III. Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição.”. STF, ADI nº 3046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15.4.2004. Cf., em sentido semelhante: STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 30.4.2009.

³¹¹ STF, ADI nº 6039, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 13.3.2019.

³¹² Art. 1º. (...) §3º Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher. RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 8.008, de 28 de junho de 2018. Disponível em: <http://alerj.ln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/72ee11ee5c79ec0a832582bb00584668?OpenDocument&Highlight=0,8008>.

³¹³ STF, ADI nº 6039, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 13.3.2019, Acórdão, p. 8.

duas consequências principais nisso, ambas negativas: a ilicitude do procedimento, que conduziria à posterior anulação das provas, e a morosidade causada pela alta demanda, incompatível com o efetivo de mulheres legistas. Diante do esclarecimento fático e de ponderações relacionadas à prioridade absoluta de proteção às crianças e adolescentes, formou-se maioria para atribuir à norma interpretação conforme “no sentido de reconhecer que as crianças e adolescentes deverão ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência”.³¹⁴

Na prática, a interpretação transformou a partícula “obrigatoriamente” em “preferencialmente”, já que acrescentou requisitos à aplicação da lei. O resultado concreto da decisão foi inclusive reconhecido durante o julgamento. Disse a ministra Cármen Lúcia: “Esse ‘obrigatoriamente’ fica valendo apenas no sentido de uma obrigação para o Estado criar essas condições, mas não para impedir que seja realizado”.³¹⁵ Os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Marco Aurélio Mello abriram divergência sob o fundamento de que a lei seria formal e materialmente inconstitucional. Ao longo das discussões, foram apontadas várias inconsistências da lei, uma vez que o cumprimento estrito às obrigações dela decorrentes poderiam prejudicar a persecução penal em casos graves.³¹⁶

No caso, considerando as circunstâncias fáticas, parece clara a inconstitucionalidade material da norma, cuja aplicação efetivamente comprometia a concretização do acesso à justiça e da proteção prioritária despendida às crianças e adolescentes por ocasião do art. 227 da Constituição Federal.³¹⁷ Em vez de declarar a inconstitucionalidade da medida, porém, a Corte utilizou a interpretação conforme para substituir o vocábulo “obrigatoriamente” por “preferencialmente”, e com isso ultrapassou o limite do respeito ao texto da lei.³¹⁸

³¹⁴ *Ibidem*, p. 12.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

³¹⁶ Os apontamentos seguem a sorte da observação do ministro Alexandre de Moraes: “(...) o próprio Legislativo, autor da lei, percebeu que, apesar da boa intenção, é absolutamente impossível cumprir a lei sem prejuízo da própria vítima. Pois o que vinha ocorrendo, nos relatos por telefone que nos passaram, é que a vítima ia ao perito, que se recusava.”. *Ibidem*, p. 21.

³¹⁷ Luísa Lacerda e Nina Pencak sugerem que o resultado prático da decisão compartilha as premissas do constitucionalismo feminista, já que se tratou de medida para “assegurar a proteção e assistência da vítima”. LACERDA, Luísa. PENCAK, Nina. O constitucionalismo feminista e sua influência no Supremo Tribunal Federal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXVII, Bogota, p. 333-352, 2021, p. 336, nota de rodapé nº 3.

³¹⁸ ALENCASTRO, Emiliane; DANTAS, Ivo. Os fundamentos da interpretação conforme a Constituição: crônica de uma morte anunciada na Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 46, p.161-181, ago. 2021, p. 167.

Por outra perspectiva, o segundo aspecto do respeito à literalidade da norma é de natureza processual e relaciona-se ao não cabimento da aplicação da interpretação conforme nos casos que a norma manifestar sentido inequívoco, isto é, quando não se tratar de texto plurissignificativo. Em suma, o sentido inequívoco do texto inviabiliza a utilização da interpretação conforme, cujo requisito de aplicação é a existência de duas ou mais possíveis interpretações, sendo ao menos uma delas constitucional.³¹⁹

Essa é, em regra, a orientação do STF.³²⁰ O paradigma é o julgamento da medida cautelar da ADI nº 1.344, de relatoria do ministro Moreira Alves.³²¹ No caso, a lei estadual dispunha sobre exceções ao teto remuneratório de servidores do Estado do Espírito Santo, incluindo as vantagens e gratificações em geral, mesmo aquelas sem natureza pessoal. Para justificar a decisão de suspender a eficácia da lei, em vez de conferir-lhe uma interpretação constitucional, o relator apontou o sentido unívoco da norma como barreira à utilização da técnica interpretativa.³²²

Contudo, nem sempre o STF limita suas decisões considerando a falta de sentidos plúrimos da norma. Na verdade, é comum a discordância em relação à existência ou não de significados múltiplos, além de contradições causadas pela rejeição do argumento, não raro em julgamentos apontados como de maior intervenção judicial.³²³

É o caso da ADPF nº 54, em que se discutiu a tipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico à luz dos arts. 126 e 128 do Código Penal.³²⁴ A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não cabimento da interpretação conforme dado o sentido inequívoco dos dispositivos, com o que concordaram os ministros Cezar Peluso e Carlos

³¹⁹ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnica e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112.

³²⁰ Em julgado recente, o tribunal decidiu: “*Interpretação conforme a Constituição*. Não há necessidade de recurso à técnica da interpretação conforme a Constituição (i) se o sentido mais evidente da norma for compatível com a ordem constitucional; ou (ii) se a norma não comportar mais de uma possibilidade interpretativa.”. STF, ADI nº 6855, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 22.2.2023. Cf., no mesmo sentido, STF, ADI nº 3904, Rel. Min. Nunes Marques, j. em 11.11.2021.

³²¹ STF, MC-ADI nº 1344, Rel. Min. Moreira Alves, 18.12.1995.

³²² “(...) esse preceito visa a alcançar indistintamente todas as vantagens e gratificações de qualquer natureza que excedam a teto nele referido, não é possível dar-se-lhe outra interpretação, para reduzir o seu alcance, e, assim, torná-lo conforme à Constituição Federal, porque a técnica da interpretação conforme só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente.”. *Ibidem*.

³²³ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnica e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 108.

³²⁴ STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.4.2012.

Velloso.³²⁵ Por sua vez, o ministro Ayres Britto admitiu a ADPF com base em distintas interpretações possíveis e, após seu voto, somou-se a ele a maioria do colegiado.³²⁶ Como se sabe, o Tribunal admitiu a utilização da técnica e, ao final, aplicou-a para atribuir um novo sentido às disposições penais relacionadas à interrupção da gravidez. Em diversos outros casos, a Corte deparou-se com a mesma questão.³²⁷

Embora pareça simples a ideia de limitação da interpretação conforme em razão do sentido unívoco da norma, a prática revela a complexidade de definir se do enunciado normativo de fato decorre apenas uma interpretação possível. Até porque o processo interpretativo não considera apenas as palavras da lei, mas também o seu contexto histórico-social, a ideia subjacente à norma, além dos elementos subjetivos do próprio intérprete.³²⁸ Não por acaso, acumulam-se as críticas ao famoso brocardo latino *in claris cessat interpretatio*, segundo o qual a clareza dispensa a interpretação, já que mesmo enunciados objetivos podem suscitar dúvidas.³²⁹

Toda aplicação da lei, portanto, decorre de uma interpretação, por mais clara que seja a disposição. Prova disso são as dificuldades interpretativas das leis que regulamentam prazos processuais. Em tese, não haveria espaço de decisão para as normas cuja aplicação, por natureza, é dotada de objetividade. Mas há intenso debate, por exemplo, a respeito da contagem

³²⁵ No julgamento da Questão de Ordem na ADPF nº 54, o ministro Peluso observou que, até então, a interpretação dos arts. 126 e 128 do Código Penal nunca esteve em questão: “A simples leitura dos termos da petição inicial evidencia que esta pretende criar uma *excludente de ilicitude* contra a clareza do sentido emergente de um conjunto de normas que jamais provocaram, até hoje, dúvida alguma de interpretação, tanto na doutrina, como na da jurisprudência.”. STF, QO na ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.4.2005.

³²⁶ De acordo com o ministro Ayres Britto, a interpretação dos dispositivos não era unívoca; pelo contrário, comportavam ao menos três vieses interpretativos, quais sejam, “a antecipação terapêutica do feto anencéfalo é crime”, “inexiste o crime de acordo naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um ”natimorto cerebral” e “a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é fato típico, sim, é aborto, sim, mas sem configurar prática penalmente punível”. *Ibidem*, p. 100-104.

³²⁷ STF, RE nº 121336, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17.10.1990; STF, ADI nº 5498. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Teori Zavascki, j. em 14.4.2016.

³²⁸ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 108-109; FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 20-21. Por esse viés, Carlos Maximiliano observa a complexidade da interpretação normativa: “São as palavras símbolos apenas. Agrupadas, enfeixam, em reduzida síntese, um processo complexo de pensamentos. Cabe ao aplicador do direito desdobrar as ideias consubstanciadas no bloco, o que efetua conforme a sua experiência, desviado muitas vezes por aspirações, preferências e preconceitos pessoais, ou de comunidade, ou pela ignorância, quer das diferenças de acepções decorrentes do lapso do tempo, quer das alterações verificadas no meio ambiente.”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 117.

³²⁹ Conferir a crítica de Carlos Maximiliano. *Ibidem*, p. 38 e seguintes; SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 62; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 447.

de prazos processuais durante feriados que, embora nacionalmente reconhecidos, dependem de regulamentação local, como a segunda-feira de Carnaval e o *Corpus Christi*.³³⁰

Ademais, o respeito à vontade do legislador é outra limitação aplicada à interpretação jurídica em geral, embora o seja com mais veemência quanto se trata de interpretação constitucional. Até porque o processo legislativo envolvido na produção das normas constitucionais, sobretudo as originárias, atrela-se ao poder constituinte originário, cujas características (inicial, autônomo, onipotente, incondicionado) distinguem-no do poder constituinte derivado e das demais expressões do Poder Legislativo.³³¹

Por sua vez, a expressão “vontade do legislador” assume definições distintas a depender do conceito a que se refere. Pode significar a “vontade do legislador histórico” (corrente subjetiva) ou a “vontade objetivada na lei” (corrente objetiva), e os limites de interpretação conforme alteram-se de acordo com essa definição.

A vontade do legislador histórico, também conhecida por *mens legislatoris*, relaciona-se à teoria subjetivista da interpretação jurídica e ganhou espaço durante o regime absolutista nos séculos XVII e XVIII, além de ter encontrado terreno fértil na cultura jurídica positivista como forma de impedir decisões arbitrárias e garantir a segurança jurídica.³³² De certa forma, a busca pela vontade do legislador histórico é contrária ao exercício interpretativo. Fruto da Escola da Exegese, a função do juiz seria apenas revelar o conteúdo da norma, sem alterá-lo a partir de seus vieses particulares.³³³

A corrente subjetivista entende a interpretação como uma atividade declarativa cujo objetivo é desvendar o pensamento do legislador.³³⁴ Em uma forma mais branda, considera a atividade legislativa o ponto de partida necessário da ciência hermenêutica, de modo que o recurso “aos documentos e às discussões preliminares, que deram ensejo ao aparecimento da norma, é incontornável”.³³⁵ Desconsiderar as discussões em âmbito legislativo, para os subjetivistas, conduz à insegurança na aplicação do direito, “que estaria à mercê da opinião do intérprete”.³³⁶

³³⁰ Cf. STJ, Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 1481810, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 19.5.2021.

³³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almeida, 1989, p. 97.

³³² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68-71.

³³³ TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 57.

³³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

³³⁵ *Ibidem*, p. 71.

³³⁶ *Idem*.

Tarello classifica a vontade do legislador histórico como elemento do argumento psicológico da interpretação jurídica, segundo o qual o sentido da norma se releva através da análise das motivações da lei, das discussões legislativas, enfim, de todos os elementos temporalmente próximos ao legislador.³³⁷ Sobre o argumento, o autor tece quatro observações críticas. A primeira refere-se à premissa moderna, que permanece atual, relativa à participação ativa do julgador na criação do direito, com o que não se coaduna a busca pela vontade do legislador histórico. Em segundo lugar, o autor sugere que o argumento psicológico é tanto mais impositivo quanto mais próximo da promulgação da norma. Atualmente, o recurso à análise do intuito legislativo, nesse aspecto, tornou-se comum nos momentos imediatamente subsequentes à entrada em vigor da norma.³³⁸

Em terceiro lugar, Tarello aponta que a vontade do legislador histórico é mais definida em situações em cujo procedimento legislativo não ensejou tantos debates e tampouco a participação de atores com interesses distintos. Quando a redação normativa é fruto de debates de grupos plurais, segundo o autor, a finalidade é criar um enunciado amplo, que contemple, tanto quanto possível, todas as demandas. Por isso, em regra, não há uma vontade do legislador histórico, mas a delegação da interpretação normativa aos aplicadores do direito.³³⁹ A quarta observação diz respeito às consequências da interpretação baseada na vontade do legislador histórico no que se refere às normas compostas por sucessivas emendas legislativas. Para Tarello, nesses casos, o método pode causar contradições e lacunas legais, já que diferentes grupos foram responsáveis por diferentes trechos de uma mesma lei.³⁴⁰ Nessa linha, destaca a efetividade do método como fonte de interpretação das legislações especiais.³⁴¹

Com base em suas observações, Tarello conclui que o argumento em prol do legislador histórico costuma apenas afastar interpretações contrárias aos objetivos dos autores da lei, e não confirmarem o sentido da norma segundo os legisladores que a conceberam e a aprovaram. Isso por uma razão simples: “es certamente más fácil determinar lo que *no* ha sido querido, que lo que *fue* querido”, resume.³⁴²

³³⁷ TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 257-258; 327 e seguintes.

³³⁸ *Ibidem*, p. 329.

³³⁹ *Idem*.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 330.

³⁴¹ *Idem*.

³⁴² *Idem*. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 51-52. Uma crítica semelhante, entre nós, é feita por Celso Ribeiro Bastos. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. Peculiaridades justificantes de uma hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, p. 40-53, 1997, n.p.

Por outro viés, a corrente objetiva caracteriza-se por examinar a vontade objetivada em lei, a chamada *mens legis* ou *ratio legis*. A figura do legislador deixa de estar na centralidade da interpretação e abre espaço para análise dos elementos objetivos que conduziram à aprovação da norma. Parte-se da premissa de que “a norma tem um sentido próprio”, influenciado pelas estruturas sociais e jurídicas que a cercam.³⁴³ Contrariando os princípios do subjetivismo, Barroso resume a importância do viés objetivo na interpretação normativa: “O que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda sua vigência.”³⁴⁴

Rui Medeiros, na mesma linha, relaciona a vontade objetiva da norma à “intenção que está subjacente à tendência geral da lei ou às opções fundamentais nela consagradas”.³⁴⁵ Ao contrário da corrente subjetiva, a interpretação normativa orientada pela vontade objetiva da lei não se limita pelo contexto histórico de seus autores. Na verdade, essa perspectiva permite a atualização permanente dos conceitos jurídicos – pela qual recebe o nome de interpretação evolutiva.³⁴⁶ Os institutos normativos são criados a partir de um “horizonte estreito, [de] um conjunto de fatos concretos bastante limitado”, e sua continuidade depende de serem aplicados a situações imprevisíveis ao legislador que lhes criou.³⁴⁷

A interpretação evolutiva mantém o direito vivente e adapta-o às necessidades do tempo presente.³⁴⁸ Na prática constitucional brasileira, um exemplo notório foi a discussão em torno da imunidade tributária aplicada aos livros eletrônicos (*e-books*) e a seus leitores (*e-readers*). O art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal concede imunidade tributária a livros, jornais, periódicos e ao papel destinado à sua impressão. Evidentemente, os *e-books* e *e-readers* nem

³⁴³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70. Karl Larenz utiliza expressão parecida: “a lei é mais racional do que o seu autor e, uma vez vigente, *vale por si só*.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 32.

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

³⁴⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 312.

³⁴⁶ *Idem*. Anna Cândida Cunha Ferraz define interpretação constitucional evolutiva da seguinte maneira: “Sem contrariar o texto literal da Constituição, admitem-se novos conteúdos ao mesmo, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes quando elaboraram a Constituição. Este é o chamado *método evolutivo*, *interpretação evolutiva* ou *critério evolutivo* aplicado à interpretação constitucional.” FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 45; REAL, Alberto Ramón. Los métodos de interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*, n. 25/26, p. 56-69, 2016, p. 65.

³⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 32 e seguintes.

³⁴⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 45. REAL, Alberto Ramón. Los métodos de interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*, n. 25/26, p. 56-69, 2016, p. 65.

mesmo existiam à época das discussões constituintes, ou seja, não compunham o suporte fático antecipado pelos legisladores para fins de aplicação da norma constitucional. Ainda assim, o Tribunal estendeu a imunidade tributária aos livros e leitores digitais. Negar-lhes o mesmo tratamento das demais categorias esvaziaria a finalidade última do ordenamento constitucional-tributário, “já que se equiparam aos tradicionais copos mecânicos dos livros físicos, mesmo que estejam acompanhadas de funcionalidades acessórias”, decidiu o relator, seguido por todos os seus pares.³⁴⁹

Para alguns autores, separar a vontade subjetiva do legislador e a vontade objetiva da norma é meramente didático. O contexto histórico de criação da norma e a finalidade do legislador são considerados no processo interpretativo, assim como os elementos objetivados da norma, a fim de que sua aplicação seja estendida, restrita ou de qualquer forma modificada para atender às particularidades concretas decorrentes da passagem do tempo. É o que, em suma, propõem Francesco Ferrara e Lucas Catib De Laurentiis.³⁵⁰ Ferrara expõe a mescla: “A lei deve considerar-se uma entidade sempre *viva* enquanto dura sua vigência; mas isto não quer dizer que não seja importante, em caso algum, o saber-se que a lei *nasceu* em certo tempo e com certa fisionomia. Embora esta depois tenha sofrido alteração”.³⁵¹

De Laurentiis igualmente considera compatíveis as correntes subjetivista e objetivista, que, juntas ou separadas, limitam a interpretação conforme.³⁵² Sendo possível reconhecer a vontade subjetiva do legislador, pode ser utilizada concomitantemente aos elementos

³⁴⁹ STF, RE nº 330817, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 8.3.2017, Acórdão, p. 26. No mesmo julgamento, o ministro Roberto Barroso acompanhou o voto do ministro relator, Dias Toffoli, e mencionou exemplos de outras interpretações evolutivas aplicadas a preceitos constitucionais principiológicos: “(...) a Constituição é um documento vivo, e, portanto, o sentido e o alcance das suas normas vão sofrendo o impacto das novas realidades. Quando a Constituição foi elaborada, não havia rede mundial de computadores como existe hoje. Mas ninguém negará que a ideia de liberdade de expressão se aplica também à veiculação de opiniões, informações e ideias na rede mundial de computadores. Não havia – nós éramos felizes e não sabíamos – o correio eletrônico, que hoje em dia consome de uma a duas horas da vida de cada um de nós, porque a tecnologia não havia chegado a esse ponto. Mas ninguém dirá que os *e-mails* não são protegidos pelo direito de privacidade, ou pela inviolabilidade da correspondência. Portanto, o fato de que algumas situações não tenham sido cogitadas pelo constituinte não impede que o sentido e o alcance das normas constitucionais sejam expandidos para acolher situações novas que claramente se encaixam no âmbito do constituinte.”. *Ibidem*, p. 62.

³⁵⁰ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 29-30; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 116.

³⁵¹ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 29-30, grifos no original.

³⁵² DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 116.

objetivados na norma. O que não é viável, segundo De Laurentiis, “é que a interpretação conforme a Constituição seja aplicada sem a observância de qualquer desses critérios”.³⁵³

Embora a maioria da doutrina sustente a superação da vontade subjetiva do legislador como elemento interpretativo, alguns resquícios permanecem. Mendes, Barroso e Bittencourt são exemplos disso: defendem a limitação da interpretação pela vontade objetiva na norma, mas restringem também a interpretação que dê sentido contrário àquele pretendido pelo legislador, elemento próximo à corrente subjetivista.³⁵⁴ A jurisprudência do STF caminha pelos conceitos e possui julgados em diferentes sentidos, ora adotando a limitação à vontade subjetiva do legislador, ora adotando a limitação à vontade objetivada em lei.

O argumento em prol do legislador constituinte (*mens legislatoris*) foi utilizada na ADI nº 4.429, que discutia a constitucionalidade dos arts. 33, *caput* e §§1º e 2º, da Lei nº 9.394/1996, e 11, §1º, do Acordo Brasil-Santa Sé.³⁵⁵ O pedido inicial foi o de conferir interpretação conforme a Constituição para estabelecer que o ensino religioso em escolas públicas deve ser facultativo e ter caráter não confessional, bem como não pode ser ministrado por representantes de religiões. O voto condutor do ministro relator, Roberto Barroso, julgou procedente a ADI e atribuiu a interpretação conforme nos termos assentados pela PGR em seu pedido inicial, e recebeu adesão de quatro de seus pares.³⁵⁶

O ministro Alexandre de Moraes inaugurou a divergência, que se sagrou vencedora, para julgar improcedente a referida ADI em razão de “não vislumbrar, nos dispositivos questionados na inicial, nenhuma ofensa aos ditames constitucionais”.³⁵⁷ Em seu argumento, utilizou informações extraídas dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte no que se refere às discussões sobre o art. 210, §1º, da Constituição Federal. Após a análise do processo legislativo-constitucional, concluiu que “O constituinte de 1987-1988, após longa e detalhada discussão,

³⁵³ *Idem.*

³⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 4, 7-30, 1993; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 120; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 163.

³⁵⁵ STF, ADI nº 4439, Rel. Min. Roberto Barroso. Redator do acórdão: Alexandre de Moraes, j. em 27.9.2017. Votaram com o relator os ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello.

³⁵⁶ O relator propôs, no mesmo sentido, a tese de julgamento: “O ensino religioso ministrado em escolas públicas deve ser de matéria efetivamente facultativa e ter caráter não confessional, vedada a admissão de professores na qualidade de representantes das religiões para ministrá-lo.”. *Ibidem*, p. 36.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 99.

manteve o modelo histórico de *ensino religioso*”, o que implicaria a rejeição ao ensino não confessional e obrigatório.³⁵⁸

Em outros casos, a vontade do legislador – principalmente a constituinte, originário ou reformador – também prevaleceu e impediu o recurso à interpretação conforme.³⁵⁹ De outro lado, a jurisprudência possui julgados que utilizam apenas a vontade objetivada em lei para definir o limite à atividade interpretativa.³⁶⁰

No julgamento do HC nº 82.959/SP, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o STF analisou a constitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072, que estabelecia o cumprimento integral de pena em regime fechado em se tratando de crimes hediondos.³⁶¹ A declaração de inconstitucionalidade incidental da norma teve, dentre tantos, o argumento de que a progressão de regime está inserida na vontade objetiva da Constituição Federal de 1988, embora não esteja lá prevista.³⁶² A proibição à pena de morte ou de caráter perpétuo revelam um sistema prisional voltado à inclusão social do preso, de modo que a progressão de regime não pode ser prerrogativa de apenas alguns crimes.

Vale dizer que a incursão na finalidade da lei confere ao Poder Judiciário a última palavra sobre qual a razão subjacente à norma. Ou seja, nem sempre a análise da vontade objetivada na lei impede o uso da interpretação conforme. No caso das decisões relativas às normas de Constituições Estaduais sobre o procedimento e os requisitos para instauração de processos contra Governador de Estado, o STF alterou sua jurisprudência com base aplicação

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 87, grifos no original. O voto vencedor destaca a intenção do constituinte de que o ensino religioso mantenha a tradição brasileira: “Manteve-se, portanto, a tradição constitucional brasileira de *ensino religioso ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, que, voluntariamente, se inscrever para a disciplina, respeitando-se dessa maneira a plena liberdade religiosa e não permitindo ao Estado escolher o conteúdo da matéria, em desrespeito as várias crenças existentes.*”. *Ibidem*, p. 88, grifos no original.

³⁵⁹ Confira, e.g., a seguinte ementa: “III – As disposições questionadas tornaram explícita a vontade do constituinte reformador e a do legislador ordinário no sentido de colocar-se um ponto final nas assimetrias causadas pela existência de coligações em eleições proporcionais, sobretudo tendo em conta a finalidade dos repasses de recursos do FEFC e do Fundo Partidário.”. STF, ADI 7214, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 3.10.2022.

³⁶⁰ STF, ADI nº 1969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 28.6.2007; STF, Cancelamento do Verbete 506 da Súmula. Informativo 299.

³⁶¹ STF, HC nº 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.2.2006.

³⁶² Explica o argumento o ministro Carlos Britto: “(...) a progressão no regime de cumprimento de pena em estabelecimento físico do Estado finca raízes na vontade objetiva da Constituição de 1988. Não que a própria Constituição vocalize o fraseado “regime de progressão em estabelecimento penitenciário ou prisional do Poder Público”. Porém no sentido inicial de que ela, Constituição Federal, ao proibir a pena de morte (“salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”) e o aprisionamento em caráter perpétuo (alíneas *a* e *b* do inciso XLVII do art. 5º), parece que somente o fez no pressuposto da regenerabilidade de toda pessoa que se encontre em regime de cumprimento de condenação penal, seja quando essa condenação diga respeito à privação total da liberdade de locomoção, seja quando referente à privação parcial dessa mesma liberdade.”. *Ibidem*, p. 196.

errônea da autonomia dos Estados-membro.³⁶³ A averiguação do “espírito da norma” motivou a utilização de “interpretação constitucional construtiva”.³⁶⁴ No caso, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas, e não conferiu a interpretação conforme como havia pedido inicialmente o requerente. De todo modo, o exemplo mostra a dualidade do argumento em torno da vontade objetivada da lei, que pode resultar em uma nova interpretação da norma constitucional em questão, ensejando uma mutação constitucional por via informal.³⁶⁵

Por último, a função de legislador negativo é o limite interpretativo que impede a utilização da interpretação conforme como instrumento de criação ou correção normativa. Nessa função, a atuação como guardião da Constituição restringe-se à atividade de retirar do ordenamento as normas conflitantes com o sistema constitucional, sem a pretensão de substituir-se ao legislador.³⁶⁶ Nem sempre a doutrina se refere propriamente à expressão “legislador negativo”. Mas a ideia de que a aplicação interpretação conforme deve observar a autocontenção judicial em deferência ao legislador aparece em vários autores.³⁶⁷

Esse é o modelo proposto por Kelsen, para quem a jurisdição constitucional não exerce atividade legislativa, dada a diferença entre a criação e a anulação das leis.³⁶⁸ Em última análise, o Poder Legislativo atua livremente, ao passo que a Corte Constitucional se limita a aplicar as normas da Constituição, razão pela qual o seu papel na criação do direito é reduzido. “A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição”, assevera o autor.³⁶⁹

³⁶³ STF, ADI nº 4764, Rel. Min. Celso de Mello. Redator do acórdão: Roberto Barroso, j. em 4.5.2017, Acórdão, p. 75. Caso semelhante, cf. STF, ADI nº 4362, Rel. Min. Dias Toffoli. Redator do acórdão: Roberto Barroso, j. em 9.8.2017.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 52-53.

³⁶⁵ A Corte reconhece a mutação constitucional operada no caso concreto: “mudanças na realidade fática e na percepção do direito, como as ocorridas no contexto aqui relatado, devem conduzir a uma mudança na interpretação constitucional da matéria.”. *Ibidem*, p. 54.

³⁶⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, p. 681.

³⁶⁷ SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme a constituição: *Verfassungskonforme Auslegung* brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 143, p. 19-33, jul./set. 1999, p. 25; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 496; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 171; MACIEL, Silvio Luiz. *Interpretação conforme a constituição*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 129; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 172-173.

³⁶⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 152.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 153. Em complemento: “A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma

A limitação em razão do papel de legislador negativo, de certa forma, conecta-se com os demais limites interpretativos operados pelo respeito à literalidade da norma e pela vontade do legislador. É o que elucida Barroso: “o princípio [da interpretação conforme a Constituição] tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.”³⁷⁰ O postulado aparece já na primeira discussão do STF tratando da interpretação conforme. Na Rp nº 1.417, o Tribunal deixou de aplicar a técnica interpretativa e, dentre os fundamentos, afirmou que “atua como *legislador negativo*, mas não tem o poder de agir como *legislador positivo*, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”.³⁷¹

Em outras oportunidades, o STF reforçou a atuação exclusiva como legislador negativo, negando-se a utilizar a via interpretativa para corrigir ou alterar o sentido das normas. Nesses casos, o vício legislativo, não podendo ser corrigido diretamente pela Corte, levava à “pura e simples” declaração de inconstitucionalidade.³⁷² Está atrelada a essa limitação funcional a jurisprudência que não admite a “supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo” com objetivo de modificar substancialmente a lei.³⁷³

Para Silva, por sua vez, o uso dissimulatório do dogma da legislação negativa serve para que o STF atribua novo sentido às normas, atuando como legislador positivo, mas sem dizê-lo.³⁷⁴ De fato, a jurisprudência do Tribunal mostra a concomitância da jurisprudência baseada apenas na função de legislador negativo e de decisões interpretativas manipulativas, que dão novo sentido à norma.³⁷⁵

Os institutos próprios para questionar omissões inconstitucionais – o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) – reclamaram, com

totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.” *Idem*.

³⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto, *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 167.

³⁷¹ STF, Representação de Inconstitucionalidade (RP) nº 1417, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 2.8.1999.

³⁷² A expressão é utilizada na ADI nº 696, de relatoria do ministro Sydney Sanches. O trecho está na ementa do julgado: “Em se tratando, porém, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, de processo objetivo, em que apenas se discute a validade, ou não, do ato normativo impugnado (em tese), e não podendo o S.T.F., como legislador negativo, alterar o texto das normas impugnadas, resta-lhe a declaração, pura e simples, da inconstitucionalidade.” STF, ADI nº 696, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 20.9.1995.

³⁷³ STF, MC-ADI nº 1063, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 18.5.1994, Acórdão, p. 18. Com o mesmo entendimento, cf. STF, ADI nº 779, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 8.10.1992.

³⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006, p. 203-204.

³⁷⁵ STF, ADI nº 1127, Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ricardo Lewandowski, j. em 17.5.2006.

o tempo, decisões com maior efetividade. A partir disso, sobretudo em decisões concernentes ao MI, já desde a década de 1990 “o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva”.³⁷⁶ Redator do acórdão paradigmático do MI nº 670/ES, no qual o Tribunal reconheceu a omissão inconstitucional e definiu as regras aplicáveis ao direito de greve de servidores públicos, Gilmar Mendes admitiu que a decisão compunha um movimento “em que o tribunal rompe um pouco com a postula que tradicionalmente chamávamos de legislador negativo e passa a ser também, ainda que provisoriamente, um legislador positivo”.³⁷⁷

Ainda que o Tribunal admitisse a tendência de enfraquecer a atuação exclusiva como legislador negativo apenas em casos de inconstitucionalidade por omissão, isso acontecia também em situações de inconstitucionalidade comissiva. As ADIs nº 1.105 e nº 1.127, de relatoria do ministro Marco Aurélio e relativas ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), são exemplos conhecidos.³⁷⁸ Nesses casos, a decisão deu procedência parcial ao pedido e, em parte, conferiu novo significado aos dispositivos. O art. 50 da referida Lei trata do poder de requisição de Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções, e não apresenta requisitos para o ato. Impugnado o dispositivo, a decisão conferiu-lhe interpretação conforme para adicionar três condições à requisição: a motivação, a compatibilização com as finalidades da lei e o pagamento das custas. Ainda incluiu a ressalva a documentos sigilosos.

O rompimento com o dogma do legislador negativo, no entanto, acentuou-se com o julgamento das ADPFs nº 132 e nº 54, nos anos de 2011 e 2012, respectivamente. As decisões marcaram a virada jurisprudencial não apenas por mencionarem a superação do paradigma anterior, mas principalmente porque classificaram essa superação como uma evolução, um

³⁷⁶ O julgamento do MI nº 670/ES é o marco do reconhecimento, pelo Tribunal, da sua evolução jurisprudencial em direção à função de legislador positivo em casos de omissão inconstitucional. STF, MI nº 670, Rel. Min. Maurício Corrêa. Redator do acórdão: Gilmar Mendes, j. em 25.10.2007.

³⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Uma revolução silenciosa no Supremo. [Entrevistado por] Cristine Prestes. *Valor Econômico*, São Paulo, 18 out. 2007.

³⁷⁸ STF, ADI nº 1105, Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ricardo Lewandowski, j. em 17.5.2006; STF, ADI nº 1127, Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ricardo Lewandowski, j. em 17.5.2006. O exemplo aparece em: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.489-1.490; DE LAURENTIIS, Lucas de; FINATELLI, Carolina Silva. Técnicas decisórias com efeitos aditivos no direito comparado: modelos e casos aplicados no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 309, p. 129-146, 2020, n.p; STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.4.2012.

progresso em desenvolvimento em outras Cortes Constitucionais.³⁷⁹ Ainda assim, há julgados recentes que reproduzem a noção de que o STF apenas atua como legislador negativo.³⁸⁰

É possível dizer, portanto, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a existência de limites ao uso das técnicas interpretativas, notadamente da interpretação conforme a Constituição. Apesar disso, a prática brasileira possui vários exemplos de julgados que extrapolam esses limites. A literalidade do texto, a vontade subjetiva ou objetiva do legislador e a função de legislador negativo, em alguma medida, restringem a atuação criativa do STF; mas, conforme se colhe dos julgamentos, são todas balizas excepcionáveis diante do caso concreto.

2.7 Conclusão parcial

O desenvolvimento do constitucionalismo moderno e da jurisdição constitucional levou à evolução dos métodos de interpretação jurídica para além daqueles tradicionais (métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico), sistematizados por Savigny. O surgimento das modernas técnicas de interpretação constitucional relaciona-se a dois vetores principais: a particularidade da norma constitucional (supremacia formal e material, abstração, poder constituinte e natureza política) e a necessidade de contornar o dogma da nulidade absoluta.

A interpretação conforme a Constituição origina-se no direito norte-americano, mas ganha relevância com a utilização no direito alemão. Em ambos os países, o escopo da técnica é o mesmo – a criação de uma interpretação normativa com objetivo de conformar a norma ao texto constitucional. No direito norte-americano, a interpretação conforme baseia-se sobretudo na noção de que a declaração de inconstitucionalidade é um ato excepcional. Por outro lado, no direito alemão, a técnica é um contrapeso ao monopólio do controle constitucional do Tribunal Constitucional, já que permite aos tribunais comuns adequar a interpretação da lei ao que se coaduna com a Constituição, sem necessariamente submeter a questão à Corte Constitucional.

³⁷⁹ O trecho do acórdão da ADPF nº 132 é ilustrativo: “(...) é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.” STF, ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 5.5.2011, Acórdão, p. 153-154.

³⁸⁰ STF, ADPF nº 622, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 1.3.2021; STF, AgRg-RE nº 1123745, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27.9.2019.

No Brasil, os primeiros sistemas de controle constitucional tiveram forte influência do direito norte-americano, assim como as primeiras aplicações da interpretação conforme pelo STF. No julgamento da RP 1.714/DF, o tribunal equiparou a interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – o que até atualmente representa o manejo cotidiano da técnica na jurisdição constitucional brasileira.

A despeito da aplicação inconsistente pelo judiciário brasileiro, a interpretação conforme a Constituição é uma técnica interpretativa caracterizada por fundamentos específicos, dentre os quais estão a distinção entre texto e norma, a unidade da Constituição e a presunção de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a distinção entre texto e norma revela que o ato de interpretar distancia-se de uma atividade meramente declaratória e passiva do intérprete. A norma é o resultado do processo interpretativo, que considera não apenas o texto da norma, mas as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes. Em segundo lugar, a unidade da Constituição presume a interdependência entre as disposições constitucionais e a integração hierárquica das normas infraconstitucionais aos ditames constitucionais. Em terceiro lugar, a presunção de constitucionalidade estabelece o princípio geral de conservação da norma, pelo qual as leis são, em regra, constitucionais, tendo aquele que arguiu a inconstitucionalidade o ônus de prová-la.

Além de fundamentos, a interpretação conforme possui três limitações principais: o sentido inequívoco do texto da lei, a vontade do legislador e o dogma do legislador negativo. A literalidade da norma é o limite intransponível pelo intérprete, além de representar uma espécie de óbice processual ao cabimento da técnica. A vontade do legislador, subjetiva ou objetiva, vincula a posterior interpretação da lei, especialmente em períodos próximos à deliberação legislativa. Por último, as Cortes Constitucionais obedecem a uma função de legislador negativo, na qual lhes cabe apenas o exercício de retirar as normas inconstitucionais do ordenamento. Todas essas limitações, no entanto, são comumente excepcionadas no âmbito do STF.

3 O DIREITO PENAL E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 destaca-se na história do constitucionalismo brasileiro em razão da proeminência de dispositivos relativos ao Direito Penal e Processual Penal. Embora as constituições anteriores também previssem garantias penais fundamentais, como o Tribunal do Júri, a legalidade estrita e a retroatividade da lei, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de direitos e introduziu a figura dos mandados constitucionais de criminalização. Esse fenômeno “reflete a explícita aceitação, por parte do constituinte imaginário, de deveres [constitucionais] de proteção com feição jurídico-penal.”³⁸¹

Mas a relação entre Direito Penal e Constituição não se resume a uma justaposição normativa. É, antes de tudo, definida conceitualmente. A relação primária não está no fato de que as normas constitucionais tenham, eventualmente, conteúdo penal ou processual penal. O fio que conecta os ramos penal e constitucional é mais profundo. Explica-o Figueiredo Dias: “O direito penal constitui, por excelência, um ramo ou uma parte integrante do direito público.”³⁸² Para o autor, nenhum outro par de ramos do direito está tão umbilicalmente ligado como o direito penal e o direito público. Essa “estreitíssima conexão” fundamenta-se em duas noções essenciais das sociedades modernas: (i) o dever estatal de promover as condições dignas para o pleno desenvolvimento dos cidadãos; e (ii) o dever estatal de proteção, concretizado a partir de ações repressivas contra quem violar a liberdade, o patrimônio, a integridade física, dentre outros elementos que compõem as condições de plena dignidade.³⁸³

³⁸¹ FELDENS, Luciano. Art. 5º, XLII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 419.

³⁸² DIAS, Jorge Figueiredo de. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 13. José de Faria Costa também insere o direito penal no conjunto do direito público, cf. COSTA, José de Faria. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, p. 70 e seguintes. Também nesse sentido, atentando à inexistência de um direito fundamental de punir, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 86-88.

³⁸³ *Idem*. Figueiredo Dias sugere que, em relação ao direito constitucional, o direito penal é um ramo dependente, assim como “qualquer outro ramo do direito ordinário”, tendo em conta a supremacia constitucional. Mas o autor não ignora a autonomia do direito penal como disciplina própria e contrapõe-se à teoria das normas de Binding, que distingue as normas primárias de comportamento (oriundas do direito civil e público) e as normas secundárias de sanção (oriundas do direito penal). Para Binding, não cabe ao direito penal implementar as normas de comportamento tampouco definir quais são os ilícitos, mas tão somente aplicar a sanção em caso de descumprimento. Extrai-se da teoria de Binding a noção de unidade do ilícito. Contudo, Figueiredo Dias evidencia a revelância da filtragem penal em relação a quais condutas podem ou não ser submetidas à pena ou à medida de segurança. “Justamente porque a função do direito penal radica na proteção das condições indispensáveis da vida comunitária (e, neste sentido, a sua função é em verdade subsidiária, fragmentária e, *hoc sensu*, “acessória”), cumpre-lhe seleccionar, dentre os comportamentos em geral ilícitos, aqueles que, de uma perspectiva *teleológica*, representam um ilícito geral digno de uma sanção de natureza criminal. Esta tarefa de seleção ou eleição não pode ser levada a cabo sem uma valoração ético-social do comportamento e não se dilui por isso no “delito geral de

Na modernidade, estabeleceu-se uma via de mão dupla entre a teoria constitucional e o exercício do poder punitivo. De um lado, o Estado exerce exclusivamente o poder punitivo. Zaffaroni et al caracterizam a persecução penal moderna como fruto do confisco dos conflitos particulares pelo Poder Público, que substitui (ou, como prefere o autor, exclui) a vítima.³⁸⁴ Dessa forma, o poder de punir “surge como coisa pública, por inteiro subtraída à vontade dos particulares”.³⁸⁵ De outro, a liberdade, a autonomia, a esfera particular dos cidadãos e outros direitos constitucionais explícitos ou implícitos limitam a persecução penal.³⁸⁶ Como poder-dever estatal, o poder punitivo necessariamente está submetido a limites decorrentes do sistema democrático, e que devem ser respeitados também pelo direito penal.³⁸⁷

Ou seja, em um Estado Democrático de Direito, o confisco dos conflitos penais é um lado da moeda, enquanto o compromisso do Poder Público com a paz social e a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos é o outro. Contudo, a garantia do bem-estar social e da segurança pública não é exclusiva do ramo penal. Essas são questões sociais que se irradiam para o Direito em geral, cabendo a intervenção penal apenas em último caso (*ultima*

desobediência” de que falava Binding.”. *Ibidem*, p. 14, grifos no original. Para uma visão otimista da teoria das normas, ainda com apontamentos críticos, cf. RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito. Trad. Adriano Teixeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, p. 51-73, 2014.

³⁸⁴ Os autores analisam criticamente a consolidação do modelo confiscatório dos conflitos, sobretudo por relegar a vítima a um dado criminalístico sem atuação determinante no curso da persecução penal. Apontam as dúvidas sobre o argumento relacionado à racionalidade da exclusividade estatal na condução de processos penais e aplicação das sanções, considerando a seletividade e a violência inerentes ao sistema penal contemporâneo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Teoria geral do direito penal. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 39 e seguintes. Uma incursão histórica no tema é feita por Gabriel Anitua, que dispõe sobre o início do Estado moderno e da ideia de expropriação dos conflitos. Diz o autor: “Mais do que usurpar a função jurisdicional, o Estado e o Direito – o rei e seus juristas especializados – apropriaram-se das relações de poder interpessoais, do próprio conflito. O monopólio estatal do *ius puniendi* significa que não se substituiu somente a sociedade em assembleia, mas também as vítimas de sua reclamação, e em seus lugares apareceram funções estatais que deviam ser respeitadas por aqueles. O Estado teria interesse, desde então, na resolução dos conflitos, mais do que os particulares, o que se revelaria em falta de acusações e no surgimento das delações secretas como motor inicial das ações que promoveriam juízos e castigos. ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 42-43; para mais, cf. *Idem*, p. 37-49.

³⁸⁵ DIAS, Jorge Figueiredo de. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 13.

³⁸⁶ *Idem*.

³⁸⁷ Por essa perspectiva, elucidam Ferré Olivé et al: “Em um Estado social de Direito, atribuir ao próprio Estado a titularidade do *ius puniendi* não supõe uma decisão arbitrária, já que se entende que a instância pública é a única capaz de resolver o conflito de *forma pacífica*, ou seja, a que pode dar uma solução que garanta a paz social, traga segurança jurídica e respeite as garantias individuais.”. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 76.

ratio). O sistema penal, nessa linha, consiste em um subsistema do controle social exercido pelo Estado, cuja aplicação se dá sob o viés da intervenção mínima.³⁸⁸

Então, se o Direito Penal se fundamenta, substancialmente, na necessidade de proteção social por meio da aplicação de penas ou medidas de segurança, então o poder de punir restringe-se a essa necessidade.³⁸⁹ As sanções penais legitimam-se como último recurso de proteção da sociedade, “cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico”.³⁹⁰ O raciocínio evidencia a “fundamentação utilitarista da intervenção penal”, que vincula a aplicação das normas penais à relevância do direito violado e à gravidade da ofensa.³⁹¹

A garantia de direitos individuais é o fundamento legitimador da persecução penal em um Estado Democrático de Direito, no qual não há espaço para instrumentalização do poder incriminatório. A necessária referência a garantias individuais impede que o aparato punitivo seja utilizado para repreender condutas meramente imorais ou utilizar a criminalização como instrumento de transformação social.³⁹²

Nessa linha, a premissa de qualquer ordenamento jurídico, mas sobretudo de um ordenamento jurídico-penal em um sistema democrático, é a orientação a fins. A eleição dos fins no Direito em geral certamente é tarefa desafiadora, dada a intangibilidade do conceito.³⁹³

³⁸⁸ Figueiredo Dias fundamenta a perspectiva racional do direito penal a noção de intervenção mínima, isto é, na ideia de que a pena possui a função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal. O sistema criminal não é o único nem o primeiro a mover-se para tutelar bens jurídicos, e o faz apenas diante de bens jurídicos dignos de pena. A subsidiariedade da tutela penal de bens jurídicos é também destacada por Roxin, para quem “El derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. Por ello se denomina a la pena como la “*ultima ratio* de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.” DIAS, Jorge Figueiredo de. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 79-80; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

³⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 108-109.

³⁹⁰ MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. Sobre princípios limitadores de aplicação da lei penal, cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevideo: B de F, 2001, p. 107 e seguintes.

³⁹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 43.

³⁹² RIPOLLÉS, José Luis Diéz. *A política criminal na encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 16; ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 13-14; HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98-99.

³⁹³ A orientação instrumentalista das normas jurídicas faz parte do marco capitalista registrado por Max Weber como racionalidade finalística. Há muito, o conceito foi apropriado pela ciência do direito para observar as normas jurídicas como um meio adequado a um fim. Robert Summers descreve quatro pilares do instrumentalismo. Primeiro, estabelece a lei como um instrumento dirigido a objetivos específicos. Segundo, as leis são parte

A finalidade de uma norma é o sinônimo da intenção do legislador, da exposição de motivos da proposta legislativa, das finalidades constitucionalmente previstas ou é uma mistura de todos os elementos anteriores?

No campo penal, o conceito político-criminal de bem jurídico e a sua natureza constitucional revelam um caminho para essas questões. Decerto, o conceito de bem jurídico-penal tem sido alvo de diversas críticas nas últimas décadas.³⁹⁴ Uma das tantas questões em torno dessa problemática está em definir o seu conteúdo, isto é, saber quais bens, valores e direitos são bens jurídicos passíveis de proteção penal. Ainda assim, é correto dizer que a perspectiva político-criminal cristalizou o ordenamento constitucional não só como limite, mas também como fundamento do direito penal.³⁹⁵

Com efeito, a jurisdição constitucional entra em cena para controlar a relação entre as normas penais e a Constituição, calcada simultaneamente na legitimação e na limitação do poder de punir. Nessa função, o Poder Judiciário analisa a constitucionalidade das leis penais sob a perspectiva da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente.³⁹⁶

O controle constitucional de normas penais está inserido no panorama geral de constante expansão da jurisdição constitucional, impulsionada pelas técnicas modernas de interpretação. Ainda, as particularidades da lei penal fazem surgir dúvidas sobre a legitimidade do controle

essenciais para atingir objetivos relacionados a estruturas externas ao sistema jurídico, como o processo democrático. Terceiro, as normas jurídicas não são um fim em si mesmas, ou seja, a sua aplicação se justifica apenas em relação ao seu objetivo final. Quarto e último, as leis cumprem o papel de atingir objetivos gerais, e não intrínsecos, em relação ao sistema da qual fazem parte. Para um panorama sobre a matéria, ver SUMMERS, Robert Samuel. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca, N.Y: Cornell University Press, 1982, p. 60 e seguintes. Do mesmo autor, cf. SUMMERS, Robert Samuel. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought—a Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, v. 66, p. 861-948, 1981. Entre nós, Raquel Scalcon define os fins no direito da seguinte forma: “um ‘fim’ pode ser tanto a *motivação, o propósito ou fundamento de uma ação intencional quanto o estado de coisas a ser concretizado através dela*”. SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 14 e seguintes.

³⁹⁴ O segundo capítulo do livro de Humberto Souza Santos é dedicado às críticas e às teorias alternativas ao bem jurídico em sentido político-criminal, cf. SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 81-140.

³⁹⁵ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 11; HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 101-102;

³⁹⁶ “Si la definición penal y la concepción del bien jurídico se quieren encajar en la discusión constitucional sobre el derecho penal y sus límites, dos conceptos del Derecho constitucional y de la ciencia del Derecho constitucional tienen que ocupar un lugar destacado: la prohibición de exceso [*Übermaßverbot*] y la prohibición de defecto [*Untermaßverbot*].” HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98.

de constitucionalidade judicial, sobretudo em relação à legalidade estrita e à separação de poderes. Então, a possibilidade de restringir, expandir ou de qualquer forma alterar o âmbito de aplicação da lei por via judicial e interpretativa é ainda mais controvertida em se tratando de normas penais.

O estudo da aplicação da interpretação conforme a Constituição às normas penais pelo STF requer o aprofundamento em três campos: os métodos interpretativos de decisão, as particularidades do controle constitucional de normas penais e, por último, a análise jurisprudencial. O capítulo anterior destrinchou os fundamentos e as limitações da interpretação conforme a Constituição como método de controle de constitucionalidade, bem como demonstrou as inconsistências da prática judicial.

Seguindo em frente, este capítulo destina-se a analisar a relação entre Direito Penal e Constituição para demonstrar as questões em torno do controle constitucional da lei penal. Primeiro, trata da constitucionalização do direito penal no Brasil, que acompanhou a tendência do direito comparado. Em seguida, explora a teoria do bem jurídico-penal, cuja evolução evidencia o entrelace entre dogmática penal, política criminal e princípios constitucionais. Por último, analisa a legitimidade do controle constitucional de formas penais com três enfoques: a sua possibilidade, a sua finalidade e a seu grau de interferência na liberdade do legislador penal.

3.1 A constitucionalização do direito penal

O movimento de constitucionalização do direito penal, no Brasil, ainda que tardio,³⁹⁷ acompanha a tendência mundial. A Constituição Federal de 1988 introduziu novas garantias penais e processuais penais no rol de direitos fundamentais, bem como ampliou a competência da jurisdição constitucional, seja pela criação de novas ações de controle concentrado, seja pela ampliação dos legitimados. Além disso, o ordenamento constitucional brasileiro manteve no

³⁹⁷ A qualificação é feita por Luís Roberto Barroso e ampara-se nas inconsistências do sistema penal brasileiro. O crescimento contínuo da população carcerária e o aumento ou manutenção dos índices de violência revelam a necessidade de “uma reforma estrutural profunda”. Para o autor, um dos passos dessa reforma é o abandono da dogmática penal tradicional para introdução de elementos principiológicos que adequem o sistema penal à sua finalidade precípua. Nessa equação, o Poder Judiciário é responsável, assim como os demais, por “tornar realidade o ideal civilizatório de um direito penal subsidiário (dedicado às práticas violadoras dos direitos mais importantes e dos valores mais essenciais da sociedade), moderado (sem exageros punitivos ou messianismo populista), republicano (igualitário e avesso à política criminal do compadrio) e eficiente (rápido, sério e previsível)”. BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. A constitucionalização tardia do direito penal brasileiro. In: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 13-16.

STF as competências para julgar ações penais originárias, *habeas corpus* e recursos ordinários e extraordinários em matéria penal.

Por isso, no Brasil, o final dos anos 1980 é o marco da constitucionalização do direito penal. A expansão do controle constitucional aliada à ampliação dos direitos fundamentais penais e processuais penais permitiu que o STF de alguma maneira complementasse os esforços do legislador constituinte para garantir a concretização do devido processo legal na esfera criminal.³⁹⁸ Para Marta Kłopocka-Jasińska, a constitucionalização do direito penal e processual penal não depende apenas da existência das disposições constitucionais, mas principalmente de sua aplicação pelas cortes constitucionais na releitura dos instrumentos próprios do processo penal.³⁹⁹

O julgamento do HC nº 166.373/PR exemplifica bem a função do STF, no direito brasileiro, para a constitucionalização do direito penal e processual penal – isto é, para a penetração dos princípios constitucionais no sistema criminal.⁴⁰⁰ No referido *habeas corpus*, discutia-se a ordem de apresentação das alegações finais nos casos em que há réus delatores e delatados. Desde a primeira oportunidade de manifestar-se nos autos a respeito da matéria, a defesa pugnou pela ordem sucessiva: primeiro fala a acusação, depois os réus delatores e, por último, os réus delatados. Em primeiro grau, o pedido foi indeferido – assim como ocorreu nas instâncias superiores (TRF4 e STJ).

O caso chegou ao STF e foi distribuído para a relatoria do ministro Edson Fachin, que denegou a ordem com base na ausência de constrangimento ilegal e de prejuízo.⁴⁰¹ Os fundamentos referem-se ao fato de que não há norma específica que respalde a ordem sucessiva de manifestações da defesa e ao cumprimento do contraditório substancial. A divergência vencedora, inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes, extraiu dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal) o direito de o réu delatado falar por último.⁴⁰²

³⁹⁸ KŁOPOCKA-JASIŃSKA, Marta. Editorial of the dossier “The role of constitutional courts in shaping procedural fairness in criminal cases” – Constitutionalisation of the right to a fair criminal trial as a process inspired by constitutional courts. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, p. 13-46, 2022, p. 38-39.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 40-41.

⁴⁰⁰ STF, HC nº 166373, Rel Min. Edson Fachin, j. em 30.11.2022.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 30-35.

⁴⁰² Nesses termos, o voto do ministro Alexandre de Moraes destaca: “O devido processo legal, ampla defesa e contraditório exigem que o delatado se manifeste após ter o pleno conhecimento de toda a atividade probatória realizada durante o processo, podendo contraditar todos os argumentos trazidos nos autos, inclusive aqueles trazidos pelo delator.”. *Ibidem*, p. 56.

A releitura constitucional do processo penal e da dogmática jurídico-penal não aconteceu de forma isolada no Brasil. Na verdade, a doutrina e a jurisprudência brasileiras acompanharam o movimento mundial que teve início a partir de meados da década de 1960, com particular destaque às mudanças do sistema alemão. O panorama internacional é importante para situar o surgimento de correntes doutrinárias que buscaram compatibilizar o sistema penal e o ordenamento constitucional – e isso tem início com as discussões a respeito da relação entre direito penal e política criminal.

Na Alemanha, muito em razão da influência de Franz von Listz e da cultura jurídica positivista, a ciência do Direito Penal ocupava-se apenas com a interpretação do direito positivo, sem ocupações valorativas, fossem elas criminológicas ou político-criminais.⁴⁰³ Logo no início de seu “Tratado de Direito Penal Alemão”, Listz define a ciência do Direito Penal como prática e sistemática, conduzida a partir de um método técnico-jurídico baseado em generalizações ideias dos crimes e das penas.⁴⁰⁴ O fundamento jurídico, os fins do direito penal, a origem e a natureza do crime são questões próprias da política criminal que, para Listz, não se confundem com o objeto próprio da eminentemente normativa ciência penal.⁴⁰⁵

Representante do sistema naturalista, também conhecido como sistema clássico, Listz elege um conceito pré-jurídico de ação para o cerne de um sistema jurídico penal enraizado em elementos naturalísticos. Embora a estrutura naturalista de delito se mantenha até atualmente (delito = ação típica, antijurídica e culpável), está superada a sua definição de ação típica, consistente em um ato de vontade que cause mudança no mundo exterior.⁴⁰⁶ Nessa linha, a perspectiva positivista destaca a figura do legislador penal, a quem caberia a função de redigir o tipo penal de modo a descrever objetivamente a ação e o resultado naturalístico dela decorrente, sem espaço para valorações por parte dos aplicadores da lei.⁴⁰⁷

⁴⁰³ Luís Greco refere-se à separação estrita entre ciência penal e política criminal como um “dogma lizteano”, cf. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do direito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, p. 120-163, 2000, n.p.; ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 51-52.

⁴⁰⁴ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, p. 2.

⁴⁰⁵ Em complemento, diz o autor: “A esta ciência [política criminal] incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a entender o direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins.”. *Ibidem*, p. 3.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 193.

⁴⁰⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991, p. 44.

A tentativa de construir um sistema penal a partir de estruturas pré-jurídicas recebeu duas críticas principais.⁴⁰⁸ As categorias avalorativas são incapazes de resolver os problemas de um sistema valorativo como o direito. O exemplo por excelência é a definição pré-jurídica de “causa”, que vigora no ordenamento brasileiro, conforme o art. 13 do Código Penal. Dizer que “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”, sem filtros normativos, permite chegar a soluções injustas que, segundo a lógica naturalista, serão sanadas após análise da culpabilidade.⁴⁰⁹ Além disso, o sistema formalista baseia-se na subsunção formal dos fatos à norma penal, na qual estão embutidos todos os eventuais problemas já previamente antecipados pelo legislador. Evidentemente, é impossível antever as particularidades dos casos concretos ou até mesmo a evolução conceitual de elementos estruturantes da norma durante a produção legislativa.

A superação do paradigma naturalista deu-se com o sistema neokantista (ou neoclássico), caracterizado por ser um método referido a valores. “O conjunto da realidade que é susceptível de experiência” demandou a formulação de uma espécie particular de ciência: as ciências do espírito, das quais faz parte o Direito.⁴¹⁰ Diferenciando-se das ciências naturais, que apreendem a realidade empírica, a ciência jurídica desenvolve-se metodologicamente a partir da valoração, segundo parâmetros constituídos normativamente. Ao livrar-se de elementos avalorativos, o neokantismo estruturou a aplicação de suas categorias sistemático-penais de acordo com a sua finalidade e os valores a que se referia. Daí surgem conceitos como “relevância social” ou “danosidade social”, elementos normativos que se afastam da lógica

⁴⁰⁸ As críticas estão bem delineadas em: GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do direito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, p. 120-163, 2000, n.p. Em complemento, indica-se a leitura de SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991.

⁴⁰⁹ Sobre a relação de causalidade no direito brasileiro e a conformação do art. 13 do CP em relação às diferentes teorias causais, cf. ROCHA, Ronan de Oliveira. *A relação de causalidade no Direito Penal*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2014, p. 66 e seguintes.

⁴¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 125-126, grifo no original.

causalista puramente formal.⁴¹¹ O tipo penal, nesse particular, deixou de ser apenas a descrição formal de uma conduta, e passou a englobar o aspecto material da lesão.⁴¹²

Schünemann exemplifica a diferença entre naturalismo e neokantismo, no que se refere à tipicidade, com a questão de aumento de pena no roubo com uso de simulacro de arma de fogo.⁴¹³ Sem critérios valorativos, seria inviável saber se o conceito de “arma de fogo” a que o legislador se referiu abarcaria, também, os seus simulacros. Mas o sistema neokantista aprecia o problema de outro ponto de vista. Se a finalidade da norma é apenas casos de especial perigo à vida e à integridade física, então a lei não deve ser aplicada para aumentar a pena em caso de simulacros.

Em razão da reprodução das estruturas causalistas, principalmente do conceito de ação, o sistema neoclássico recebeu críticas semelhantes ao modelo anterior.⁴¹⁴ Hans Welzel, nessa linha, classifica o modelo neokantista “como una teoría complementaria del positivismo jurídico”.⁴¹⁵ A referência a valores é um ganho reconhecido do neokantismo; no entanto, o modelo sofre críticas pela imprecisão e relatividade valorativa dos filtros normativos. Em um sistema inscrito apenas na ordem dos valores, o intérprete da lei insere a sua percepção subjetiva, o que, por conseguinte, potencializa as distorções sistêmicas em relação aos conceitos jurídico-penais.⁴¹⁶

O destaque da substância em relação à forma, particular ao modelo neokantista, atingiu seu ápice no período de irracionalidade jurídica que pautou a dogmática penal alemã durante a II Guerra Mundial. As relações entre o neokantismo e a experiência jurídico-penal do nazismo

⁴¹¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, p. 120-163, 2000, n.p.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 195.

⁴¹² *Ibidem*, p. 137-138. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do direito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, p. 120-163, 2000, n.p.

⁴¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991, p. 51-52.

⁴¹⁴ Figueiredo Dias aponta a similitude entre os conceitos de ação do sistemas naturalista e neokantista: “Não se pode dizer que esta nova concepção tenha se traduzido em um “novo” conceito de ação relativamente ao sustentado pela concepção clássica. Descontados os exageros naturalistas, agora substituídos pela ideia de ‘relevância social’, a ação continuou a ser concebida, no essencial, como comportamento humano *casualmente* determinante de uma modificação do mundo exterior e ligado à vontade do agente.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 195.

⁴¹⁵ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén. 199

⁴¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 197.

estreitaram-se após a publicação do livro “*Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*”, de Muñoz Conde, que investiga as contribuições de Edmund Mezger para o regime nacional-socialista.⁴¹⁷ As teorias mezgerianas da culpabilidade, especificamente, legitimaram o aumento de pena em caso de reincidência e as investigações policiais contra inimigos do povo, além de o autor ter se envolvido diretamente na criminalização de grupos vulneráveis, “extraños a la comunidad”, como “mendigos, vagos, ladrones y estafadores de poca monta”.⁴¹⁸

O regime nacional-socialista aproveitou-se da referência a valores apenas no que lhe permitia instrumentalizar a persecução penal de acordo com os interesses do aparato nazista. À época, o conceito de bem-jurídico tomou forma sob a ótica da proteção ao sentimento do povo alemão, dissipando os limites do poder de punir.⁴¹⁹

Durante o pós-guerra, ganhou atenção o sistema finalista, concebido por Hans Welzel, cujo objetivo é combinar as esferas do “ser” e do “dever-ser”. O modelo representa uma mudança significativa tanto em relação ao positivismo jurídico do causalismo quanto ao relativismo axiológico do neokantismo.⁴²⁰ A dogmática finalista integra a realidade e a valoração jurídica a partir da “lógica da coisa”, ou seja, a observação da realidade é a primeira etapa, seguida do esforço valorativo, cujo resultado é a criação de estruturas lógico-objetivas. Essas estruturas, esclarece Silva Sánchez, pertencem “al mundo de lo real, del ser (de lo antológico), pero (...) contienen incorporada la dimensión de sentido, con lo cual condicionan toda valoración que sobre las mismas pueda producirse luego”.⁴²¹ Não só o campo dogmático parte das estruturas lógico-objetivas, mas também se vinculam a elas o legislador.⁴²²

⁴¹⁷ A despeito de a investigação de Muñoz Conde centrar-se na figura de Mezger e em seu envolvimento com o sistema nacional-socialista, o autor conclui que os jovens juristas da época, em regra, filiavam-se às ideologias jurídico-penais em ascensão. Assim: “En este sentido, la reforma penal nacional-socialista fue, por lo menos en sus orígenes, la culminación de la ideología antiliberal y autoritaria que caracterizó a buena parte de los penalistas, jueces y profesores universitarios más importantes en el período de la República de Weimar.”. CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 51.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 146 e seguintes.

⁴¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991, p. 54.

⁴²⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, p. 57.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 58.

⁴²² *Idem*; MIR, José Cerezo. La influencia del Welzel y del finalismo, em general, em la ciencia del derecho penal española y em la de los países iberoamericanos. *Ciencias Penais*, v. 12, p. 53-82, 2010, n.p. Apesar da centralidade das estruturas lógico-objetivas, a vinculação ao legislador não é absoluta, mas relativa, além de que a norma penal produzida em desatenção a elas pode ser, no processo de aplicação, ajustada de acordo com o caso concreto. Sobre a relação do finalismo e do trabalho legislativo, cf. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una*

Com efeito, a estrutura fundamental do modelo finalista é o conceito de ação. Para Welzel, a ação humana é o exercício de uma atividade final, movida por uma finalidade, por um objetivo. Não é constituída apenas por uma relação causal, mas é um ato dirigido conscientemente a um fim específico.⁴²³ Uma das consequências diretas da perspectiva finalista é condicionar o tipo penal a elementos objetivos e subjetivos, deixando para trás o paradigma causalista.⁴²⁴ Na estrutura finalista lógico-objetiva de ação, “o dolo é o nome que recebe a finalidade, é a valoração jurídica que se faz sobre esta estrutura lógico-real, assim que ela se dirija à realização de um tipo”.⁴²⁵ Por esse exemplo, nota-se que o modelo finalista pressupõe categorias ontológicas, imutáveis, pré-jurídicas, aplicáveis ao caso concreto por meio de lógica dedutiva.⁴²⁶

O modelo finalista teve o mérito de voltar a atenção às estruturas lógico-reais; contudo, o abandono das categorias normativas lhe rendeu a mesma crítica originalmente direcionada ao causalismo: a utilização de categorias pré-jurídicas, exclusivamente, não resolve problemas jurídicos complexos.⁴²⁷ Como bem resume Mir Puig: “Welzel entiende que las categorías a

introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo: Editorial BdeF, 2004, p. 101-102; MARTÍN, Luís Garcia. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. *Ciências Penais*, v. 2, p. 5-28, 2005, n.p.

⁴²³ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Editorial BdeF, 2004, p. 41 e seguintes.

⁴²⁴ A evolução finalista em relação ao conceito de ação do causalismo e do neokantismo é destacada por Figueiredo Dias: “Não seria bastante dizer, como havia sido aquisição da escola neoclássica, que o tipo *pode* em certos casos conter elementos subjetivos, ao lado do seu núcleo essencial constituído por elementos objetivos.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 198.

⁴²⁵ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, p. 120-163, 2000, n.p.

⁴²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 199. Em relação ao pensamento ontológico no finalismo, Roxin estabelece dois momentos. Segundo o autor, Welzel caminhou entre duas estruturas distintas: “de um lado tem-se o significado mundo da vida social com todas as suas referências; e de outro, a lei do “ser”, que vale eternamente e dispensa qualquer referibilidade às mudanças sociais”. Assim, o autor destaca que, na fase inicial do finalismo, durante os anos 1930, o entendimento de Welzel admitia a concepção social de ação, ou seja, o ontologismo do pensamento não levou à imutabilidade da categoria de ação. Pelo contrário, entender a ação como fenômeno social abriu espaço para o surgimento da teoria de adequação social, um filtro na análise causal. É na segunda fase de sua teoria que Welzel recorre à “estrutura objetiva do ser” para caracterizar a finalidade da ação como categoria ontológica, imutável e sem referência a valores. Roxin avalia a contradição não esclarecida entre as referidas fases. ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 65, p. 9-25, 2007, n.p.

⁴²⁷ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, p. 120-163, 2000, n.p.; ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 65, p. 9-25, 2007, n.p. Outros ganhos dogmáticos do finalismo – como a ideia de desvalor da ação, a delimitação da culpabilidade e os pressupostos da responsabilização penal - são desenvolvidos por Roxin em outro estudo, cf. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59-61.

priori no son *subjetivas*, en el sentido de que puedan variar en cada hombre, sino *objetivas* para toda mente inteligente.”.⁴²⁸ Além da abstração da dogmática, a estrutura lógico-objetiva essencial – o conceito de ação final – recebe duras críticas, por não se conformar às condutas culposas e omissivas, por exemplo, além de abrir margem para punição de condutas inofensivas, em razão da “ênfase no elemento volitivo”.⁴²⁹

A dogmática penal pós-finalista enfrentou o desafio de manter os avanços do modelo finalista, em especial a referência à realidade, mas sem reproduzir seus elementos problemáticos. A partir de 1960, então, surge o funcionalismo, que, em linhas gerais, é um modelo pensado em função dos fins da pena.⁴³⁰ Dentre as diferentes correntes funcionalistas, destacam-se o funcionalismo teleológico, cujo expoente é Claus Roxin, e o funcionalismo sistêmico radical, encabeçado por Günter Jakobs.⁴³¹

O modelo funcional teleológico é o que mais importa para a discussão sobre constitucionalização do direito penal. Ele contrapõe-se à histórica separação, de tradição litsziana, entre ciência penal, política criminal e criminologia. O modelo proposto por Roxin tem por objetivo atrelar a aplicação da norma às suas finalidades. A mudança paradigmática está no reconhecimento de que os problemas políticos-criminais também compõem o conteúdo da teoria geral do delito.⁴³²

A clássica demonstração de Roxin é o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), cuja orientação político-legislativa não deixa de ter consequências dogmáticas concretas.⁴³³ A estruturação do sistema funcionalista não se limita aos valores políticos-criminais penetrantes

⁴²⁸ PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método*. 2. ed. Montevideo: Editorial BdeF, 2003, p. 229.

⁴²⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 57.

⁴³⁰ O sistema funcionalista é composto por correntes deveras distintas, mas que têm em comum o abandono de categorias ontológicas para pensar a dogmática penal a partir dos fins do direito penal, como destaca Roxin: “Los defensores de esta orientación están de acuerdo – con muchas diferencias en los demás – en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reais, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal.”. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, p. 203.

⁴³¹ Sobre o funcionalismo sistêmico radical de Jakobs, cf. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 1996; JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 7, n. 11, p. 23-42, 2001.

⁴³² ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 43 e seguintes.

⁴³³ *Idem*.

no sistema jurídico-penal, mas também está integrada a referências à realidade, razão pela qual os juristas atrelados a essa corrente costumam delimitar seus estudos com grupos de casos.⁴³⁴

O funcionalismo de Roxin contorna o relativismo axiológico e ampara os valores político-criminais no ordenamento constitucional e na finalidade do poder punitivo de proteger bens jurídicos.⁴³⁵ A concepção teológico-funcional do sistema penal é, portanto, político-criminalmente orientada conforme os princípios constitucionais.⁴³⁶ Na dogmática alemã, o funcionalismo dirigido por Roxin é o ponto de partida para a constitucionalização do direito penal, isto é, para pensar a legitimidade e a aplicação da norma penal a partir de preceitos próprios da política-criminal orientados pelo ordenamento constitucional. Nesse contexto, a referência valorativa constitucional para o direito penal significou a vinculação entre direito e política, entre o “ser” e o “dever-ser”, entre a aplicação jurídica da norma e a sua função social.⁴³⁷

A evolução da doutrina penal alemã durante o século XX sintetiza as transformações por que passou a teoria geral do delito em outros países ocidentais. Na Itália, a correlação entre valores político-criminais e os princípios constitucionais é primeiro apontada por Franco Bricola, para quem o conceito de crime é a violação de um valor constitucional relevante.⁴³⁸ A natureza constitucional da tutela penal é ainda mais marcada na doutrina italiana do que no modelo funcionalista-teleológico alemão.⁴³⁹ Para Bricola, a diferença se dá em razão de os princípios penais constitucionais estarem mais explicitamente contidos na Constituição italiana

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 57.

⁴³⁵ Para Roxin, o ordenamento constitucional confere ao direito penal a ordem de valores sociais pelos quais a aplicação da norma punitiva deve se nortear, com a finalidade de que o sistema jurídico dê respostas justas e adequadas: “La vinculación al Derecho e la utilidad político-criminal no pueden contradirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman un verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialectica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal. Muy claramente se pone esto de relieve en la reforma del sistema de sanciones jurídico-penales y de la ejecución de la pena: resocializar no significa introducir sentencias indeterminadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos. Más bien, únicamente satisface la reforma al mandato constitucional, si al mismo tiempo fortalece la situación jurídica del condenado con la introducción de modernos métodos de terapéutica social y se reestructura jurídicamente la especial relación de poder que hasta ahora ha sido poco accesible a la especulación jurídica.”. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 49-50.

⁴³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 81.

⁴³⁷ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*,

⁴³⁸ BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Novissimo Digesto italiano*. Torino: Utet, 1973. t. XIX, p. 40.

⁴³⁹ BRICOLA, Franco. Relaciones entre dogmática y política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, año V, 2015, p. 35.

se comparados às genéricas disposições constitucionais penais alemãs.⁴⁴⁰ Pelo menos a partir da década de 1970, então, a doutrina italiana propôs-se a revisitar categorias dogmáticas penais, como a causalidade e o concurso de pessoas, à luz dos princípios constitucionais.⁴⁴¹ O esforço doutrinário consistiu em uma ampla revisão dos conceitos penais e na delimitação de sua aplicabilidade.⁴⁴²

A perspectiva constitucional aliada às reflexões político-criminais na Itália ainda contribuiu para debates sobre os fins da pena, tendo por consequência o redimensionamento da função retributiva.⁴⁴³ A releitura da culpabilidade, por seu turno, realçou a finalidade reeducativa da sanção penal. Bricola admite, no entanto, que o esforço dogmático não foi inteiramente absolvido pelo sistema judicial, nem repercute totalmente em âmbito legislativo, onde impulsos irracionais movimentam a produção de normas penais. A doutrina italiana também reproduz a posição do bem jurídico-penal, de natureza constitucional, como ponto de encontro entre a dogmática penal e os princípios político-criminais.⁴⁴⁴

As últimas décadas da produção doutrinária em matéria penal na Espanha foram igualmente dedicadas às conexões entre dogmática, política-crime e princípios constitucionais. Santiago Mir Puig, Jesús-María Silva Sánchez, José Luis Díez Ripollés destacaram-se por suas considerações a respeito da adequação dos critérios para uma teoria do delito democrática. O Estado Social impõe ao Poder Público a proteção dos cidadãos e de seus interesses, enquanto o Estado Democrático de Direito impõe limites sobre a forma como se dará a prevenção de delitos e a proteção.⁴⁴⁵ Por essa perspectiva, a política criminal amarrada à

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 35-36.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 37 e seguintes.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 39.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁴⁴ Para Franco Bricola, os bens jurídico-penais compõem o moderno grupo de critérios que conferem racionalidade à intervenção penal, tendo em vista seu propósito limitador. “En la actualidad no existe jurista que no tenga en cuenta – como objeto precípua de la misma elaboración dogmática – la política de los bienes y la elaboración de criterios cada vez más racionales para delimitar el área de la intervención penal; ninguno cree que por eso se escape de lo propiamente dogmático.”. *Ibidem*, p. 49. Sobre a importância de Bricola para a construção do constitucionalismo penal na Itália, ver L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. *Diritto penale contemporaneo*, p. 1-35, 2012. No âmbito doutrinário, o pioneirismo de Bricola deu início ao que mais tarde se tornaria a corrente majoritária, como demonstra a ampla revisão bibliográfica de Emicio Dolcini e Giorgio Marinucci, cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso de diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 290 e seguintes. Em sentido contrário, refutando a relação entre dogmática penal, política criminal e Constituição, está Antonio Pagliaro, para quem a Constituição não impõe restrições à criativa legislativa tampouco a determina., cf. PAGLIARIO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 225 e seguintes.

⁴⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 137 e seguintes; PUIG, Santiago Mir. *Estado, pena y delito*. Montevideo: Editorial BdeF, 2006, p. 95 e seguintes.

dogmática penal extrapola o texto constitucional e está amparada em valores democráticos em geral, ainda que não expressamente previstos.⁴⁴⁶

Parte do fôlego dos juristas espanhóis relaciona-se à promulgação da Constituição de 1978, que estabeleceu o regime político-democrático e novas diretrizes constitucionais com repercussões em todas as esferas do ordenamento jurídico. Como frisa Gregori, a passagem da política autocrática, na qual fora gestado o Código Penal espanhol, para uma política democrática, fez surgir uma linha doutrinária preocupada com a legitimidade da política penal.⁴⁴⁷

A doutrina penal portuguesa, por sua vez, também contribuiu para os estudos sobre a intersecção entre dogmática e política-criminal. O surgimento do Estado de Direito material, social e democrático é o ponto de partida para a expansão das funções da política criminal, antes subordinada às leis positivadas “sem que sobre estas pudesse exercer qualquer influência”.⁴⁴⁸ Em um Estado Democrático, no entanto, a política criminal ganha autonomia e torna-se “trans-sistemática”, tendo em vista a evolução das próprias funções do sistema penal, que ultrapassam a mera aplicação da pena em perspectiva retributiva e passam a buscar o direito a direitos humanos e parâmetros de justiça material.⁴⁴⁹

Apesar das multifacetadas referências político-criminais, elas se encontram em um polo comum: “[no] quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou

⁴⁴⁶ É o que explicita Muñoz Conde, ao admitir a recepção, pela política criminal, de valores democráticos e dimensões protetivas dos direitos humanos em sentido amplo, extrapolando as disposições constitucionais: “Pero el Derecho penal formalizado también pretende la consecución de otras metas que igualmente son de carácter político-criminal, y que son además las que caracterizan no sólo ya al Derecho penal del *Estado de Derecho*, sino, más modernamente, al Derecho penal del Estado *Social y Democrático* de Derecho: la protección de bienes jurídicos, estableciendo una jerarquía valorativa entre ellos a partir de la primacía de los derechos humanos frente a los derechos de carácter transpersonalista o colectivos; la prevención general, creando a través de la amenaza penal y de la aplicación de la pena al responsable del delito un ambiente de respeto y confianza en la población hacia las normas jurídicas, y la prevención especial, procurando la resocialización o por lo menos no aumentando la desocialización del delincuente y allanando los obstáculos que éste tenga para reintegrarse a la sociedad, ayudándole a superar los obstáculos y problemas que le han llevado a cometer el delito. Naturalmente, estos principios son abstractos y algunos no se encuentran formulados expresamente en la Constitución o en las leyes penales, pero son los que directamente se derivan de los postulados característicos del Estado social y democrático de Derecho.”. CONDE, Francisco Muñoz. Dogmática jurídico penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 105, p. 95-117, 2013, n.p.

⁴⁴⁷ *Idem*. Em sentido semelhante, cf. CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2010, p. 206 e seguintes.

⁴⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1983, p. 10. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995, p. 131.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 10-11.

‘positivados’ pela Constituição democrática do Estado”.⁴⁵⁰ De maneira substancialmente convergente com as doutrinas majoritárias alemã, italiana e espanhola, os penalistas portugueses elevaram o bem jurídico à categoria para a qual convergem dogmática e política criminal.⁴⁵¹

A proliferação de estudos sobre o intercâmbio entre as esferas constitucional e penal deu ensejo à disciplina chamada “Direito Constitucional Penal”, cuja autonomia é defendida por Maria Fernanda Palma.⁴⁵² Para a autora, a matéria tem os dois objetivos centrais de “conceber e justificar metodologicamente (...) a determinação dos valores e critérios constitucionais que limitam e conformam o Direito Penal.”⁴⁵³ Refletir sobre as consequências da penetração dos valores constitucionais no campo penal pode revelar – segundo a hipótese de Palma – que é o Direito Penal que determina o conteúdo das normas constitucionais, e não o contrário.⁴⁵⁴ A importância democrática dos princípios da legalidade e a proibição da analogia, além dos necessários critérios para conter e legitimar o poder punitivo, compõem a lista de fundamentos a justificarem a relevância da disciplina.

É dessa análise que surge a ideia de “Constituição Penal”, o objeto de análise do Direito Constitucional Penal, caracterizada por seus aspectos formal e material. De um lado, a Constituição Penal é o conjunto de disposições constitucionais relativas ao sistema jurídico-penal, de ordem principiológica ou não.⁴⁵⁵ De outro, a definição assume caráter material, porque abrange os problemas sobre a legitimidade da tutela penal em relação aos valores jurídico-constitucionais.⁴⁵⁶ Em síntese, os problemas atrelados à definição da Constituição Penal

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁵¹ “Para a política criminal contemporânea – pelo menos para a política criminal perspectivada no horizonte de um Estado de Direito e duma sociedade aberta e plural – vale como um axioma a afirmação segundo a qual é a tutela de bens jurídicos que simultaneamente define a função do direito penal e marca os limites da legitimidade de sua intervenção.” ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 389; DIAS, Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito, *Revista de Direito Penal*, n. 31, p. 38-53, 1981, p. 43.

⁴⁵² PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 23 e seguintes.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁵⁵ Maria Fernanda Palma reflete com profundidade sobre o conteúdo da “Constituição Penal”, que, para a autora, extrapola a concepção formalista, mas não a nega. Em seus próprios termos, a autora destaca: “Há, assim, um *quid* constitucionalizável que não pode estar limitado pelo texto constitucional, mas a que este dá resposta ou absorve, desenvolvendo valores explicitamente consagrados ou, pelo menos, concretizando a essência do ‘acordo político’ e da dignidade da pessoa humana pressupostos no Estado de direito democrático.” *Ibidem*, p. 46-47. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 23.

⁴⁵⁶ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 49 e seguintes, 93 e seguintes; FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 24.

relacionam-se à discussão sobre um conceito material de crime amparado pelo ordenamento constitucional.⁴⁵⁷

A toda evidência, seja sob a roupagem do Direito Constitucional Penal, seja a partir da definição de Constituição Penal, a simbiose entre Constituição e Direito Penal conduz à ainda atual questão lançada por Roxin ainda na década de 1960: “com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?”.⁴⁵⁸

Quando se fala em encontrar o fundamento de legitimidade da sanção penal no estado democrático ou em definir os valores passíveis de tutela penal, não há como fugir da teoria do bem jurídico, cuja relevância não diminuiu a despeito das diversas contestações por parte da doutrina e da difícil recepção por parte dos tribunais. A constitucionalização do direito penal caminhou sob uma perspectiva dual – as disposições constitucionais, em relação às normas penais, são tanto limitadoras quanto fundamentadoras do direito de punir. Para desenvolver essa relação, o próximo tópico destina-se a explicar a teoria do bem jurídico penal, desde sua criação até a origem da corrente político-criminal e constitucionalmente orientada.

3.2 A teoria político-criminal do bem jurídico-penal: limite e fundamento do poder punitivo

O conceito de bem jurídico-penal tem sido alvo de diversas críticas ao longo do último século. Uma das questões em torno da categoria está em definir o seu conteúdo, isto é, saber quais bens, valores e direitos são passíveis de proteção penal. Como essa, há tantas outras problemáticas sobre o bem jurídico-penal, em geral relacionadas ao seu rendimento: a que serve, afinal? É um elemento limitador do poder punitivo, é um elemento fundamentador do poder punitivo, é outra coisa? Nessas funções, o bem jurídico-penal cumpre satisfatoriamente o seu papel? Acumuladas as dúvidas e críticas, é de se questionar, como já o fizeram diversos autores, se ainda vive a teoria do bem jurídico.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 114 e seguintes.

⁴⁵⁸ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Lisboa: Veja, 1993, p. 15. O artigo “Sentido e limites da pena estatal” compõe o primeiro capítulo do referido livro; no entanto, foi originalmente publicado em 1966.

⁴⁵⁹ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Editora

O tema importa para a análise do controle de constitucionalidade das normas penais por ser o bem jurídico-penal parte central da constitucionalização do direito penal em geral, como mostram as doutrinas em países como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil. Analisar os fundamentos da teoria do bem jurídico, então, é relevante para amparar o exame da legitimidade da norma penal submetida ao controle constitucional. Isso retorna à questão fulcral da política criminal e da teoria geral do delito: como controlar, em um estado democrático, a eleição do que pode ou não ser objeto de criminalização? Ao fim e ao cabo, a categoria do bem jurídico-penal, em sua concepção contemporânea, é um recurso voltado a evitar decisões político-criminais arbitrárias, sejam elas incriminadoras ou descriminadoras.

A jurisdição constitucional nas democracias atuais, por sua vez, ganha expressão e legitimidade por sua função proeminente de proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o controle judicial de constitucionalidade da norma penal necessariamente confronta-se com o limite da intervenção estatal na liberdade dos indivíduos.⁴⁶⁰ Mais especificamente: sendo a norma penal a *ultima ratio* na proteção de valores socialmente relevantes contra graves violações, a tomada de decisão no âmbito das Cortes Constitucionais naturalmente passa pela avaliação da escolha ou pela omissão legislativa.

A teoria político-criminal do bem jurídico é considerada pela doutrina majoritária como um parâmetro racional, ainda que não suficiente por si só, para o controle de constitucionalidade das leis penais. A sua definição contemporânea, no entanto, distancia-se dos seus contornos originais. Por isso, este tópico está dividido em duas partes: a primeira, dedicada à evolução histórica e dogmática do bem jurídico; e a segunda, relacionada à corrente contemporânea e majoritária, para a qual o bem jurídico tem a capacidade de limitar e de fundamentar o poder de incriminar.

Lumen Juris, p. 57-75, 2011, p. 57 e seguintes; SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, *passim*; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, p. 165-185, 2010; SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem pelo bem jurídico?*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 86, p. 231-246, 2010, p. 233.

⁴⁶⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador; parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, op. 135 e seguintes.

3.2.1 *A evolução histórica da teoria do bem jurídico-penal: Binbaum, Binding, Liszt, neokantismo, nacional-socialismo e Welzel*

A evolução histórica da teoria do bem jurídico-penal envolve contribuições teóricas de diversos autores ao longo de mais de um século. Desde meados do século XIX, pode-se dizer que o bem jurídico tomou forma de acordo com ao menos cinco perspectivas, encabeçadas pelos seguintes autores: Johann Birnbaum, Karl Binding, Von Liszt, aqueles influenciados pelo neokantismo (principalmente, Richard Honig, Erich Schwinge, Max Grünhut) e Hans Welzel. Durante o nacional-socialismo, a ideia de bem jurídico serviu aos interesses do regime nazista, embora o conceito tenha sido por completo esvaziado.

Aqui, o objetivo não é apresentar de maneira exaustiva as diferentes concepções sobre o tema, mas destacar as principais ideias que nortearam o conceito de bem jurídico, apontar as diferenças fundamentais e, principalmente, contextualizar o surgimento do conceito político-criminal e constitucionalmente orientando do bem jurídico-penal, objeto do subtópico seguinte.

A primeira formulação do bem jurídico deve-se a Johann Birnbaum, que defendeu, ainda em meados do século XIX, a ideia de que o direito penal serve à finalidade de proteger “bens”. Mas a busca por um conceito material de delito teve início antes, no chamado período do Iluminismo Criminal, no final do século XVIII, principalmente a partir dos estudos desenvolvidos por Feuerbach. A racionalidade iluminista, buscando formas de limitar o poder punitivo, achou na definição de delito a saída para restringir as possibilidades do que pode ser criminalizado. Disso decorre a definição de Feuerbach, segundo a qual o crime é “una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal.”⁴⁶¹ Essa concepção liberal de direito penal é fortemente influenciada pelas teorias contratualistas, que impõe ao Estado a função de defesa da liberdade dos cidadãos.⁴⁶² De fato, Feuerbach contribuiu com um significativo avanço

⁴⁶¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

⁴⁶² O exercício exclusivo do poder punitivo, sob a ótica de Feuerbach, decorre da transferência de legitimidade de cada cidadão que, nos termos do contrato social, decidiu se organizar em sociedade e confiar ao Estado a segurança. Nesse sentido: “Quien excede de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen.”. *Idem*; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 89 e seguintes; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Crime e Constituição: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 30 e seguintes.

para a teoria do delito, por vincular o crime a uma lesão de direitos subjetivos e, com isso, distinguir o direito penal da moral.⁴⁶³

Apesar dos inegáveis avanços, a categoria liberal de Feuerbach incluía, entre os direitos subjetivos caracterizados do crime, prerrogativas próprias do Estado.⁴⁶⁴ Confundia-se, então, o direito penal do direito penal de polícia, como aponta Costa Andrade.⁴⁶⁵ O alargamento conceitual admite a criminalização de contravenções de polícia e de outras ações imorais, que não lesionam efetivamente qualquer direito subjetivo.⁴⁶⁶

Contraopondo-se a Feuerbach, Birnbaum sugere substituir a lesão à direito por lesão a um bem, ainda sem o complemento “jurídico”. Para o autor, segundo a natureza das coisas, o delito é uma categoria jurídica positiva também integrada por um conceito natural.⁴⁶⁷ O aspecto natural do delito relaciona-se àquilo que pode ser valorado de acordo com o sentido comum e compartilhado que um determinado bem – como a integridade física, a vida, a propriedade – possui em uma sociedade.⁴⁶⁸ Nessa linha, Birnbaum entende que delito, conforme a natureza das coisas ou a razão, é a lesão ou o perigo de lesão, atribuível à vontade humana, de um bem

⁴⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 9-37, 2005, p. 13; ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 79 e seguintes; ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 391.

⁴⁶⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 57.

⁴⁶⁵ Manuel da Costa Andrade avalia de maneira positiva da doutrina de Feuerbach, que resultou “numa redução considerável do âmbito do ilícito de polícia”. Costa Andrade, no entanto, observa as contradições de Feuerbach, quando compara seus trabalhos teóricos às suas contribuições práticas. O Código Penal da Baviera de 1813 contém crimes que vão de encontro ao iluminismo penal defendido pelo autor, como é o caso dos delitos meramente imorais, como adultério, bigamia, incesto. ANDRADE, Manuel da Costa. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 84.

⁴⁶⁶ A expressão “contravenção de polícia” é utilizada por Birnbaum, que tece severas críticas a Feuerbach, cf. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: Editorial BdeF, 2010, p. 49 e seguintes; BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, having particular Regard to the Concept of an Affront to Honour. In: DUBBER, Markus (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 391 e seguintes; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 93.

⁴⁶⁷ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: Editorial BdeF, 2010, p. 35.

⁴⁶⁸ Em suas palavras: “El concepto *natural* de *lesión* parece ser aquel con el cual la referimos a una *persona* o una *cosa*, en especial una *cosa* que concebimos como *nuestra*, o a algo que para nosotros es un *bien*, que la acción de otra *persona* puede *sustraer* o *disminuir*.”. *Idem*.

garantido a todos pelo Estado, se não houver alternativa à cominação de pena e à execução da ameaça legal contra cada infrator.⁴⁶⁹

Diferente de Feuerbach, cujo conceito de direito subjetivo buscava limitar o poder punitivo, o intuito de Birnbaum com a introdução da categoria “bem” era expandir os objetos passíveis de criminalização, para abarcar situações que não se arrojavam satisfatoriamente à noção de lesão à direito, como no caso da tentativa.⁴⁷⁰ Além disso, a premissa de que os bens são naturalmente puníveis de acordo com a compreensão comum legítima a criminalização com base em elementos morais e religiosos, o que o autor assume expressamente.⁴⁷¹

Diante disso, a teoria do bem jurídico desenvolvida por Birnbaum contrapôs-se não apenas à categoria do delito como “lesão à direito”, mas à própria proposta de impor limites ao poder de punir, sendo essa a principal crítica que lhe é dirigida.⁴⁷² O abstrato conceito de bem e a inclusão de crimes contra a religião e a moral, nessa perspectiva, evidenciam uma virada paradigmática entre o conceito material de crime de Feuerbach e o surgimento da teoria do bem jurídico na forma proposta por Birnbaum.

Parte da doutrina penal, no entanto, mantém o entendimento de que Feuerbach e Birnbaum compõem uma trilha teórica contínua.⁴⁷³ Uma vertente moderna, na qual se destacam

⁴⁶⁹ No original, o trecho parafraseado é o seguinte: “In accordance with these opinions of mine I believe that a crime, punishable in the state according to the nature of things [Natur der Sache] or reason [vernunftgemäß], is to be regarded as any violation or endangerment, attributable to the human will, of a good [Gut] that is to be guaranteed to all uniformly [gleichmäßig] by the state power [Staatsmacht], if a general guarantee cannot be effected otherwise than by threat of a specific punishment and by execution of the statutory threat against each perpetrator.”. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, having particular Regard to the Concept of an Affront to Honour. In: DUBBER, Markus (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 400.

⁴⁷⁰ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 33; SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 206-207.

⁴⁷¹ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: Editorial BdeF, 2010, p. 86.

⁴⁷² SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 33-34; ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 392.

⁴⁷³ O assunto é explorado com profundidade por Manuel da Costa Andrade, que critica de maneira geral a presunção de que as vertentes teóricas do bem jurídico são partes de um sucessivo progresso linear de melhoramento dos conceitos a elas inerentes. Com essa perspectiva: “A impressão de que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenômenos de revolução no sentido etimológico (revolutio), de retorno ao qual se julgava já irrepitivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir os conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinômicos.”. cf. ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-

Amelung e Mir Puig, conclui que a concepção iluminista de Feuerbach e a teoria de Birnbaum não têm entre si uma relação de continuidade, mas de rompimento.⁴⁷⁴ Enquanto o conceito material de crime surge com propósitos liberais, a doutrina de Birnbaum nasce como produto do positivismo. Por esse viés, o surgimento do bem jurídico não complementou as construções baseadas no iluminismo, mas operou “uma verdadeira ruptura com os postulados anteriores”.⁴⁷⁵ Ao opor-se às premissas de Feuerbach, o início da teoria do bem jurídico sugere o abandono do direito penal liberal, no qual as leis penais só são legítimas se tiverem por finalidade assegurar os valores necessários ao pleno desenvolvimento dos indivíduos.

Há, ainda, uma terceira via, à qual o presente trabalho se filia, representada por Costa Andrade e Ferreira da Cunha, que entendem ser reducionista simplificar a teoria de Birnbaum ora como uma convergência geral, ora como uma ruptura completa com o paradigma iluminista que lhe antecedeu. Para os autores, a teoria do bem jurídico despontada em Birnbaum converge em parte com o conceito material de crime de Feuerbach, e em parte dele se distingue. A aparente contradição deve-se ao período de transição em que se situa Birnbaum, naturalmente “influenciado por tendências opostas”.⁴⁷⁶

As contradições sistêmicas em Birnbaum, portanto, não apagam suas contribuições para a dogmática penal moderna. A despeito do caráter ainda abstrato do conceito de “bem”, a noção de proteção a bens permitiu avançar, principalmente, nas distinções entre consumação e tentativa e entre lesão e colocação em perigo.⁴⁷⁷

O termo “bem jurídico” é utilizado pela primeira vez por Karl Binding em 1872, em seu livro “As normas e a sua infração”. Nele, sob a influência do positivismo normativista, Binding desenvolve o conceito de delito como “contrariedade à norma”, partindo de uma concepção

Lei nº 28/84, de 20 de janeiro). In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. A corrente tradicional, como é chamada por Maria da Conceição Ferreira Cunha, admite que o conceito de bem jurídico em Birnbaum é uma evolução contínua em relação ao pensamento iluminista-liberal do direito penal, principalmente na forma destacada por Feuerbach, cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 42 e seguintes. Nessa linha, pode-se citar, entre nós, Bechara, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 98.

⁴⁷⁴ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 120; PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Montevideo: Editorial BdeF, 2003, p. 112-113.

⁴⁷⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 44.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁷⁷ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 34.

normativa dualista, que distingue lei e norma.⁴⁷⁸ Segundo a concepção do autor, a noção de violação da lei é imprecisa, já que os tipos penais descrevem justamente a conduta realizada pelo criminoso. “*Matar alguém*” descreve o fato ao qual se subsume o art. 121 do Código Penal. A partir desse raciocínio, Binding diferencia a lei penal, dirigida ao juiz e resumida ao seu preceito secundário (“*aquele que matar será punido com pena de reclusão, de seis a vinte anos*”), da norma de comportamento a ela subjacente, dirigida aos cidadãos (“*não matarás*”).⁴⁷⁹ O criminoso, portanto, não viola a lei penal, mas cumpre o seu conteúdo, razão pela qual a definição de lei penal e de atividade do indivíduo são necessariamente divergentes.⁴⁸⁰

Segundo a concepção de Binding, a norma (“*Matar alguém*”) cria a ação antijurídica, abandonando as perspectivas criminais baseadas em conceitos pré-jurídicos.⁴⁸¹ As ações proibidas criadas pela norma veiculam as situações que contrariam o interesse e os valores estatais, também chamados pelo autor de “bens jurídicos”. O Estado é o detentor do direito subjetivo consistente no poder de exigir a obediência dos indivíduos, e a criminalização se justifica como meio para conservar os bens jurídicos.⁴⁸² Os interesses estatais são criados em âmbito legislativo – como Binding destaca, o bem jurídico “é tudo o que, mesmo sem nenhum direito, apareça aos olhos do legislador como condição e de valor para a vida sadia da sociedade jurídica, e, a seu ver, tenha interesse para mantê-la inalterada e imperturbada”.⁴⁸³

O bem jurídico de Binding, portanto, não possui referência axiológica, do direito natural, tampouco dos direitos subjetivos individuais ou coletivos reconhecidos pela sociedade em geral. Trata-se de uma definição jurídico-positiva, determinada exclusivamente pelo juízo

⁴⁷⁸ BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*. Vol. I. Trad. Antonio José Miguel Feu Rosa. Vitória, 2002, p. 185.

⁴⁷⁹ PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Montevideo: Editorial BdeF, 2003, p. 22-23; RENZIKOWSKI, Joachim. A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito. Trad. Adriano Teixeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, p. 51-73, 2014, n.p. No Brasil, Ana Elisa Bechara também adota a expressão “obrigações de comportamento”, ao lado de lei penal, para referir-se à teoria dualista de Binding, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 99-100.

⁴⁸⁰ BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*. Vol. I. Trad. Antonio José Miguel Feu Rosa. Vitória, 2002, p. 184 e seguintes; JAKOBS, Günter. As normas de Binding e a sociedade. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (orgs.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArts, 2012, p. 13; SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 34.

⁴⁸¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 100.

⁴⁸² BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*. Vol. I. Trad. Antonio José Miguel Feu Rosa. Vitória, 2002, p. 207. Sobre a finalidade do sistema jurídico penal, o autor diz: “A obediência à norma só deve ser o meio para a conversação do bem jurídico em sua integridade: a lesão ao bem evita, em certos casos, o objetivo que o direito persegue com a norma, a desobediência constitui apenas o meio reprovável para isso.”. *Ibidem*, p. 222.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 2016.

do legislador.⁴⁸⁴ Com isso, Ferreira da Cunha chama atenção para algo que, em alguma medida, Binding e Birnbaum têm em comum: “[o] abandono de qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica, uma vez que passa a ser um conceito imanente ao sistema”.⁴⁸⁵ Ao legislador, cabe eleger os bens jurídicos passíveis de sanção penal, conforme o seu próprio juízo, limitado apenas pelas considerações do próprio legislador e pela lógica.⁴⁸⁶

Embora Binding tenha definido o bem jurídico a partir dos valores para uma vida sadia da sociedade, não há critérios materiais a serem seguidos pelo legislador em sua tarefa de eleger os bens jurídicos. Na verdade, a categoria de Binding oferece um espaço vazio ao legislador, que pode preenchê-lo com o que entender de direito.⁴⁸⁷ Souza Santos comenta a hipótese de que a teoria do bem jurídico de Binding teria o mérito de, pela primeira vez, propor a aproximação entre dogmática e política criminal, dada a relevância do legislador para o sistema jurídico-penal.⁴⁸⁸ No entanto, ele mesmo rebate a suposição, considerando a falta de dialeticidade na eleição dos bens jurídicos; não se trata de uma função complementar ao sistema, mas de um ato de vontade política, autônomo e arbitrário, justificado unicamente pela autoridade estatal.⁴⁸⁹ Eser chama atenção, ainda, para a desindividualização operada pela concepção de Binding, cuja definição de bem jurídico destaca os valores para a ordem social, sem mencionar direitos individuais e subjetivos.⁴⁹⁰

Na década de 1880, Franz von Liszt critica duramente a teoria de Binding e formula sua definição de bem jurídico em busca de um conceito material de delito e do resgate dos direitos

⁴⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro). *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 392; SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 35.

⁴⁸⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 51.

⁴⁸⁶ Nas palavras de Binding: “Na criação de bens jurídicos e na instituição de normas de proteção dos mesmos, a fonte jurídica só é limitada por suas próprias considerações e pela lógica.” BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*. Vol. I. Trad. Antonio José Miguel Feu Rosa. Vitória, 2002, p. 208.

⁴⁸⁷ Com ponto de vista crítico, cf. SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 36; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 100-101; SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 209-210.

⁴⁸⁸ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 36.

⁴⁸⁹ *Idem*.

⁴⁹⁰ ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 22-23.

subjetivos. Para Liszt, o bem jurídico é o elemento capaz mitigar o caráter abstrato do direito punitivo, pois aproxima o ordenamento jurídico da realidade.⁴⁹¹ Ele aponta, assim, que “bem jurídico não é *bem do direito* ou da ordem jurídica (...), mas um *bem do homem* que o direito reconhece e protege”.⁴⁹²

Para subsidiar o conteúdo material do bem jurídico, o autor parte da premissa de que a função do direito penal é “proteger interesses da vida humana”, razão pela qual o “*bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido*”.⁴⁹³ Defende Liszt, em oposição a Binding, que os interesses da vida humana podem ser individuais ou coletivos, e são ditados pela própria vida, não pelo direito.⁴⁹⁴ Ou seja, é das necessidades concretas da vida humana que se originam os bens juridicamente protegidos.⁴⁹⁵

Além da reformulação do conceito de bem jurídico, Liszt dá as bases de uma teoria teleológica da pena, ao afirmar que “a justificação finalística da pena está na *necessidade dela para a manutenção da ordem jurídica e conseqüentemente para a manutenção do Estado*”.⁴⁹⁶ E arremata: “A pena é *justa* quanto e em tanto quanto é *necessária* para a manutenção da ordem jurídica”.⁴⁹⁷ Evidentemente, a concepção sobre os fins da pena repercute nos critérios de criminalização na teoria do autor, já que a necessária função da sanção penal é elemento definidor do que pode ou não ser punido.⁴⁹⁸ Dessa forma, uma importante contribuição de Liszt para a teoria do delito é o conceito de subsidiariedade, também chamada necessidade penal, que até atualmente influencia a dogmática criminal.⁴⁹⁹

Apesar das críticas às definições de Binding, a teoria do bem jurídico de Liszt também é de matriz positivista. Chamada corrente positivista naturalista, a teoria encontra na realidade social os fundamentos a que se vinculam as normas penais – ou seja, nas palavras de Ferreira Cunha, “o Direito parte das necessidades reais da vida humana em sociedade, dando-lhes forma

⁴⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro). *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 392; SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 37.

⁴⁹² LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, p. 94, grifos no original.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 93-94, grifos no original.

⁴⁹⁴ *Idem*.

⁴⁹⁵ *Idem*.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 120, grifos no original.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 125, grifos no original.

⁴⁹⁸ *Idem*.

⁴⁹⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 54.

jurídica”.⁵⁰⁰ Se, para Binding, cabia ao legislador penal criar os bens jurídicos, para Liszt, a tarefa legislativa reduz-se ao reconhecimento dos interesses sociais como bem jurídico. O legislador do autor apenas dá roupagem jurídica àqueles interesses da vida humana definidos pela realidade social. Contudo, a função legislativa para ele segue sendo, assim como em Binding, decisiva: é o legislador que estabelece o que é o bem jurídico, a despeito da natureza pré-jurídica dos interesses.⁵⁰¹

As teorias positivistas de Binding e Liszt foram o ponto de partida para os autores neokantistas no início do século XX, em especial Richard Honig, Erich Schwinge, Max Grünhut. Os neokantistas opuseram-se a todos os tipos de positivismo e buscaram o retorno da filosofia no debate dogmático penal.⁵⁰² Com isso, o neokantismo operou uma virada paradigmática no conceito de ciência adotado pelo positivismo, segundo a qual a ciência penal definia-se a partir dos sentidos e da observação, tal qual as ciências naturais. A dogmática penal devia considerar também – e sobretudo – “los fenómenos espirituales e la comprensión de su esencia específica”.⁵⁰³ A compreensão teleológica do bem jurídico, já destacada em Liszt, alcançou a máxima expressão na doutrina neokantista, para caracterizar o direito como uma ciência intermediária “entre os mundos do ser e do dever-ser”.⁵⁰⁴

A substância material do bem jurídico, segundo a perspectiva neokantista, não está na realidade social, como em Liszt, mas no mundo espiritual subjetivo em que se encontram os valores culturais.⁵⁰⁵ O conceito material de crime pensado para limitar o poder punitivo é deixado de lado, e o bem jurídico passa a ser entendido como um recurso de interpretação dos

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 55; SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 209.

⁵⁰¹ Souza Santos explica as implicações positivistas na teoria do bem jurídico de Liszt, ressaltando o fracasso, apesar das críticas acertadas em relação a Binding: “Coerente com essa perspectiva positivista, Von Liszt deixa ao legislador, em última instância, a decisão sobre quais interesses vitais merecem ser considerados bens jurídicos e receber proteção jurídica. Por isso, a definição de bem jurídico de Von Liszt não só não apresenta qualquer potencial crítico ao direito positivo, apesar de sua orientação pré-positiva, como ele nunca propôs um conceito idôneo a cumprir sua tarefa.”. SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 39. Com o mesmo sentido, cf. ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 24-26; PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: Editorial BdeF, 2003, p. 113-114.

⁵⁰² PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: Editorial BdeF, 2003, p. 210-211.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 211.

⁵⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 80-81.

⁵⁰⁵ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 120.

tipos penais, destituído de finalidades político-criminal.⁵⁰⁶ Diferente de Liszt, que reconhece a existência prévia dos bens jurídicos, a dogmática neokantista assume que o bem jurídico é uma categoria exclusivamente normativa, fruto do raciocínio jurídico, que não se confunde com o objeto real a que se corresponde.⁵⁰⁷

Ainda que por vias diferentes, portanto, reproduz-se o arbítrio do legislador também legitimado pelas teorias anteriormente expostas: cabe ao campo político eleger quais valores são bens jurídicos. Souza Santos ainda chama atenção para a tautologia do conceito neokantista, cuja principal consequência é o respaldo automático de toda e qualquer escolha legislativa, já que “qualquer espécie de tipo penal editada pelo legislador poderia ser já entendida como protetora de algum bem jurídico”.⁵⁰⁸ Sem natureza político-criminal, a teoria do bem jurídico neokantista retrocede em relação ao objetivo de Liszt, que assumia uma perspectiva limitante do poder punitivo, embora malsucedida. Se o bem jurídico é a finalidade da norma (ou o valor dela extraído), então não há autonomia em relação à atuação legislativa.⁵⁰⁹

Ainda no início da década de 1930, as discussões sobre a teoria do bem jurídico foram interrompidas pela ascensão do nacional-socialismo alemão. O abandono do direito penal liberal, já pronunciado pelo neokantismo, aprofundou-se com os teóricos nacionais-socialistas,

⁵⁰⁶ Figueiredo Dias demonstra os diferentes conceitos neokantistas a respeito do bem jurídico, que têm em comum a sua natureza meramente interpretativa: “(...) esta concepção faz dos bens jurídicos meras *fórmulas interpretativas* dos tipos legais de crime, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo e de exprimir ‘o sentido e o fim dos preceitos penais singulares’ (Honig), meras ‘abreviaturas do pensamento teleológico’ que os penetra” (Grünhut), em suma, expressões da *ratio legis* que lhes preside (Schwinge).” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 81. Em sentido semelhante, cf. SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 40; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 105-106.

⁵⁰⁷ Maria da Conceição Ferreira da Cunha estabelece as diferenças entre a teoria neokantista de Honig e os conceitos de bem jurídico de Birnbaum e de Liszt: “[o neokantismo] pretende estabelecer uma clara distinção entre objeto de tutela e objeto de ação, distinção esta que não teria sido feita por Birnbaum ao conceber o bem jurídico como um objeto da realidade empírica, objeto material do mundo exterior (concepção de que Binding não se terá totalmente libertado), nem por Liszt ao identificar o bem jurídico com os interesses da vida dos indivíduos.”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 65. Com a mesma percepção, ANDRADE, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro). Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 390 e seguintes.

⁵⁰⁸ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 41.

⁵⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 1997, p. 54-55; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 68.

que tinham por objetivo alinhar a dogmática penal às finalidades de um Estado totalitário.⁵¹⁰ De maneira geral, o período do nacional-socialismo retrocedeu o desenvolvimento da dogmática jurídico-criminal de matriz liberal e, em relação especificamente ao bem jurídico, a teoria caminhou para permitir a manipulação ideológica das incriminações.⁵¹¹ Conforme a conveniência para o regime, o conceito amplo de bem jurídico servia para legitimar a punição baseada na violação ao “sentimento popular”, a fim de criminalizar os indivíduos que representassem uma ameaça ao nacional-socialismo.⁵¹²

A política-criminal levada a cabo no regime nazista, portanto, não se centrava em fatos, mas na criminalização de inimigos do regime.⁵¹³ Assim, abandonou-se o direito penal do fato para adotar o direito penal do autor, o que levou à rejeição da definição formal de crime. Diferente Liszt, que assumia a finalidade de limitar o poder de punir, o nacional-socialismo utilizou uma definição material de delito que conferisse plasticidade e servisse aos objetivos do regime.⁵¹⁴ Havia a noção, como observa Vormbaum, de que os limites formais da punição deveriam abrir espaço para a busca por justiça, isto é, a busca por punir aqueles com comportamento nocivo à nação.⁵¹⁵

Naquele período, o direito em geral, mas sobretudo o direito criminal, tornou-se o “instrumento por meio do qual o espírito objetivo ordena a vida coletiva”, ou seja, as noções de direito e de justiça sobrepuseram-se às leis formais.⁵¹⁶ Isso se desdobrou no desaparego da taxatividade penal, através da rejeição à proibição da analogia penal. O conceito formal de crime limitava a criminalização, ao passo que a sua definição essencial permitia a adaptação do crime ao que se apresentasse mais conveniente ao regime nazista.⁵¹⁷ Além de dissipar as

⁵¹⁰ PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Montevideo: Editorial BdeF, 2003, p. 115-116; CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003, p. 57 e seguintes.

⁵¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 1997, p. 120.

⁵¹² *Idem*; SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 41; CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003, p. 64 e seguintes.

⁵¹³ VORMBAUM, Thomas. *A Modern History of German Criminal Law*. Trad. Margaret Hiley. London: Springer, 2014, p. 174.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 175.

⁵¹⁵ *Idem*.

⁵¹⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 109; VORMBAUM, Thomas. *A Modern History of German Criminal Law*. Trad. Margaret Hiley. London: Springer, 2014, p. 175 e seguintes.

⁵¹⁷ VORMBAUM, Thomas. *A Modern History of German Criminal Law*. Trad. Margaret Hiley. London: Springer, 2014, p. 176; CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003, p. 118 e seguintes.

fronteiras entre o direito e a moral, a finalidade do nacional-socialismo consistente em perseguir inimigos políticos implicou a instrumentalização do bem jurídico, dando evidência ao seu aspecto coletivo.

Entre os juristas alinhados ao regime, no entanto, houve divergência sobre a utilização da teoria do bem jurídico. Uma corrente, representada pela escola de Kiel, e sobretudo por Friedrich Schaffstein, rejeitou o conceito de bem jurídico, substituindo-o pela ideia de deveres à comunidade. Influenciado pela teoria de Birnbaum, Schaffstein partia da premissa de que os cidadãos se conectam a partir de obrigações cultivadas uns com os outros, cuja violação ensejaria a sanção penal.⁵¹⁸ Outra corrente, encabeçada principalmente por Edmund Mezger, encontrou no bem jurídico a legitimidade para expandir os objetos criminalizáveis. O autor classifica-o como uma “*figura ideológica*”, não vinculado apenas ao indivíduo, mas também à sociedade.⁵¹⁹ Já no final da década de 1930, também os autores da escola de Kiel passaram a defender a compatibilidade do bem-jurídico e do nacional-socialismo, já que o conceito se mostrava positivo para ampliar a punição, além de ser ineficaz em sua função limitadora.⁵²⁰

Com o fim da II Guerra Mundial, a dogmática penal ocidental voltou os olhos para a filosofia do direito e para o mundo dos valores, diante da necessidade de reestruturar o sistema jurídico e de afastar-se do totalitarismo que legitimou os atos de guerra. O retorno da perspectiva ontológica assume relevância com a doutrina de Hans Welzel, que, influenciado pelo neokantismo, recupera a importância das estruturas lógico-objetivas para o sistema penal.⁵²¹ Para a lógica finalista, toda ação humana pode ser valorada segundo o resultado por ela causado (desvalor do resultado) ou pela finalidade a ela intrínseca (desvalor da ação).⁵²²

⁵¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 53, p. 9-37, 2005, n.p.; SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 41 e seguintes.

⁵¹⁹ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 155-156; CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003, p. 90 e seguintes.

⁵²⁰ A observação é de Santiago Mir Puig, para quem “Que el nacional-socialismo admitiese el bien jurídico, aunque fuese tras un inicial rechazo, es, sin duda, la mejor muestra de la ineficacia limitadora de los conceptos que de aquél se manejaban.”. PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Editorial BdeF, 2003, p. 115 e seguintes.

⁵²¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 115.

⁵²² Nas palavras do autor: “Toda acción humana, en lo bueno como en lo malo, está sujeta a dos aspectos distintos de valor. Por una parte, puede ser valorada según el resultado que alcanza (valor del resultado o valor material); por otra parte, independientemente del resultado que con la acción se obtenga, según el sentido de la actividad en sí misma (valor del acto).”. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 1-2; PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 8. Ed. Barcelona: Editorial Reppetor, 2006, p. 160 e seguintes.

Para Welzel, o desvalor da ação, relacionado à intenção, ao elemento subjetivo do agente, é importante principalmente para pensar os crimes culposos.⁵²³ O desvalor do resultado, por sua vez, caracteriza-se pela lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.⁵²⁴

Para o finalismo, a principal função do direito penal é resguardar os valores fundamentais para uma vida em comunidade, como a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade, por exemplo.⁵²⁵ Esses são os chamados bens jurídicos, cuja violação é proibida e punida, em razão do propósito central de “los valores *positivos* éticos-sociales” da comunidade.⁵²⁶ Nesse panorama, o bem jurídico “es un bien vital del grupo o del individuo, que em razón de su significación social, es amparado jurídicamente. (...) *es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones*”.⁵²⁷

Essa dimensão do direito penal, conforme Welzel, assegura a fidelidade dos cidadãos com o Estado. Para o autor, a função primária não é a proteção de bens jurídicos, de caráter preventivo-negativo, mas a preservação positiva dos valores ético-sociais, que se manifesta, dentre outras maneiras, através do exercício do poder punitivo.⁵²⁸ A separação entre as dimensões positiva e negativa é clara no exemplo de Welzel: “detrás de la proihibición de matar, está el pensamiento primario, que tiende a asegurar el respeto por la vida de los demás”.⁵²⁹ Para ele, o desvalor da ação independe do resultado e é relativamente independente do bem jurídico, razão pela qual, por exemplo, é típica a ação de matar alguém “cuya vida carece socialmente de valor, como la de un criminal condenado a muerte”.⁵³⁰

⁵²³ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 35 e seguintes; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Montevideo: Editorial BdeF, 2004, p. 55 e seguintes. Para Roxin, um dos méritos da doutrina finalista de ação é a inclusão do desvalor da ação nos crimes culposos, antes limitados ao resultado material. Segundo ele: “O fato de que o tipo culposo de homicídio pressupõe mais que a causação de uma morte foi um conhecimento reivindicado pelo finalismo, mesmo que suas tentativas de explicar a exigência de violação de um dever objetivo de cuidado ao final não tenham sido eficazes.”. ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 65, p. 9-25, 2007, n.p.

⁵²⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 1.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 1-2.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 2. Em outra passagem, Welzel esclarece a missão fundacional do direito penal: ¡La misión central del derecho penal reside, entonces, em asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.”. *Ibidem*, p. 3, grifos no original.

⁵²⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 5-6, grifos no original.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 3-4.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁵³⁰ *Idem*.

A simples proteção de bem jurídico, segundo entende Welzel, não é suficiente para reafirmar os princípios fundamentais em uma sociedade. Até porque o autor admite a aplicação utilitária do direito penal apenas diante de danos sociais, o que limita o âmbito de punição.⁵³¹ É somente através da ampla função ético-social do direito penal que se pode garantir permanentemente a proteção de bens jurídicos, uma vez que se trata de reafirmar a importância dos atos de fidelidade, de obediência e de respeito dos cidadãos em relação ao Estado e aos seus pares.⁵³² Apesar da orientação social e de cunho moralista, Welzel ressalta o seu caráter fragmentário da lei penal, aplicável somente em casos de lesões aos deveres éticos-sociais elementares.⁵³³ Isso impede, para o autor, o excesso de punição e a utilização ideológica do direito penal.⁵³⁴

A teoria de Welzel possui avanços importantes tanto em relação às teorias do bem jurídico anteriores ao período nacional-socialista, quanto em relação à dogmática legitimadora do regime nazista. Ainda assim, alguns de seus críticos apontam que a plasticidade de seu conceito de bem jurídico enseja um direito penal de ânimo.⁵³⁵ A crítica é injusta, segundo Roxin, que não extrai da teoria de Welzel a legitimação do uso ideológico do direito penal. Para ele, a teoria finalista busca o respeito do bem jurídico protegido pelo Código Penal e o reconhecimento das normas.⁵³⁶ Por outro lado, Roxin admite que a teoria do bem jurídico de Welzel confunde os meios e os fins. A proteção de bens jurídicos não é o meio através do qual se assegura a preservação dos valores éticos-sociais de uma sociedade. É justamente o contrário, como elucida o autor: “la creación de respeto a la vida o propiedad [...] naturalmente no se produce como fin em sí mismo, sino para evitar daños a bienes jurídicos; com lo sólo es medio para el fin de la protección de bienes jurídicos.”⁵³⁷

Além disso, a definição de quais são os valores éticos-sociais fundamentais não é estabelecida de forma clara por Welzel. Embora deva ser reconhecido o esforço do autor para

⁵³¹ *Ibidem*, p. 4.

⁵³² Em suma, o autor delinea a importância do bem jurídico em sua teoria: “De ello resulta que es *misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementares del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales*.”. *Ibidem*, p. 5.

⁵³³ *Ibidem*, p. 8.

⁵³⁴ *Idem*.

⁵³⁵ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 46.

⁵³⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 68-69.

⁵³⁷ *Idem*. Ana Elisa Bechara ressalta, por sua vez, que a concepção segundo a qual a proteção de bens jurídicos é meio para alcançar o fim de manutenção dos valores éticos-sociais de uma comunidade tem por consequência admitir, inclusive, delitos sem bens jurídicos, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 117.

materializar a fragmentariedade da tutela penal, a abstração conceitual permite ao legislador criminalizar condutas arbitrariamente, “desde que seja reputado por ele um desvalor da ação contrária ao que a norma editada por ele próprio considera valor ético-social digno de ser protegido”, como esclarece Souza Santos.⁵³⁸ Bechara observa, nessa esteira, que a concepção ontológica de Welzel acaba por mesclar a tutela penal à proteção moral da sociedade, além de mascarar os limites materiais da punição.⁵³⁹

Igualmente, Figueiredo Dias critica a perspectiva moral ético-social de Welzel. O penalista português aponta três problemas principais: (i) a indistinção entre direito penal e moral; (ii) os valores sociais fundamentais em uma comunidade devem ser promovidos, preferencialmente, por outros meios que não a tutela penal; e (iii) o pluralismo ético-social intrínseco às sociedades democráticas inviabiliza a eleição de um padrão valorativo, uma vez que admite a coexistência de “zonas de consenso com zonas de conflito”.⁵⁴⁰

A breve recuperação da evolução dogmática de teoria do bem jurídico mostra que, em suas primeiras manifestações, não havia a finalidade de restringir o poder punitivo estatal. Pelo contrário, os contornos iniciais do bem jurídico têm caráter eminentemente legitimador do conteúdo das normas penais, sem questionar a falta de limites do legislador penal. As poucas tentativas de vincular a teoria do bem jurídico ao conceito material de crime, restringindo as escolhas legislativas no campo penal, não tiveram sucesso. A inconsistência dos critérios de eleição dos bens jurídicos, crítica dirigida em geral aos conceitos formulados, traduziu-se em uma forma de justificar quaisquer incriminações. Outro rumo será dado à teoria do bem jurídico a partir da década de 1960, quando se começa a desenhar a teoria político-criminal do bem jurídico.

3.2.2 *O conceito político-criminal e constitucionalmente orientado do bem jurídico-penal: a Constituição como limite e fundamento do poder punitivo*

A teoria moderna do bem jurídico-penal, voltada à limitação do poder estatal de incriminar, começa a ser gestada na Alemanha durante a década de 1960, tendo como principais expoentes os então jovens penalistas Claus Roxin e Winfried Hassemer, aos quais se somaram

⁵³⁸ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 46.

⁵³⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 117.

⁵⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 78-79.

doutrinadores portugueses, italianos e espanhóis em busca de um conceito efetivamente crítico de bem jurídico. Se as teorias anteriores pecaram pelo seu caráter eminentemente justificador e legitimador das normas penais, coube à teoria moderna delinear um conceito de bem jurídico capaz de orientar a própria atividade legislativa e estabelecido a partir de critérios concretos, sem margem para justificar criminalizações baseadas em anseios políticos, morais ou ideológicos.⁵⁴¹

A natureza político-criminal do bem jurídico exige o controle do poder estatal de punir, restrito à utilização do direito penal apenas para proteger bens jurídicos concretos e penalmente relevantes quando não houver outro meio menos lesivo e eficaz. Nessa modulação, a teoria do bem jurídico encontrou terreno fértil para ascender durante os debates relativos à reforma penal alemã no final da década de 1960. Concentrada em “crimes contra os costumes”, a proposta para criminalizar condutas sexuais imorais e normativo-desviantes, como adultério, sodomia e incesto tornou-se alvo de intensa crítica pela doutrina.⁵⁴² O Projeto de Código Penal elaborado em 1962 manteve a punição de atos homossexuais praticados por homens adultos, por exemplo, a despeito de não haver qualquer violação a bem jurídico.⁵⁴³ O crime de homossexualidade manteve-se em vigor, inclusive com a chancela do Tribunal Constitucional alemão, mas os

⁵⁴¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 71 e seguintes; HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina penal - teoría y práctica em las ciencias penales*, nº 45 a 48, año 12, p. 279 e seguintes.

⁵⁴² HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 6, p. 36-71, 1994, n.p; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 73-77.

⁵⁴³ Roxin lista outros crimes mantidos pela reforma penal em 1962 que não tem por objetivo a proteção de bens jurídicos, mas a proibição de comportamentos afrontosos à moral e aos bons costumes. ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993, p. 29-30.

legisladores aboliram-no em 1969, seguindo a orientação do Projeto Alternativo de 1966,⁵⁴⁴ que se contrapunha à proposta governamental.⁵⁴⁵

Os debates em torno do Projeto Alternativo de 1966 permitiram que fosse delineada uma teoria político-criminal e limitadora do bem jurídico, que pela primeira vez esclarecia a insuficiência do conceito formal de delito. Ainda que eleito democraticamente, o legislador penal deve observar critérios materiais “sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune”.⁵⁴⁶ A legitimidade democrática deixa de justificar a criminalização de quaisquer condutas, sobretudo aquelas de natureza política, moral e inseridas na gama de atos permitidos em decorrência do pluralismo político-social das sociedades contemporâneas.⁵⁴⁷ Na formulação de Roxin, o bem jurídico ganha natureza de crítica à legislação, com objetivo de restringir a prática legislativa aos limites legítimos.

A vertente político-criminal de bem jurídico, por si só, mesmo que mais arrojada que as anteriores, ainda cumpria a mera função de um meio de interpretação teleológica da norma penal.⁵⁴⁸ Ou seja, a aplicação prática da definição político-criminal não seria diferente das demais, já que um conceito meramente hermenêutico de bem jurídico deixaria a cargo do intérprete e de sua subjetividade a tarefa de estabelecer as condutas passíveis de criminalização. Em um Estado democrático, diz Roxin, “as normas jurídico-penais devem perseguir somente o

⁵⁴⁴ O Projeto Alternativo de Código Penal, de 1966, fora produzido por um grupo de jovens professores, dentre os quais já se destacava Claus Roxin. Opondo-se às premissas do Projeto de Código Penal do Governo, de 1962, que admitia a utilização do direito penal contra condutas meramente imorais, o Projeto Alternativo norteou-se pela finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos. Greco e Leite sintetizam as contribuições do Projeto Alternativo às discussões; para eles, uma das principais, ao lado do rechaço à concepção retributivista da pena, diz respeito ao papel dos bens jurídicos na dogmática criminal: “O direito penal tem por finalidade a *proteção de bens jurídicos* e não a proteção da moral. ‘... ao legislador não assiste direito algum de punir um comportamento não lesivo a bens jurídicos, apenas por ser ele imoral. (...) O estado tem de garantir a ordem externa; ele não está legitimado a ser patrono moral dos indivíduos’. Isso significa, especialmente, que proibições, como a do homossexualismo entre adultos, ainda contidas no Projeto Governamental sob o argumento de proteção da moral tornar-se-iam ilegítimas”. GRECO, Luís; LEITE, Alair. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, n. 7, p. 97-123, 2011, p. 106.

⁵⁴⁵ Roxin trata de suas contribuições ao Projeto Alternativo e da tentativa de incluir no Código Penal alemão a finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos: “A ideia principal [no pós-guerra] foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos. O projeto alternativo alemão do ocidente de 1966, do qual fui coautor, e que pretendia opor-se ao projeto do governo de então com uma política criminal alternativa moderna rezava, programaticamente, no artigo 2º, §1º: ‘As penas e as medidas de segurança servem para proteção dos bens jurídicos e à reinserção do autor na comunidade jurídica’”. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 12.

⁵⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

⁵⁴⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 11.

⁵⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 1997, p. 54-55.

objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica, livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”.⁵⁴⁹ Em princípio, a definição assume contornos tão abstratos quanto as teorias anteriores, o que não apenas inviabilizaria o potencial limitador do conceito como permitia a legitimação de condutas imorais e outras formas de incriminação arbitrária.⁵⁵⁰

Os defensores de uma teoria político-criminal do bem jurídico tinham a missão de achar um critério concreto e forte o suficiente para justificar a capacidade crítica do conceito. Nesse contexto, nascem justificativas diversas, como aquelas inspiradas em Kant e na filosofia anglo-saxônica, posteriormente descartadas.⁵⁵¹ Em meio à tentativa de achar uma fonte da qual extrair os critérios capazes de restringir o poder punitivo, prosperou a corrente segundo a qual o bem jurídico tem natureza constitucional. Roxin, ainda em 1966, encontrou nos princípios da Constituição a única forma de restringir previamente a atividade legislativa.⁵⁵² Dotado de hierarquia constitucional, a definição político-criminal de bem jurídico atingiu o objetivo nortear o legislador segundo uma categoria previamente estabelecida, mas sem recorrer a conceitos metafísicos ou pré-jurídicos.⁵⁵³

Como pontua Roxin, trata-se de um conceito “que viene previamente dado al legislador penal, pero no es prévio a la Constitución.”⁵⁵⁴ Disso, o autor extrai uma série de teses concretas aptas a limitar o poder de incriminar. Primeiro, o exercício arbitrário do poder estatal de incriminar não protege bens jurídicos, já que a proteção de bens jurídicos é a única justificativa legítima para a criminalização de condutas em um estado democrático.⁵⁵⁵ Segundo, as

⁵⁴⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 17.

⁵⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 1997, p. 55.

⁵⁵¹ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 49, p. 89-147, 2004, n.p.

⁵⁵² Segundo o autor: “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución.”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 1997, p. 55; ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993, p. 28; ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 20-21.

⁵⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 116.

⁵⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

⁵⁵⁵ *Idem*. Para justificar a tese, Roxin faz alusão à famosa lenda popular suíça sobre Guilherme Tell, representada na peça Wilhelm Tell, de Friedrich Schiller. À época do governo tirânico de Hermann Geßler, também chamado de Albrecht, foi estabelecida uma nova política. Geßler pendurou seu chapéu em uma praça pública e todos aqueles que passassem deveriam saudá-lo, como se o objetivo representasse o próprio governante. Um dia, avistado pelos

finalidades normativo-penais puramente ideológicas não têm o condão de proteger bens jurídicos.⁵⁵⁶ Com isso, o autor ressalta a incompatibilidade da teoria político-criminal do bem jurídico com a dogmática nacional-socialista, que se utilizou de justificativas ideológicas para amparar a criação de tipos penais. Terceiro, como já comentado anteriormente, as meras imoralidades não lesionam bens jurídicos.⁵⁵⁷

Além disso, na célebre conferência na Universidade Externado da Colômbia, em 2004, intitulada “A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal?”, Roxin destaca outras consequências de seu conceito político-criminal de bem jurídico, quais sejam: (i) a simples criminalização não legitima a escolha legislativa, ou seja, o legislador não cria o bem jurídico; (ii) conceitos jurídicos por demais abstratos, como a dignidade da pessoa humana ou a perturbação da paz pública, não justificam a criminalização; (iii) a autolesão não pode ser punida, porque a proteção de bens jurídicos deve ser avaliada em relação ao indivíduo e ao direito de outro sujeito; (iv) leis penais simbólicas não protegem bens jurídicos, já que sua motivação é eminentemente político-eleitoral.⁵⁵⁸

Considerando as repercussões pretendidas do bem jurídico constitucional, é de se ver que o conceito é moldado não apenas para limitar o poder de incriminar, mas também para fundamentar e legitimar a criminalização, quando respeitados os princípios constitucionais, dos quais decorrem o conceito formal e material de crime.⁵⁵⁹ Reconhecer a existência de bens jurídicos político-criminais implica admitir a existência prévia dos valores jurídicos dignos de tutela penal.⁵⁶⁰ Figueiredo Dias explica que não se trata de uma identidade entre os valores constitucionais e os bens jurídicos-penais, mas uma “*relação de mútua referência*”, pois os princípios constitucionais são os reguladores positivos e negativos da atividade punitiva estatal.⁵⁶¹ Assim, os valores constitucionais fundamentam (positivo) e limitam (negativo) o poder de punir. Não se trata de identidade nem reciprocidade integral, mas de uma

soldados que vigiavam o chapéu e Geßler, Guilherme Tell e seu filho não se curvaram diante do objeto. Por descumprir a ordem de Geßler, Guilherme Tell e seu filho foram severamente punidos. A partir da história, Roxin aponta a ilegitimidade da sanção penal para impor a obediência dos cidadãos ou outros valores morais. *Idem*.

⁵⁵⁶ *Idem*.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 56-57.

⁵⁵⁸ A ilegitimidade da sanção penal de maneira arbitrária, por motivos ideológicos ou aplicada a condutas meramente imorais também aparece no rol dos limites impostos ao legislador listados na referida conferência, cf. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 20 e seguintes.

⁵⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro). *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 394-395.

⁵⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66-67.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 67, grifos no original.

correspondência de sentido entre o ordenamento constitucional e os bens jurídicos passíveis de tutela penal.⁵⁶²

Até porque a identificação integral dos princípios constitucionais como bens jurídicos esvaziaria por completo a importância dessa categoria. Por isso, Greco rechaça a hipótese de que se trataria de uma mera duplicação conceitual. Para ele, apesar da referência constitucional, o bem jurídico-penal é “necessariamente mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais”.⁵⁶³ O exemplo utilizado por Greco é esclarecedor: tomando-se a identificação integral entre disposições constitucionais e bens jurídicos penalmente relevantes, até mesmo a construção e os interesses do Colégio Pedro II, que consta do art. 242, §2º da Constituição de 1988, poderiam ser objeto de tutela penal.⁵⁶⁴ Para impedir interpretações extensivas e evidenciar o caráter limitador do bem jurídico, a legitimidade da sanção penal deve ser avaliada pela lente da subsidiariedade. Apenas as condutas mais graves, violadoras dos bens jurídicos constitucionais mais relevantes, não resolvidas por outros meios, é que podem ser alvo da intervenção penal.⁵⁶⁵

De outro lado, Greco observa que a natureza abstrata das normas constitucionais, por si só, poderia comprometer a aplicação concreta do bem jurídico.⁵⁶⁶ O conceito político-criminal e constitucionalmente orientado do bem jurídico é o início, e não o fim, de sua delimitação conceitual. Na verdade, a definição concreta de quais valores constitucionais correspondem a bens jurídico-penais é uma disputa entre duas correntes dentro da teoria político-criminal: a teoria monista-pessoal e a teoria dualista.⁵⁶⁷

Em suma, para corrente monista-pessoal, principalmente representada por Hassemer, os bens jurídicos são definidos a partir dos interesses individuais, inclusive em se tratando dos bens da coletividade.⁵⁶⁸ Nesses termos, os bens jurídicos coletivos apenas são passíveis de

⁵⁶² *Idem.*

⁵⁶³ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 49, p. 89-147, 2004, n.p.

⁵⁶⁴ *Idem.*

⁵⁶⁵ *Idem.*

⁵⁶⁶ O autor questiona: “Se a Constituição é necessariamente aberta, se inúmeros valores, mesmo conflitantes, encontram acolhida em seu seio, como se pode falar numa limitação do poder do legislador? (...) A pergunta é, portanto, se a Constituição, aberta como ela reconhecidamente é, pode excluir algum interesse, algum valor, para considerá-lo impassível de tutela por meio do direito penal.” *Idem.*

⁵⁶⁷ Greco menciona, ainda, uma terceira corrente – “monista-estatal ou monista-coletivista” –, menos relevante doutrinariamente e decorrente de premissas autoritárias, uma vez que restringe a legítima tutela penal àqueles bens de interesse coletivo ou do Estado, ignorando a perspectiva individual. *Idem.*

⁵⁶⁸ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22, p. 27-35, 1998, n.p.; HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo

proteção penal se puderem ser individualizados, como é o caso do direito à saúde pública. Os crimes contra a saúde pública são legítimos, conforme a teoria monista, se a conduta se mostrar lesiva à saúde de indivíduos determinados ou determináveis. Por via de consequência, a tutela de bens jurídicos verdadeiramente coletivos, não individualizáveis, como o meio ambiente, deve ser operada por outro meio que não o penal.⁵⁶⁹ No Brasil, Ana Elisa Bechara e Juarez Tavares defendem a concepção individualista do bem jurídico, sendo admitida a punição baseada em bens coletivos apenas se forem reduzidos a bens pessoais.⁵⁷⁰

Por outro lado, a vertente dualista reúne a maioria dos doutrinadores penalistas. Para essa corrente, é legítima a tutela penal dos bens jurídicos individuais e coletivos, incluindo aqueles bens que não são redutíveis ao interesse individual.⁵⁷¹ Diferente da teoria monista-pessoal, os defensores do dualismo entendem possível incluir, dentre os bens protegidos pelo direito penal, aqueles ligados aos interesses coletivos e aos problemas da modernidade. Ainda assim, não renunciam à natureza subsidiária e fragmentária da lei penal, como o meio ambiente, tampouco da crítica ao eventual uso abusivo dos bens jurídicos coletivos para expandir a criminalização.⁵⁷² A distinção entre os bens jurídicos coletivos individualizáveis e os verdadeiros bens jurídicos coletivos é feita a partir de três critérios sistematizados por Roland

Horizonte: Del Rey, 2007, p. 95-96; CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Rirant lo Blanch, 2010, p. 61. Mir Puig também se filia à teoria monista-pessoal, por entender que, em um estado democrático de direito, o poder punitivo apenas se legitima em relação ao indivíduo - em suas palavras, “la valoración de la importancia de um determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración”. PUIG, Santiago Mir. Concepto de bien jurídico-penal como limite del *ius puniendi*. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice (coords.). *Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener*. Brasília: Conselho Federal de Justiça, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 430.

⁵⁶⁹ GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?. *Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa (ADPE)*, v. 2, p. 63-73, 2012.

⁵⁷⁰ Nesse sentido, destacam os autores: “Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição desta categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano igualmente à pessoa e às suas condições sociais.”. TAVARES, Juarez. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 217; “(...) o único elemento aglutinador do conteúdo de qualquer bem jurídico parece corresponder à sua vinculação a um interesse humano fundamental, adotando-se a linha personalista.”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 352.

⁵⁷¹ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 89-147, 2004, n.p.; GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?, *Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa (ADPE)*, v. 2, p. 63-73, 2012; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221 e seguintes.

⁵⁷² Com perspectiva crítica, Greco avalia de maneira positiva a crítica da teoria monista-pessoal aos bens jurídicos coletivos, embora dela discorde para reconhecer a idoneidade da criminalização protetiva dos verdadeiros bens jurídicos difusos. Diz o autor: “o bem jurídico coletivo justifica incriminações e marcos penais que não seriam *prima facie* justificáveis se tivéssemos apenas o bem jurídico individual”, como é o caso do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas). GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?, *Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa (ADPE)*, v. 2, p. 63-73, 2012.

Hefendehl, quais sejam, a não exclusividade de seu gozo, a não rivalidade de seu consumo e a não distributividade.⁵⁷³

A despeito das divergências entre a teoria monista-pessoal e a teoria dualista, o conceito político-criminal e constitucionalmente orientado de bem jurídico é adequado para estabelecer a abrangência do poder estatal de incriminar, seja para legitimá-lo, seja para limitá-lo. Ainda dotado de certa abstração, a vinculação aos princípios constitucionais é fonte suficientemente clara para nortear a atividade do legislador democraticamente eleito, que está de todo modo submetido ao que dita a Constituição.

A definição político-criminal e de natureza constitucional do bem jurídico contribuiu principalmente com dois avanços importantes. O primeiro, a referência concreta dos valores constitucionais fontes do bem jurídico-penal. O segundo, o reconhecimento do bem jurídico como fundamento, e não só como limite, do poder punitivo estatal. A constitucionalização do direito penal deixa de significar apenas a ausência de contradição entre a lei penal e a Constituição, e passa a materializar um modelo de intervenção penal impositivo ao legislador, como observa Donini.⁵⁷⁴ Diante da Constituição como fundamento da pena, o legislador não tem amplo poder de decisão quanto aos fins nem os instrumentos de tutela dos bens jurídicos.⁵⁷⁵

Levando esse entendimento às últimas consequências, além de definir quais bens jurídicos são passíveis de proteção penal, o texto constitucional também revela “quais [bens jurídicos] devem ser delegados a outros ramos do ordenamento, quais são as técnicas de tutela penal consentidas e quais as funções da pena”.⁵⁷⁶ Transpondo ao tema as categorias de Robert

⁵⁷³ Segundo Hefendehl, a não exclusividade do gozo significa que a coletividade goza do bem jurídico, que não é de exclusividade do indivíduo nem de grupos. A não rivalidade de seu consumo consiste na possibilidade de consumo conjunto do bem jurídico, sem que o consumo de um indivíduo inviabilize a de outros. Por último, a não distributividade significa que o bem jurídico não está sujeito a divisão nem redução, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o bem jurídico de saúde pública. HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 67 e seguintes.

⁵⁷⁴ DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. *Revista penal*, p. 24-38, 2008, p. 24 e seguintes.

⁵⁷⁵ *Ibidem* p. 25.

⁵⁷⁶ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 102. Mario Durán Migliardi destaca as consequências de uma orientação material e constitucional do poder estatal de incriminar: “el poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no sólo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino que, además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación, es decir, su faz legislativa y judicial. Por ello, esta orientación postula, a diferencia de la anterior, que los principios rectores del sistema penal no son meros límites al *Ius puniendi*, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo, esto es, un Derecho penal Constitucional cuya función esencial es garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen.” MIGLIARDI, Mario Durán. *Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. Política criminal*, vol. 6, nº 11, p. 142-162, 2011, p. 146.

Alexy, Souza Filho organiza a relação entre Constituição e legislador penal segundo as intensidades fraca e forte, representadas, respectivamente, pelos modelos “Constituição-marco” e “Constituição-programa”.⁵⁷⁷ A Constituição-marco é o modelo segundo o qual as disposições constitucionais são as referências axiológicas para o legislador, ao qual cabem as decisões políticas fundamentais. Por sua vez, a Constituição-programa refere-se ao modelo de ordem constitucional que estabelece previamente o conteúdo das decisões políticas, restringindo a atuação legislativa.⁵⁷⁸

Assim, é de se destacar o papel – com maior ou menor intensidade – da Constituição na criação das normas penais e, portanto, como fundamento para o seu controle. A teoria contemporânea do bem jurídico representa uma virada paradigmática relevante na possibilidade de utilizar as normas constitucionais como referência – positiva e negativa – no controle de constitucionalidade das normas penais. Nesse sentido, o conceito político-criminal de bem jurídico assumiu centralidade na discussão sobre a relação entre Constituição e direito penal, e isso se reforçou com o movimento da Escola de Bolonha, representado por Franco Bricola.⁵⁷⁹

Para Bricola, a Constituição reflete um ordenamento de valores aos quais o legislador deve ser ater para justificar a criminalização, bem como para medi-la, já que a hierarquia dos bens jurídico-penais constitucionais também determina a escala de sua importância.⁵⁸⁰ Ou seja, os bens constitucionais possuem medidas distintas de relevância que devem ser observadas pelo legislador no ato de cominação de sanções.⁵⁸¹ Para contornar a expansão da criminalização, o autor afirma que os novos bens jurídicos ou aqueles de estatura constitucional indireta apenas

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 102-103; cf., de maneira geral, ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002.

⁵⁷⁸ *Idem*.

⁵⁷⁹ Sobre a influência de Bricola no estudo do direito constitucional penal, cf. DONINI, Massimo. La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales. *Nuevo Foro Penal*, n. 77, p. 43-83, 2011; ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 44 e seguintes; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 169 e seguintes; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 103 e seguintes.

⁵⁸⁰ BRICOLA, Franco. Política criminal e scienza del diritto penale. LOCAL: Il Mulino, 1997, p. 190 e seguintes; DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad: estudios de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 301 e seguintes.

⁵⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 192 e seguintes; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 155 e seguintes; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 105 e seguintes.

podem ser protegidos pelo direito penal se a sua tutela for necessária para a salvaguarda dos bens primários.⁵⁸²

A tese de Bricola expressa o que Souza Filho caracteriza como “Constituição-programa”, uma vez que o legislador penal está formalmente e materialmente vinculado aos ditames constitucionais. Trata-se de uma relação intensa entre Constituição e direito penal, da qual decorrem ao menos três consequências, a saber: (i) a inconstitucionalidade de restrições a direitos fundamentais que não tenham por finalidade a proteção de outros direitos fundamentais; (ii) a inconstitucionalidade de criminalizações sem referência aos valores constitucionais; (iii) a inconstitucionalidade de sanções desproporcionais à relevância constitucional dos bens jurídicos em questão.⁵⁸³

Por essa perspectiva, o conceito central da constitucionalização do direito penal, na formulação de Bricola, é o bem jurídico. São a natureza constitucional e a definição político-criminal do bem jurídico que amparam as suas funções de legitimar a tutela penal, de conter excessos punitivos e de delimitar os objetos passíveis de proteção criminal.⁵⁸⁴ Essas qualidades, ainda, abriram o caminho para repensar o controle de legislação penal, que deixou de ser vista como escolha exclusiva e arbitrária do legislador.⁵⁸⁵

Os estudos sobre a relação entre Constituição e direito penal ganham força na Itália, principalmente em razão da reforma constitucional por que passou o país em meados do século XX. Em 1947, entrou em vigor a atual Constituição Italiana ao lado de legislações concebidas durante períodos autoritários – como é o caso do Código Penal italiano de 1930, o Código Rocco. A releitura constitucional das normas penais, no caso italiano, fez as vezes de reforma legislativa – que nunca ocorreu integralmente.⁵⁸⁶ Apesar da particularidade da experiência italiana, as doutrinas portuguesa e espanhola também apontam, majoritariamente, para uma teoria constitucional e político-criminal do bem jurídico, a revelar a dupla relação – fundamentadora e limitadora – entre o ordenamento constitucional e as normas penais.

⁵⁸² DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. Trad. Cristina Méndez Rodríguez. *Revista Penal*, n.

⁵⁸³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 104.

⁵⁸⁴ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad: estudios de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 339 e seguintes.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 104-105.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 340 e seguintes.

Em Portugal, Figueiredo Dias defende que, em um Estado de Direito material, “a ordem dos bens jurídicos há de constituir uma ordenação axiológica *como aquela que preside à Constituição*”.⁵⁸⁷ O conteúdo material possível e legítimo das normas penais está pré-definido pelo ordenamento constitucional, que, para o autor, “constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado”.⁵⁸⁸ Costa Andrade, igualmente, percebe no bem jurídico o potencial crítico a partir do suporte ontológico nos valores constitucionais.⁵⁸⁹

No ordenamento português, a construção dogmática e doutrinária sobre as funções do bem jurídico encontra amparo no art. 18, n.º 2, da Constituição, que permite a restrição a direitos apenas “nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.⁵⁹⁰ Diante disso, quem o diz é Costa Andrade, destaca-se “o mandamento de interpretação das normas incriminatórias *conforme ao bem jurídico*”, de maneira que a criminalização esteja circunscrita à “área de tutela tipicamente assegurada”.⁵⁹¹

De maneira similar, a doutrina penal espanhola repensou a estrutura penal adequada para um estado democrático e social, após a superação do regime autoritário franquista.⁵⁹² Mir Puig

⁵⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 43, 1983, p. 16, grifos no original.

⁵⁸⁸ *Idem*.

⁵⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 395.

⁵⁹⁰ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, Diário da República n.º 86/1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Cf., a esse respeito, ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 397; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 200 e seguintes. Em aspecto amplo, e não apenas da perspectiva penal, Canotilho e Vital Moreira analisam a exegese do art. 18, n.º 2, e dela extraem o seguinte: “O regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não proíbe de todo em todo a possibilidade de restrição, por via de lei, do exercício dos direitos, liberdades e garantias. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima, torna-se necessária a verificação cumulativa das seguintes condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (n.º 2, 1.ª parte); (b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (n.º 2, *in fine*); (c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo (n.º 2, 2.ª parte).”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 388.

⁵⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 398, grifos no original.

⁵⁹² Juan Terradillos Basoco aponta a impossível convergência das leis penais autoritárias e do novo ordenamento constitucional na Espanha, ver: TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Constitución y ley penal. La imposible convergencia”, *RFDUCM*, 1986, p. 651 e seguintes. Nesse sentido, cf. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La*

define as bases para o novo modelo de sistema criminal: “debe legitimarse como sistema de *protección efectiva de los ciudadanos*, lo que le atribuye la misión de prevención em la medida – y sólo em la medida – de lo necesario para aquella protección”.⁵⁹³ Na forma defendida por Mir Puig e em consonância com a doutrina majoritária, o bem jurídico com capacidade crítica é acompanhado por duas condições: a relevância social do bem jurídico e a necessidade de proteção penal.⁵⁹⁴ Para elucidar a incidência dos valores constitucionais na política criminal, Arroyo Zapatero trata do “Programa Penal da Constituição” para referir-se ao conjunto de princípios genéricos e específicos que vinculam as escolhas legislativas e jurídicas relacionadas ao sistema punitivo.⁵⁹⁵

No Brasil, foi expressiva a recepção do conceito político-criminal e constitucional de bem jurídico. Luiz Regis Prado,⁵⁹⁶ Cezar Bitencourt,⁵⁹⁷ Juarez Tavares,⁵⁹⁸ Luis Flávio Gomes,⁵⁹⁹ Luís Greco⁶⁰⁰ são expoentes importantes na divulgação do conceito, mas as sistematizações mais aprofundadas, na doutrina brasileira, ficaram a cargo de Ana Elisa Bechara⁶⁰¹ e Humberto Souza Santos.⁶⁰²

No livro resultado de sua tese de doutorado, Souza Santos analisa as formas de conferir ao bem jurídico o rendimento máximo, ou seja, como aplicá-lo, na prática, para nortear a ação legislativa. O autor não nega as insuficiências da teoria político-criminal e constitucional de

expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo: Editorial BdeF, 2006; CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 8 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 78 e seguintes. Contraditando à aplicabilidade prática e efetiva da teoria do bem jurídico na doutrina espanhola, cf. SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, p. 89-139, 2013.

⁵⁹³ PUIG, Santiago Mir. *Estado, pena y delito*. Montevideo: Editorial BdeF, 2006, p. 6, grifos no original.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 88 e seguintes; PUIG, Santiago Mir. Concepto de bien jurídico-penal como límite de *ius puniendi*. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. *Estudios de derecho penal, procesual e criminología em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener*. Brasília: Conselho Federal de Justiça, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 435.

⁵⁹⁵ ZAPATERO, Luis Arroyo. Fundamento y Función del Sistema Penal: El Programa Penal de la Constitución. *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, n. 1, p. 97-112, 1987.

⁵⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018, *passim*.

⁵⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 53 e seguintes.

⁵⁹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 216 e seguintes; TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

⁵⁹⁹ GOMES, Luis Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁶⁰⁰ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 89-147, 2004; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, p. 165-185, 2010.

⁶⁰¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. Parte das reflexões presentes no livro estão sintetizadas no artigo – BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo. *Revista Liberdades*, nº 1, 2009.

⁶⁰² Santos, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

bem jurídico, apesar de considerá-la o formato mais adequado para a delimitação do poder punitivo.⁶⁰³ O relativo fracasso da teoria do bem jurídico, segundo Souza Santos, decorre da pretensão de utilizá-lo, com exclusividade, para aferir a legitimidade dos tipos penais. Contrariando essa ideia, portanto, o autor inclui a categoria do bem jurídico na segunda fase de seu filtro de legitimidade das normas penais.⁶⁰⁴

Nessa formulação, a primeira fase do filtro de legitimidade das leis penais fundamenta-se na verificação de que a conduta proibida está dentro da esfera de autonomia e liberdade do indivíduo. Para Souza Santos, a conduta passível de criminalização está fora da esfera de autonomia do indivíduo e atinge o campo de liberdade de outrem.⁶⁰⁵ A segunda fase do filtro de legitimidade centra-se na valoração da liberdade substantiva e, aqui, o autor utiliza-se da teoria do bem jurídico. Em sua concepção, os bens jurídicos merecedores de tutela penal são aqueles que conferem ao indivíduo as condições para realizar as suas escolhas. No caso dos bens jurídicos coletivos, a legitimidade da criminalização em função deles depende da análise de sua importância para a coletividade – isto é, se aquele bem coletivo a ser protegido pelo direito penal é essencial para que os membros da coletividade realizem suas escolhas de forma autônoma e livre.⁶⁰⁶ A terceira e última fase do filtro de legitimidade concebido por Souza Santos consiste no nexo de idoneidade, que combina os resultados das fases anteriores. Além de analisar se a conduta está fora da esfera de autonomia e se o bem jurídico permite ao indivíduo ou à coletividade o pleno desenvolvimento, a terceira fase questiona se a conduta em questão é idônea para violar o bem jurídico em questão.⁶⁰⁷

Nesse sentido, o surgimento e o desenvolvimento da teoria constitucional e político-criminal do bem jurídico aproximou os campos constitucional e penal de forma significativa e irreversível.⁶⁰⁸ As funções legitimadora e limitadora do bem jurídico, bem como o assento constitucional, a despeito das divergências doutrinárias, traçaram o caminho para restringir as possibilidades do legislador na eleição das condutas criminalizáveis. Além disso, a evolução da teoria do bem jurídico confunde-se com a própria constitucionalização do direito penal. Naturalmente, a conformidade das leis penais com o ordenamento constitucional extrapola a

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 59 e seguintes.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 152 e seguintes.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 142 e seguintes.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 162 e seguintes.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 203 e seguintes.

⁶⁰⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 395.

verificação de legitimidade do bem jurídico, e se estende para outros elementos normativos, levando em conta princípios penais e processuais penais em geral.

Contudo, o controle de constitucional das normas penais ainda é pouco explorado no Brasil, a despeito da clara expansão do *judicial review* durante a segunda metade do século XX. As razões para essa aparente timidez – ou, em termos da teoria constitucional, do *self restraint* – podem ser resumidas numa pergunta: o controle constitucional da lei penal é legítimo ou interfere excessivamente na decisão política dos representantes democraticamente eleitos? O tópico seguinte destrincha e discute essa matéria.

3.3 O controle constitucional de normas penais: legítimo ou interferência excessiva?

A constitucionalização do direito penal abriu o caminho para refletir sobre as repercussões dos princípios constitucionais penais e processuais penais na prática criminal. Por sua vez, a teoria político-criminal e constitucional do bem jurídico revela, em geral e a despeito das diferentes correntes doutrinárias a ela subjacentes, a correspondência entre os valores constitucionais e os bens penalmente relevantes. Se existe uma ordem constitucional definidora dos direitos fundamentais protegidos pelo poder estatal e dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, é de que questionar *se, como e em que medida* pode o legislador penal ter a sua atividade controlada, a fim de que sejam observados os parâmetros constitucionais.

3.3.1 Se e como: é possível o controle constitucional de normas penais?

A possibilidade (*se*) e a forma (*como*) do controle constitucional das normas penais enfrenta desafios particulares em relação ao controle judicial das normas em geral devido à legitimidade democrática que detém o legislador na definição da política criminal. Não obstante a matéria penal acentuar a problemática entre o controle judicial e os princípios democráticos, essa questão está no fundamento das democracias constitucionais e do *judicial review* de maneira ampla. Ao fim e ao cabo, saber se é legítimo controlar as decisões do legislador penal

de acordo com os parâmetros constitucionais não se distancia de saber se é legítimo verificar a compatibilidade das leis em geral com os princípios constitucionais.⁶⁰⁹

O controle jurídico dos atos legislativos é, de maneira geral, objeto de contradição. A expansão do controle constitucional e o conseqüente surgimento de técnicas modernas de interpretação constitucional mitigaram a ideia de autolimitação judicial nos moldes concebidos pela jurisprudência norte-americana.⁶¹⁰ A anulação de atos legislativos por juízes ainda é matéria delicada, como classifica Ramos, por se tratar de um momento de tensão entre os Poderes constituídos.⁶¹¹ Ainda hoje, pode-se falar em uma oposição entre constitucionalismo e democracia, fundada na contradição entre a vontade popular expressa pelos representantes eleitos e os limites constitucionais impostos por juízes não-eleitos. Gargarella sintetiza a oposição: a democracia funda-se no poder ilimitado do povo, ao passo que o constitucionalismo obedece à premissa de regular o poder político, principalmente o de grupos majoritários.⁶¹² Como reconhece o autor, “dicha tensión no es ficticia ni tiene una obvia resolución”.⁶¹³

A saída de Gargarella para reivindicar a legitimidade da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas é amparar o constitucionalismo nas mesmas bases que sustentam a democracia. A Constituição, nessa medida, é o instrumento que estabelece as condições para que a democracia e seus pressupostos – o debate público, a cidadania e a vida em comunidade, por exemplo – funcionem.⁶¹⁴ O constitucionalismo não é a expressão da limitação do poder do povo, mas uma forma de garantir-lhe a liberdade e o autogoverno – nas palavras de Gargarella, “el constitucionalismo debe ser visto como una forma de *ganhar o potenciar* nuestra libertad como comunidad”.⁶¹⁵

⁶⁰⁹ RIPOLLÉS, José Luiz Díez. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 75, p. 59-108, 2005, p. 62 e seguintes; VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Luis Andrés. *El control constitucional de leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal*. Tese (Doutorado), Universidade de Málaga, Departamento de Derecho Público, Málaga, 2014, p. 59 e seguintes, 312 e seguintes.

⁶¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 887.

⁶¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2015, p. 24-25.

⁶¹² GARGARELLA, Roberto. “Constitucionalismo vs. democracia”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 3. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 1.991. Do mesmo autor, em sentido semelhante, cf. GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 1.992.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 1.997.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 1.998.

Para ilustrar, o autor utiliza a conhecida metáfora de Ulisses e o canto das sereias.⁶¹⁶ Na obra de Homero, Ulisses retorna a Ítaca consciente das provações que enfrentará no caminho, das quais a mais conhecida é o canto das sereias, capaz de seduzir os homens e desviá-los de seus caminhos. Para evitar sua própria perdição, Ulisses manda aos tripulantes que o acorremem e que não atendam às suas ordens de soltura durante o trajeto, em que estaria sob efeito do canto das sereias. Ulisses escolheu ser imobilizado para cumprir a sua missão e chegar ao seu destino, ainda que, para isso, tenha limitado suas ações.

A moral da história, transportada para a relação entre constitucionalismo e democracia, é descrita por Gargarella: “del mismo modo em que Ulises pudo ganar libertad, al incapacitarse para ciertas acciones, una sociedad también puede expandir sus capacidades auto-imponiéndose determinados límites”.⁶¹⁷ Os limites impostos pela própria sociedade são aqueles estabelecidos pela Constituição, sobretudo sob o rótulo de direitos fundamentais, que impedem as “tentaciones inadmisibles”.⁶¹⁸ Gargarella encontra na igualdade a chave para que a tomada de decisões em uma democracia constitucional esteja inserida na dimensão coletiva e deliberativa.⁶¹⁹

Com base também na participação igualitária dos cidadãos no exercício do poder político, John Rawls constrói sua teoria conciliatória entre democracia e constitucionalismo.⁶²⁰ Em sua formulação, a razão pública é “a razão dos cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição”.⁶²¹ Em uma sociedade, há outras razões que não a pública – como aquela expressa por igrejas e outras associações da sociedade civil. Para Rawls, são objeto especial da razão pública as questões fundamentais, resumidas aos elementos constitucionais essenciais e

⁶¹⁶ *Idem*. A metáfora é amplamente utilizada na dogmática constitucional. A primeira vez que a presente autora teve contato com a história aplicada ao constitucionalismo foi com a leitura do artigo STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 2, 2009.

⁶¹⁷ GARGARELLA, Roberto. “Constitucionalismo vs. democracia”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 3. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 1.998-1.999.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 1.999.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 2.003 e seguintes; sobre o tema, cf. CHUERI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, n. 6, p. 159-174, 2010, p. 168 e seguintes.

⁶²⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 261 e seguintes.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 263.

às questões de justiça básica.⁶²² O autor acrescenta que a razão pública se aplica aos cidadãos, mas também às autoridades do Estado, como legisladores, governantes e, de forma especial, ao tribunal constitucional.⁶²³

Em uma democracia, cabe ao tribunal constitucional a função de aplicar a razão pública para “evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem-posicionados”.⁶²⁴ O exercício do controle constitucional legitima-se e contradita a máxima do exercício antimajoritário, segundo Rawls, “quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a constituição em si”.⁶²⁵ Ao servir de instância revisora da constitucionalidade dos atos públicos, o tribunal cumpre, ainda, o papel de preservar a razão pública. Rawls não ignora a possibilidade de os juízes interpretarem a constituição de acordo com seus vieses subjetivos, individualistas e políticos; nesses casos, as decisões tornam-se uma controvérsia política a ser resolvida conforme os valores públicos.⁶²⁶ Ademais, o autor esclarece que o tribunal constitucional não diz o que é a constituição – esse é o papel do povo, que diz à corte o que ela é.⁶²⁷

Além de Rawls, há diversos outros atores cujas teorias se propõem a conciliar democracia e a jurisdição constitucional, bem como aqueles que, como Waldron, negam a compatibilidade.⁶²⁸ Por exemplo, as correntes procedimentalistas, dentre as quais se destacam John Hart Ely e Jürgen Habermas,⁶²⁹ de forma semelhante ao proposto por Rawls,⁶³⁰ explicam a relação entre democracia e constitucionalismo a partir da legitimidade jurisdicional segundo regras de argumentação, que asseguram as condições da democracia.

Por caminhos diferentes, os autores defendem a jurisdição constitucional como elemento fundamental para o equilíbrio democrático. Ely atém-se à organização procedimental

⁶²² Como exemplo de questões públicas não fundamentais, o autor destaca “a legislação fiscal, por exemplo, e muitas leis que regulam a propriedade; estatutos que protegem o meio ambiente e controlam a poluição; a instituição de parques nacionais e a preservação de áreas de vida silvestre e de espécies de animais e plantas; e a previsão de fundos para os museus e as artes”. *Idem*.

⁶²³ *Ibidem*, p. 264-265.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 284.

⁶²⁵ *Idem*.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 288.

⁶²⁷ *Idem*.

⁶²⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115, 6, 2006; WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶²⁹ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁶³⁰ KROL, Heloísa da Silva. Aportes de teoria constitucional: uma abordagem sobre constituição, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, p. 78-108, 2007, n.p.

democrática como objeto do controle constitucional.⁶³¹ A proteção de direitos fundamentais tem lugar, por essa via, desde que corresponda à defesa do tratamento igualitário dos cidadãos.⁶³² A jurisdição constitucional não protege interesses de grupos majoritários ou minoritários, mas funciona como um árbitro da democracia participativa. Aos juízes constitucionais cabe a função de garantir que todos tenham parte na tomada de decisões, a fim de garantir um efetivo processo democrático.⁶³³

Nesse sentido, na perspectiva de Ely, o controle de constitucionalidade opera nas situações em que as decisões políticas não oferecem confiança aos cidadãos. Essas situações são aquelas nas quais (i) os mecanismos institucionais para participação popular não existem ou não funcionam devidamente; e (ii) as maiorias representativas negam às minorias a participação e a representação no sistema político.⁶³⁴ Ely adota uma concepção pluralista de democracia e, por isso, preocupa-se com os meios para que os grupos minoritários influenciem os processos de tomada de decisão. A jurisdição constitucional, na forma concebida pelo autor, assegura sobretudo o procedimento democrático.

De outro lado, Habermas encontra sentido nas competências do tribunal constitucional voltadas à proteção do “sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos”.⁶³⁵ Para o autor, a jurisdição constitucional desatrela-se do paradigma liberal, em que funcionava como mera proteção aos cidadãos contra arbítrios dos demais poderes, para adquirir o valor ativo na garantia de direitos de deliberação dos cidadãos. Diferente de Ely, Habermas vai além da desobstrução dos canais de participação e da representatividade de grupos minoritários. O modelo procedimentalista de Habermas baseia-se em decisões normativas construídas a partir de consensos resultantes de argumentos arrojados pelos próprios cidadãos destinatários das normas.⁶³⁶

Os acordos consensuais, racionais e gerados pelo agir comunicativo supõem, em alguma medida, a igualdade daqueles envolvidos. No entanto, a esfera pública é caracterizada por uma

⁶³¹ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 46 e seguintes.

⁶³² Concordando com Ely, cf. CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 6, n. 17, 1986, p. 40-41. Com perspectivas críticas, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326 e seguintes.

⁶³³ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 75 e seguintes.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 100 e seguintes.

⁶³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 330-335.

distribuição desigual de recursos e de informação entre os agentes, o que prejudica o processo comunicativo e, por conseguinte, a produção normativa.⁶³⁷ O papel dos tribunais constitucionais, para Habermas, é justamente garantir aos cidadãos a autonomia e a igualdade de condições para a participação nos procedimentos comunicativos.⁶³⁸

Dessa forma, a legitimidade do controle de constitucionalidade em uma democracia relaciona-se à função de defender a lei, exercida através da jurisdição constitucional. No Brasil, o Poder Judiciário é elevado à guardião da Constituição – art. 102, *caput*, da Constituição Federal. Em uma democracia constitucional, a soberania parlamentar é concebida de maneira harmônica com a supremacia da Constituição. Por essa razão, a vontade da maioria expressa na lei pode ser legitimamente contraposta à vontade do povo, expressa nas regras e princípios constitucionais.⁶³⁹ Ademais, o controle constitucional também possui a função de defender os direitos fundamentais, já que a democracia não se resume aos seus procedimentos ou à vontade da maioria, mas representa “também o respeito das minorias e o respeito em geral dos direitos dos membros da comunidade”.⁶⁴⁰

A mera assunção de coexistência entre os princípios constitucional e democrático, todavia, responde apenas à primeira questão – *se* é possível controlar a atividade legislativa por meio do controle judicial de constitucionalidade. A tensão travada entre juiz constitucional e legislador estende-se também para a finalidade do controle, ou seja, *como* é possível harmonizar o *judicial review* e os postulados democráticos preservando a separação dos Poderes?

Para justificar a jurisdição constitucional, destacou-se a função dos tribunais constitucionais na preservação da democracia e dos direitos fundamentais. Agora, para refletir sobre a finalidade do controle de constitucionalidade nos limites das funções de cada poder, deve-se destacar a função do legislador no Estado Democrático de Direito.

O poder legiferante, destaca Canotilho, é “concebido como um fluxo da soberania interna do Estado” e fundamenta-se, principalmente, na “*legitimação democrática imediata do legislador*”.⁶⁴¹ Em princípio, a soberania legiferante apenas abre espaço para autolimitações, e

⁶³⁷ *Idem.*

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 336-337.

⁶³⁹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, n. 18, p. 127-150, 2004, p. 127 e seguintes;

⁶⁴⁰ MIRANDA, Jorge. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 21, 2003, p. 84.

⁶⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 238, grifos no original.

não para vinculações de forma e de conteúdo advindas de outros poderes. Isso porque o princípio democrático garante ao legislador a liberdade de decisão e de determinação dos fins e dos meios.⁶⁴² A natureza criativa, constitutiva e volitiva da atividade legislativa, bem como a indeterminação dos princípios constitucionais a ela vinculantes, abrem espaço para as decisões e o juízo de valor levado a cabo pelo legislador.⁶⁴³

Em um Estado Democrático de Direito, a autolimitação dos poderes perde sentido, já que há um parâmetro objetivo e hierarquicamente superior a todos os poderes: a Constituição.⁶⁴⁴ Nesse paradigma, as normas constitucionais não apenas limitam os poderes, mas a vinculação implica a determinação positiva da atividade legislativa conforme o ordenamento material e jurídico-constitucional.⁶⁴⁵ Em suas palavras, Canotilho explica: “[a Constituição] define, mais ou menos detalhadamente, os fins do Estado, os princípios materiais norteadores da sua realização e as tarefas dos órgãos estaduais”.⁶⁴⁶ A determinabilidade das normas constitucionais aplica-se a todos os campos, inclusive às leis restritivas de direito.⁶⁴⁷ Nesse caso, os princípios orientam os atos legislativos tanto no aspecto negativo quanto no positivo, a fim de garantir a adequação material do ato ao fim por ele perseguido.⁶⁴⁸

Na prática, a questão mais delicada é apontar para a vinculação constitucional sem retirar da atividade legiferante a autonomia ínsita à função. Quanto a isso, Canotilho aponta que a finalidade do controle de constitucionalidade é “aprofundar a relação material existente entre a constituição e a lei”.⁶⁴⁹ Para tanto, o legislador não tem a obrigação de criar boas leis, mas possui “o dever de observância dos fins constitucionais”.⁶⁵⁰ Cabe ao legislador valorar as circunstâncias fáticas, sociais e políticas, sem olvidar das diretrizes materiais presentes na Constituição. O controle judicial de constitucionalidade não substitui o legislador. Na forma concebida por Canotilho, ele serve para “captar juridicamente o eventual excesso de poder

⁶⁴² *Ibidem*, p. 238-239.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 239-240.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 248.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 249.

⁶⁴⁶ *Idem*.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 262

⁶⁴⁸ Para o autor, o exame da constitucionalidade deve ter em conta “a causa e o fim da lei e a medida da restrição através de princípios como os da igualdade, proibição do excesso, exibibilidade, oportunidade e proporcionalidade, o que, de forma mais ou menos intensa, sempre postula uma indagação da adequabilidade substancial do ato legislativo ao seu fim.”. *Idem*.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 264-265.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 265.

legislativo nos casos em que se tem de apreciar se as finalidades da constituição não foram menosprezadas”.⁶⁵¹

Evidentemente, a problemática se complexifica a depender do objeto submetido a controle, de acordo com o grau de discricionariedade política dispensado à matéria.⁶⁵² No caso de normas penais, as questões em torno da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade são as mesmas, com destaque para algumas particularidades, como o princípio da legalidade.⁶⁵³

De fato, o princípio da legalidade penal está no texto constitucional (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal) e na legislação penal (art. 1º do Código Penal), com redação semelhante – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Na repartição de competências, cabe ao legislativo, e ao legislador federal de maneira privativa, dispor sobre direito penal e processual penal (art. 22, I, da Constituição Federal). Ao Chefe do Executivo, em âmbito federal, estadual ou distrital, é vedada a edição de medidas provisórias de conteúdo penal ou processual penal (art. 62, §1º, I, *b*, da Constituição Federal).

A estrutura jurídico-normativa do ordenamento brasileiro sugere o monopólio do Poder Legislativo no que diz respeito ao poder estatal de incriminar. A competência para formular a política criminal, apesar de conferida com exclusividade ao legislador penal, há de ser exercida de acordo com as disposições constitucionais – nas palavras de Feldens, o legislador penal “ver-se-á contingenciado por um rol de direitos e garantias, individuais e sociais, e por um programa constitucional delineado por princípios, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito”.⁶⁵⁴ O exercício da jurisdição constitucional justifica-se nos casos em que o legislador ultrapassa os limites constitucionais. O outro lado da moeda é intuitivo, portanto: há maior liberdade legislativa para dispor sobre elementos que não tiverem natureza constitucional.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ *Idem.*

⁶⁵² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 212 e seguintes.

⁶⁵³ ANTUNES, Maria João. Problemática penal no Tribunal Constitucional português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, p. 13-30, 2011, n.p.

⁶⁵⁴ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 36. Em sentido semelhante, cf. SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 48-49.

⁶⁵⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 24, n. 71, 2004, p. 60.

No caso das normas penais, o direito fundamental à liberdade sempre estará em questão – o que, de plano, já reduz o espectro de atuação do legislador.⁶⁵⁶ É a perspectiva adotada por Prieto Sanchís: “si las normas penales han de ser leyes orgánicas porque desarrollan derechos fundamentales, entonces habrás de respetar las condiciones establecidas para la regulación de tales derechos”.⁶⁵⁷ O autor defende a tese de que o caráter político das leis penais não as torna isentas do controle de constitucionalidade. A criminalização sem referência a bem jurídico, a utilização do direito penal em violação aos fins constitucionais e as decisões arbitrárias do legislador penal são exemplos de objetos passíveis do controle judicial de constitucionalidade, uma vez que se distancia do exercício legislativo conforme a Constituição.⁶⁵⁸

Em sentido semelhante, admitindo o controle judicial das normas penais alinhado à separação de poderes, Maria João Antunes destaca a atribuição dos tribunais constitucionais de solucionar casos de violação manifesta à ordem constitucional.⁶⁵⁹ Na formulação da autora, cabe aos juízes constitucionais impedir que “*a vontade política da maioria governante em cada momento prevaleça contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei fundamental*”.⁶⁶⁰

Nessa linha, Scalcon avalia os espaços para discricionariedade legislativa em âmbito penal.⁶⁶¹ Para a autora, há casos em que a Constituição se antecipa e determina a conduta legislativa, e apenas uma conduta legislativa é constitucionalmente correta.⁶⁶² Um exemplo em nosso ordenamento é a proibição de penas de trabalho forçado (art. 5º, XLVII, *c*, da Constituição Federal). Considerando a diretriz constitucional, apenas o ato de não estabelecer penas de trabalho forçado é conforme a Constituição. Por outro lado, Scalcon defende que nos casos em que não existe um conteúdo “constitucionalmente delegado”, o legislador possui mais de uma opção de condutas “constitucionalmente legítimas”, a serem escolhidas livremente.⁶⁶³ Aplicando o conceito às normas penais, é fácil pensar no caso da discricionariedade legislativa na eleição do preceito secundário, isto é, das penas. Não há diretriz constitucional específica a

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 61.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 62.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 65 e seguintes; SANCHÍS, Prieto Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 220 e seguintes.

⁶⁵⁹ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 84.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 86, grifos no original.

⁶⁶¹ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 60 e seguintes.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 61.

⁶⁶³ *Idem*.

respeito da constitucionalidade apenas da pena de reclusão, de 6 a 12 anos, para o delito de homicídio simples (art. 121, *caput*, do Código Penal). Nesse espaço, o legislador está livre para escolher, dentro da margem de discricionariedade inserida no escopo dos postulados constitucionais abstratos.⁶⁶⁴

Harmonizar o controle judicial de constitucionalidade à natureza política das normas penais e à separação de poderes – *como* o legislador penal pode ter sua atuação limitada pela jurisdição constitucional? – demanda equilibrar as funções do controle constitucional e do legislador democrático. A intervenção judicial não substitui o juízo ou a valoração política, mas atua para garantir a atenção aos fins da Constituição. Havendo imposição ou vedação constitucional explícita, o espaço para escolha do legislador restringe-se, e fora deste âmbito de restrição a atuação legislativa pode ser exercida com discricionariedade, desde que obedeça aos parâmetros constitucionais.

No caso das normas penais, a possibilidade e a finalidade do controle constitucional compatibilizam-se com a possibilidade e a finalidade do controle judicial das normas jurídicas em geral. Ou seja, a tensão entre a jurisdição constitucional e a legitimidade democrática do legislador penal pode ser resolvida com os mesmos fundamentos que amparam o controle de constitucionalidade em outros contextos, quais sejam, a supremacia constitucional, a proteção aos mecanismos democráticos e aos direitos fundamentais.

3.3.2 Em que medida: *qual o rigor do controle constitucional de normas penais?*

Ainda resta saber *em que medida* o legislador penal está sujeito ao controle judicial. Isso porque as normas penais suscitam ao menos duas vias relacionadas à intensidade do controle de constitucionalidade.⁶⁶⁵ Ou parte-se da premissa de que a matéria penal é eminentemente política e, por isso, é investida por uma forma presunção de constitucionalidade – fazendo com

⁶⁶⁴ Nessa linha, Scalcon reforça a necessidade de conformidade constitucional mesmo nas matérias sujeitas à discricionariedade legislativa: “Já quanto a Constituição não diz expressamente a atuação exigida do legislador, confere a ele uma *margem* ou um âmbito de configuração. Conquanto presente esse âmbito de configuração constitucionalmente delegado, ainda não é possível identificar, com precisão, onde há discricionariedade legislativa. Isso porque suas decisões, *mesmo nesse núcleo*, deverão conformar-se a uma série de postulados, como proporcionalidade, igualdade, proibição do excesso, proibição de insuficiência, razoabilidade etc.”. *Idem*.

⁶⁶⁵ SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 240.

que o controle judicial seja mais brando –,⁶⁶⁶ ou entende-se que as normas penais necessariamente reduzem a liberdade dos cidadãos e, como leis limitadoras de direitos fundamentais, estão sujeitas a um escrutínio mais rigoroso no controle judicial, por corresponder a uma fraca presunção de constitucionalidade.⁶⁶⁷ Os principais estudos sobre a intensidade do controle constitucional das normas penais no Brasil são resultado das teses de doutorado de Raquel Lima Scalcon e de Ademar Borges de Souza Filho, que têm concepções distintas a respeito do grau de intervenção judicial.⁶⁶⁸

Saindo da ótica dicotômica, Scalcon sugere a existência de uma escala gradual de intensidade no controle das normas penais. Para a autora, o rigor do escrutínio judicial depende do grau de vinculação do legislador ao ordenamento penal – em suas palavras, “quanto mais a Constituição se antecipar e predispor, menos espaço delegará ao legislador e mais intenso será o controle jurisdicional e vice-versa”.⁶⁶⁹ Nesses termos, o controle forte aplica-se nos casos de ausência de liberdade legislativa quanto à decisão criminalizadora. Nessa categoria, Scalcon inclui os “fins constitucionalmente proibidos (proibições expressas de criminalização)” e os “fins constitucionalmente obrigatórios (mandados expressos de criminalização)”.⁶⁷⁰

As proibições à criminalização veiculam um mandado de não fazer impositivo ao legislador.⁶⁷¹ A autora organiza as vedações em três categorias – “(i) direitos fundamentais já cabalmente disciplinados não podem ser violados; (ii) fins constitucionalmente reconhecidos não podem ser censurados; e (iii) fins constitucionalmente proscritos não podem ser promovidos”.⁶⁷² A primeira categoria relaciona-se aos direitos fundamentais regulados pela

⁶⁶⁶ É o que a prática espanhola mostra, como sistematiza Lacuraín Sánchez, cf. SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. *InDret*, v. 3, p. 1-33, 2012, p. 23.

⁶⁶⁷ SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 263 e seguintes; FERNÁNDEZ, José Ángel. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, ano 17, n. 1, p. 51-99, 2010, p. 68; MESA, Gloria Patricia Lopera. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 565 e seguintes.

⁶⁶⁸ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶⁶⁹ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 65.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 65 e seguintes, 72 e seguintes.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 66.

própria Constituição, como o direito de reunião (art. 5º, XVI, da Constituição Federal). O dispositivo constitucional já veicula as hipóteses de restrição ao direito de reunião, razão pela qual o legislador penal não estaria autorizado a criminalizar as reuniões legítimas, tampouco a adicionar restrições ao direito fundamental em questão.⁶⁷³

A segunda categoria promove a integração entre o legislador penal e os fins perseguidos pela Constituição. Como exemplo, Scalcon cita o princípio constitucional que estimula a concessão de asilo político (art. 4º, X, da Constituição Federal) como conduta relacionada a um fim constitucionalmente reconhecido. Assim, “o que a Constituição obriga a promover, não pode o legislador penalmente censurar”.⁶⁷⁴ Já a terceira categoria diz respeito aos fins constitucionalmente prescritos, como a vedação às penas cruéis (art. 5º, XLVII, da Constituição Penal), que revela a ilegitimidade de norma penal que porventura estabelecesse a sanção de castração aos autores de delitos sexuais.⁶⁷⁵

Ainda no âmbito do controle forte, Scalcon trata dos mandados expressos de criminalização. Ao contrário das vedações constitucionais, eles veiculam uma obrigação, uma ação positiva ao legislador, que se vincula à criação de uma norma penal.⁶⁷⁶ São normas que veiculam um dever de legislar. Além disso, os mandados de criminalização geram ainda uma obrigação de não fazer – a de não descriminalizar a conduta subjacente à imposição constitucional.⁶⁷⁷ Importa distinguir, como o faz Canotilho, as normas programáticas das imposições constitucionais.⁶⁷⁸ Embora dirigidas e vinculantes ao legislador, as normas programáticas são imposições permanentes e abstratas, ao passo que as imposições constitucionais são permanentes e concretas.⁶⁷⁹ O caráter concreto das imposições constitucionais é destacado por Scalcon, que as compara à relação “entre a administração pública (executor) e a lei”.⁶⁸⁰

⁶⁷³ Nesses termos, esclarece a autora: “Não está o legislador autorizado, portanto, a incluir novos requisitos, *reduzindo* o âmbito de exercício legítimo da liberdade de reunião. Com mais razão ainda, é vedado a ele criminalizar condutas que sejam simplesmente a manifestação concreta daquele tal direito fundamental.”. *Ibidem*, p. 66-67.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 68.

⁶⁷⁵ *Idem*.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 72.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 73.

⁶⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 315-316.

⁶⁷⁹ *Idem*.

⁶⁸⁰ A comparação feita pela autora é logo seguida pela distinção fundamental entre vinculação jurídica entre imposições constitucionais e legislador e a lei e o administrador. Nessa posição, mesmo que estritamente vinculado aos ditames constitucionais, o legislador “ainda participa criativamente na eleição dos fins do Estado”. SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e*

Contudo, ainda que o legislador atue como um mero executor da disposição constitucional, há relativa discricionariedade para decidir, por exemplo, como será a redação do tipo penal, o intervalo de pena, as qualificadoras, atenuantes, agravantes, causas de aumento e de diminuição, dentre outros elementos intrínsecos às escolhas político-criminais. Como pontua Scalcon, por mais concreta que seja a normas constitucionais, “não preenchem todo o espaço decisório necessário para a elaboração de um tipo penal”.⁶⁸¹ A propósito da discricionariedade legislativa na concretização de mandados de criminalização, não é incomum a crítica ao escopo reduzido conferido ao delito de racismo, cuja tipificação penal é imposta no art. 5º, XLII, da Constituição Federal.⁶⁸²

Nos termos de Scalcon, no caso dos mandados de criminalização, a análise de constitucionalidade da conduta do legislador realiza-se em duas partes: primeiro, tratando-se de uma omissão total, deve-se identificar o dever de legislar e a concreta inércia do legislador; segundo, no caso de omissão parcial, exigirá a verificação de legitimidade da norma a partir das lentes da igualdade e da proporcionalidade.⁶⁸³ De todo modo, o controle constitucional da omissão legislativa esbarra na ineficiência da tutela jurídica, porque caberia ao Poder Judiciário,

concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 73-74.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 74-75.

⁶⁸² A aplicação restritiva dos tipos penais constantes da Lei nº 7.716/1989 e o enquadramento paralelo de atos racistas como “injúria racial” (art. 140, §3º, do Código Penal) são elementos que mostram o grau de determinação do legislador penal no cumprimento dos mandados de criminalização. O dever de legislar – de criminalizar as condutas de racismo, sem mais especificações – foi cumprido, apesar de os tipos penais específicos aplicarem-se apenas em situações de discriminação a partir de atitudes expressas e físicas, no caso do art. 20, contra a coletividade. Já o crime de injúria racial aplica-se quando há ofensa à dignidade ou ao decoro motivada pela raça, cor, etnia, religião, origem. Embora o crime de injúria racial seja mais corriqueiro, é tido como delito mais leve, a despeito de motivo por preconceito. Em razão da inocuidade dos delitos da lei específica, Guilherme Nucci defende que seja incorporada a injúria racial ao conceito de racismo para fins constitucionais, devendo respeitar a imposição de inafiançabilidade e imprescritibilidade, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte especial. Arts. 121 e 212 do Código Penal*. Vol. 2. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 209-214. Em sentido semelhante: TOLEDO, Alina Silva. Mandados de criminalização e o crime de racismo. *Ciências Penais*, v. 16, p. 207-235, 2012, n.p. Em outubro de 2021, no julgamento do HC nº 154.248, de relatoria do ministro Edson Fachin, o STF decidiu pela equiparação dos crimes de injúria racial e racismo, por maioria, nos termos do voto do relator: “Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sociopoliticamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência.”. STF, HC nº 154248. Relator: Ministro Edson Fachin, j. 28.10.2021, Acórdão, p. 20.

⁶⁸³ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 79-81.

em atenção à legalidade estrita, “no máximo, a censura verbal da mora legislativa, com a eventual fixação de prazo para o Legislativo saná-la”.⁶⁸⁴

Scalcon ainda apresenta as situações de controle judicial fraco, caracterizado pela liberdade do legislador quanto à decisão criminalizadora. São duas: (i) a tutela penal de bens jurídicos previstos constitucionalmente; e (ii) a tutela penal de bens jurídicos sem fundamento expresso no texto constitucional.⁶⁸⁵ A decisão pela criminalização de condutas violadoras de bens jurídicos expressos na Constituição é, em princípio, legítima.⁶⁸⁶ Isso não significa que, nesse caso, a lei penal é automaticamente constitucional. Deve ser submetida ao crivo da proporcionalidade e da proibição do excesso, conforme a sistematização de Scalcon.⁶⁸⁷

No que diz respeito à proporcionalidade, devem ser examinadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da norma penal. Ou seja, se o direito penal é o meio adequado para o fim almejado; se é necessário, considerando os seus efeitos; e se é proporcional de acordo com o juízo de ponderação entre o bem tutelado e a liberdade dos cidadãos.⁶⁸⁸ De outro lado, o juízo de proibição do excesso verifica a compatibilidade da lei penal com o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais. Segundo Scalcon, é uma análise distinta da proporcionalidade, pois independe “de eventuais fins agregados à intervenção restritiva”.⁶⁸⁹

O controle de constitucionalidade fraco, por último, destina-se à tutela de bens jurídicos constitucionais implícitos.⁶⁹⁰ Ainda que defenda o controle menos rigoroso, a autora entende que, nesses casos, o ônus argumentativo do legislador é maior, já que se trata de uma inovação na ordem jurídico-penal sem a correspondência expressa no texto constitucional.⁶⁹¹ O critério analítico é o da coerência com o ordenamento constitucional, e esse exame pode ser aferido a partir da quantidade de princípios e normas constitucionais implicadas com o bem jurídico em

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 82.

⁶⁸⁵ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 96-97.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 100 e seguintes.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 100-101.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, 110.

⁶⁹⁰ Scalcon defende que “o legislador penal não está obrigado a selecionar apenas bens jurídicos dentre aqueles ofertados pelo “cardápio” constitucional.”. *Ibidem*, p. 111. Em sentido contrário, por todos, cf. BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna: Il Mulino, 1997.

⁶⁹¹ SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 112.

questão.⁶⁹² Para exemplificar, a Scalcon dá o exemplo de uma lei que obriga aeroportos a adequarem sua instalação conforme os padrões de acessibilidade necessários às pessoas com deficiência, sob pena de sanção. Como não há norma obrigatória nem uma finalidade constitucionalmente prevista, a verificação da legitimidade exige a análise da coerência do ordenamento constitucional no que diz respeito à proteção das pessoas com deficiência.⁶⁹³

Contrapondo-se a Scalcon, Sousa Filho defende um controle material intensivo das leis penais no Brasil, amparando-se na teoria da presunção graduada de constitucionalidade na forma concebida por Victor Ferreres Comella.⁶⁹⁴ Em *Justicia constitucional y democracia*, Ferreres Comella explora as nuances da presunção de constitucionalidade das normas. Segundo ele, há fatores que contribuem tanto para reforçar quanto para mitigar a presunção de constitucionalidade das leis. Os consensos políticos e o apoio da sociedade em torno de uma lei devem ser levados em consideração no momento de apreciação de sua legitimidade constitucional, o que Ferreres Comella expressa da seguinte maneira: “cuanto mayor sea el consenso parlamentario y extraparlamentario que obtenga una ley, mayor fuerza debe tener la presunción de constitucionalidad”.⁶⁹⁵ Por outro lado, presumem-se inconstitucionais as leis que afetem grupos socialmente e politicamente vulneráveis, bem como aquelas que restrinjam os direitos de participação política.⁶⁹⁶

A variação da presunção de constitucionalidade das leis tem por consequência alterar os níveis de intensidade do controle judicial. Quanto mais elementos democráticos o processo legislativo reunir, maior deverá ser o rigor dos juízes no controle de constitucionalidade da lei.⁶⁹⁷ Para Ferreres Comella, a presunção de legitimidade das leis varia conforme a aderência ao princípio democrático, aferida por três argumentos: o epistêmico, o da igual dignidade política e da correção dos erros.⁶⁹⁸ O argumento epistêmico relaciona-se à presunção de

⁶⁹² *Ibidem*, p. 114.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 114-115.

⁶⁹⁴ SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 242 e seguintes; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 163, p. 19-60, 2020, n.p.; COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁶⁹⁵ COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 275.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 242 e seguintes.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 161-162; SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 242.

⁶⁹⁸ COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 163 e seguintes.

validade da lei em razão do processo deliberativo levado a cabo pelo parlamento,⁶⁹⁹ o argumento da igual dignidade política, por sua vez, diz respeito à conexão entre a igualdade política e o processo legislativo democrático;⁷⁰⁰ por último, o argumento da correção dos erros judiciais leva em consideração que a incorreta declaração de inconstitucionalidade de uma norma é praticamente irreversível.⁷⁰¹

Com bases na formulação de Ferreres Comella, Sousa Filho identificou no princípio democrático e na dignidade da pessoa humana os critérios para verificar a presunção que recai sobre a constitucionalidade das normas criminais.⁷⁰² A partir desse elemento – a relação da lei submetida ao controle judicial com o princípio democrático e com a dignidade humana –, o autor sugere afastar o dogma da presunção uniforme de constitucionalidade.⁷⁰³ A presunção de validade e, por conseguinte, a intensidade da intervenção judicial são graduais – aumentam ou diminuem de acordo com a aderência ou não da lei aos critérios eleitos.

No caso das leis que restrinjam direitos fundamentais ou as garantias intrínsecas ao processo democrático, inverte-se a lógica: são presumidas inconstitucionais.⁷⁰⁴ Disso se extraem duas conclusões gerais. A restrição de direitos fundamentais ou políticos pela via legislativa é dotada de alto grau de certeza quanto à sua inconstitucionalidade. E a defesa da legitimidade da norma demanda maior grau argumentativo. Sob outra perspectiva, a instituição de um referencial gradativo é um ganho de transparência no processo de tomada de decisão da jurisdição constitucional.⁷⁰⁵ A toda evidência, a variação na presunção de constitucionalidade confere racionalidade e previsibilidade ao controle judicial, bem como exige a densificação dos direitos fundamentais e do princípio democrático.⁷⁰⁶

Para as leis penais, cai por terra, na concepção de Sousa Filho, a retórica judicial em torno da acentuada deferência ao legislador.⁷⁰⁷ Nessa linha, o autor aponta que, em geral, as leis

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 164 e seguintes;

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 187 e seguintes.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 199.

⁷⁰² SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 254 e seguintes.

⁷⁰³ *Idem*.

⁷⁰⁴ *Idem*.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 255.

⁷⁰⁶ A esse respeito, Sousa Filho explica: “Ao invés de simplesmente afirmar que as leis que ampliam ou aprofundam o princípio democrático gozam de maior presunção de constitucionalidade - e que as leis que restringem esse princípio têm reduzida a sua presunção de constitucionalidade -, se identificam critérios mais objetivos (dotados de maior densidade normativa) para aferir a proximidade ou o afastamento da lei em relação ao princípio democrático.”. *Idem*.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, p. 254-255.

penais incriminadoras gozam de uma fraca presunção de constitucionalidade – ou, dito de outro modo, de uma presunção de inconstitucionalidade.⁷⁰⁸ Os elementos de desconfiança em relação às leis penais brasileiras são cinco: (i) a restrição de direitos fundamentais; (ii) o impacto em minorias estigmatizadas; (iii) a restrição de direitos políticos; (iv) o processo legislativo sem levantamento de informações importantes para refletir sobre os problemas da criminalidade; (v) o baixo grau e qualidade da deliberação legislativa.⁷⁰⁹

Para Sousa Filho, as leis penais restringem, sobretudo, o direito fundamental à locomoção, o livre desenvolvimento da personalidade, a privacidade individual e social, o direito pleno à informação, o direito de propriedade no que se refere ao uso irrestrito de seus próprios bens, além dos direitos de reunião e de livre manifestação.⁷¹⁰ Todas essas garantias fundamentais são diretamente afetadas pela aplicação das leis penais, mas podem sofrer mais ou menos a depender de alguns fatores. Atento às diferenças normativas, Sousa Filho estabelece que a presunção de inconstitucionalidade se evidencia nas normas incriminadoras “que cominem como sanção a pena privativa de liberdade”.⁷¹¹ As leis penais que previrem sanções restritivas de direito, na concepção do autor, ainda impõem limitação à fruição de garantias fundamentais, mas submetem-se à gradação da presunção de inconstitucionalidade. Daí a elaboração: “essa redução da presunção de constitucionalidade da lei será tanto maior quanto menores forem as possibilidades de substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos”.⁷¹²

A reduzida presunção de constitucionalidade conferida às leis penas decorre, ainda, do impacto negativo sobre grupos estigmatizados. A respeito desse critério, Souza Filho retrata a seletividade do sistema penal brasileiro, cuja tendência de criminalização se volta aos crimes praticados por “jovens, pobres e com baixo índice de escolaridade”.⁷¹³ O sistema judicial, noutra via, blinda a criminalidade de colarinho branco, praticada por grupos hegemônicos. As normas penais que reforcem o viés seletivo do ordenamento brasileiro, segundo o autor, devem ser analisadas com a perspectiva de que são, em princípio, inconstitucionais.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 255.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 255 e seguintes.

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 255-256.

⁷¹¹ *Ibidem*, p. 256.

⁷¹² *Idem*.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 256-257.

A restrição de direitos políticos é outro elemento a ser considerado na verificação da presunção de constitucionalidade da lei.⁷¹⁴ A condenação criminal transitada em julgado suspende os direitos políticos, como consta do art. 15, IV, da Constituição Federal. Sousa Filho trata das dificuldades de efetivar o direito político fundamental – o direito ao voto – mesmo nos casos de presos provisórios.⁷¹⁵ As normas penais, assim, direta ou indiretamente, afetam o exercício do direito ao voto, o que acentua a desconfiança a respeito de sua constitucionalidade.⁷¹⁶

A inconstitucionalidade é presumida, ainda, pelo baixo grau de legitimidade democrática.⁷¹⁷ De maneira geral, a argumentação pela presunção de constitucionalidade das leis penais centra-se no respeito ao processo legislativo e à separação de poderes. Para Souza Filho, o respeito ao procedimento de aprovação de leis em seu aspecto puramente formal não é suficiente para justificar a confiança na legitimidade da norma, pois “o grau de democratização do processo de aprovação da lei não se resume a aferir se ela foi aprovada pelo órgão legitimamente eleito”.⁷¹⁸ A legitimidade democrática, por outro viés, amplia-se de acordo com a qualidade das discussões, os argumentos aventados e a participação popular. Em um modelo racional de legislação penal, tal qual o concebido por Diez Ripollés, aprofundar o desenvolvimento da participação durante a fase de deliberação sobre a lei é essencial para respaldar as soluções institucionais para questões sociais fundamentais.⁷¹⁹

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 257-260.

⁷¹⁵ A restrição do direito ao voto dos presos condenados, apesar de possuir assento constitucional no ordenamento brasileiro, vem sendo objeto de questionamentos no direito comparado. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem defendido a incompatibilidade da restrição ao voto de presos condenados, já que a limitação do direito constitucional à liberdade e à locomoção não implica necessária supressão de outra garantia constitucional inerente ao regime democrático - o sufrágio universal. No Brasil, a discussão tem de prolongado, mas sem avanços significativos. Em 2003, o senador Pedro Simon (MDB-RS) propôs a PEC nº 65/2003, que pretendia alterar os arts. 14 e 15 da Constituição Federal para permitir o voto dos presos. Apesar do apoio de entidades relevantes – como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) –, a PEC recebeu pareceres pela rejeição e foi arquivada em 2011. Quanto às dificuldades enfrentadas pelos presos provisórios, que mantêm seus direitos políticos, é de se ressaltar o atraso do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que apenas regulamentou a instalação de urnas em presídios e em unidades de internação em 2010, mais de 20 anos após a promulgação da Constituição Federal. A esse respeito, cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Hirst v. The United Kingdom (No. 2)*. Strasbourg, 2005; CANADA. Supreme Court of Canada. *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, 1993; SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, p. 289-335, 2010, n.p.

⁷¹⁶ SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 260.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 261-263.

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 261.

⁷¹⁹ RIPOLLÉS, José Luiz Diez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 194 e seguintes. A respeito do tema, cf. MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. In: *Projeto Pensando o Direito*, MJ/PNUD, v. 32, 2010; SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa*

Além disso, Souza Filho chama atenção para o fator tempo: se sobre as atuais normas penais já recai a desconfiança em razão dos critérios de restrição de direitos fundamentais e políticos, do impacto sobre minorias e da falta de legitimidade democrática, há ainda mais razão para presumir que as normas penais anteriores à Constituição Federal de 1988 são com ela incompatíveis.⁷²⁰ O autor esclarece, remetendo-se à teoria das presunções legais, que não se trata de um juízo absoluto nem antecipatório da decisão judicial. Presumir a inconstitucionalidade de uma lei consiste em impor ao legislador, à parte interessada em defendê-la ou aos próprios juízes constitucionais um ônus argumentativo para justificar a sua constitucionalidade.⁷²¹

Scalcon e Souza Filho constroem suas teorias apenas considerando o controle de constitucionalidade material. De fato, discutir o grau de intervenção judicial se adequa melhor à discussão sobre a intensidade de aplicação dos princípios constitucionais penais e processuais penais, cuja forma abstrata lhes confere plasticidade para serem aplicados de maneira mais ou menos intensa. Por outro lado, entende-se que o controle de constitucionalidade formal da lei penal é sempre rigoroso. Até porque a inconstitucionalidade formal – ausência de competência do ente e desrespeito ao devido processo legislativo, por exemplo – viola de maneira significativa os princípios democrático e da separação de poderes.⁷²²

As teorias de Scalcon e de Sousa Filho sobre o grau de intervenção judicial na legislação penal são profundamente fundamentadas. No entanto, o modelo proposto por Sousa Filho é mais adequado para o ordenamento brasileiro. O controle judicial fraco, nos moldes concebidos por Scalcon, aplica-se às situações em que não há normas constitucionais impositivas; no entanto, a lei penal sempre intervém de maneira grave na esfera de liberdade dos indivíduos, já que se trata do instrumento mais excepcional à disposição do poder estatal. Além disso, o controle intensivo defendido por Sousa Filho ainda tem o mérito de conformar-se às particularidades do sistema criminal brasileiro, cujas tendências de seletividade, de violação aos direitos fundamentais e políticos e de baixa racionalidade do processo legislativo justificam o escrutínio judicial mais rigoroso.

sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 186 e seguintes; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁷²⁰ SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador; parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 263.

⁷²¹ *Idem*.

⁷²² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 276-278.

3.4 Conclusão parcial

A relação entre os valores político-criminais e os princípios constitucionais fortaleceu-se a partir de meados do século XX. A constitucionalização do direito penal no período pós-guerra, em países como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, ocorreu como uma forma de reestruturar o sistema criminal e os instrumentos penais e processuais penais de acordo com as novas bases constitucionais. O movimento de constitucionalização conferiu à doutrina e à jurisprudência uma forma de adaptar à realidade constitucional democrática aquelas legislações penais arbitrárias e de cunho autoritário. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi o principal motor para a constitucionalização do direito penal, seja por ter expandido as garantias penais e processuais penais, seja por ter ampliado o acesso à jurisdição constitucional.

Nesse contexto, a teoria do bem jurídico-penal é relevante para demonstrar a evolução da relação entre o sistema penal e o ordenamento constitucional. A primeira manifestação do bem jurídico nasce sem a finalidade de conter o poder punitivo. Com o tempo, a evolução da teoria, principalmente com Franz von Liszt, caminha para o objetivo de limitar o poder estatal de incriminar, mas as correntes teóricas são, em geral, malsucedidas. No período nacional-socialista, uma parte dos juristas alinhados ao regime rejeitou o bem jurídico, mas outra encontrou na categoria uma forma de legitimar criminalizações arbitrárias, injustificadas e motivadas unicamente para reprimir inimigos do estado nazista.

O conceito político-criminal de bem jurídico, proposto por Roxin, foi o primeiro a encontrar uma referência valorativa sólida, coerente e capaz de limitar a ação do legislador na incriminação de condutas. A vinculação ao ordenamento constitucional reacendeu a relevância da teoria do bem jurídico, além de ter sido responsável por uma importante mudança. A relação entre direito penal e Constituição ganhou uma nova camada: os princípios constitucionais limitam, mas também fundamentam, o poder punitivo.

A relação dual ganha relevância especialmente no contexto do controle de constitucionalidade das normas penais. Dada a natureza eminentemente política das leis criminais, o controle judicial da atividade do legislador penal é controverso. O problema sobre se o controle constitucional de normas penais é mecanismo democrático legítimo está abarcado, a bem da verdade, na controvérsia geral a respeito da tensão entre constitucionalismo e democracia. O controle judicial, também no caso das normas penais, é possível porque se

materializa como instrumento de proteção da democracia e dos direitos constitucionais. Por outro lado, saber *como* deve se dar o juízo de constitucionalidade das normas penais é uma questão também central. A partir dos escritos de Canotilho e Scalcon, o modo para acomodar o controle judicial ao princípio democrático e à separação dos poderes é garantir que a finalidade do Judiciário é assegurar a compatibilidade entre norma penal e ordenamento constitucional. Evidentemente, o espaço para escolha política se amplia na medida em que a matéria legislada não é regulamentada pela Constituição, e vice-versa. Por último, estabelecer *em que medida* deve o Judiciário interferir na política criminal é a questão mais controversa. Na doutrina brasileira, as contribuições mais significativas para a matéria são de Scalcon e Sousa Filho, que divergem a respeito do rigor do controle judicial. Scalcon propõe um modelo gradativo, que varia segundo o grau de vinculação constitucional do conteúdo normativo. Souza Filho, por outro lado, defende um controle material intensivo da lei penal, considerando as ofensas aos direitos fundamentais e políticos, a seletividade do sistema criminal e a reduzida legitimidade democrática do processo legislativo brasileiro.

4 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE NORMAS PENAIS

A terceira parte deste trabalho destina-se a examinar a prática da jurisdição constitucional brasileira e, de forma específica, a aplicação da interpretação conforme a Constituição às normas penais. No primeiro capítulo, demonstrou-se a interpretação conforme como um método moderno de interpretação constitucional. A limitação dos métodos tradicionais de interpretação e a expansão do Poder Judiciário fazem parte do contexto de ascensão das cortes constitucionais como instituições centrais para a garantia dos direitos fundamentais listados nas constituições promulgadas no período posterior ao término da II Guerra Mundial.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da constitucionalização do direito penal, da relevância da teoria político-criminal e constitucionalmente orientada do bem jurídico e da legitimidade do controle de constitucionalidade das normas penais. Nas democracias constitucionais, a possibilidade de controle da compatibilidade das leis com a Constituição é um pressuposto da hierarquia constitucional. No caso das normas penais, o controle judicial se justifica porque parte significativa dos princípios constitucionais remete ao sistema penal e processual penal. Além disso, a intervenção judicial acentuada na verificação de constitucionalidade da lei penal explica-se pelo grau de interferência estatal nos direitos fundamentais dos indivíduos por meio do direito penal.

Considerando o contexto desenvolvido nos capítulos anteriores, não seria surpresa afirmar que a expansão da jurisdição constitucional nas últimas décadas, aliada à constitucionalização do direito penal e do intenso controle de constitucionalidade das leis penais, resulta em uma maior fiscalização das leis penais pelo STF.⁷²³ De acordo com as premissas desenvolvidas, a conclusão intuitiva é aquela resumida por Sousa Filho: “Quanto mais acentuada a fundamentalidade do direito e mais intensa for a sua restrição, mais rigoroso seria o teste de compatibilidade com a Constituição a ser realizado pela jurisdição constitucional”.⁷²⁴

No campo do direito comparado, no entanto, o caminho é contrário à hipótese de Sousa Filho. A respeito da realidade portuguesa, Maria João Antunes aponta “que o TC português

⁷²³ O raciocínio hipotético é também apresentado por Sousa Filho e Cote-Branco, cf. SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 136; COTE-BRANCO, Gustavo Emilio. *Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena*. *Vniversitas*, n. 116, p. 119-151, 2008, p. 128-129.

⁷²⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 138.

reconhece ao legislador uma larga margem de conformação”,⁷²⁵ cabendo ao Tribunal Constitucional interferir na política legislativa apenas quando se tratar de normas manifestamente arbitrárias ou excessivas. A legitimidade em torno do controle judicial das leis penais, em Portugal, decorre do próprio texto constitucional, que admite a restrição de direitos, liberdades e garantias constitucionais somente “ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.⁷²⁶ A Constituição da República Portuguesa impõe ao legislador o critério da necessidade da pena, controlado pelo TC português nas situações de evidente incompatibilidade entre a lei penal e os mandamentos constitucionais.

A observação da jurisdição constitucional portuguesa sugere que o princípio constitucional de necessidade da pena, em vez de fundamentar a atuação racional e rigorosa do Tribunal Constitucional, tem sido esvaziado. Segundo Maria Fernanda Palma, a ideia de necessidade da pena surge apenas como critério de justificação em função de uma necessidade social, invocada pelo legislador, de criminalização.⁷²⁷ Para a autora, bem como para Antunes, o amplo campo de liberdade do legislador penal utiliza-se retoricamente da necessidade da pena, que não se mostra suficientemente eficaz como filtro de legitimidade das leis penais.⁷²⁸

O Ac. nº 144/2004 do TC português ilustra bem a liberdade conferida ao legislador penal e a restrição a que obedece a Corte.⁷²⁹ No caso, estava em discussão a constitucionalidade do art. 170, nº 1, do Código Penal, que trata do crime de lucrar, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício a prostituição (lenocínio). A fundamentação do Tribunal Constitucional levantou a hipótese de que o lenocínio poderia ser fruto de uma criminalização baseada em fundamentos morais, mas apontou outros elementos que indicam a possibilidade de que a decisão legislativa se orientou pela proteção de direitos e de bens jurídicos constitucionalmente consagrados – como a vulnerabilidade da pessoa que se prostitui e a presumida coação daquele que contribui

⁷²⁵ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 84.

⁷²⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, Diário da República n.º 86/1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

⁷²⁷ PALMA, Maria Fernanda. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade. *Julgar*, nº 29, 105-118, 2016, p. 115-116.

⁷²⁸ *Idem*; ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 90.

⁷²⁹ TC, Acórdão nº 144/2004.

para prostituição. Havendo dúvida razoável e bases jurídico-constitucionais plausíveis, a decisão declarou a constitucionalidade do art. 170, nº 1, do Código Penal.⁷³⁰

Anos depois, a Corte revisitou a questão, no julgamento do Acórdão nº 218/2023, e declarou a inconstitucionalidade do dispositivo em questão.⁷³¹ Dessa vez, o TC português apontou que o julgado anterior conferiu “ao princípio do direito penal do bem jurídico uma maleabilidade tal que dificilmente poderia deixar de conduzir a um considerável esvaziamento”.⁷³² O caso do lenocínio no direito português, especificamente, apresenta um horizonte de abertura do Tribunal Constitucional para submeter as normas penais a um crivo mais rigoroso de constitucionalidade. A doutrina portuguesa reconhece, nesse sentido, o avanço da jurisprudência constitucional sobre os limites materiais aplicáveis ao legislador penal, sem olvidar da permanente noção de que o controle judicial da política criminal é excepcional.⁷³³

Na Espanha, o fenômeno de deferência ao legislador penal na jurisdição constitucional se repete. O Tribunal Constitucional espanhol definiu os parâmetros do controle judicial da norma penal na Sentencia (STC) nº 55/1996,⁷³⁴ na qual definiu que na seleção dos bens jurídicos

⁷³⁰ Em trecho exemplar, o Tribunal Constitucional reconheceu que não há imposição da qual decorra a criminalização do lenocínio, mas deixou claro que está no âmbito de possibilidades da política criminal pensada no campo legislativo: “As considerações antecedentes não implicam, obviamente, que haja um dever constitucional de incriminar as condutas previstas no artigo 170º, nº 1, do Código Penal. Corresponde, porém, a citada incriminação a uma opção de política criminal (...) justificada, sobretudo, pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência.”. *Idem*.

⁷³¹ A discussão sobre a constitucionalidade do lenocínio em Portugal é complexa e, desde 2004, quando o TC português se manifestou pela primeira vez, houve sucessivas decisões sobre a matéria. A Corte diverge quanto à legitimidade da norma penal, mas sua última decisão – o Ac. nº 2018/2023 – decidiu pela inconstitucionalidade. Rechaçando os fundamentos pela constitucionalidade da norma – em especial, a necessidade da pena calcada na presunção de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui –, o Ac. nº 2018/2023 aponta que se trata de um crime de perigo abstrato que não apresenta risco a bem jurídico constitucional. Assim fundamenta: “a única forma possível de ainda relacionar minimamente a conduta típica aqui em causa com o bem jurídico que poderia justificar a sua punição é a de estabelecer uma sequência de presunções em que se começa por presumir que fomentar, favorecer ou facilitar a prostituição de modo profissional ou com intuito lucrativo tem um potencial intrínseco de exploração de quem se prostitui.”. A decisão, ainda, faz um completo resgate de toda jurisprudência sobre o tema, cf. TC, Acórdão nº 218/2023.

⁷³² *Idem*.

⁷³³ Para Palma, a evolução da jurisprudência portuguesa quanto ao controle constitucional de normas penais pode ser descrita da seguinte forma: “uma evolução entre uma perspectiva de total liberdade de opção do legislador na escolha das condutas incriminadas e uma perspectiva moderadamente constitucionalizadora do conteúdo dos crimes, sob a égide do princípio da necessidade da pena.”. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 119. A mesma autora aponta maior restrição do Tribunal no que toca aos temas penais com aspecto político acentuado, como a criminalização do aborto. Nesse caso, o Tribunal Constitucional português autorizou a feitura de um referendo em que os cidadãos teriam de pronunciar-se sobre a despenalização da conduta de interrupção voluntária da gravidez. No exame de constitucionalidade da proposta de referendo, o TC chegou à conclusão de que “nenhuma das respostas é afirmativa ou negativa – à pergunta formulada implica necessariamente uma solução jurídica incompatível com a Constituição”, cf. TC, Acórdão nº 617/2006.

⁷³⁴ ESPADALER, Enric Fossas. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, p. 305-332, 2015, p. 309 e seguintes.

e na determinação das penas, “el legislador goza, dentro de los limites establecidos en la Constitución, de um amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidade democrática”.⁷³⁵ Também no direito espanhol, o exercício do controle judicial da norma penal tem natureza excepcional, ao passo que o desenho da política criminal é atribuído com exclusividade ao legislador.

Em estudo de 2015, Espadaler cita casos que classifica como de deferência excessiva ao legislador penal.⁷³⁶ O autor aponta eventuais decisões destoantes da regra geral, como a STC 60/2010, que admite a maior intensidade do controle constitucional quando se tratar de normas restritivas de direito – mas o Tribunal Constitucional espanhol, enfim, acaba “recurrinendo de nuevo a la deferencia”.⁷³⁷ Segundo Espadaler, a postura autocontida se reflete até mesmo na falta de eficácia conferida aos mandados constitucionais em matéria penal. O art. 25.2 da Constituição Espanhola estabelece que as penas “estarão orientadas para a reeducação e reinserção social”.⁷³⁸ Ainda assim, o TC espanhol declara a inconstitucionalidade de penas norteadas por finalidades outras que não a reeducação ou a reinserção social, já que o parâmetro de constitucionalidade não é suficiente para “llevar a la invalidación del enunciado legal”.⁷³⁹

Nesse contexto, a doutrina penal espanhola chega à conclusão de que o TC espanhol não admite a Constituição como o fundamento da política criminal, o que, por conseguinte, expande as possibilidades legislativas.⁷⁴⁰ A esse respeito, Espadaler cria duas hipóteses – a falta de compromisso com um programa político-criminal garantista e a renúncia, por parte do Tribunal, a prestar a jurisdição constitucional com finalidade de debater as decisões restritivas de direitos tomadas pelas maiorias parlamentares.⁷⁴¹ Buscando as razões para a deferência excessiva do

⁷³⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3107>.

⁷³⁶ O autor refere-se à STC 161/1997, de 2 de outubro, STC 59/2008, de 14 de maio; 45/2009, de 19 de fevereiro; STC 127/2009, de 26 de maio. ESPADALER, Enric Fossas. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, p. 305-332, 2015, p. 310.

⁷³⁷ *Ibidem*, p. 311.

⁷³⁸ Cf., <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>.

⁷³⁹ MARTÍNEZ, Joaquín Urias. El valor constitucional del mandato de resocialización. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, n. 63, p. 43-78, 2001, p. 66-67; ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC nº 19/1988. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/960>.

⁷⁴⁰ PUIG, Santiado Mir. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011, p. 94 e seguintes; RIPOLLÉS, José Luiz Díez. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 75, p. 59-106, 2005, p. 82 e seguintes; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. *InDret*, n. 3, p. 1-33, 2012, p. 4 e seguintes.

⁷⁴¹ ESPADALER, Enric Fossas. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, p. 305-332, 2015, p. 330.

Tribunal, Lascuraín Sánchez aponta para dois elementos: a legitimidade democrática e as consequências da declaração da nulidade no campo penal.⁷⁴²

Seguindo a linha das doutrinas portuguesa e espanhola, Donini defende o aprimoramento dos institutos constitucionais de controle da política criminal legislativa no sistema italiano.⁷⁴³ Para o autor, o caminho para um efetivo controle da racionalidade legislativa penal inclui confiar ao Tribunal Constitucional o poder de definir a hierarquia entre os bens jurídico-constitucionais e os instrumentos jurídicos para tutelá-los e a capacidade de investigar empiricamente a eficácia das sanções jurídicas, incluindo as de natureza penal e não penal.⁷⁴⁴ Nesse modelo, a jurisdição constitucional legitima-se para filtrar as decisões político-criminais e para decidir sobre a proporcionalidade das medidas legislativas.⁷⁴⁵

No direito alemão, a questão tem sido abordada a partir da decisão BVerfGE 120, 224, a respeito do § 173 StGB, que criminaliza a prática do incesto.⁷⁴⁶ O Tribunal Constitucional alemão considerou que não há inconstitucionalidade no tipo penal relativo à conjunção carnal entre parentes, porque a decisão legislativa levou em conta a “proibição difundida internacionalmente e transmitida histórico-culturalmente”.⁷⁴⁷ A prática do incesto não estaria no âmbito da liberdade individual e da autonomia dos cidadãos. Segundo a decisão, a conduta reverbera para além dos indivíduos envolvidos, e tem consequências para a sociedade e para a família, tendo em vista que a relação incestuosa aumenta as chances de descendentes nascerem com alguma deficiência.⁷⁴⁸ Sob esse viés, a maioria da Corte entendeu que há fundamentos legítimos para a criminalização – a proteção da família, da instituição do casamento, da

⁷⁴² SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. *InDret*, n. 3, p. 1-33, 2012, p. 24-25.

⁷⁴³ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad: estudios de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 325 e seguintes.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 327.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 327-328.

⁷⁴⁶ Na tradução de Luís Greco, o § 173 StGB tem o seguinte teor: "Conjunção carnal entre parentes. (1) Aquele que mantiver conjunção carnal (*Beischlaf*) com descendente consanguíneo, será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa. (2) Aquele que mantiver conjunção carnal com parente consanguíneo em linha ascendente, será punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou pena de multa; o disposto permanece válido ainda que a relação de parentesco esteja extinta. Da mesma forma serão punidos os irmãos consanguíneos que mantiverem conjunção carnal entre si. (3) Descendentes e irmãos não serão punidos de acordo com esse dispositivo se, no momento do fato, ainda não possuírem 18 anos". Cf. Nota de rodapé 2, in GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strassetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, p. 165-185, 2010, n.p.

⁷⁴⁷ *Ibidem*.

⁷⁴⁸ *Ibidem*.

autodeterminação sexual, da convicção social do que é injusto, bem como a prevenção de doenças genéticas.⁷⁴⁹

Em suma, a decisão apontou para a incapacidade de a teoria do bem jurídico estabelecer parâmetros concretos para limitar a atividade do legislador penal.⁷⁵⁰ A avaliação de Greco é de que o Tribunal Constitucional alemão, por meio do BVerfGE 120, 224, afastou-se da teoria do bem jurídico e do liberalismo político-penal.⁷⁵¹ Ou seja, admite elevado grau de insindicabilidade das decisões político-criminais do legislador, deixando à Corte apenas o poder excepcional de interferir nas escolhas legislativas.

A autocontenção judicial no que se refere ao controle de constitucionalidade das normas penais, portanto, é uma realidade compartilhada por países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha. Nas jurisprudências de seus tribunais constitucionais, verifica-se a noção de que cabe ao legislativo, exclusivamente, a formulação da política criminal – e, nesse campo, a instância judicial interfere em caráter excepcional. Considerando o panorama internacional, é de se questionar: o que revela a jurisdição constitucional brasileira? Há uma tendência, assim como nos países citados, de deferência excessiva ao legislador, ou o STF adota postura mais intervencionista no que se refere à idealização da política criminal?

⁷⁴⁹ *Ibidem*. Parte dos argumentos fundamentou-se no art. 6 da Constituição da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn), que trata do matrimônio e da família: “(1) O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal. (2) A assistência aos filhos e sua educação são o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial. Sobre a sua ação vela a comunidade pública. (3) Contra a vontade dos responsáveis por sua educação, os filhos só podem ser separados da família em virtude de lei, quando falharem os encarregados da tutela ou no caso de os filhos correrem o risco de abandono por outros motivos. (4) Toda mãe tem o direito à proteção ou à assistência da comunidade. (5) Para os filhos ilegítimos, a legislação tem de criar as mesmas condições de desenvolvimento físico e espiritual e de posição na sociedade, como para os filhos legítimos.”. HEEGEWALDT, Elisabeth; ÖSTERMANN, Elmar (coords.). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Aachen Assis Mendonça. Deutscher Bundestag: Berlin, 2022, p. 17-18.

⁷⁵⁰ Nesse mesmo sentido, avalia Greco: “Da teoria do bem jurídico, pelo contrário, não se poderia deduzir qualquer critério constitucional de limitação do legislador.”. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strassetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, p. 165-185, 2010, n.p.

⁷⁵¹ *Ibidem*. A título de informação, o voto divergente vencido de Winfried Hassemer rebateu os argumentos justificadores da Corte e apontou para a ausência de necessidade e de proporcionalidade do tipo penal em questão. Para Hassemer, a proteção da família, do casamento e da convicção social geral não podem ser a finalidade da norma penal, já que não cabe ao direito penal a função de defesa e manutenção dos valores éticos e morais da sociedade. Inclusive, a depender das convicções sociais, seria possível utilizar os mesmos elementos para justificar a criminalização de condutas homossexuais ou relações interracialis, por exemplo. Além disso, embora a autodeterminação sexual seja um bem jurídico relevante, a norma não cumpre o papel de proteger a dignidade sexual dos indivíduos, mas apenas parte da premissa de que a conduta é irresponsável ou que há coação presumida. Não havendo situação concreta de vulnerabilidade ou de coação (que seriam punidas não a título de incesto, mas de outros crimes contra a liberdade sexual, como estupro, violação, importunação ou assédio sexual), a tipificação adentra o campo da autonomia dos cidadãos. *Idem*.

Além disso, o desenvolvimento das modernas técnicas de interpretação constitucional, em especial da interpretação conforme a Constituição, não foi examinado, especificamente, no campo da jurisdição constitucional penal brasileiro.

Ou seja, a doutrina nacional ainda não se debruçou sobre as repercussões da utilização das técnicas interpretativas no controle de constitucionalidade das normas penais e processuais penais. Em princípio, a aplicação da interpretação conforme a Constituição às normas penais contorna dois dos principais fundamentos da autocontenção judicial: a legitimidade democrática e as consequências jurídicas causadas pela declaração de nulidade absoluta. Isso porque a interpretação conforme deriva de uma decisão não de inconstitucionalidade, mas de manutenção da norma no ordenamento jurídico.

Considerando as particularidades das técnicas interpretativas constitucionais e a postura singular da jurisdição constitucional em relação às normas penais, o presente capítulo trata, em primeiro lugar, do estado da arte do controle de constitucionalidade das leis penais na jurisprudência do STF. Em seguida, desenvolve as implicações da interpretação conforme a Constituição das normas penais no direito comparado, sobretudo no contexto alemão. Por último, explora a aplicação da interpretação conforme a Constituição das normas penais no direito brasileiro.

4.1 O controle constitucional de leis penais na jurisprudência do STF

O objetivo deste subtópico é traçar o panorama do controle constitucional das leis penais de acordo com a jurisprudência do STF.⁷⁵² No Capítulo 2, a análise dos fundamentos doutrinários a respeito do crivo judicial na análise da legitimidade das normas penais conduziu à conclusão de que o elevado grau de interferência na liberdade individual causada pelas normas penais justifica o intenso controle de constitucionalidade a que essas leis devem ser submetidas. Se o direito penal é instrumento de controle excepcional, então seria natural assumir que o STF avalia as normas penais sob uma lente de exigência qualificada, o que levaria a incontáveis casos de declaração de inconstitucionalidade nesse campo.

⁷⁵² Nesta análise, não estão inseridos os casos em que há aplicação da interpretação conforme a Constituição às normas penais, que formam o objeto do Capítulo 4.3. Incluem-se aqui o exame dos temas de repercussão geral em matéria penal e as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de normas penais e processuais penais em controle concentrado de constitucionalidade.

No entanto, seguindo a sorte da jurisprudência portuguesa, espanhola, italiana e alemã, a análise quantitativa da jurisprudência do Tribunal revela um resultado contraintuitivo, levando em consideração o presumido rigor aplicado à análise de constitucionalidade de normas penais.⁷⁵³

Antes de examinar os números da jurisdição constitucional penal brasileira, vale lembrar o amplo escopo do controle constitucional no Brasil. Caracterizado pela hibridez, a jurisdição constitucional brasileira divide-se entre os sistemas concentrado e difuso.⁷⁵⁴ A alegação de inconstitucionalidade perante o STF, portanto, pode ser veiculada tanto através de uma das ações de controle abstrato (ADI, ADC, ADO e ADPF) quanto por meio de processos concretos, em que aparece como uma questão incidental. A via de controle incidental por excelência é o RE com repercussão geral, mas, em se tratando de matéria penal, há outros caminhos pelos quais a Corte é instada a se manifestar – as ações penais originárias, os *habeas corpus*, os recursos ordinários e as extradições.

Nos termos do art. 102, I, *b* e *c*, da Constituição Federal, compete ao STF o processamento e julgamento das infrações penais comuns quando o réu for o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os membros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, tendo a competência para julgar os últimos cinco também quando se tratar de crime de responsabilidade.

Adotado desde a Constituição de 1824, o foro por prerrogativa de função não é exclusividade do atual regime constitucional, mas teve seu escopo alterado e ampliado. A esse respeito, Andrei Koerner indica que o processo constituinte de 1986-1988 pretendeu alterar o seu significado para que não fosse tido como uma proteção do Estado ou um privilégio das autoridades públicas, mas uma garantia à representação política e, em última análise, ao princípio democrático.⁷⁵⁵ Embora ainda seja associado a uma espécie de imunidade daqueles que detêm cargos públicos de alto escalão – não à toa a popularização do termo “foro privilegiado” –, a competência originária dos Tribunais é uma garantia constitucional não

⁷⁵³ Sousa Filho fez um levantamento quantitativo, revelador do mesmo resultado, com dados consolidados até abril de 2018, cf. *Ibidem*, p. 139-143.

⁷⁵⁴ Sobre o tema, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 760, p. 11-39, 1999, n.p.; COLOCAR MAIS.

⁷⁵⁵ KOERNER, Andrei. Judiciário e moralização da política: três reflexões sobre as tendências recentes no Brasil. *Pensar*, v. 18, n. 3, p. 681-811, 2013, p. 705.

necessariamente positiva para os réus. Na verdade, a competência penal originária do STF produz ao menos duas restrições aos direitos fundamentais dos acusados – a supressão do duplo grau de jurisdição, garantido pelo Pacto San José da Costa Rica, e a limitação ao contraditório e à produção probatória.⁷⁵⁶

Além disso, cabe ao Tribunal processar e julgar os *habeas corpus* quando a autoridade coatora for qualquer uma das autoridades acima menciona, bem como quando se tratar de *writ* impetrado contra decisão de Tribunal Superior (art. 102, I, *d e i*, Constituição Federal). Contra decisão denegatória decidida em única instância por Tribunal Superior é possível manejar recurso ordinário – também utilizado para o julgamento de crimes políticos (art. 102, II, *a e b*, da Constituição Federal). O julgamento de processos de extradição é também uma ponte para a discussão de matéria penal e processual pelo STF (art. 102, I, *g*, da Constituição Federal).

Sendo assim, como guardião da Constituição, o STF tem a função de utilizar sua competência penal, pela via concentrada ou difusa, para proteger o direito fundamental à liberdade, seja pela reforma de decisões, seja para declaração de inconstitucionalidade de uma norma incompatível com o ordenamento constitucional.⁷⁵⁷

Partindo para o exame concreto, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o diagnóstico mostra uma baixa incidência da verificação abstrata de legitimidade das leis criminais pelo STF. Entre 2000 e maio de 2023, registram-se 3.456 ações de controle concentrado com decisão colegiada final.⁷⁵⁸ Nesse conjunto, apenas 45 tratam de matéria penal ou processual penal, o que corresponde a cerca de 1,3% dos processos de controle abstrato julgados pelo STF nas últimas duas décadas. Embora o número seja diminuto, entre 2018 e maio de 2023, a quantidade de ações de controle concentrado em matéria penal mais do

⁷⁵⁶ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 120 e seguintes; MALAN, Diogo. Competência penal *ratione functionae* do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 113-135, 2014, n.p. Sobre a crítica ao foro por prerrogativa de função relativa à violação ao duplo grau de jurisdição, parte da doutrina processual penal defende a superação da questão com um ajuste regimental: a competência para julgamento das ações penais originárias seria das Turmas, e dessa decisão caberia recurso ao Plenário, cf. TOURINHO FILHO, Fernando. Da competência pela prerrogativa de função. *Revista dos Tribunais*, v. 809, p. 397-410, 2003, n.p.

⁷⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. Editora Saraiva, 2018, p. 1477.

⁷⁵⁸ O levantamento foi feito através do sistema “Corte Aberta”, disponibilizado pelo STF, cf. https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html.

que dobrou.⁷⁵⁹ O aumento pode ser sugerir tanto uma virada jurisprudencial na atuação da Corte como pode ser apenas circunstancial.

Adentrando o mérito das decisões, a jurisprudência mostra uma tendência maior de a Corte declarar a inconstitucionalidade normas penais e processuais penais no caso de vícios formais, ainda que a eles se somem fundamentos relacionados à violação material. Em geral, os vícios formais fundamentam-se na ofensa ao art. 22, I, da Constituição Federal, não são objeto de grandes controvérsias e tampouco recebem flexibilização por parte do Tribunal. Além disso, no mais das vezes, as matérias são repetidas e já compõem a jurisprudência consolidada da Corte. Os exemplos mais volumosos referem-se às leis estaduais que (i) criam novas hipóteses de crime de responsabilidade;⁷⁶⁰ (ii) dispõem sobre conduta tipificada na seara federal, como exploração de loterias e jogos de azar;⁷⁶¹ (iii) regulam a atividade policial, reduzindo ou ampliando seus poderes;⁷⁶² (iv) estabelecem requisitos para a concessão do porte de arma de fogo;⁷⁶³ (v) definem regras sobre unidades prisionais, como a determinação de bloqueio de sinal telemático ou de limitação do prazo de prisões temporárias;⁷⁶⁴ (vi) dispõem sobre instrumentos processuais penais, como a instauração de inquérito policial e a competência funcional dos magistrados.⁷⁶⁵

Quando se trata de inconstitucionalidade material das leis penais e processuais penais, a incidência de declarações de inconstitucionalidade diminui. A única jurisprudência consolidada de vício material refere-se ao reconhecimento de inconstitucionalidade das leis que restringem ou estendem o foro por prerrogativa de função, inovando em relação às hipóteses constitucionais. Nesses casos, quando a norma impugnada trata exclusivamente de alterações no regime do foro, não há inconstitucionalidade formal porque cabe aos Estados e ao Distrito

⁷⁵⁹ O levantamento de Souza Filho, de 2000 até meados de 2018, registrou apenas 20 ações de controle concentrado julgadas pelo STF relacionadas à matéria penal ou processual penal, cf. SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 140.

⁷⁶⁰ Alguns exemplos, cf. STF, ADI 5289. Rel. Marco Aurélio, j. 8.6.2021; STF, ADI 2592. Rel. Sydney Sanches, j. em 23.4.2003; STF, ADI 4791. Relator: Teori Zavascki, j. em 12.2.2015; STF, ADI 4190. Relator: Celso de Mello, j. em 10.3.2010.

⁷⁶¹ STF, ADI 3259. Relator: Eros Grau, j. em 16.11.2005; STF, ADI 2948. Relator: Eros Grau, j. em 3.3.2005.

⁷⁶² STF, ADI 7200. Relator: Roberto Barroso, j. em 22.2.2023; STF, ADI 4318. Relatora: Cármen Lúcia, j. em 1.8.2018; STF, ADI 3896. Relatora: Cármen Lúcia, j. em 4.6.2008; STF, ADI 2938. Relator: Eros Grau, j. em 9.6.2005.

⁷⁶³ STF, ADI 6973. Relator: Gilmar Mendes, j. 3.11.2022; STF, ADI 3258. Relator: Joaquim Barbosa, j. em 6.4.2005; STF, ADI 3996. Relator: Luiz Fux, j. em 16.4.2020; STF, ADI 6978. Relatora: Cármen Lúcia, j. em 9.3.2022; STF, ADI 6985, Relator: Alexandre de Moraes, j. em 2.3.2022.

⁷⁶⁴ STF, ADI 5949. Relatora: Cármen Lúcia, j. em 25.10.2019; STF, ADI 3835. Relator: Marco Aurélio, j. em 3.8.2016.

⁷⁶⁵ STF, ADI 4662. Relator: Dias Toffoli, j. em 16.8.2022; STF, ADI 4346. Relator: Roberto Barroso. Redator do acórdão: Alexandre de Moraes, j. em 13.3.2023.

Federal organizar sua justiça, nos termos do art. 125 da Constituição Federal. No entanto, como a competência *ratione functionae* dos tribunais é uma exceção ao duplo grau de jurisdição e reduz o espectro de ampla defesa, não cabe aos entes federados estabelecer livremente as prerrogativas de foro àquelas autoridades não incluídas no rol constitucional. O entendimento decorre da interpretação dos arts. 5º, I e LIII, da Constituição Federal, e 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).⁷⁶⁶

Por outro lado, as demais questões penais discutidas no controle concentrado estão principalmente relacionadas à legitimidade da criminalização. Nessa seara, evidencia-se a ADPF nº 291, em que se discutiu a conformidade da criminalização da pederastia e da homossexualidade do art. 235 do Código Penal Militar (CPM) com o ordenamento constitucional vigente.⁷⁶⁷ O Tribunal considerou que a menção à pederastia e à homossexualidade como formas exemplificativas de atos libidinosos em lugar sujeito à administração militar afrontava o princípio constitucional que impede o tratamento discriminatório, razão pela qual declarou a não recepção das expressões.⁷⁶⁸ Outra decisão importante deu-se na ADI nº 3112, na qual se declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).⁷⁶⁹ No caso, a alegação de vício formal foi afastada, mas a Corte reconheceu a inconstitucionalidade das medidas que vedavam o arbitramento de fiança (parágrafos únicos dos arts. 14 e 15) e a concessão de liberdade provisória (art. 21), por se tratar de medidas desproporcionais e contrárias aos princípios da presunção de inocência e de fundamentação das decisões.

Já no controle concentrado de constitucionalidade material das normas processuais penais, destacam-se (i) a ADI nº 1570, na qual a Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.034/1995, que permitia a busca e apreensão de documentos decorrentes de pedido de quebra de sigilo realizado pelo magistrado;⁷⁷⁰ (ii) as ADPFs nº 395 e 444, pelas quais a Corte

⁷⁶⁶ Com esse entendimento, cf. STF, ADI 2553. Relator: Gilmar Mendes, j. em 15.5.2019; STF, ADI 6513. Relator: Edson Fachin, j. em 21.12.2020; STF, ADI 6512. Relator: Edson Fachin, j. em 21.12.2020; STF, ADI 6517, Relatora: Cármen Lúcia, j. em 19.4.2021.

⁷⁶⁷ STF, ADPF nº 291. Relator: Roberto Barroso, j. em 28.10.2015.

⁷⁶⁸ No trecho de seu voto, o ministro Celso de Mello, que divergiu do voto do ministro relator Roberto Barroso, que julgava parcialmente procedente a ADPF, esclareceu a questão: “Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação história –, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.”. *Ibidem*, p. 79 do acórdão.

⁷⁶⁹ STF, ADI 3112. Relator: Ricardo Lewandowski, j. em 2.5.2007.

⁷⁷⁰ STF, ADI 1570. Relator: Maurício Corrêa, j. em 12.2.2004.

declarou a incompatibilidade com a Constituição da condução coercitiva do réu para o interrogatório, tendo pronunciado a não recepção parcial do art. 260 do CPP;⁷⁷¹ (iii) a ADI nº 4911, em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 17-D da Lei nº 9.613/1998, que determina o afastamento automático do servidor público indiciado por lavagem de dinheiro até decisão em contrário.⁷⁷²

Por esse panorama, a via do controle concentrado de leis penais revela mais decisões declaratórias de inconstitucionalidade a partir de argumentos de ordem formal, sobretudo da usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual penal. Em uma análise perfunctória, seria até possível concluir que o STF atua ativamente na criação da política criminal por esse histórico; no entanto, de certa forma, as decisões reafirmam a exclusividade do legislador penal federal para tratar de temas afetos ao direito penal e ao processo penal. O controle da constitucionalidade formal é essencial para a proteção do desenho institucional traçado pelo constituinte, para cuja divisão de competências legislativas baseou-se no princípio da predominância do interesse, segundo o qual as matérias penais e processuais são de interesse geral.⁷⁷³ Noutro giro, o controle concentrado baseado exclusivamente em fundamentos de ordem material aponta para menos decisões. Não obstante o número reduzido, a importância do controle material das normas penais e processuais penais mostra-se na fiscalização da conformidade das leis criminais com os princípios constitucionais e, sobretudo, com os parâmetros de proporcionalidade.⁷⁷⁴

No campo incidental, o controle constitucional divide-se entre os julgamentos na sistemática da repercussão geral e os *habeas corpus*. Dentre os 836 temas de repercussão geral conhecida, apenas 71 discutem matéria penal e processual penal, incluindo os temas de direito militar – cerca de 8,4% de incidência. Nesse universo, o instituto da repercussão geral foi utilizado 17 vezes para reafirmar jurisprudência consolidada, o que corresponde a quase 24% dos temas penais e processuais penais com repercussão geral reconhecida.

Para reafirmação de jurisprudência, o instituto da repercussão geral serviu para estabelecer teses a respeito de assuntos, como (i) a fixação da pena abaixo do mínimo legal na

⁷⁷¹ STF, ADPF nº 395. Relator: Gilmar Mendes, j. em 14.6.2018; STF, ADPF nº 444. Relator: Gilmar Mendes, j. em 14.6.2018.

⁷⁷² STF, ADI 4911. Relator: Edson Fachin. Redator do acórdão: Alexandre de Moraes, j. em 23.11.2020.

⁷⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 480; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 46.

⁷⁷⁴ Sobre a relevância do princípio da proporcionalidade no controle constitucional de leis penais, cf. SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador; parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 290 e seguintes.

segunda fase da dosimetria;⁷⁷⁵ (ii) a delimitação do alcance do princípio da autodefesa frente ao crime de falsa identidade;⁷⁷⁶ (iii) a constitucionalidade do tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, relativo à conduta de deixar de recolher o tributo ou a contribuição social na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária;⁷⁷⁷ (iv) a constitucionalidade da progressão de regime de pessoas condenadas por crime hediondo nos termos do Pacote Anticrime;⁷⁷⁸ (v) a constitucionalidade da pena de multa mínima do art. 33 da Lei nº 11.343/2006;⁷⁷⁹ (vi) a propositura de ação penal por descumprimento das condições estabelecidas na transação penal;⁷⁸⁰ (vii) a natureza da ação penal em caso de crime de lesão corporal praticado contra a mulher em contexto de violência doméstica;⁷⁸¹ (viii) a possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância;⁷⁸² (ix) o cabimento de ação penal privada subsidiária da pública após o decurso do prazo do art. 46 do CPP, em caso de inércia do Ministério Público;⁷⁸³ e (x) a inconstitucionalidade de fixação do regime fechado com base exclusivamente na hediondez do crime.⁷⁸⁴⁻⁷⁸⁵

Sousa Filho aponta que, de maneira geral, o uso da repercussão geral para teses consolidadas na jurisprudência tem a finalidade não de realizar o controle constitucional sobre

⁷⁷⁵ STF, RE nº 597270 (tema 158). Relator: Cezar Peluso, j. em 26.3.2009.

⁷⁷⁶ STF, RE nº 640139 (tema 478). Relator: Dias Toffoli, j. em 23.9.2011.

⁷⁷⁷ STF, ARE nº 999425 (tema 937). Relator: Ricardo Lewandowski, j. em 3.3.2017.

⁷⁷⁸ STF, ARE nº 1327963 (tema 1169). Relator: Gilmar Mendes, j. em 17.9.2021.

⁷⁷⁹ STF, RE nº 1347158 (tema 1178). Relatora: Rosa Weber, j. em 22.10.2021.

⁷⁸⁰ STF, RE nº 602072 (tema 238). Relator: Cezar Peluso, j. em 19.11.2009.

⁷⁸¹ STF, ARE nº 773765 (tema 713). Relator: Gilmar Mendes, j. em 4.4.2014.

⁷⁸² STF, ARE 964246 (tema 925). Relator: Teori Zavascki, j. em 11.11.2016. Embora o tema 925 de repercussão geral (“Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.”) esteja classificado como “reafirmação de jurisprudência”, houve amplo debate sobre a matéria e a própria decisão de mérito, em 2016, foi tomada por maioria apertada. Anos depois, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, com entendimento contrário ao decidido no âmbito da repercussão geral, a Corte firmou a tese segundo a qual é inconstitucional a prisão provisória após a condenação em segunda instância.

⁷⁸³ STF, ARE nº 859251 (tema 811). Relator: Gilmar Mendes, j. em 17.4.2015.

⁷⁸⁴ STF, ARE nº 1052700 (tema 972). Relator: Edson Fachin, j. em 3.11.2017.

⁷⁸⁵ Os demais temas de repercussão geral de reafirmação de jurisprudência tratam da (i) inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 – STF, RE 1038925 (tema 959). Relator: Gilmar Mendes, j. em 19.8.2017; (ii) consideração da natureza e quantidade da droga apenas em uma das fases da dosimetria da pena – STF, ARE 666334 (tema 712). Relator: Gilmar Mendes, j. em 4.4.2014; (iii) inconstitucionalidade da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito prevista no art. 33, §4º, e 44, ambos da Lei nº 11.434/2006 – STF, ARE 663261 (tema 626). Relator: Luiz Fux, j. em 14.12.2012; (iv) ausência de nulidade da oitiva de testemunha por carta precatória em caso de réu preso que não demonstrou intenção de participar de audiência – STF, RE 602543 (tema 240). Relator: Cezar Peluso, j. em 19.11.2009; (v) inconstitucionalidade da prescrição virtual, com base na pena hipoteticamente aplicada – STF, RE 602527 (tema 239). Relator: Cezar Peluso, j. em 19.11.2019; (vi) licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro – STF, RE 583937 (tema 237). Relator: Cezar Peluso, j. em 19.11.2009; e (vii) possibilidade de os entes federados complementarem o art. 268 do CP, norma penal em branco, sem ofensa à competência privativa da União para legislar sobre matéria penal – STF, ARE 1418846 (tema 1246). Relatora: Rosa Weber, j. em 25.3.2023.

o tema, mas de diminuir a interposição de recursos com aquele fundamento.⁷⁸⁶ O autor entende que, nesses casos, o Tribunal não discute as matérias de forma ampla, tendo em vista a existência de outras decisões, monocráticas e coletivas, com o mesmo entendimento.⁷⁸⁷ A esse respeito, Danyelle Galvão aponta a utilização da repercussão geral para conferir efeito vinculante a teses forjadas em julgamentos de *habeas corpus* pelas Turmas em casos individuais.⁷⁸⁸ Assim, a finalidade do uso da repercussão para a reiteração de jurisprudência resume-se ao filtro recursal de admissibilidade para reduzir a demanda, sem olvidar da importância de conferir coerência e harmonia ao sistema processual penal. Cabe ao Tribunal local perante o qual o recurso extraordinário é interposto admiti-lo ou não, sendo possível negar seguimento quando se tratar de matéria já decidida sob a sistemática da repercussão geral.⁷⁸⁹

Para além dos casos de reafirmação de jurisprudência, os outros 54 temas (6,4% do total) com repercussão geral reconhecida dividem-se entre a constitucionalidade de tipos penais,⁷⁹⁰ as regras relativas à progressão de regime,⁷⁹¹ discussões sobre a aplicação da pena,⁷⁹² à extensão do indulto⁷⁹³ e relativas ao prazo prescricional,⁷⁹⁴ além de questões processuais penais sobre

⁷⁸⁶ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 138-139.

⁷⁸⁷ Em suas palavras: “o STF não pretendeu discutir amplamente a matéria controvertida, mas simplesmente impedir que novos recursos extraordinários fossem interpostos para discutir o mesmo tema.”. *Idem*.

⁷⁸⁸ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019, p. 170-171.

⁷⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 498 e seguintes.

⁷⁹⁰ STF, RE 583523 (tema 113). Relator: Gilmar Mendes, j. em 3.10.2023. STF, RE 971959 (tema 907). Relator: Luiz Fux, j. em 14.11.2018; STF, RE 1093553 (tema 989). Relator: Luiz Fux, j. em 30.3.2018; STF, RE 979962 (tema 1003). Relator: Roberto Barroso, j. em 24.3.2021; STF, RE 1400172 (tema 1242). Relator: Roberto Barroso, j. em 16.12.2022; STF, RE 1323708 (tema 1158). Relator: Edson Fachin, j. em 7.8.2021; STF, RE 966177 (tema 924). Relator: Luiz Fux, j. em 4.11.2016; STF, ARE 901623 (tema 857). Relator: Edson Fachin, j. em 23.10.2015; STF, RE 635659 (tema 506). Relator: Gilmar Mendes, j. em 9.12.2011.

⁷⁹¹ STF, RE 579167 (tema 59). Relator: Marco Aurélio, j. em 16.5.2013; STF, RE 641320 (tema 423). Relator: Gilmar Mendes, j. em 11.5.2016.

⁷⁹² STF, RE 453000 (tema 114). Relator: Marco Aurélio, j. em 4.4.2013; STF, RE 607107 (tema 486). Relator: Roberto Barroso, j. em 12.2.2020; STF, RE 638491 (tema 647). Relator: Luiz Fux, j. em 17.5.2017; STF, RE 603116 (tema 703). Relator: Dias Toffoli, j. em 7.3.2014; STF, RE 973837 (tema 905). Relator: Gilmar Mendes, j. em 24.5.2016; STF, RE 600817 (tema 169). Relator: Ricardo Lewandowski, j. em 7.11.2013; STF, RE 593818 (tema 150). Relator: Roberto Barroso, j. em 18.8.2020; STF, RE 591054 (tema 129). Relator: Marco Aurélio, j. em 17.12.2014.

⁷⁹³ STF, RE 628658 (tema 371). Relator: Marco Aurélio, j. 4.11.2015.

⁷⁹⁴ STF, RE 768494 (tema 650). Relator: Luiz Fux, j. em 19.9.2013; STF, ARE 848107 (tema 788). Relator: Dias Toffoli, j. em 4.7.2023.

competência,⁷⁹⁵ licitude probatória,⁷⁹⁶ admissibilidade recursal,⁷⁹⁷ poderes do Ministério Público,⁷⁹⁸ condições de procedibilidade da ação penal⁷⁹⁹ e efeitos da condenação.⁸⁰⁰ Desses, 30 têm acórdão de mérito publicado ou já transitaram em julgado, e os outros 24 aguardam o julgamento de mérito.⁸⁰¹

Dessa forma, o instrumento da repercussão geral é relevante para o sistema criminal e, principalmente, para a criação de precedentes em matéria penal. Além de diminuir a quantidade de recursos no STF, as teses firmadas orientam os julgamentos nas demais instâncias e contribuem para a segurança jurídica no campo penal. Quanto à sua utilização no controle constitucional de normas penais e processuais penais, chamam atenção as teses firmadas nos julgamentos dos temas 113 (constitucionalidade do art. 25 da Lei de Contravenções Penais) e 1003 (constitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal) – casos em que o STF reconheceu a incompatibilidade das referidas leis com a Constituição Federal de 1988.

Como se percebe, a relevância da repercussão geral no controle de legitimidade das leis criminais acentua-se conforme o Tribunal discute questões tidas por mais controversas, como a análise de legitimidade de incriminações, que exige a ponderação sobre a existência de um bem jurídico-penal merecedor de tutela penal. Essa discussão está inserida em temas com repercussão geral reconhecida, mas com decisão de mérito ainda pendente. É o caso, por exemplo, dos temas 506 (constitucionalidade do crime de porte de droga para consumo pessoal), 857 (tipicidade da conduta de portar arma branca, tendo em vista a falta de

⁷⁹⁵ STF, RE 628624 (tema 393). Relator: Marco Aurélio, j. em 28.10.2015; STF, RE 702362 (tema 580). Relator: Luiz Fux, j. em 7.9.2012; STF, RE 835558 (tema 648). Relator: Luiz Fux, j. em 9.2.2017; STF, RE 606881 (tema 649). Relator: Luiz Fux, j. em 2.6.2020; STF, RE 1331044 (tema 1147). Relator: André Mendonça, j. em 9.12.2021; STF, RE 546560 (tema 453). Relator: Ricardo Lewandowski, j. em 24.11.2010.

⁷⁹⁶ STF, ARE 1042075 (tema 977). Relator: Dias Toffoli, j. em 24.11.2017; STF, RE 1116949 (tema 1041). Relator: Marco Aurélio, j. em 21.8.2020; STF, RE 1368160 (tema 1208). Relator: André Mendonça, j. em 1.4.2022; STF, RE 1177984 (tema 1185). Relator: Edson Fachin, j. em 3.12.2021; STF, RE 1301250 (tema 1148). Relatora: Rosa Weber, j. em 28.5.2021; STF, ARE 959620 (tema 998). Relator: Edson Fachin, j. em 1.6.2018. STF, RE 1055941 (tema 990). Relator: Dias Toffoli, j. em 28.11.2019; STF, RE 625263 (tema 661). Relator: Alexandre de Moraes, j. em 17.3.2022; STF, RE 603616 (tema 280). Relator: Gilmar Mendes, j. em 5.11.2015.

⁷⁹⁷ STF, ARE 1225185 (tema 1087). Relator: Gilmar Mendes, j. em 8.5.2020.

⁷⁹⁸ STF, RE 593727 (tema 184). Relator: Cezar Peluso, j. em 18.5.2015; STF, RE 600851 (tema 438). Relator: Edson Fachin, j. em 7.12.2020; STF, RE 635145 (tema 613). Relator: Marco Aurélio, j. em 3.8.2016; STF, RE 660814 (tema 1034). Relator: Alexandre de Moraes, j. em 8.3.2019; STF, RE 590908 (tema 496). Relator: Nunes Marques, j. em 4.11.2011.

⁷⁹⁹ STF, RE 593443 (tema 154). Relator: Marco Aurélio, j. em 6.6.2013; STF, RE 776823 (tema 758). Relator: Edson Fachin, j. em 7.12.2020; STF, RE 972598 (tema 941). Relator: Roberto Barroso, j. em 4.5.2020; STF, RE 1318520 (tema 1138). Relator: André Mendonça, j. em 23.4.2021.

⁸⁰⁰ STF, RE 795567 (tema 187). Relator: Teori Zavascki, j. em 28.5.2015; STF, RE 1116485 (tema 477). Relator: Luiz Fux, j. em 1.3.2023; STF, RE 1377843 (tema 1219). Relator: André Mendonça, j. em 3.6.2022; STF, RE 1235340 (tema 1068). Relator: Roberto Barroso, j. em 25.10.2019; STF, RE 601182 (tema 370). Relator: Marco Aurélio, j. em 8.5.2019.

⁸⁰¹ Informações extraídas de https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html.

regulamentação exigida pelo art. 19 da Lei das Contravenções Penais), 924 (constitucionalidade do crime de estabelecer e explorar jogos de azar), 989 (tipicidade do crime de prática de ato obsceno) e 1242 (constitucionalidade do crime de desobediência).

Por essa razão, a repercussão geral ainda não se demonstrou uma via de intenso controle constitucional quando se trata do sistema penal.⁸⁰² Em vigor há mais de 15 anos, a repercussão geral em matéria penal e processual penal tem sido utilizada eminentemente para diminuir a admissibilidade de recursos extraordinários. Evidentemente, a contribuição do Tribunal para a construção de um sistema penal conforme o ordenamento constitucional brasileiro não depende de um alto índice de declarações de inconstitucionalidade. Ainda assim, é de se ponderar a razão pela qual há tão poucas decisões nesse sentido quando se trata de matéria penal.

Outro instrumento em que se dá o controle difuso de constitucionalidade das normas penais no STF é o *habeas corpus*. A doutrina brasileira tem apontado uma virada jurisprudencial na qual o *habeas corpus* passa de um remédio constitucional de controle da legalidade para uma das vias da constitucionalização do direito penal e, por conseguinte, do controle judicial das leis criminais.⁸⁰³ De acordo com a divisão de competências internas, cabe às Turmas julgar os *habeas corpus* impetrados perante o STF (art. 9º, I, *a*, do Regimento Interno do STF – RISTF), salvo se a autoridade coatora ou o paciente for o Presidente da República, a Câmara, o Senado, o próprio Tribunal ou qualquer de seus Ministros, o Conselho Nacional da Magistratura, o Procurador-Geral da República, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar, ou quando a questão tiver relação com processo de extradição, conforme dispõe o art. 6º, I, *a*, do RISTF. Apenas residualmente, quando remetido o processo pelo Relator, é que o Plenário pode julgar os *habeas corpus* que não se amoldam aos critérios anteriores (art. 6º, II, *c*, do RISTF).

Portanto, a análise do controle difuso de constitucionalidade em *habeas corpus* se resume às decisões tomadas pelo Plenário da Corte, tendo em vista o art. 97 da Constituição Federal, que reserva ao órgão especial dos Tribunais o poder de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.⁸⁰⁴

⁸⁰² SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 140.

⁸⁰³ *Ibidem*, p. 141-142; MONTEIRO, Arthur Maximus. *O habeas corpus como instrumento de controle de constitucionalidade das leis penais: vício ou virtude?*. *Direito em movimento*, v. 19, p. 42-70, 2021; GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019, p. 169 e seguintes.

⁸⁰⁴ Segundo Azambuja Neto, aplica-se a cláusula de reserva de plenário a toda decisão que “pronuncie ou deva pronunciar, explícita ou implicitamente, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”, como

Há importantes decisões declaratórias de inconstitucionalidade em sede de *habeas corpus* no âmbito do STF, inclusive com fundamento em vícios de forma, como nos casos em que o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade formal (i) de lei estadual que estabelecia o interrogatório por videoconferência;⁸⁰⁵ (ii) do art. 119, §1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), que exigia o mínimo de quatro votos divergentes para o cabimento de embargos infringentes e de nulidade contra decisão da Corte;⁸⁰⁶ (iii) de leis estaduais que criaram juizados especiais criminais;⁸⁰⁷ (iv) do art. 181 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), que estabelecia maioria absoluta para tomada de decisões;⁸⁰⁸ e (v) de norma regimental legislativa que transferia a órgão fracionária a decisão que autoriza a tramitação de processos contra parlamentar.⁸⁰⁹

Com fundamento em ofensas materiais ao ordenamento constitucional, parte das decisões declaratórias de inconstitucionalidade em *habeas corpus* tem como objeto matérias posteriormente submetidas à sistemática da repercussão geral, com objetivo de conferir à tese efeito vinculante, conforme explicita Galvão.⁸¹⁰ José Carvalho Filho, por sua vez, entende que o movimento de abstrativização (ou objetificação) do controle incidental de constitucionalidade alcança as decisões proferidas em *habeas corpus* e defende que, a despeito do instrumento processual, todas as decisões de inconstitucionalidade “devem ter o mesmo valor jurídico: eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes em relação à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário”.⁸¹¹ De fato, a possibilidade de ampla participação de terceiros nos

as decisões declaratórias de nulidade parcial sem redução de texto e as decisões manipulativas de efeitos substitutivos, já que “promove, em um primeiro momento, a declaração de inconstitucionalidade do preceito originário e, após, em substituição por outra disposição, compatível com a Constituição”. Submetem-se, ainda, à reserva de plenário os juízos de proporcionalidade sobre a norma em abstrato. Por outro lado, a interpretação conforme a Constituição, como decisão que reafirma a legitimidade da lei, segundo o autor, não impõe a remessa ao órgão especial, cf. AZAMBUJA NETO, Mario. *Controle de constitucionalidade de leis penais e reserva de plenário*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

⁸⁰⁵ STF, HC 90900. Relatora: Ellen Gracie. Redator do acórdão: Menezes Direito, j. em 30.10.2008.

⁸⁰⁶ STF, HC 125768. Relator: Dias Toffoli, j. em 24.6.2015.

⁸⁰⁷ STF, HC 72930. Relator: Ilmar Galvão, j. em 1.2.1996; STF, HC 71713. Relator: Sepúlveda Pertence, j. em 26.10.1994; STF HC 75308. Relator: Sydney Sanches, j. em 18.12.1997.

⁸⁰⁸ STF, HC 74761. Relator: Maurício Corrêa, j. em 11.6.1997.

⁸⁰⁹ STF, HC 72718. Relator: Marco Aurélio, j. em 24.4.1996.

⁸¹⁰ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019, p. 170-171. José Carvalho Filho ainda aponta a súmula vinculante como mecanismo de ampliação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade tomadas em *habeas corpus* – o único exemplo é a Súmula Vinculante nº 26, que reforça a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que vedava a progressão de regime no caso de crimes hediondos. Declarada inconstitucional de forma incidental no julgamento do HC nº 82.959, a via processual inviabilizou os efeitos *ultra partes* da decisão. CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de *habeas corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et al (orgs.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 49-51.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 60.

juízos concretos, além da natureza de Corte Constitucional, dispensa a rediscussão da mesma matéria pelo STF apenas para que, por mera formalidade, sejam conferidos efeitos *erga omnes* e vinculantes à tese jurídica proferida.⁸¹²

Ainda assim, as questões constitucionais debatidas em *habeas corpus*, por vezes, tornam à Corte na forma da RE com repercussão geral, para ampliar os efeitos da decisão. Esse é o caso, por exemplo, das decisões que reconheceram: (i) a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990, que impunha o cumprimento da pena integralmente em regime fechado e a fixação de regime fechado para o início do cumprimento da pena dos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado;⁸¹³ (ii) a inconstitucionalidade dos arts. 33, §4º, e 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, que vedam a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direito;⁸¹⁴ e (iii) a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, na parte em que obsta a concessão de liberdade provisória.⁸¹⁵ As matérias coincidem, respectivamente, com os temas 972, 626 e 959 de repercussão geral.⁸¹⁶

Fora dessas hipóteses, a Corte manejou o *habeas corpus* para (i) determinar a não recepção do art. 395 do CPP, pela qual se declarava deserta a apelação se o réu condenado fugir após a interposição do recurso, com o ordenamento constitucional vigente;⁸¹⁷ (ii) reconhecer inconstitucionalidade da antecipação de cumprimento de pena;⁸¹⁸ (iii) apontar a inconstitucionalidade de norma estadual que cria hipóteses para aplicação do foro por prerrogativa de função.⁸¹⁹

Dessa forma, o *habeas corpus* é uma das vias de controle de constitucionalidade de normas penais; no entanto, a jurisprudência evidencia a limitação dos efeitos das decisões, o

⁸¹² Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco assentam que “a limitação dos efeitos é um apanágio do controle de constitucionalidade, e razão jurídica não há para que tal instrumento [a eficácia da decisão], veículo mediante o qual a Corte pode integrar ao seu afazer o princípio da segurança jurídica, não seja utilizado também em sede de controle incidental.”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1101.

⁸¹³ STF, HC nº 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.2.2006; STF, HC 111840. Relator: Dias Toffoli, j. em 27.6.2012.

⁸¹⁴ STF, HC 97256. Relator: Ayres Britto, j. em 1.9.2010.

⁸¹⁵ STF, HC 104339. Relator: Gilmar Mendes, j. em 11.5.2012.

⁸¹⁶ Tema 972: “É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.”. Tema 626: “É inconstitucional a vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prevista nos artigos 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006.”. Tema 959: “É inconstitucional a expressão ‘e liberdade provisória’, constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/repercussao geral/teses.asp>.

⁸¹⁷ STF, HC 85961. Relator: Marco Aurélio, j. em 5.3.2009; STF, HC 85369. Relatora: Cármen Lúcia, j. em 26.3.2009.

⁸¹⁸ Posteriormente superada no julgamento do HC 126292, o entendimento foi mantido com após a decisão das ADCs 43, 44 e 45. STF, HC 95009. Relator: Eros Grau, j. em 6.11.2008.

⁸¹⁹ STF, HC 103803. Relator: Teori Zavascki, j. em 1.7.2014.

que, de certa maneira, mitiga a relevância do controle constitucional das normas penais em sede de *habeas corpus*. Por outro lado, a apreensão das questões constitucionais a partir das impetrações é célere e já se traduziu em decisões importantes para o sistema penal brasileiro, sobretudo no que concerne à adequação das normas ao princípio constitucional da individualização da pena, como destaca Sousa Filho.⁸²⁰

Considerando os casos comentados, o STF afasta-se do entendimento de que as normas penais e processuais penais são insuscetíveis de controle pela autoridade judicial. A maior parte das decisões, entretanto, não enfrentam a questão sobre a legitimidade do controle constitucional da norma penal, e tampouco delineiam o rigor judicial nessa análise. A matéria foi discutida de maneira explícita, pela primeira vez, na ADI nº 3112, que abordava a constitucionalidade de normas penais constantes do Estatuto do Desarmamento.⁸²¹ Os dispositivos declarados inconstitucionais vedavam o arbitramento de fiança e a concessão de liberdade provisória para alguns dos tipos penais da referida lei. Em casos anteriores, evidentemente, a noção de que a atividade legislativa deva corresponder aos parâmetros constitucionais está presente, embora não de forma arrojada como no referido precedente.⁸²²

Naquela oportunidade, o ministro Gilmar Mendes chamou atenção para “uma reflexão analítica sobre o controle de constitucionalidade das leis penais, o papel a ser cumprido pelo Tribunal nesse tema, a atuação do legislador na política criminal, suas margens de ação legislativa”.⁸²³ Utilizando a jurisprudência alemã como referência, o voto ressalta a via de mão dupla entre os sistemas penal e constitucional.⁸²⁴ A partir de uma leitura completa, conclui que os poderes conferidos ao legislador estão limitados pelo respeito às garantias fundamentais, dentre as quais se destaca a proporcionalidade – “O Tribunal está incumbido de examinar se o

⁸²⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 140.

⁸²¹ STF, ADI 3112. Relator: Ricardo Lewandowski, j. em 2.5.2007.

⁸²² É o caso do HC nº 82959, de relatoria do ministro Marco Aurélio e julgado em fevereiro de 2006. Nele, o Tribunal consigna a inconstitucionalidade da norma frente ao princípio da proteção do núcleo essencial, destinado “a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” – no caso, a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, cf. STF, HC nº 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.2.2006, Acórdão p. 85.

⁸²³ *Ibidem*, p. 73.

⁸²⁴ Nesse sentido, explica: “A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.”. *Ibidem*, p. 76.

legislador (...) se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais”.⁸²⁵

O voto ainda explora os níveis de intensidade do controle constitucional das normas penais.⁸²⁶ Também orientado pela doutrina constitucional alemã, o ministro Gilmar Mendes menciona três intensidades, divididas da mais fraca à mais rigorosa nas seguintes categorias: controle de evidência, controle de sustentabilidade ou justificabilidade e controle material de intensidade.⁸²⁷ No controle de evidência, o Tribunal reconhece ampla margem de discricionariedade ao legislador e a intervenção judicial justifica-se apenas quando houver manifesta inconstitucionalidade.⁸²⁸ Já o segundo nível – controle de sustentabilidade ou de justificabilidade – orienta-se pela verificação dos elementos ponderados pelo legislador. A atividade judicial recai sobre a quantidade e a qualidade das informações que fizeram parte da tomada de decisão política.⁸²⁹ O nível do controle material intensivo representa uma forma mais rígida de controle judicial, fundamentado na relevância constitucional dos bens jurídicos afetados pelas normas.⁸³⁰

O voto esclarece que as categorias não são exclusivas nem se aplicam de maneira direta a depender da matéria subjacente à norma. Em princípio, as normas penais e processuais penais submetem-se ao controle menos rígido, tendo o legislador ampla discricionariedade para as escolhas político-criminais.⁸³¹ Uma vez que as medidas legislativas transbordem os limites da liberdade legislativa, então o controle constitucional se torna mais rígido, e, excepcionalmente, é legítima a declaração de inconstitucionalidade “de leis penais transgressoras de princípios constitucionais”.⁸³²

Ademais, a discussão sobre a possibilidade e os limites do controle constitucional já surgiu no âmbito de casos em que o Tribunal reconheceu a constitucionalidade das leis criminais, como na ADI nº 3446, que confirma a constitucionalidade do art. 203 do Estatuto da Criança e do Adolescente (crime apreensão de menor fora das hipóteses de flagrante ou de

⁸²⁵ *Ibidem*, p. 81.

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 82 e seguintes.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁸²⁸ *Ibidem*, p. 84-85.

⁸²⁹ *Ibidem*, p. 85-89.

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 90 e seguintes.

⁸³¹ *Ibidem*, p. 92.

⁸³² *Ibidem*, p. 93. Em outras oportunidades, o Tribunal corroborou o entendimento, cf. STF, RE 583523 (tema 113). Relator: Gilmar Mendes, j. em 3.10.2013; STF, RE 971959 (tema 907). Relator: Luiz Fux, j. em 14.11.2018; STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.4.2012, Acórdão, p. 309.

cumprimento de mandado de apreensão),⁸³³ e no HC nº 104.410, no qual a Segunda Turma da Corte reconhece a constitucionalidade da tipificação do porte de arma de fogo mesmo nas situações em que está desmuniada.⁸³⁴

Pelo exposto, a análise prática judicial no STF quanto ao controle constitucional de normas penais e processuais penais e, especificamente, das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, demonstra que o Tribunal mantém uma postura contida tanto no controle concentrado quanto no controle difuso. Após mais de três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, responsável por uma mudança paradigmática no rol de garantias constitucionais de natureza penal e processual penal, o percentual de questões constitucionais de fundo criminal declaradas inconstitucionais pelo STF ainda não é expressivo.

O resultado da análise contradiz o que se espera do controle constitucional rigoroso da lei criminal, considerando tratar-se da forma mais grave de intervenção na liberdade individual. Por outro lado, a substância das decisões que se aprofundam na forma do controle constitucional das normas penais aproxima-se da exegese das Cortes Constitucionais portuguesa, alemã, espanhola, italiana. A declaração de inconstitucionalidade das leis penais e processuais penais é uma exceção, em deferência à ampla discricionariedade do legislador, e legitima-se apenas no cenário de evidente contraste entre o ordenamento constitucional e a lei penal.

A busca pela atividade jurisdicional do STF no que tange ao controle das normas penais, se filtrada tão somente pelas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, encontra uma resposta simples – a de que a Corte é, em boa medida, deferente ao legislador. As poucas declarações de inconstitucionalidade das leis penais e processuais penais podem revelar uma restrição extrema por parte do STF, o baixo crivo judicial no controle de constitucionalidade das normas e a ampla liberdade do legislador penal para formular a política criminal. Essa é a conclusão a que chega Sousa Filho, para quem “a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (com excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais”.⁸³⁵

Resta saber se a conclusão é a mesma ao incluir, nesse cenário, as interpretações conforme a Constituição aplicadas às normas penais. Antes de examinar o comportamento do

⁸³³ STF, ADI nº 3446. Relator: Gilmar Mendes, j. em 8.8.2019.

⁸³⁴ STF, HC nº 104410. Relator: Gilmar Mendes, j. em 6.3.2012.

⁸³⁵ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 143.

STF quanto ao tema específico, o próximo subtópico dedica-se à análise da interpretação conforme de leis penais no direito comparado, com enfoque no direito alemão.

4.2 A interpretação conforme a Constituição das leis penais no direito alemão

A aplicação da interpretação conforme a Constituição às leis penais possibilita, assim como nos demais ramos do direito, a prolação de uma decisão intermediária. Como desenvolvido ao longo do Capítulo 2, a interpretação conforme implica algo entre a confirmação de constitucionalidade e o reconhecimento de inconstitucionalidade. Embora mantenha a norma vigente, a referida técnica interpretativa está além de uma simples interpretação judicial literal, histórica, teleológica ou sistemática. Quando se trata de interpretação conforme, a decisão é composta necessariamente por dois elementos – um positivo e um negativo.⁸³⁶ Esse consiste no afastamento de uma ou mais variantes interpretativas inconstitucionais, ao passo que aquele se refere ao apontamento de uma ou mais variantes interpretativas constitucionais.

Como aponta Llorente, o aspecto positivo da interpretação conforme a Constituição pode ter o benefício de conformar de maneira direta e célere a norma aos valores constitucionais, mas também pode implicar a violação à separação entre os poderes.⁸³⁷ Significa que o Tribunal não apenas esclarece as aplicações inconstitucionais da norma, mas também aponta aquela ou aquelas interpretações que se coadunam com o ordenamento constitucional. As decisões interpretativas, e mais especificamente a interpretação conforme, permitem a criação de direito de maneira distinta daquela levada a cabo por uma jurisdição constitucional exclusivamente associada ao encargo do legislador negativo.⁸³⁸ Atuando como legislador positivo, as Cortes Constitucionais criam direito, e podem fazê-lo mesmo a partir da dissociação entre a literalidade

⁸³⁶ KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 28-29.

⁸³⁷ Nas palavras do autor, de maneira crítica: “Su utilización puede ser aplaudida por quienes ven en él la única vía razonablemente rápida para acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos, pero violenta al máximo el sistema de división de poderes (...)”. LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n. 22, enero-abril, 1988, p. 37-38.

⁸³⁸ *Ibidem*, p. 49-50.

da lei e os conteúdos normativos.⁸³⁹ Isso conduz, segundo Llorente, ao uso frequente das decisões interpretativas de maneira independente das normas por elas interpretadas.⁸⁴⁰

No campo penal, a criação de direito por meio de decisões interpretativas da jurisdição constitucional conduz a questões sobre a legitimidade de o juiz constitucional intervir – não apenas de maneira negativa – na conformação da política criminal. A legalidade estrita, sintetizada do princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, parece limitar a criação do direito penal ao legislador, a quem incumbe a produção legislativa. A partir dos princípios constitucionais, da supremacia e unidade da Constituição, bem como da presunção de constitucionalidade da lei, é possível que a Corte Constitucional aplique a interpretação conforme a Constituição às leis penais, conferindo-lhes um sentido jurídico desatrelado de seu texto normativo.

A interpretação conforme das normas penais, portanto, não chama atenção pela possibilidade de o Tribunal Constitucional dar a última palavra a respeito do ordenamento criminal, tampouco pela ideia abstrata e já admitida de que os juízes, ao aplicarem as leis, também criam direito. A principal questão controvertida – esclarece Kuhlen – está no manejo da interpretação conforme sem atenção ao texto literal, que se traduz em uma decisão de constitucionalidade que confirma a vigência da norma penal com um sentido diverso e distante do seu enunciado.⁸⁴¹

Antes de partir para a análise da prática brasileira, importa demonstrar o tratamento do tema no direito comparado, principalmente a partir da sistematização de Kuhlen no direito alemão. O autor estudou decisões do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) e do Tribunal Federal (BGH) que trataram da interpretação conforme a Constituição das leis penais.⁸⁴² Com a análise, o autor identificou um padrão decisório dos Tribunais a partir da interpretação conforme das leis penais: as reduções conforme a Constituição, resultado de decisões interpretativas que restringem o âmbito de incidência da norma penal e, segundo o autor, “solamente es admisible si tiene lugar *en favor* del ciudadano”.⁸⁴³ De acordo com Kuhlen, os Tribunais alemães produzem as reduções conforme a Constituição de maneiras variadas e por

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁴⁰ *Idem*.

⁸⁴¹ KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 37-38.

⁸⁴² *Ibidem*, p. 41.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 148.

motivos distintos, o que será objeto de análise após a apresentação de algumas das decisões oriundas do Tribunal Constitucional Federal e do Tribunal Federal.

No âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão, o autor destrinchou 14 decisões.⁸⁴⁴ As de maior relevância para compreensão da análise posterior são as decisões BVerfGE 17, 155 (associações criminosas); 25, 79 (difamação do estado e de seus símbolos); 71, 108 (recusa em assumir ou exercer cargo eletivo); 19, 343 (constitucionalidade dos requisitos para prisão preventiva); e 90, 145 (uso ou posse de produtos derivados da *cannabis*).

No caso do crime de associações criminosas BVerfGE 17, 155, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que a redação do tipo penal do § 129 do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB), em interpretação literal e ampla, permitia a criminalização até mesmo das atividades de partidos políticos. Para a Corte, essa possibilidade interpretativa contraria o artigo 21 da Lei Fundamental de Bonn, que define os partidos como instituições que “colaboram na formação da vontade política do povo”.⁸⁴⁵ Com essa fundamentação, o Tribunal restringiu o alcance do tipo penal, autorizado pelo “tenor literal, contexto y génesis” dos partidos políticos, retirando-lhes do âmbito de alcance do crime de associação criminosa.⁸⁴⁶

Em sentido semelhante, mas com esteio no direito à liberdade de expressão, o Tribunal Constitucional Federal conferiu interpretação conforme a Constituição ao §90a do StGB (BVerfGE 25, 79).⁸⁴⁷ O dispositivo criminaliza a difamação do estado e de seus símbolos e, de maneira geral, aplica-se àqueles que, publicamente, em reuniões ou por meio de canais de informação, utilizam linguagem abusiva ou de qualquer forma difamam a República Federal da Alemanha ou seus símbolos (cores, bandeira, brasão, hino). O Tribunal considerou excessiva a abertura do tipo penal e, para restringi-lo, apontou a constitucionalidade apenas da interpretação segundo a qual o autor do crime deve fazer parte ou manter relação com organizações proibidas, um elemento normativo que não se extrai da leitura da lei, a fim de que não sejam criminalizados quaisquer discursos críticos de cunho político.⁸⁴⁸

⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 43-52.

⁸⁴⁵ HEEGEWALDT, Elisabeth; ÖSTERMANN, Elmar (coords.). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Aachen Assis Mendonça. Deutscher Bundestag: Berlin, 2022, p. 29.

⁸⁴⁶ KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 43.

⁸⁴⁷ *Ibidem*, p. 44.

⁸⁴⁸ *Idem*.

Em outro conjunto de casos, o Tribunal Constitucional Federal alemão apreciou a legitimidade da interpretação conforme a Constituição das leis penais levada a cabo por tribunais ordinários. Essa é a situação da decisão BVerfGE 71, 108, que discutia a interpretação conferida ao § 13, parágrafo 4, da Lei das Eleições Municipais da Baixa Saxônia (*Niedersächsisches Kommunalwahlgesetz – NKWG*), que trata da multa imposta a quem, sem motivo legal, recusar-se a assumir cargo eletivo.⁸⁴⁹ No caso, um assessor da junta eleitoral recusou-se a remover uma placa com teor partidário e, diante do contexto, foi enquadrado nos termos do referido dispositivo. O tribunal local fundamentou a condenação na interpretação extensiva da norma – se a recusa ao cargo eleitoral é um ilícito administrativo, também o seria o exercício do cargo em desrespeito aos regulamentos eleitorais, no caso, à imparcialidade inerente à função.⁸⁵⁰ Reformando a decisão, o Tribunal Constitucional Federal afastou a interpretação conforme, por se tratar de analogia penal *in malam partem*. Com isso, firmou a orientação de que o dispositivo se restringe a sua interpretação estrita, pela qual a infração disciplinar consiste apenas da recusa em assumir ou exercer o cargo eleitoral.⁸⁵¹

Em matéria processual penal, Kuhlen descreve a interpretação conforme do Tribunal Constitucional Federal que contradiz decisão tomada por tribunal ordinário. Trata-se da decisão BVerfGE 19, 343, em que se discutia a constitucionalidade de decisão que manteve a prisão preventiva baseada no § 112, parágrafo 4, do Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung - StPO*).⁸⁵² A norma trata da possibilidade de detenção cautelar com dois requisitos cumulativos: a suspeita de crime contra a vida e a ausência dos requisitos necessários à prisão preventiva em geral – risco de fuga, suspeita de destruição de evidência, perigo de conluio entre investigados, nos termos do §112, parágrafos 2 e 3, do StPO. No caso, o Tribunal entendeu que a decisão violava o direito fundamental à liberdade e que a hipótese de prisão preventiva do §112, parágrafo 4, do StPO também estaria submetida à presença de elementos concretos indicadores da necessidade da medida cautelar para o regular andamento das investigações – ao contrário do que estabelecia a literalidade da lei.⁸⁵³

Nessa mesma linha de decisões tomadas a partir da interpretação conferida por outros tribunais, Kuhlen analisa a decisão BVerfGE 90, 145, que trata do § 29 da Lei de Tráfico de

⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁸⁵⁰ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁵¹ *Idem*

⁸⁵² *Ibidem*, p. 43.

⁸⁵³ *Ibidem*, p. 44.

Entorpecentes (*Betäubungsmittelgesetz* - BtMG), relativo ao porte ou uso, sem autorização da autoridade responsável, de produtos derivados da *cannabis*.⁸⁵⁴ Na análise da legitimidade geral da norma, o Tribunal concluiu que não viola a autonomia nem a liberdade individual a criminalização do uso ilegal da *cannabis*, uma vez que o legislador possui discricionariedade para eleição dos bens jurídicos passíveis de tutela penal e das medidas punitivas.⁸⁵⁵ Por outro lado, o § 31a, da mesma lei, permite ao Ministério Público abster-se da ação penal quando se observar pequena quantidade de entorpecentes para uso pessoal. Diante disso, ratificando a interpretação conforme a Constitucional dada pelo Tribunal Federal, especificou o conceito abstrato de “quantidade pequena” – 7,5g de THC – e concluiu que a punição deve obedecer a esse critério objetivo.⁸⁵⁶

Ademais, Kuhlen observa 19 decisões em matéria penal do Tribunal Federal, dentre as quais se destacam as seguintes: BGHSt 38, 43 (constitucionalidade de manutenção da prisão preventiva por mais de seis meses); 44, 46 (amplitude da inviolabilidade de comunicação); 41, 20 (alcance da pena patrimonial); 40, 30 (retroatividade da lei penal aos fatos praticados antes da reunificação alemã); 40, 371 (constitucionalidade do confisco alargado de bens); 42, 235 (aplicabilidade da teoria *actio libera in causa*); e StV 2005, 330 (conformação típica do crime de entrada ou residência não permitida de estrangeiros).

No âmbito processual penal, a decisão BGHSt 38, 43, discutiu a amplitude do § 121, parágrafo 1, do StPO, que trata da possibilidade de manutenção da prisão preventiva por mais de seis meses, se houver dificuldades na investigação impostas pelo acusado ou pelas particularidades ou caso, ou, ainda, se algum fato relevante inviabiliza o julgamento.⁸⁵⁷ No caso concreto, a questão era saber se a sobrecarga processual do tribunal competente para o

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 49 e seguintes.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p. 51. Para resumo da decisão, cf. MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 248 e seguintes. Quando à decisão, Priscila Akemi Beltrame e Matheus H. Falivene dos Santos sintetizam o dispositivo: “A decisão examina os diversos dispositivos da Lei, e, em síntese, disciplina que: a) a criminalização do tráfico de produtos derivados da Cannabis não ofende o princípio da proporcionalidade, especialmente em razão do interesse na proteção dos indivíduos de seus efeitos deletérios; b) o porte de quantias substanciais (maiores de 7,5g) de substâncias que contenham o efeito ativo THC, presente da Cannabis, pode ser considerado crime; c) a contrario sensu, que o porte de uma quantidade pequena de substância com o princípio ativo (até 7,5 g de THC) não deve ser considerado crime (5) e d) a incriminação de determinada substância (v.g., Cannabis) entorpecentes em detrimento de outras, consideradas legais, não viola o princípio da igualdade.”, cf. IBCCRIM. Direito penal. Princípio da autonomia da vontade. Princípio da proporcionalidade. Constitucionalidade da criminalização do uso ou do porte para uso próprio. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5664/>.

⁸⁵⁷ KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 54.

juízo pode ser entendida como fato relevante a permitir a manutenção da prisão preventiva. O Tribunal Federal, conferindo interpretação conforme a Constituição ao dispositivo, com fundamento do princípio da proporcionalidade, retirou a sobrecarga processual do âmbito de abrangência da norma permissiva.⁸⁵⁸

Ainda no campo processual, o Tribunal Federal decidiu sobre a amplitude das exceções ao poder da autoridade pública de confiscar documentos – BGHSt 44, 46.⁸⁵⁹ A discussão girou em torno da abrangência do § 97, parágrafo 1, do StPO, que diz respeito à inviolabilidade da comunicação entre o investigado e os sujeitos que, por lei, podem se recusar a depor. Baseando-se nos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana, bem como nos postulados da ampla defesa e do contraditório, o Tribunal ampliou a inviolabilidade para todos “los documentos que un acusado elabora para su defensa em un proceso penal”.⁸⁶⁰

Na esfera penal material, uma importante decisão foi a BGHSt 41, 20, que estabeleceu a interpretação conforme do §43a do StGB.⁸⁶¹ A discussão constitucional voltava-se às penas patrimoniais impostas pela referida norma, já que, pela literalidade da lei, (i) não é preciso comprovar a origem ilícita dos bens alcançados pela sanção, (ii) o valor da pena pecuniária é firmado com base no valor dos bens, e não em relação à conduta do agente, (iii) não há parâmetros objetivos para estabelecimento da sanção, (iv) a pena patrimonial estende-se aos bens que não foram utilizados ou são produtos da atividade ilícita; e (v) o efeito confiscatório contradiz a finalidade da pena de ressocializar o sujeito. Em tese, as alegações de inconstitucionalidade da medida ampararam-se nos princípios de presunção de inocência, da culpabilidade, da legalidade estrita, da individualização da pena e da proporcionalidade.⁸⁶²

Reconhecendo o viés inconstitucional da literalidade da norma, o Tribunal Federal considerou “inconstitucional una interpretación de la pena patrimonial como consecuencia jurídica independiente de la culpabilidad”.⁸⁶³ Assim, em vez de declará-la inconstitucional, assentou que a norma deve ser interpretada de forma que a pena patrimonial seja fixada levando em consideração os critérios para aferir a culpabilidade do sujeito, além de ser balanceada a partir da previsão abstrata da pena privativa de liberdade cominada ao crime. Anos depois, o

⁸⁵⁸ *Ibidem*, p. 54-55.

⁸⁵⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, p. 64.

⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 56.

⁸⁶² *Idem*.

⁸⁶³ *Ibidem*, p. 57.

Tribunal Constitucional Federal, no julgamento BVerfGE 103, 135, decidiu pela inconstitucionalidade do §43a do StGB, sob o argumento de violação à legalidade.

Ainda no âmbito das restrições patrimoniais, o Tribunal Federal julgou a constitucionalidade do confisco alargado de bens na decisão BGHSt 40, 371.⁸⁶⁴ O § 73d, parágrafo 1, do StGB, estabelece que os proveitos do crime devem ser objeto do confisco, podendo a autoridade judicial presumir a origem ilícita dos valores ou bens. Nesses termos, a inconstitucionalidade do instrumento fora justificada com os princípios da presunção de inocência e do direito fundamental à propriedade, já que a norma permite que o ato confiscatório alcance bens e valores em relação aos quais não há certeza da origem ilícita.⁸⁶⁵ Em interpretação restritiva, o Tribunal Federal especificou que a justificativa de alta probabilidade de origem ilícita não é bastante para legitimar as decisões confiscatórias. O juízo competente deve decretar o confisco alargado apenas quando há elevado grau de certeza a respeito da origem ilícita dos valores, de acordo com os elementos concretos de cada caso.⁸⁶⁶

Outra decisão importante para compreender a análise de Kuhlen é a BGHSt 40, 30, em que se discutiu as implicações jurídico-criminais da reunificação alemã.⁸⁶⁷ O caso concreto referia-se à condenação de um juiz da República Democrática da Alemanha (RDA) às penas do § 339 do StGB (crime de prevaricação), que, ao tempo dos fatos, não se aplicava à RDA. De um lado, o artigo 103 (2) da Lei Fundamental de Bonn estabelece o princípio da irretroatividade da lei penal – “Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade foi estabelecida por lei antes de seu cometimento”.⁸⁶⁸ De outro lado, a absolvição no caso concreto iria na contramão da própria legislação penal vigente na RDA, que previa o crime de prevaricação (§ 244 do StGB-RDA), embora diferente da tipificação a que o sujeito fora efetivamente imputado (§ 339 do StGB). Em decisão intermediária, como classifica Kuhlen, o Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de aplicar aos fatos anteriores à reunificação o StGB, no que fosse

⁸⁶⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁸⁶⁵ *Idem*.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, p. 59.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, p. 57-58.

⁸⁶⁸ HEEGEWALDT, Elisabeth; ÖSTERMANN, Elmar (coords.). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Aachen Assis Mendonça. Deutscher Bundestag: Berlin, 2022, p. 93.

compatível com a legislação penal vigente na RDA.⁸⁶⁹ A decisão foi duramente criticada pela doutrina alemã, que apontou a violação ao princípio da legalidade.⁸⁷⁰

Também é objeto de críticas doutrinárias, por prejudicar o réu, a decisão BGHSt 47, 243, que confere interpretação conforme a Constituição ao § 246, parágrafo 1, do StGB (crime de apropriação indébita).⁸⁷¹ Na construção do tipo penal, o legislador incluiu uma cláusula de subsidiariedade – isto é, aplica-se às penas cominadas ao tipo em questão (prisão de até três anos ou multa), salvo se o mesmo fato por punido com pena mais grave. Doutrinariamente, a subsidiariedade do crime de apropriação indébita restringe-se aos crimes da mesma natureza.⁸⁷² O Tribunal Federal, por sua vez, ampliou a incidência da subsidiariedade da referida pena para todos os delitos com pena maior. A própria decisão, transcrita por Kuhlen, admite que a interpretação não beneficia o seu – “tal restricción de la cláusula de subsidiariedad (...) marca el límite máximo de la interpretación de disposiciones penales en perjuicio del acusado”.⁸⁷³

Ainda no âmbito da tipificação das condutas, mas dessa vez com objetivo de restringir o poder punitivo, o Tribunal decidiu sobre a aplicação da teoria *actio libera in causa* aos crimes de pôr em perigo o trânsito de veículos e de condução de veículos sem permissão – BGHSt 42, 235.⁸⁷⁴ De acordo com o § 20 do StGB, é incapaz para fins penais aquele que, no momento da conduta ilícita, não reconhece a ilicitude do ato. A esse dispositivo, o Tribunal Federal conferiu interpretação conforme para retirar a possibilidade de, a partir dele, deduzir a teoria da *actio libera in causa* quando se tratar dos referidos crimes de perigo abstrato. A decisão ressalta que a teoria se aplica a outros delitos, nos quais o ato de se embriagar já aponta o início da execução do ilícito, mas não aos crimes em questão. Para o Tribunal, durante a conduta ilícita, o sujeito

⁸⁶⁹ Kuhlen cita trecho da decisão em que o Tribunal explicita as razões pelas quais a decisão não viola a regra da irretroatividade: “Según el Tribunal, esto sigue siendo compatible con la prohibición de retroactividad porque “el Derecho de la RDA podría ser interpretado, también con los métodos de interpretación que le eran propios, de manera que se evitaran actos de arbitrariedad, en el sentido de lesiones evidentes y graves de los derechos humanos”. KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 58.

⁸⁷⁰ *Idem*. Para análise da jurisprudência alemã a respeito da retroatividade penal, cf. TAYLOR, Greg. Retrospective criminal punishment under the German and Australian Constitutions. *INSW Law Journal*, v. 23, 196-234, 2000.

⁸⁷¹ *Ibidem*, 64.

⁸⁷² *Ibidem*, p. 65.

⁸⁷³ *Ibidem*, p. 64.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, p. 59.

embriagado é incapaz de reconhecer a ilicitude de seu ato, a despeito de seu estado de capacidade plena anterior.⁸⁷⁵

Igualmente, o Tribunal reduziu o espectro de ações típicas relativas ao crime de entrada ou residência não permitida de estrangeiros, previsto no § 92, parágrafo 1, da Lei de Estrangeiros (*Ausländergesetz* - AuslG).⁸⁷⁶ Segundo a decisão BGH, StV 2005, 330, a literalidade da norma conduz à interpretação de que deve ser punido o sujeito que entra ou reside na Alemanha sem a permissão específica necessária, o que significa que o crime pode ser imputado àquele que possui alguma permissão, embora inadequada material ou formalmente. Como exemplifica Kuhlen, seria punida “la entrada con el fin de una actividad de trabajo continua siendo no permitida, en el caso en que tiene lugar con un visado de turista”.⁸⁷⁷ Restringindo a tipicidade da norma e indo na contramão da interpretação literal, o Tribunal Federal conferiu interpretação conforme ao dispositivo para estabelecer que todo tipo de permissão apresentada pelo sujeito, ainda que não seja o documento específico ou adequado para a situação concreta, exclui a tipicidade da conduta.⁸⁷⁸

A partir dessas e das demais decisões analisadas pelo autor, Kuhlen observa que a interpretação conforme a Constituição se tornou prática comum no sistema judicial.⁸⁷⁹ Sua aplicação às normas penais abrange tanto as questões políticas sensíveis, como, naquele contexto, a criminalização do uso da *cannabis*, quanto a legitimidade de instrumentos jurídicos cotidianos, tal qual a prisão preventiva ou a pena patrimonial. Adentrando à análise das decisões, Kuhlen aponta que não há limites precisos para a atividade interpretativa, o que amplia o espectro decisório dos tribunais.⁸⁸⁰

Utilizando-se da interpretação conforme a Constituição, os tribunais afastam a interpretação decorrente do texto da lei, e fixam “interpretaciones de la norma que, en todo caso, no encuentran puntos de apoyo concretos en la génesis del precepto, su sistemática ni su tenor literal”.⁸⁸¹ É o caso, por exemplo, das decisões BVerfGE 17, 155, que retira os partidos

⁸⁷⁵ *Idem*. Comentando a decisão, Hirsch corrobora a conclusão do Tribunal, ao afirmar que “en la medida em que el § 20 StGB exige capacidade de culpabilidad en el momento de la comición del hecho, el principio de coincidencia está aqui descrito legalmente. Una solución de la excepción no expresamente prevista en la ley implica una clara violación del principio *Nullum crimes sine lege*”. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la atio libera in causa. *Revista penal*, n. 7, p. 67-75, 2001, p. 68.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 67.

⁸⁷⁷ *Idem*.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁸¹ *Ibidem*, p. 73-74.

políticos do campo normativo do tipo penal de associações criminosas, e BGHSt 40, 371, que estabelece um elevado grau de certeza às decisões relativas ao confisco alargado de bens.⁸⁸² Outra hipótese de interpretação conforme desatrelada do limite literal do enunciado normativo é a decisão BVerfGE 90, 145, que cria o parâmetro normativo de 7,5 g de THC a ser obedecido para fins de persecução penal relativa ao crime de uso ou posse de produtos derivados da *cannabis*. Nesse caso, Kuhlen aponta a interpretação judicial como mecanismo para corrigir um problema jurídico-material da lei, e não para mantê-la vigente com uma interpretação conforme a Constituição.⁸⁸³

Quanto à interpretação conforme a Constituição dos tipos penais, Kuhlen chama atenção para a utilização da técnica para contornar vícios de inconstitucionalidade formal, em referência ao art. 103, parágrafo 2, da Lei Fundamental de Bonn, do qual se extrai o princípio da legalidade.⁸⁸⁴ Para o autor, da legalidade penal decorre o princípio da determinação, impositivo em um Estado de Direito, que exige a formulação precisa da lei penal.⁸⁸⁵ No modelo alemão, considera-se que o respeito à legalidade e aos princípios dela decorrentes é uma exigência formal adicional ao intérprete da norma.⁸⁸⁶ Kuhlen defende que o princípio da determinação destina-se sobretudo ao legislador, mas também deve orientar, ou ao menos restringir, a moldura de interpretações judiciais admissíveis.⁸⁸⁷

Embora a interpretação conforme não possa ser utilizada para conservar a norma de vícios formais de inconstitucionalidade como a ausência de competência legislativa do ente legislado,⁸⁸⁸ Kuhlen admite a possibilidade de um “programa doble de control”, em que a interpretação conforme é mecanismo de conformidade material e formal das leis com a Constituição.⁸⁸⁹ O principal uso da interpretação conforme para contornar a

⁸⁸² *Ibidem*, p. 74, *vide* nota de rodapé 24.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 134.

⁸⁸⁴ *Ibidem*, p. 77.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, p. 77-78, *vide* nota de rodapé 46. Em sentido semelhante, Ferré Olivé et al apontam duas dimensões do princípio da determinação (também chamado princípio de certeza ou taxatividade): a primeira destina-se à comunidade em geral, já que os cidadãos devem conhecer as condutas proibidas e as sanções a elas cominadas; a segunda relaciona-se à atividade legislativa. Para os autores, o legislador penal tem o dever de “descrever o mais exaustivamente possível a conduta proibida para ganhar em segurança jurídica, sem que por isso deva perder eficácia.”. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 86-87.

⁸⁸⁶ KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 77.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, p. 78-79

⁸⁸⁸ O autor é categórico ao rechaçar o manejo da interpretação conforme para tal finalidade: “es evidente que la infracción de una regulación de la Ley Fundamental referente a las competencias de legislación no se puede “curar” mediante da interpretación conforme a la legislación de una ley promulgada em tales términos.”. *Ibidem*, p. 75.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, p. 80.

inconstitucionalidade formal é a criação de critérios normativos em âmbito judicial, a fim de determinar suficientemente a lei penal. Um exemplo é a decisão BGH, StV 2005, 330, que especificou o conceito de permissão para fins de tipificação do crime de entrada ou residência não permitida de estrangeiros do § 92, parágrafo 1, da AuslG.⁸⁹⁰

Enquanto Kuhlen entende o descumprimento ao princípio da determinação como uma questão também de inconstitucionalidade formal,⁸⁹¹ outros autores consideram a violação ao princípio da determinação ou da taxatividade uma ofensa de ordem material.⁸⁹² Nessas situações, o alemão aponta um cruzamento entre as inconstitucionalidades material e formal, já que o caráter abstrato e indeterminado do tipo penal leva à proibição alargada inclusive de condutas não passíveis de punição.⁸⁹³ Assim, a interpretação conforme reduz o âmbito de aplicabilidade da lei penal tanto para conferir maior precisão à norma quanto para restringir o seu objeto apenas aos comportamentos merecedores de pena. Isso ocorre, na prática, por meio da introdução de elementos normativos, como no caso BVerfGE 25, 79, em que o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu a participação em organizações proibidas como pressuposto de aplicabilidade do tipo penal do crime de difamação do estado e de seus símbolos.

Kuhlen observou que o mesmo mecanismo é utilizado também para normas penais e processuais em geral, ou seja, não está restrito aos tipos penais. É o que se percebe com a decisão BVerfGE 19, 343, que se contrapôs à literalidade da lei processual penal e indicou a necessária observância dos requisitos gerais da prisão preventiva também para a hipótese de suspeita de homicídio. Igualmente, no caso BGHSt 41, 20, o Tribunal Federal restringiu o espectro da pena patrimonial, vinculando-a à análise da culpabilidade do sujeito – em sentido contrário às elementares normativas.

Além das reduções conforme a Constituição, Kuhlen apresenta o caso BGHSt 44, 46, em que o Tribunal Federal ampliou a noção de documento abrangido pela inviolabilidade de comunicação. Em benefício do réu, a interpretação aumentou o âmbito de incidência da garantia

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 79.

⁸⁹¹ Com o que concorda SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. *Indret*, v. 3, p. 1-33, 2012, p. 24.

⁸⁹² FERNÁNDEZ, José Ángel. La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza. *Revista Chilena de Derecho*, v. 44, n° 3, p. 653-675, 2017, p. 667; FERNÁNDEZ, José Ángel. La naturaleza y contenido del mandato de lex certa en la doctrina del Tribunal Constitucional español. *Revista de derecho*, v. 9, p. 141-152, 1998; CHAIMOVICH, Lautaro Contreras. Mandato constitucional de determinación y delitos imprudentes de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 16, p. 164-196, 2021, p. 176-177.

⁸⁹³ KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 81.

penal para todos os documentos utilizados pela defesa – enquanto a literalidade da norma se referia à comunicação entre o investigado e aqueles que, por lei, podem se recusar a depor.

Há, ademais, situações limítrofes de ampliação do escopo da norma, via interpretação, em prejuízo do réu. Embora Kuhlen assim não classifique, a decisão BGHSt 40, 30, permitiu a aplicabilidade da norma penal a fatos ocorridos na RDA, onde vigia outro ordenamento penal. A tentativa de construir uma decisão intermediária, permitindo a incidência da norma apenas no que fosse compatível com a legislação penal da RDA, não altera o fato de que, nesse caso, a proibição da retroatividade da lei penal prejudicial impor a exclusão da tipicidade, como apontou parte da doutrina.⁸⁹⁴ No caso BGHSt 47, 243, o Tribunal ampliou, em relação ao entendimento doutrinário, o alcance da cláusula de subsidiariedade prevista do crime de apropriação indébita, o que reduz a aplicação da pena inferior prevista no § 246, parágrafo 1, do StGB.

Por outro lado, Kuhlen destaca interpretações constitucionais que não conflitam com o teor literal das normas penais e “se encuentran en todo caso dentro del *margen* de las interpretaciones sostenibles conforme al sentido literal, la génesis e la sistemática de la ley”.⁸⁹⁵ Nesse conjunto, os exemplos podem ser a decisão BVerfGE 71, 108, que não acolhe a interpretação extensiva da conduta de recusar-se a assumir ou exercer cargo eletivo, bem como a decisão BGHSt 38, 43, que vedou a utilização de sobrecarga processual como “fato relevante” que justifique a manutenção da prisão preventiva além do prazo legal. Efetivamente, o resultado do esforço interpretativo não cria pressupostos normativos, mas esclarece a interpretação conferida à norma e aos conceitos a ela intrínsecos, nos limites de seu enunciado.

Pela sistematização de Kuhlen, é possível colher da experiência alemã a aplicação da interpretação conforme a Constituição às leis penais e processuais penais em quatro subgrupos de decisões: (i) as reduções e ampliações conforme a Constituição dentro da margem possibilitada pela literalidade da norma; (ii) as reduções conforme a Constituição desatreladas do enunciado normativo, hipótese na qual, em regra, o Tribunal atua como legislador positivo por meio da criação de elementos normativos; (iii) as ampliações conforme a Constituição *pro reo*; e (iv) as ampliações conforme a Constituição *in malam partem*.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 58.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, p. 134.

Além de contextualizar e demonstrar o tratamento da interpretação conforme na jurisdição constitucional penal no direito alemão, as referidas categorias serão utilizadas no tópico seguinte, para classificar as decisões do STF.

4.3 A interpretação conforme a Constituição de normas penais no Brasil

O último tópico deste trabalho destina-se a analisar as decisões colegiadas do STF que aplicam, expressamente, a interpretação conforme a Constituição às leis penais ou processuais penais. Como visto na seção anterior, a sistematização de Lothar Kuhlen detalha as consequências mais frequentes da interpretação conforme das leis penais no direito alemão, a saber: (i) as interpretações conforme dentro dos limites da literalidade da norma; (ii) as reduções conforme a Constituição, benéficas ou prejudiciais ao réu, desatreladas do enunciado normativo; e (iii) as ampliações conforme a Constituição, benéficas ou prejudiciais ao réu.

Essas categorias serão utilizadas para compreender a jurisprudência brasileira e facilitar a apresentação dos casos em que houve a aplicação da interpretação conforme às normas criminais. Para fins de sistematização, as decisões serão divididas em quatro categorias, quais sejam: (i) redução e ampliação conforme a Constituição dentro da margem possibilitada pela literalidade da norma; (ii) redução conforme a Constituição desatrelada do enunciado normativo, na qual se subdividem as categorias (ii.1) método interpretativo usado para contornar indeterminação legal e (ii.2) método interpretativo usado para criar elementos normativos; (iii) ampliação conforme a Constituição benéfica ao réu; e (iv) ampliação conforme a Constituição prejudicial ao réu.

Nesses termos, será possível saber como se comporta o STF ao interpretar as normas penais e, principalmente, se a jurisprudência denota uma liberdade maior do Tribunal em comparação às decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

4.3.1 Redução e ampliação conforme a Constituição dentro da margem possibilitada pela literalidade da norma

A interpretação conforme a Constituição é um método interpretativo moderno, aplicável às normas com plurissignificados, e tem como objetivo estabelecer a interpretação normativa

mais adequada ao ordenamento constitucional.⁸⁹⁶ Respeitando os critérios de cabimento, os fundamentos e os limites, a interpretação conforme é uma legítima ferramenta de interpretação jurídica. Na jurisprudência do STF, o método é aplicado segundo as normas de hermenêutica constitucional, o que implica o resultado interpretativo conformado à Constituição e às possibilidades semânticas do enunciado normativo.

Como se desenvolveu no Capítulo 2, a interpretação conforme fundamenta-se em três pilares: a distinção entre texto e norma, a unidade da Constituição e a presunção de constitucionalidade das normas emanadas pelo Poder Público. Essas premissas são o contrapeso à suspeita de inconstitucionalidade que pende sobre as normas.⁸⁹⁷

Em primeiro lugar, a distinção entre o texto e a norma atribui nosso sentido à atividade interpretativa. O intérprete não é incumbido apenas de declarar ou de esclarecer o que diz a lei, abandonando a tradição interpretativa de Savigny.⁸⁹⁸ A interpretação jurídica moderna, nos termos de Kelsen, constitui-se das atividades cognitiva e volitiva, ou seja, o aplicador da norma cria direito e participa de maneira ativa do processo de concretização normativa.⁸⁹⁹

Em segundo lugar, a unidade da Constituição impõe a interpretação constitucional coerente e a integridade do sistema como norte da aplicação do direito.⁹⁰⁰ Nesses termos, a supremacia constitucional estabelece, em seu aspecto formal, o modo de produção legislativa e, em seu aspecto material, a conformidade substancial das normas aos princípios

⁸⁹⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 71 e seguintes; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57 e seguintes; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 284; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 169 e seguintes; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 441 e seguintes.

⁸⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 4, p. 7-30, 1993, n.p.

⁸⁹⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 34; DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 80 e seguintes.

⁸⁹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80 e seguintes; GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 86 e seguintes; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37 e seguintes.

⁹⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 101 e seguintes; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989, p. 137; USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 176.

constitucionais.⁹⁰¹ Por sua vez, a presunção de constitucionalidade das normas manifesta-se como uma antecipação do resultado de improcedência do pedido de inconstitucionalidade, que se altera à medida que forem apresentados vícios formais e materiais que demonstrem a incompatibilidade entre a norma impugnada e a Constituição.⁹⁰²

Além de suas premissas fundamentais, a interpretação conforme está sujeita, principalmente, aos limites da literalidade do texto e à vontade objetiva da lei.⁹⁰³ O enunciado normativo é o ponto de referência do intérprete – é o espaço permitido e o limitador da atividade interpretativa.⁹⁰⁴ Os sentidos possíveis do texto demarcam delimitam os resultados “constitucionalmente admissíveis” da interpretação conforme.⁹⁰⁵

Nesse sentido, a aplicação da interpretação conforme segundo seus preceitos e de acordo com suas limitações é o exercício legítimo da jurisdição constitucional. A PET nº 9.189, de relatoria da ministra Rosa Weber, é um exemplo disso.⁹⁰⁶ Estava em questão saber se o foro por prerrogativa de função se prorroga nos casos de “mandatos cruzados” de parlamentares federais – isto é, saber se a competência penal do STF se mantém nos casos de parlamentar que for investido em novo mandato federal, mas em casa legislativa diversa daquela que primeiro originou o foro por prerrogativa de função. A dúvida diz respeito à interpretação do art. 102, I, *b*, da CF, que atribui ao STF a competência para julgar, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional. Fixada a competência do STF ao tempo do mandato como deputado federal, ela se prorroga se o sujeito for investido no cargo de senador?

A ministra Rosa Weber, acompanhada pelos ministros Roberto Barroso e Marco Aurélio, não admitiu a prorrogação da competência, sob o fundamento de que o foro por prerrogativa de função persiste apenas nos casos de continuidade para o exercício do mesmo cargo – na situação hipotética, caso o sujeito fosse reeleito para o mandato de deputado federal.⁹⁰⁷ O redator do

⁹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989, p. 122; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 80-82.

⁹⁰² Sobre o tema, com argumento semelhante, cf. DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86-87.

⁹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 286-287.

⁹⁰⁴ DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 107 e seguintes; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 64 e seguintes.

⁹⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. *Idem*.

⁹⁰⁶ STF, PET 9189. Relatora: Rosa Weber. Redator do acórdão: Edson Fachin, j. em 14.5.2021.

⁹⁰⁷ Nesses termos, ao final do voto, a ministra Rosa Weber propôs a seguinte tese: 1. O foro por prerrogativa de função (CPP, arts. 84 a 87) encerra-se quando o agente público dele detentor passa a ocupar cargo público ou exercer

voto divergente, ministro Edson Fachin, defendeu a possibilidade de prorrogação da competência penal do Tribunal de acordo com a interpretação constitucionalmente adequada do art. 102, I, *b*, da CF. No julgamento, o ministro Alexandre de Moraes esclareceu não se tratar de interpretação restritiva ou ampliativa da competência penal originária excepcional da Corte.⁹⁰⁸ De fato, a interpretação constitucional ateu-se aos limites semânticos do texto, já que não há regra expressa impositiva do declínio de competência quando o sujeito se investe em cargo para o qual a atribuição de processar e julgar infrações penais é a mesma.

Igualmente, no HC nº 83.868, a interpretação conforme mostra-se cabível e adequada à literalidade do texto legal.⁹⁰⁹ Sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, discutia-se a interpretação do art. 3º da Lei nº 9.613/1998, que, na parte final, dizia: “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentalmente se o réu poderá apelar em liberdade”. Na situação concreta, a defesa alegava que o magistrado de primeiro grau não levou em consideração circunstâncias concretas. Com isso, impôs a prisão preventiva do paciente com base apenas do referido dispositivo, aplicando segundo a interpretação de que há prisão automática em caso de sentença condenatória. O ministro relator votou pela concessão da ordem e, incidentalmente, pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo “no que estabelece o caráter automático da prisão quando enquadrado o caso como crime previsto nessa lei”.⁹¹⁰

Com base nos princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade, a ministra Ellen Gracie divergiu e propôs a interpretação conforme do art. 3º da Lei nº 613/1998 “para interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar”.⁹¹¹ Por um lado, o dispositivo pode ser lido como uma imposição da prisão automática após decisão condenatória, como defendeu o relator. Por outro, da literalidade da norma extraem-se outros entendimentos, dentre os quais está o apontado pelo voto divergente.

mandato eletivo distinto daquele que originalmente atraiu a regra especial de competência, ainda que a mudança de assento funcional ocorra sem solução de continuidade. 2. Na linha do precedente firmado no julgamento da QO na AP 937, aludida regra de competência também não perdura nas hipóteses de “mandatos parlamentares cruzados”. *Ibidem*, p. 19.

⁹⁰⁸ “(...) compreendo que o investimento imediato em novo mandato parlamentar federal, seja pela reeleição para o mesmo cargo, ou por nova eleição para Casa legislativa diversa, impõe a manutenção da competência desta Suprema Corte, para o processo e julgamento dos ‘membros do Congresso Nacional’, pois, nessas hipóteses as sucessivas diplomações não alteram o foro competente – Supremo Tribunal Federal –, não acarretando qualquer prejuízo à efetividade da aplicação da Justiça criminal.” *Ibidem*, p. 31-32.

⁹⁰⁹ STF, HC nº 83868. Relator: Marco Aurélio. Redatora do acórdão: Ellen Gracie, j. em 14.4.2004.

⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 11.

⁹¹¹ *Ibidem*, p. 40.

A despeito da inquestionável má redação legislativa, a determinação para que o juiz decida se o réu poderá apelar em liberdade pode ser entendida como uma imposição de que, no ato da sentença condenatória, haja decisão fundamentada sobre o estado de liberdade do réu.⁹¹² Em caso de constrição de liberdade antes do trânsito em julgado, está a se falar em uma prisão preventiva, submetida aos critérios listados no art. 312 do CPP. Nesse sentido, a interpretação conforme afasta a interpretação inconstitucional da norma, além de conformá-la a Constituição, dentro das possibilidades semânticas do texto.

Dessa forma, a interpretação conforme aplicada às leis penais é um recurso possível de interpretação e pode ser utilizado de acordo com suas premissas e limitações teóricas e jurisprudenciais. Contudo, há casos em que o STF se utilizou do método de outras formas, como se verifica nos próximos tópicos.

4.3.2 *Redução conforme a Constituição desatrelada do enunciado normativo*

Além da aplicação da interpretação conforme em respeito aos limites da literalidade do texto legal, identificaram-se decisões do STF que reduzem o âmbito de incidência da norma penal por meio da transposição do teor literal do enunciado normativo. Ao contrário da categoria anteriormente explorada, o resultado do método interpretativo está fora das possibilidades semânticas possíveis.

A despeito de operar-se uma redução da incidência da norma penal, a decisão não é necessariamente benéfica ao réu. Especialmente no caso de decisões restritivas, a interpretação conforme se torna uma espécie de trunfo do Tribunal, com a qual é possível, ao mesmo tempo, reconhecer a inconstitucionalidade ou a inadequação da norma penal e mantê-la no ordenamento, de acordo com o entendimento prolatado pela Corte. Ou seja, mesmo em situações de evidente inconstitucionalidade, nas quais não seria aplicável o método, o Tribunal utiliza a interpretação conforme para evitar o vácuo normativo e arrogar para si o poder de desenhar a política criminal. Por outro lado, restringir a abrangência de normas penais não

⁹¹² Nesse sentido, o ministro Joaquim Barbosa sintetizou: “(...) eu me filiei à corrente que julgava constitucional, sob reserva de interpretação, o artigo 3º da Lei nº 9.613, isto é, desde que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente de forma explícita sobre a existência ou não dos requisitos indispensáveis à decretação da prisão cautelar.”. *Ibidem*, p. 58.

incriminadoras através de criação de critérios para sua aplicação é uma forma de agravar a persecução penal.

Nesse universo de decisões, distinguem-se duas fórmulas de redução conforme a Constituição que ultrapassam os limites textuais da norma penal. A primeira consiste na utilização da interpretação conforme como instrumento para conferir precisão e clareza à norma penal. A segunda, por sua vez, relaciona-se ao uso da interpretação conforme como meio para criação de novos critérios ou elementos normativos. Considerando as particularidades de cada forma, explorar-se-ão as subcategorias individualmente, nos tópicos seguintes.

4.3.2.1 Método interpretativo usado para contornar a indeterminação legal

De forma análoga ao que se identificou no paradigma alemão, a interpretação conforme das leis penais, no direito brasileiro, também é um instrumento para contornar a indeterminação e o elevado grau de abstração das normas penais. Especialmente no caso de tipo penais excessivamente abrangentes, o STF utiliza o método interpretativo para reduzir a incidência da norma penal incriminadora, de modo a ressaltar a existência de comportamentos penalmente irrelevantes que, dada a ausência de taxatividade normativa, poderiam ser alcançados pelo poder punitivo estatal.

Embora seja uma restrição conforme a Constituição benéfica ao réu, uma vez que restringe o âmbito de aplicação dos tipos penais, a falta de precisão da norma penal e a elasticidade dos preceitos normativos conflita com o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF). Em um Estado Democrático de Direito, o poder punitivo deve estar submetido a limites rígidos, pois “todos os cidadãos podem conhecer com certeza, antes da realizar a ação, se esta está compreendida dentro de uma conduta proibida”.⁹¹³ Além de estatura constitucional e legal, a legalidade está prevista também em âmbito convencional, no art. 7º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992.

A legalidade estrita e a taxatividade penal são as premissas do mandato de certeza ou de determinação, que impõe ao legislador a vedação de utilizar cláusulas gerais e conceitos

⁹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 409.

vagos.⁹¹⁴ A presença de conceitos indeterminados na lei amplia a margem decisória do julgador, já que não há parâmetros objetivos que limitem a incidência da norma penal incriminadora.⁹¹⁵ O legislador penal não tem capacidade de prever todas as situações no mundo dos fatos, razão pela qual juízes e tribunais cumprem importante papel importante na aplicação da lei, dando concretude aos elementos normativos.⁹¹⁶ Entretanto, os chamados tipos penais abertos, que abusam dos elementos objetivos-normativos em detrimento elementos objetivo-descritivos,⁹¹⁷ são característicos do movimento de expansão do direito penal.⁹¹⁸

Parte da doutrina penal brasileira reconhece uma falsa dicotomia entre os tipos penais fechados, caracterizados pela descrição completa dos elementos normativos, e os tipos penais abertos, que possuem conceitos jurídicos indeterminados.⁹¹⁹ Evidentemente, todo elemento normativo, mesmo aqueles de natureza normativo-descritiva, comporta inúmeras interpretações. É o caso, por exemplo, do roubo majorado por uso de arma de fogo. Apesar da descrição da norma penal, o elemento normativo “arma de fogo” abre margem para que o aumento da pena incida sobre situações fáticas em que se utilizou simulacro de arma de fogo. Isso significa que até os elementos descritivos dos tipos penais fechados estão sujeitos à abertura cognitiva e diversos sentidos diferentes. Mesmo essa via doutrinária admite a variação de graus de abertura da norma penal, e aponta a excessiva presença de elementos objetivos-normativos como um risco para a legalidade.⁹²⁰

Para solucionar a tipicidade aberta violadora da legalidade, Oliveira destaca a importância dos juízes e, principalmente, do STF – “o que as Cortes Superiores disserem valerá como controle da atividade jurisdicional prática, servindo como garantia de determinação do

⁹¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, p. 141; CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 105 e seguintes.

⁹¹⁵ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018, p. 88.

⁹¹⁶ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 106.

⁹¹⁷ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 219-235, 2010, n.p.

⁹¹⁸ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La Expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Montevideo: Editorial BdeF, 2006, p. 178 e seguintes; PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 107.

⁹¹⁹ OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. *Do caráter aberto dos tipos penais: revisão de uma dicotomia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, *passim*.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 236. Em sentido semelhante, Figueiredo Dias pondera: “se é inevitável que a formulação dos tipos legais não consiga renunciar à utilização de elementos normativos, de conceitos indeterminados, de cláusulas gerais e de fórmulas gerais de valor, é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos, sob pena de violação irremissível, neste plano, do princípio da legalidade e sobretudo da sua teologia garantística.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 125.

sentido normativo”, diz o autor.⁹²¹ É o que se observou na jurisprudência do STF, que reconhece a abstração e a indeterminabilidade das normas penais e maneja a interpretação conforme a Constituição para conferir algum grau de determinação e de taxatividade que impeça a aplicação da norma punitiva de forma desproporcional.⁹²²

Os exemplos mais evidentes são a ADPF nº 187 e a ADI nº 4274, relativas, respectivamente, à tipificação da apologia ao crime (art. 287 do CP) e da indução, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga (art. 33, §2º, da Lei nº 11.343/2006).⁹²³ Os casos dizem respeito à legitimidade da Marcha da Maconha. Ambas foram ajuizadas pela PGR para que fosse dada interpretação conforme aos referidos tipos penais, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.⁹²⁴ O Tribunal deu procedência e firmou a interpretação conforme a Constituição nos termos requeridos pela PGR, sob o fundamento de que a criminalização de manifestações em defesa da legalização das drogas viola os direitos fundamentais à reunião e à manifestação do pensamento (art. 5º, IV e XVI, da CF).

Como pontuado pelo relator da ADPF nº 187, o ministro Celso de Mello, o direito de reunião e a liberdade de expressão são instrumentos que propiciam “a ativa participação da sociedade civil, mediante exposição de ideias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações no processo de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo”.⁹²⁵ Ressaltando a importância dos dissensos e da manifestação de vontade dos grupos minoritários, a Corte assegurou a pluralidade democrática do regime político.⁹²⁶ Assim, reconheceu a inconstitucionalidade dos plurissignificados do art. 287 do CP, já utilizado para impedir “a realização de marcha ou passeata tendente a propor a discussão pública sobre a legalização do uso de drogas ou de substâncias correlatas”.⁹²⁷ Por fim, registrou a ilegitimidade da

⁹²¹ OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. *Do caráter aberto dos tipos penais: revisão de uma dicotomia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 241.

⁹²² Sobre o tema, na Suprema Corte dos Estados Unidos, cf. MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos common law crimes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 57, n. 228, p. 37-58, 2020.

⁹²³ STF, ADPF nº 187. Relator: Celso de Mello, j. em 15.6.2011; STF, ADI 4274. Relator: Ayres Britto, j. em 23.11.2011.

⁹²⁴ STF, ADPF nº 187. Relator: Celso de Mello, j. em 15.6.2011, Acórdão, p. 5.

⁹²⁵ *Ibidem*, p. 73-74.

⁹²⁶ *Ibidem*, p. 89 e seguintes.

⁹²⁷ *Ibidem*, p. 92 e seguintes.

criminalização dos encontros públicos realizados com a finalidade de obter apoio, criticar e propor novas alternativas à política criminal aplicável ao uso de drogas.⁹²⁸

As decisões operam uma redução no campo de incidência da norma penal ao especificar que as manifestações e eventos públicos favoráveis à descriminalização do uso de entorpecentes não são condutas puníveis. Não há a criação de um elemento normativo, mas a determinação do que constitui “apologia ao crime” e “indução, instigação e ou auxílio ao uso indevido de droga”. A Corte afirmou a constitucionalidade dos tipos penais, mas apontou que as reuniões públicas contrárias à tipificação são protegidas pela garantia constitucional à livre manifestação e, portanto, não se amoldam à conduta proscrita.⁹²⁹

Por outro lado, o método pode ser utilizado para conferir especificidade a outros tipos de normas penais. Nessa hipótese, a interpretação conforme serve como instrumento para afastar interpretações possíveis a partir da excessiva abrangência da norma, sem a necessidade de declará-la inconstitucional, a despeito de a extensão normativa violar dispositivos constitucionais.

Na ADI 3684, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, a discussão girou em torno do art. 114, I, IV e IX, da CF, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.⁹³⁰⁻⁹³¹ As normas atribuem à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, sem menção ou ressalvas à matéria penal. O relator à época da apreciação da medida cautelar, ministro Cezar Peluso, ressaltou que as normas de distribuição de competências adotam “fórmula apta a delimitar, com precisão e clareza, o âmbito material de aplicabilidade”, que não se coaduna com a “competência penal genérica” que decorre dos dispositivos impugnados.⁹³² Ainda que sejam comuns os recursos legislativos para

⁹²⁸ *Ibidem*, p. 96 e seguintes.

⁹²⁹ De forma esclarecedora, o trecho do voto do ministro Luiz Fux: “No mesmo diapasão, não parece configurada a inconstitucionalidade em tese do art. 287 do Código Penal. Não se vislumbra, em princípio, violação dos direitos e garantias fundamentais na reprovação que o legislador estabeleceu à conduta de exaltação ou elogio de práticas criminosas, que decerto oferece risco de lesão à paz pública, ao induzir a repetição do delito e a sua disseminação no seio da sociedade, com a consequente agressão a outros bens jurídicos tutelados pela lei penal e, ao fim, pela própria Constituição da República.”. *Ibidem*, p. 140.

⁹³⁰ STF, ADI 3684. Relator: Gilmar Mendes, j. em 11.5.2020.

⁹³¹ Em situação semelhante, a Corte conferiu interpretação conforme à Lei nº 6.806/2007 de Alagoas, para contornar a indeterminação normativa do seu art. 9º, I, que estabelece a competência da 17ª Vara Criminal da Capital, especializada em delitos praticados por organizações criminosas, para o julgamento de todos “os crimes de especial gravidade, ou seja, todos aqueles cominados com pena mínima em abstrato igual ou superior a quatro anos de reclusão”. Pela literalidade do dispositivo, a referida vara teria competência para julgar os crimes dolosos contra a vida – atribuídos ao Tribunal do Júri constitucionalmente. STF, ADI nº 4414. Relator: Luiz Fux, j. em 31.05.2012.

⁹³² STF, ADI 3684. Relator: Gilmar Mendes, j. em 11.5.2020, Acórdão, p. 9.

especificação da competência penal, não se pode negar que a atribuição do processamento e julgamento de ações oriundas da relação de trabalho abarca, em princípio, até mesmo os crimes ligados à relação laboral. Inclusive, em voto divergente, o ministro Edson Fachin, acompanhando o ministro Marco Aurélio, reconheceu inseridas as ações penais no “âmbito semântico da expressão ações oriundas da relação de trabalho”.⁹³³

Dada a abrangência e indeterminação das normas, o Tribunal, por maioria, conferiu interpretação conforme aos referidos dispositivos, para “afastar qualquer interpretação que entenda competir à Justiça do Trabalho processar e julgar ações penais”.⁹³⁴ O resultado interpretativo beneficia o réu, tendo em vista o princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF) e a garantia constitucional de ser processado e sentenciado pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF), da qual se extrai o direito ao juiz natural.

Embora não haja inconstitucionalidade da competência, em tese, da Justiça do Trabalho para julgar ações penais, a questão complexifica-se no que se refere ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, cuja atribuição do Tribunal do Júri é cláusula pétrea (arts. 5º, XXXVIII, *d*, e 60, §4º, IV, ambos da CF). Por isso, a previsão abstrata, geral e ampla da competência criminal da Justiça do Trabalho suscita dúvidas relevantes a respeito da constitucionalidade da norma impugnada.

Na ADI nº 1.719, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, o Tribunal analisava a constitucionalidade do art. 90 da Lei nº 9.099/1995 (“Lei dos Juizados Especiais”).⁹³⁵ A norma determina que não são aplicáveis aos processos com fase de instrução já iniciativa as regras dos Juizados Especiais. No entanto, a referida lei é composta por regras materiais e processuais, de modo que o seu art. 90, no intuito de impedir a retroatividade das normas processuais, também obstava a retroatividade das normas penais materiais benéficas. Nos termos do voto do relator, então, a Corte conferiu interpretação conforme ao dispositivo “de modo a impedir que dele se extraiam conclusões conducentes a negar aplicabilidade imediata e retroativa às normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei”.⁹³⁶

⁹³³ Para o ministro Fachin, a falta de previsão expressa não inviabiliza a interpretação segundo a qual a Justiça do Trabalho é competente para julgar ações criminais oriundas da relação de trabalho. Com suas palavras: “O argumento da necessidade de previsão constitucional expressa e explícita acerca da competência criminal, para que esta seja reconhecida, não impõe que se excluam as competências, como a da Justiça do Trabalho, para os crimes que ocorram no âmbito das relações, inequivocamente, submetidas à sua jurisdição.” *Ibidem*, p. 13, 17.

⁹³⁴ *Ibidem*, p. 1.

⁹³⁵ STF, ADI nº 1719. Relator: Joaquim Barbosa, j. em 18.6.2007.

⁹³⁶ *Ibidem*, p. 7.

De maneira semelhante, também em razão de técnica legislativa genérica, na MC-ADI nº 2.795, a Corte deu interpretação conforme ao art. 7º, §2º, do Decreto nº 4495/2002 (indulto), para retirar do âmbito de incidência os crimes que, por mandamento constitucional, não são suscetíveis ao benefício.⁹³⁷ A disposição referia-se aos condenados à pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos, em relação aos quais o referido decreto excepcionou as vedações gerais. Como bem pontuou o ministro Maurício Correa, relator à época, o enunciado “pode, em princípio, gerar eventual interpretação capaz de permitir a concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico de entorpecentes”.⁹³⁸ Tendo em vista a vedação constitucional do art. 5º, XLIII, o Tribunal restringiu o alcance da hipótese e esclareceu a não aplicabilidade para os delitos específicos.

Nesses casos, a interpretação conforme a Constituição reduziu a aplicabilidade das normas penais, com a finalidade de conferir-lhes clareza no que se refere às hipóteses de incidência. Não há a criação de elementos normativos que diminuam a abrangência da norma, mas o apontamento de situações – manifestações públicas pela legalização das drogas e a competência penal da Justiça do Trabalho, por exemplo – que, embora abarcadas pelas normas, considerando o seu alcance semântico, não estão a elas sujeitas.

4.3.2.2 Método interpretativo usado para criar elementos normativos benéficos ou prejudiciais ao réu

Além de contornar a indeterminação legal, identifica-se o uso da interpretação conforme a Constituição para reduzir o âmbito de aplicação da norma penal por meio da criação de elementos normativos benéficos e prejudiciais ao réu. Nesses casos, além do desapego à literalidade do texto, a interpretação conforme contradiz outra de suas limitações teóricas e doutrinárias: a função de legislador negativo. Assim, a interpretação conforme se torna instrumento de criação e/ou de correção normativa, nos casos em que o Tribunal reconhece a inconstitucionalidade ou alguma deficiência no texto da lei.

A teoria sobre a função de legislador negativo das Cortes Constitucionais surge com Kelsen, que distingue as atividades de criar e anular leis. Para o autor, a guarda da Constituição pelos Tribunais restringe-se à anulação de leis incompatíveis com as disposições

⁹³⁷ STF, ADI nº 2795. Relator: Marco Aurélio, j. em 8.5.2003.

⁹³⁸ *Ibidem*, p. 7-8.

constitucionais. Contrapondo o Tribunal Constitucional ao Parlamento, Kelsen o define da seguinte forma: “é um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais”.⁹³⁹ Para o autor, a diferença entre a jurisdição constitucional e a atividade legislativa está, precisamente, na possibilidade de que esta livremente crie normas gerais.⁹⁴⁰ Numa acepção kelseniana, portanto, a criação de direito pelos Tribunais Constitucionais limita-se à anulação de normas, que consiste na criação de uma norma geral de sinal negativo.⁹⁴¹

No entanto, o paradigma do legislador negativo tem sido superado no campo doutrinário e jurisprudencial. A prerrogativa judicial de promover e materializar os direitos fundamentais inviabiliza a função exclusiva de legislador negativo, uma vez que altera a lógica da concepção clássica da separação de poderes.⁹⁴² Nesse sentido, abre-se espaço para a interpretação judicial criativa como forma de garantir a realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais.⁹⁴³ Doutrinariamente, então, a figura do legislador negativo perde força ante a participação dos tribunais na concretização de garantias constitucionais – o que, no Brasil, se evidenciou após a Constituição Federal de 1988.⁹⁴⁴

No mesmo sentido, o STF já possui diversas decisões que evidenciam a superação do dogma do legislador negativo, e o faz sob a justificativa de que a mera anulação de atos inconstitucionais não é suficiente para enfrentar situações sociais e jurídicas complexas. “A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas (...), que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos”, é o que diz o ministro Gilmar Mendes em passagem ilustrativa ao justificar o rompimento.⁹⁴⁵

Por outro lado, a superação do paradigma do legislador negativo em matéria penal traz questões importantes não apenas no que tange à separação de poderes, mas aos limites impostos pela legalidade estrita penal, da qual decorre a reserva absoluta de lei penal. Para corrigir,

⁹³⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, p. 152-153.

⁹⁴¹ *Ibidem*, p. 152.

⁹⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48 e seguintes.

⁹⁴³ *Idem*. Em sentido semelhante, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 644 e seguintes; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170 e seguintes.

⁹⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, *passim*.

⁹⁴⁵ STF, ADI nº 1351. Relator: Marco Aurélio, j. em 7.12.2006, Acórdão, p. 145.

melhorar, restringir ou ampliar o âmbito de incidência da norma penal, é possível a criação de elementos normativos pela via judicial? Além disso, quando se trata de obstáculos à fruição de direitos e garantias penais do réu, a problemática ainda se expande para a vedação à analogia *in malam partem* e as dúvidas acerca da legitimidade da interpretação extensiva em matéria penal.

Na jurisprudência do STF, identificaram-se casos em que a redução conforme a Constituição com a criação de critérios normativos deu-se diversas vezes, em benefício e em prejuízo ao réu. Primeiro, serão apresentados os casos de interpretação benéfica e, em seguida, os casos de interpretação prejudicial ao réu.

Na ADI nº 3427, de relatoria do ministro Marco Aurélio, tendo como redator do acórdão o ministro Edson Fachin, a discussão girou em torno do art. 67, §1º, I, da Constituição de Rondônia.⁹⁴⁶ O dispositivo determina que “O Governador ficará suspenso de suas funções [§1º] nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça [inciso I]”. Sem dificuldade, percebe-se que a norma impõe o afastamento automático do exercício do cargo na hipótese de recebimento da denúncia pelo STJ. Partindo dessa interpretação, o ministro Alexandre de Moraes votou pela procedência do pedido, com a justificativa de que o afastamento só poderia ocorrer se o STJ analisasse e fundamentasse a necessidade da medida cautelar.⁹⁴⁷

Seguindo essa linha, o ministro Edson Fachin abriu divergência e propôs a interpretação conforme “para consignar que cabe ao Superior Tribunal de Justiça, no ato de recebimento da denúncia ou no curso do processo, dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo”.⁹⁴⁸ No caso, o STF corrigiu a inconstitucionalidade da lei por meio da inclusão da necessidade de decisão fundamentada por parte do STJ, a legitimar a imposição de medida cautelar.

No RE nº 641.320, representativo da controvérsia do Tema nº 432 de Repercussão Geral (“Cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado”), o ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pela unanimidade de seus pares para estabelecer critérios a serem observados pelos juízos da execução quando não

⁹⁴⁶ STF, ADI nº 3427. Relator: Marco Aurélio. Redator do acórdão: Edson Fachin, j. em 15.10.2020.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 13 e seguintes.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, p. 19.

houver estabelecimento adequado para o cumprimento de pena nos regimes semiaberto e aberto.⁹⁴⁹

Fundamentando-se nos princípios da individualização da pena e da legalidade, o Tribunal determinou que, na falta de estabelecimento adequado, os juízos de execução devem determinar (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas, (ii) a medida cautelar de monitoramento eletrônico àqueles beneficiados com a saída antecipada ou com a prisão domiciliar em razão da falta de vagas; (iii) o cumprimento de pena restritiva de direito ou estudo àqueles que progridem ao regime aberto. Ainda, autorizou a determinação de prisão domiciliar aos sentenciados que progridem de regime para o qual não há vagas.

Na decisão, a Corte esclarece o efeito manipulativo da decisão em razão da “situação calamitosa do sistema prisional”.⁹⁵⁰ Os critérios delineados judicialmente cumpriram a finalidade de conferir à decisão “caráter plástico, que sirva de plataforma para adequação da realidade aos direitos afirmados pela Constituição e pelas leis”, nos termos do voto do relator.⁹⁵¹ A saída antecipada, o regime de prisão domiciliar e o cumprimento de pena restritiva de direito são sanções menos gravosas que a permanência em regime colônia agrícola, industrial, em casa de albergado ou estabelecimento similar. No entanto, as determinações judiciais criam uma regra geral a ser observada por todos os juízos de execução, além de serem apenas alternativas ao problema concreto de inadequação do sistema prisional em relação à legislação penal.⁹⁵²

De maneira semelhante, a ADI nº 4.109, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, o Tribunal analisou a constitucionalidade da Lei nº 7.960/1989, que dispõe sobre a prisão temporária.⁹⁵³ A referida lei estabelece que caberá prisão temporária quando (i) for imprescindível para a investigação; (ii) o indiciado não tiver residência fixa ou não for identificado; e (iii) houver fundadas razões de autoria e participação. Restringindo o cabimento da prisão temporária, a ministra relatora definiu o seu cabimento mediante o preenchimento cumulativo dos requisitos de imprescindibilidade e presença de fundadas razões.⁹⁵⁴

⁹⁴⁹ STF, RE nº 641320. Relator: Gilmar Mendes, j. em 11.5.2016.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 32.

⁹⁵¹ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁵² A título de conhecimento, vale apontar que o acórdão utiliza o apelo ao legislador e técnicas manipulativas para mobilizar o Poder Legislativo e o Conselho Nacional de Justiça para adequar a realidade ao sistema normativo penal. *Ibidem*, p. 38 e seguintes.

⁹⁵³ STF, ADI nº 4109. Relatora: Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Edson Fachin, j. em 14.2.2022.

⁹⁵⁴ *Ibidem*, p. 41.

O ministro Edson Fachin baseou-se na presunção de inocência para esclarecer a excepcionalidade da prisão como regra no sistema brasileiro. Acompanhou a relatora no que diz respeito à presença cumulativa da imprescindibilidade e de elementos concretos contra o indiciado e, indo além, estendeu as disposições relativas à prisão preventiva à prisão temporária – a contemporaneidade dos fatos (art. 312, §2º, do CPP), a adequação à gravidade concreta do crime, às circunstâncias e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, do CPP), bem como a insuficiência de medidas cautelares diversas (art. 282, §6º, do CPP). Notadamente, o STF aumentou o crivo judicial para imposição da prisão temporária, já que exige a fundamentação específica de elementos antes aplicáveis apenas à prisão preventiva.

Por outro lado, o Tribunal também utiliza o mecanismo de criação de elementos normativos em prejuízo ao réu. É o caso da ADI nº 3150, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que discutia a legitimidade para execução da multa penal.⁹⁵⁵ O art. 51 do CP especifica que, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, “a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas de legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública”. O ministro relator rechaçou o pedido para conferir ao Ministério Público a legitimidade para executar a multa – “não sei onde estaria a base para tanto”, diz.⁹⁵⁶

Abrindo divergência, o ministro Roberto Barroso partiu da premissa de que o dispositivo não retira a natureza de sanção penal da multa e, por isso, o Ministério Público não apenas teria legitimidade para executá-la, mas o teria de forma prioritária.⁹⁵⁷ Além disso, cria o prazo de 90 dias, após os quais “o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal”.⁹⁵⁸ No caso, a via interpretativa serviu para conferir legitimidade a outro ente para execução da pena de multa, em prejuízo ao réu, bem como para estabelecer o prazo da execução prioritária.

Em outro caso, o STF também utilizou a interpretação conforme para estabelecer prazos não fixados em lei. Em Questão de Ordem na AP nº 421, à época de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, a Corte restringiu a prerrogativa do art. 221 do CPP, que estabelece o benefício de algumas autoridades serem inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados

⁹⁵⁵ STF, ADI nº 3150. Relator: Marco Aurélio. Redator do acórdão: Roberto Barroso, j. em 13.12.2018.

⁹⁵⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁹⁵⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, p. 49.

com o juiz instrutor.⁹⁵⁹ No caso concreto, um parlamentar fora arrolado como testemunha e não compareceu a nenhuma das cinco audiências agendadas para datas e horário por ele indicadas.

Nos termos do voto do relator, o dispositivo não serve “para que essas autoridades possam, simplesmente, recusar-se a testemunhar”.⁹⁶⁰ Com esse entendimento e com base no art. 32, §7º, da Emenda Constitucional nº 1/1969, o relator propôs a interpretação conforme do art. 221 do CPP para estabelecer que “a perda da prerrogativa [...] em relação ao parlamentar arrolado como testemunha que, sem justa causa, não atendeu ao chamado da justiça, por mais de trinta dias”.⁹⁶¹ A decisão pode não se enquadrar no conjunto de interpretações conforme prejudiciais ao réu, mas cria judicialmente um prazo, sem referência normativa, para limitar a fruição de uma prerrogativa de autoridades arroladas com testemunhas.

Por outro lado, a Corte já utilizou a interpretação conforme para excepcionar os prazos estabelecidos em lei, como na ADI nº 6.581, de relatoria do ministro Edson Fachin.⁹⁶² O art. 316, parágrafo único, do CPP determinada que a prisão preventiva seja revista a cada 90 dias, sob pena de tornar-se ilegal.

O voto vencedor do ministro Alexandre de Moraes baseou-se nos princípios da efetividade, eficiência e eficácia da legislação penal e estabeleceu a interpretação conforme à referida norma para fixar as seguintes teses: (i) a inobservância do prazo de 90 dias não implica revogação automática da prisão preventiva; (ii) o dispositivo aplica-se somente durante a fase de conhecimento, ou seja, não é cabível às prisões preventivas decorrentes de acórdão condenatório em segunda instância; (iii) o uso do dispositivo adequa-se aos processos com previsão de prerrogativa de foro. Nesse sentido, o Tribunal reduziu o âmbito de aplicação da norma processual penal benéfica ao réu ao tornar o prazo impróprio e ao limitar a autoridade a ele submetido.

Já na ADI nº 3.096, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, estava em questão o art. 94 da Lei nº 10.741/2003 (“Estatuto da Pessoa Idosa”), que aplica aos crimes nela previstos, cuja pena máxima não ultrapasse 4 anos, as disposições da Lei nº 9.099/1995 (“Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais”) e, subsidiariamente, as normas do CP e do CPP.⁹⁶³ A

⁹⁵⁹ STF, QO na AP nº 421. Relator: Joaquim Barbosa, j. em 28.4.2015.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁶² STF, ADI nº 6581. Relator: Edson Fachin. Redator do Acórdão: Alexandre de Moraes, j. em 10.3.2022.

⁹⁶³ STF, ADI nº 3096. Relatora: Cármen Lúcia, j. em 16.6.2010.

interpretação da norma, segundo a ministra relatora, causaria distorções sistêmicas no processo penal, pois a aplicação da sistemática dos juizados beneficiaria sobretudo os infratores, que teriam à disposição as medidas penais despenalizadoras.

A ministra relatora deu interpretação conforme ao dispositivo para que parte da Lei nº 9.099/1995 fosse aplicada aos crimes cometidos contra idosos – apenas no que determina o rito sumaríssimo para conferir celeridade ao processo. Concluiu: “o idoso seria, então, beneficiado com a celeridade processual, mas o autor do crime não seria beneficiado com a eventual conciliação ou transação penal”.⁹⁶⁴ Para justificar a supressão das medidas benéficas ao réu, o ministro Ayres Britto lembrou a importância do bem jurídico em questão – “o tratamento mais benéfico está sendo paradoxalmente conferido ao agente que desrespeitou o bem jurídico mais valioso: a incolumidade e dignidade do próprio idoso”.⁹⁶⁵

No referido julgamento, o STF restringiu as disposições da Lei nº 9.099/1995 aplicáveis aos crimes cometidos contra idosos, previstos na Lei nº 10.741/2003, levando-se em conta o juízo negativo sobre a possibilidade de benefícios despenalizadores aos autores dos referidos crimes. Evidencia-se o caráter corretivo da interpretação judicial, que reduz a garantia penal em afronta à literalidade da norma.

Por último, no referendo de medida cautelar da ADPF nº 779, de relatoria do ministro Dias Toffoli, a unanimidade do Tribunal conferiu interpretação conforme aos arts. 23, II, 25, *caput* e parágrafo único, do CP, e 65, do CPP, para excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa.⁹⁶⁶ Evidentemente, o esforço interpretativo reduziu a incidência do instituto da legítima defesa ao inviabilizar uma de suas possibilidades. Parte dos argumentos tratou do contexto de utilização da legítima defesa da honra – “foi no discurso jurídico da legítima defesa que se abriu espaço para a tolerância em relação aos homicídios cometidos por homens contra esposas consideradas adúlteras”, esclarece o relator.⁹⁶⁷

Além disso, o acórdão faz referência aos alarmantes números de feminicídios do Brasil, bem como aponta que a plenitude de defesa do Tribunal do Júri “não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.⁹⁶⁸ Por entender a tese de legítima defesa da

⁹⁶⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁹⁶⁶ STF, Ref-MC ADPF nº 779, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. em 15.3.2021.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 18-19.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, p. 27.

honra como violadora da igualdade, do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, a Corte limitou o recurso argumentativo à excludente de ilicitude da legítima de defesa, para retirar das possibilidades a tese defensiva de que a legítima defesa fora motivada por uma agressão injusta à honra do réu.

Dentre as reduções conforme por meio de criação de elementos normativos, a MC-ADPF nº 779 parece ser a decisão em que a Corte utilizou a sua capacidade criativa de maneira mais nociva à legalidade estrita. A restrição de uma excludente de ilicitude já é grave, mas a criação de exceção à plenitude da defesa no júri (art. 5º, XXXVIII, *a*, CF) afronta uma garantia fundamental do réu e da coletividade.

Considerando o exposto, demonstrou-se a utilização, pelo STF, da redução conforme a Constituição para a criação de elementos normativos ora em benefício ao réu, ora em prejuízo ao réu. As formas, todavia, têm em comum a liberdade que o método interpretativo confere à Corte para corrigir, restringir ou de qualquer forma modificar a decisão política criminal delineada pelo legislador penal.

4.3.3 *Ampliação conforme a Constituição benéfica ao réu*

Identificou-se, ainda, a categoria de decisão que amplia o âmbito de aplicação da norma penal benéfica ao réu, ou seja, das garantias penais e processuais penais, das hipóteses de exclusão de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade. O princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF) dirige-se ao legislador, no que se refere à taxatividade da norma penal, mas também aos intérpretes da lei, aos quais é vedada a analogia.⁹⁶⁹

Diferente das formas dos modelos de interpretação, a analogia promove uma integração no sistema jurídico por meio da aplicação da lei a uma situação distinta daquela contemplada

⁹⁶⁹ Sobre a analogia e a interpretação da lei penal, cf., entre nós, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120*. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 206 e seguintes. A respeito do princípio da legalidade e da vedação à analogia, cf. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 145 e seguintes; PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 115; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 140; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 125 e seguintes.

pela norma.⁹⁷⁰ A definição de Larenz é precisa: “a transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese (B), não regulada na lei, ‘semelhante’ àquela”.⁹⁷¹ O autor justifica a importância da analogia como recurso para superação de lacunas legais, por se tratar de instrumento aplicável ante a semelhança das hipóteses legais. A transposição da lei de uma para a outra – diz Larenz – “funda-se na exigência de justiça de tratar igualmente aquilo que é igual”.⁹⁷²

No campo penal, as questões em torno da legitimidade do argumento analógico arrefecem nos casos de analogia *in bonam partem*, ou seja, nos casos em que a analogia beneficia o réu. Em favor do réu, a aplicação da lei penal pode recorrer à analogia, porque se entende que o limite estabelecido pelo princípio da legalidade garante ao cidadão que não lhe será aplicada pena não prevista em lei anterior, “y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley”, como afirma Mir Puig.⁹⁷³

Daí conclui-se que não viola a legalidade estrita a aplicação de um benefício legal ao réu quando a situação se demonstrar semelhante a outra abarcada especificamente por um benefício legal.⁹⁷⁴ Nesse sentido, o princípio da legalidade restringe apenas aquela matéria penal “que se traduza em fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente”.⁹⁷⁵ Ou seja, a exclusão ou atenuação da responsabilidade penal não se submete às limitações impostas pela legalidade.

Embora a maior parte da doutrina penal admita a analogia favorável ao réu, não deixa de haver questionamentos a respeito da legitimidade judicial para criação de direito e, especificamente, da formulação da política criminal. Isso porque a autoridade de juízes e tribunais como legisladores positivos cria tensões principalmente em relação ao princípio da separação de poderes.⁹⁷⁶ Além disso, a criação judicial de analogias *in bonam partem* pode ter efeitos indiretos prejudiciais ao réu e à coletividade. A criação analógica de uma causa de

⁹⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 270 e seguintes.

⁹⁷¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 540-541.

⁹⁷² *Ibidem*, p. 541.

⁹⁷³ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 116.

⁹⁷⁴ *Idem*; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peñã, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 158.

⁹⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 123. Com o mesmo raciocínio, cf. PRADO, Luiz Régis. Argumento analógico em matéria penal. *Revista dos Tribunais*, v. 734, p. 541-548, 1996.

⁹⁷⁶ MONTIEL, Juan Pablo. Creación judicial de derecho penal y analogía *in bonam partem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 90, p. 53-95, 2011, n.p.

justificação, no exemplo dado por Montiel, “lleva consigo la creación (también judicial) de deberes de tolerancia y respecto a la acción justificada”.⁹⁷⁷

A despeito das críticas, acredita-se legítima a analogia favorável ao réu, bem como compatível com o princípio constitucional da legalidade estrita. Até porque as normas penais não incriminadoras não dão conta de todas as situações possíveis no mundo dos fatos, de modo que, em casos para os quais não há lei específica, mas semelhantes a algum já regulado, a resposta estatal não pode ser excessiva nem desproporcional.⁹⁷⁸

Na jurisprudência do STF, o caso exemplificativo de ampliação conforme a Constituição em benefício do réu – de maneira legítima, portanto – é o da ADPF nº 54, de relatoria do ministro Marco Aurélio, relativa à interrupção da gravidez de feto anencéfalo.⁹⁷⁹ A decisão delimitou-se pela interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP. Os arts. 124 e 126 tipificam, respectivamente, as condutas de “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque” e de “provocar aborto com o consentimento da gestante”. O art. 128, I e II, por sua vez, trata das excludentes de ilicitude aplicadas aos referidos tipos penais.

A despeito de os tipos penais terem sido objeto da interpretação da Corte e a decisão ter declarado “a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 126, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal”, parte da discussão girou em torno de uma nova hipótese de excludente de ilicitude. A anencefalia fetal seria, nesse particular, situação análoga àquelas previstas no art. 128, I e II, do CP, que se referem às situações de risco de morte da gestante e de gravidez oriunda de estupro.⁹⁸⁰ Nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes, a interrupção da gravidez de feto

⁹⁷⁷ Para o autor, mesmo a analogia *in bonam partem* obedece a limites, e só pode ser utilizada na presença de dois requisitos cumulativos: a existência de uma lacuna axiológica e a ausência da proibição de integrar essa lacuna. Por essa perspectiva, Montiel defende que as excludentes de punibilidade representam o grau máximo de tolerância da sociedade em relação ao fato punível e, por isso, a elas é vedada a analogia favorável ao réu. Diz o autor: “Pese a que la creación analógica de causas de exclusión de punibilidad realizaría en fin de reducir el *ius puniendi*, se sacrificarían de un modo inaceptable los otros dos fines, que vendrían a prevalecer en este ámbito. En definitiva, el principio de legalidad deberá regir con la misma amplitud que en relación a los tipos y agravantes.” *Idem*.

⁹⁷⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral. Tomo I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forensem 1967, p. 211.

⁹⁷⁹ STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.4.2012.

⁹⁸⁰ A delimitação temática fica clara em trecho do voto do ministro Gilmar Mendes: “(...) o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – o crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato. Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.” *Ibidem*, p. 302.

anencéfalo equipara-se à demais causas de exclusão de ilicitude especificamente previstas, já que se ampara na proteção à integridade física e psíquica da gestante.⁹⁸¹

De outro lado, no HC nº 123.108, de relatoria do ministro Roberto Barroso, a Corte examinou os critérios para fixação de regime em casos de reconhecimento de insignificância.⁹⁸² A fixação do regime aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §2º, c, do Código Penal, abrange apenas “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos”. O dispositivo impunha a fixação do regime semiaberto aos réus reincidentes, ainda que o aspecto material da conduta fosse penalmente irrelevante, porque é acobertada pelo princípio da insignificância.⁹⁸³

Para alterar o caminho jurisprudencial, o ministro propôs a interpretação conforme dos dispositivos, para estabelecer que (i) a reincidência não impede, por si só, o reconhecimento da insignificância; e (ii) a despeito do art. 33, §2º, c, do CP, o juiz da causa que não reconhecer a insignificância, em situação que seria possível, deve fixar o regime inicial aberto para cumprimento de eventual pena privativa de liberdade. Com base no princípio da proporcionalidade, o STF ampliou as hipóteses de fixação do regime inicial aberto para os réus reincidentes no contexto de delito de furto de pequenas quantidades, aos quais poderia ser aplicado o princípio da insignificância.

Dessa forma, a interpretação conforme a Constituição ampliou a abrangência de normas penais não incriminadoras, adicionado uma hipótese de excludente de ilicitude aos crimes de aborto e uma hipótese de fixação de regime inicial aberto de cumprimento de pena para réus reincidentes. A utilização da analogia *in bonam partem*, no caso da ADPF nº 54, conferiu segurança jurídica às mulheres que, diante do diagnóstico de anencefalia e sem medo de serem submetidas ao poder punitivo estatal, podem escolher prosseguir ou não com a gravidez. Além disso, no HC nº 123.108, adequou o cumprimento da pena à baixa reprovabilidade da conduta.

4.3.4 Ampliação conforme a Constituição prejudicial ao réu

⁹⁸¹ *Ibidem*, p. 295-296.

⁹⁸² STF, HC nº 123108. Relator: Roberto Barroso, j. em 5.8.2015.

⁹⁸³ A reflexão do ministro Barroso reflete as consequências da norma: “via de regra, o Tribunal vem excluindo automaticamente a aplicação do princípio em casos de reincidência, hipótese em que a pena privativa de liberdade não é substituída por restritiva de direitos e o regime inicial é fixado, no mínimo, no regime semiaberto”. *Ibidem*, p. 173.

A última categoria da interpretação conforme a Constituição das leis penais identificada na jurisprudência do STF é a ampliação da norma penal em prejuízo ao réu. Nessa hipótese, a ampliação conforme prejudicial não incide apenas nos elementos descritos nas normas penais incriminadoras, mas também em outros aspectos das leis penais materiais. Significa que a interpretação ampliativa pode ter como objeto os elementos de tipos penais e de circunstâncias agravantes, bem como pode incidir sobre conceitos materiais e procedimentais que facilitam ou que de qualquer modo expandem o poder punitivo estatal.

Se há pouco questionamento quanto à ampliação de garantias penais e de normas penais não incriminadoras, o mesmo não pode ser dito sobre o incremento da repressão político-criminal, notadamente por meio de interpretação judicial. Nesse particular, a distinção entre interpretação extensiva e analogia ganha importância, já que parte da doutrina admite a interpretação extensiva de normas penais incriminadoras, mas se posiciona contra a analogia *in malam partem*.⁹⁸⁴ Diferente da analogia, como entende a doutrina majoritária, a interpretação extensiva atém-se aos limites da literalidade da norma e, por isso, não viola o princípio da legalidade.⁹⁸⁵

Nessa linha, Bitencourt sugere que a interpretação extensiva tem o objetivo de “harmonizar o texto legal com sua finalidade” nas situações em que a lei disse menos do que queria ter dito.⁹⁸⁶ Como sintetiza Prado: “a hipótese [alcançada mediante interpretação extensiva] não estando prevista na literalidade legal, o está, contudo, em seu espírito”.⁹⁸⁷ De maneira geral, a doutrina penal admite a interpretação extensiva, dentro dos limites da literalidade da lei, ainda que prejudicial ao réu, considerando-a uma subespécie da interpretação

⁹⁸⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 207; PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 115; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 149.

⁹⁸⁵ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 127; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61 e seguintes; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. Vol. I. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 215.

⁹⁸⁶ *Idem*.

⁹⁸⁷ Luiz Régis Prado exemplifica interpretações extensivas de elementares penais no direito brasileiro, referindo-se ao art. 130 do CP (perigo de contágio venéreo). Segundo o autor, a vontade objetiva da lei inclui não apenas o perigo, mas o próprio contágio de moléstia venérea como suporte fático do referido tipo penal. PRADO, Luiz Régis. Argumento analógico em matéria penal. *Revista dos Tribunais*, v. 734, p. 541-548, 1996, n.p. Heleno Fragoso também qualifica a interpretação extensiva como instrumento para esclarecer o conteúdo da norma, cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 96.

teleológica. Ainda assim, a advertência da excepcionalidade acompanha a legitimidade da interpretação ampliativa.⁹⁸⁸

Por outro lado, a própria diferenciação entre interpretação e analogia é alvo de debate, principalmente a partir das críticas de Castanheira Neves.⁹⁸⁹ Figueiredo Dias aponta, nesse particular, que não há distinção metodológica entre os métodos.⁹⁹⁰ Para substituir as categorias, o autor desenvolve os conceitos de interpretação jurídico-penalmente permitida e de interpretação jurídico-penalmente proibida. A linha que divide o permitido do proibido é a adequação da interpretação ao teor literal da lei e aos sentidos comuns a ela subjacentes.⁹⁹¹

De certa forma, a permissão da interpretação extensiva de normas penais sintetiza o fundamento da proibição da analogia *in malam partem*: a transposição, pelo intérprete, dos limites do enunciado normativo, em juízo ao réu. A proibição da analogia relaciona-se ao procedimento de aplicação das leis penais, que não podem incidir “a supuestos distintos de aquéllos para los que están previstos”.⁹⁹² Mesmo aqueles que rejeitam a diferenciação entre a analogia prejudicial ao réu e a interpretação extensiva consideram que a concretização do princípio da legalidade decorre da aplicação da lei segundo a sua hipótese normativa imediata. “O colorário da *lex stricta*” – afirma Castanheira Neves, alinhado, nessa parte, à doutrina majoritária – “implicará a não aplicação da norma legal incriminadora e punitiva para além do que haja de se considerar uma aplicação direta ou imediata, possibilitada pela interpretação”.⁹⁹³

Partindo das limitações impostas pela legalidade estrita à atividade interpretativa, a jurisprudência do STF possui decisões que se amoldam à categoria da interpretação conforme a Constituição prejudicial ao réu. No caso da ADI nº 4424, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, não se discutia propriamente um elemento normativo do tipo, tampouco um aspecto incriminador da norma penal.⁹⁹⁴ O debate girava em torno dos arts. 12, I, 16 e 41, da Lei nº 11.340 (“Lei Maria da Penha”), que condicionavam a ação penal relativa aos crimes contra a mulher em ambiente doméstico à representação da ofendida. Ou seja, para legitimar a

⁹⁸⁸ RIBAS, Eduardo Ramón. Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. *Revista de derecho penal y criminología*, v. 3, n. 12, p. 111-164, 2014, p. 159;

⁹⁸⁹ NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, p. 307-469, 1984.

⁹⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 129.

⁹⁹¹ *Idem*.

⁹⁹² CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 122.

⁹⁹³ NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, p. 307-469, 1984, p. 386.

⁹⁹⁴ STF, ADI nº 4424. Relator: Marco Aurélio, j. em 9.2.2012.

persecução penal, a mulher vítima de violência de lesão corporal de natureza leve deveria representar formalmente o fato, podendo se retratar em audiência especial antes do recebimento da denúncia e após manifestação do Ministério Público.

O voto do relator inicia fazendo referência a dados relacionados ao alto percentual de retratações das representações formais apresentadas no contexto de violência doméstica.⁹⁹⁵ Levando em consideração os princípios constitucionais e normas internacionais, o ministro Marco Aurélio assentou que “deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas”, deixando claro o viés de reprovação em relação às normas impugnadas.⁹⁹⁶ Em vez de declarar as disposições inconstitucionais, dada a justificativa de incompatibilidade com o ordenamento constitucional e convencional, o voto vencedor consignou a “interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal”.

Decerto, a literalidade dos dispositivos não abrange o resultado interpretativo a que chegou a maioria do Tribunal. O art. 12, I, estabelece que a autoridade policial deve “ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo” e, de forma complementar, o art. 16, *caput*, prevê a existência de “ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei”. O teor literal das normas tampouco fora alvo de dúvida – um caso, notoriamente, em que não se aventou os plurissignificados do texto legal. Em diversas passagens, o acórdão reitera a interpretação literal, direta e imediata.⁹⁹⁷

No caso, a interpretação conforme a Constituição serviu não apenas para ampliar o poder punitivo, uma vez que retirou a exigência da representação da ofendida para procedibilidade da ação penal, mas para reparar uma escolha político-criminal tida por inadequada pelo Tribunal para a finalidade de mitigar a violência doméstica. Criticando a decisão, Sousa Filho aponta que o Tribunal, ao recrudescer a persecução penal, “extrapolou os limites gramaticais e semânticos da lei interpretada”.⁹⁹⁸

⁹⁹⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁹⁹⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁹⁹⁷ Em aparte, o ministro Cezar Peluso lembra: “mas aqui o texto é expresso, Ministro: a despeito do afastamento da 99 [Lei nº 9.099/1995], há precisão do condicionamento da ação penal.”. *Ibidem*, p. 27.

⁹⁹⁸ SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 404 e seguintes.

No RE nº 966177, a decisão ampliativa prejudicial ao réu deu-se no julgamento de Questão de Ordem.⁹⁹⁹ O processo representa a controvérsia do Tema de Repercussão Geral nº 924, que discute a tipicidade das condutas de estabelecer e explorar jogos de azar. Reconhecida a repercussão geral da matéria, havia dúvida sobre se a suspensão do processamento seria automática ou se dependia de pronunciamento da Corte. Inicialmente, portanto, a questão dizia respeito à interpretação do art. 1.035, §5º, do CPC, cujo enunciado determina que, após reconhecida a repercussão geral, “o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes (...)”.

O Tribunal firmou entendimento de que a suspensão dos processos é discricionariedade do relator, e adentrou nas consequências da decisão no caso de ações penais. No que se refere às repercussões gerais penais, o Tribunal decidiu, por maioria, que o sobrestamento de processos decorrente do reconhecimento de repercussão geral gera automaticamente a suspensão do prazo prescricional. Conferiu-se interpretação conforme ao art. 116, I, do CP, que veicula a hipótese de suspensão do prazo prescricional penal “enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência de crime”.

A decisão fundamentou-se nos princípios da unidade constitucional, do devido processo legal, do contraditório e da proporcionalidade. A fim de enquadrar a interpretação como adequada diante da literalidade da lei, apontou que a suspensão do processamento é uma espécie do gênero “superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador”, o qual ensejaria a suspensão da prescrição.¹⁰⁰⁰

No entanto, o art. 116, I, do CP não trata de hipótese abrangente, mas da suspensão da prescrição quando pendente questão incidental e específica quanto à existência de crime. Embora o caso concreto discutisse, no mérito, a tipicidade das contravenções de estabelecer ou explorar jogos de azar, o entendimento amplia-se ao sobrestamento de ações penais após o reconhecimento de repercussão geral que não tem por objeto discutir, efetivamente, a legitimidade da criminalização.

A taxatividade da disposição foi ressaltada no voto divergente do ministro Edson Fachin, com fundamento da legalidade estrita: “impor barreiras ao fluxo desse prazo [prescricional] legalmente estabelecido significa ampliar o poder punitivo estatal, o que, na minha

⁹⁹⁹ STF, RE 966177, Relator: Luiz Fux, j. em 4.11.2016.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*, p. 3.

compreensão, [...], só pode ocorrer por lei em sentido formal”.¹⁰⁰¹ No caso, portanto, por meio da interpretação conforme, a Corte ampliou as hipóteses de suspensão do curso do prazo prescricional.

No que se refere à abrangência de tipos penais, destaca-se a decisão prolatada na ADO nº 26, de relatoria do ministro Celso de Mello.¹⁰⁰² Com fundamento no art. 5º, XLI e XLII, da CF, considerados como mandados constitucionais de criminalização, o Tribunal conferiu interpretação conforme aos tipos penais da Lei nº 7.716/1989 (“Lei de Racismo”) e aos arts. 61, II, *a*, e 121, §2º, II, ambos do CP, para enquadrar as condutas de homofobia e transfobia como espécies do gênero racismo e incluir o preconceito contra orientação sexual e gênero como circunstância agravante e qualificadora. A maioria acompanhou o voto do relator, que utilizou o conceito de “racismo social” para justificar a ampliação do escopo dos tipos penais específicos da Lei de Racismo.

Em algumas passagens, os votos da maioria rechaçam a ideia de analogia *in malam partem*, por considerarem que houve apenas uma reinterpretação do vocábulo “raça” – já ampliado no julgamento do HC nº 82424 (caso Ellwanger).¹⁰⁰³ Mas fica claro o cerne da decisão: “a extensão do âmbito de incidência da Lei de Racismo, para abarcar todas as formas de homofobia e transfobia”.¹⁰⁰⁴ A associação de “orientação sexual” e de “identidade de gênero” ao conceito de “raça” afasta-se do teor literal e de seu sentido comum, além de amparar-se, metodologicamente, em um processo de *constitucional bootstrapping*.¹⁰⁰⁵

A legitimidade da criminalização da LGBTfobia por via judicial é um campo de disputa. Parte da doutrina considera relevante o reconhecimento de direitos pela instância judicial, ainda

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁰⁰² STF, ADO nº 26, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, j. 13.6.2019.

¹⁰⁰³ A esse respeito, trecho preciso do voto do ministro Roberto Barroso: “Não se trata aqui da criação de condutas criminosas pela via judicial, de tipificação por analogia ou de analogia *in malam partem*. Trata-se, na verdade, de reinterpretar o conceito de raça de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos, quando afirmou que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política” que cabe ao Direito coibir.”. *Ibidem*, p. 299.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, p. 436.

¹⁰⁰⁵ Trata-se do conceito cunhado por Jon Elster para se referir ao ato das assembleias constituintes desvincularem-se da autoridade que lhes criou e avocar para si as competências dela. ELSTER, Jon. *Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris*. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham; London: Duke University Press, 1994, p. 1431. Inicialmente utilizado no contexto de assembleias constituintes, o conceito tem sido aplicado às dinâmicas das Cortes Constitucionais, que comumente encontram autorizações para romper com seus limites jurisdicionais a partir de “ao menos uma herança na prática jurisdicional”, como definem Bruno Lorenzetto e Katya Kozicki. LORENZETTO, Bruno Menezes; KOZICKI, Katya. *Constituição a Constituição: entre paradoxos, razões e resultados*. *Revista Direito GV*, v. 11, p. 623-648, 2015.

que por meio da manifestação do poder punitivo.¹⁰⁰⁶ Outra parte, a que se filia o trabalho, entende a importância simbólica da decisão, mas não deixa de apontar a violação à legalidade estrita.¹⁰⁰⁷

Também é possível verificar a ampliação *in malam partem*, por meio da interpretação conforme a Constituição, fora do controle concentrado de constitucionalidade. Um exemplo é a decisão proferida no HC nº 154248, sob a relatoria do ministro Edson Fachin.¹⁰⁰⁸ No caso, o Tribunal equiparou o crime de injúria qualificada pelo racismo (art. 140, §3º, do CP) – a chamada injúria racial – ao crime de racismo. Com isso, ampliou a imprescritibilidade do racismo à injúria racial e, no caso concreto, não reconheceu a extinção da punibilidade da paciente.

O ministro relator utilizou-se de normas constitucionais, como os arts. 3º, IV, e 4º, VIII, e de disposições internacionais, tal qual a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, para justificar a interpretação conferida.¹⁰⁰⁹ Apesar da divergência do ministro Nunes Marques, apontando a desproporcionalidade da medida e a violação à legalidade, formou-se maioria para consolidar a equiparação.¹⁰¹⁰

Por último, na ADI nº 5526, o Tribunal ampliou a competência do Tribunal para impor medidas cautelares alternativas aos parlamentares, o que tem por consequência reduzir a prerrogativa de imunidade do art. 53, §2º, da CF.¹⁰¹¹ A norma constitucional estabelece que os membros do Congresso Nacional apenas podem ser presos “em flagrante de crime inafiançável”. Segundo decidiu a Corte, a imunidade formal dos parlamentares veda a imposição de prisão fora da hipótese da prisão em flagrante; no entanto, não impede que o

¹⁰⁰⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. *Conjur.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>; DUARTE, Verônica Lemos. O ativismo judicial e alteridade: uma análise das controvérsias da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na criminalização da homofobia. *Revista Inclusiones*, p. 324-341, 2021.

¹⁰⁰⁷ DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 172, p. 383-419, 2020, n.p.; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley n. 11343 de 2006. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 162, p. 121-143, 2019, n.p. Sobre a ADO nº 26 e a legislação penal simbólica, cf. AQUINO, Sara de Assis. *A história da ADO nº 26: da frustração legislativa à criminalização simbólica*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

¹⁰⁰⁸ STF, HC nº 154248. Relator: Edson Fachin, j. em 28.10.2021.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*, p. 7 e seguintes.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, p.

¹⁰¹¹ STF, ADI nº 5526. Relator: Edson Fachin. Redator do acórdão: Alexandre de Moraes, j. em 11.10.2017.

Tribunal imponha cautelares alternativas em substituição à prisão em flagrante ou diante de circunstâncias graves.¹⁰¹²

Sendo assim, o STF ampliou a competência não somente por ter-se permitido substituir a prisão em flagrante por medidas alternativas, mas por prever a atribuição de impor as medidas cautelares do art. 319 do CPP aos membros do Congresso Nacional, ainda que sem flagrante anterior.¹⁰¹³ Para contrabalancear a ampliação de competência, o Tribunal formou maioria para submeter as decisões de cautelares pessoais ao controle político do Poder Legislativo¹⁰¹⁴, a teor da hipótese já prevista no art. 55, §2º, da CF.

Nesse sentido, o STF faz uso da interpretação conforme a Constituição para ampliar o poder punitivo, seja por meio da expansão de instrumentos penais mais rigorosos – como a incondicionalidade da ação penal, a ampliação das hipóteses suspensivas da prescrição e a imprescritibilidade, por exemplo –, seja por meio do alargamento conceitual de elementos do tipo penal.

4.4 Conclusão parcial

O controle constitucional em matéria penal, no STF, conduz a conclusões distintas a depender do recorte que se faça para a análise. Filtrando apenas as decisões declaratórias de inconstitucionalidade, pode-se concluir que a jurisdição constitucional brasileira oferece um controle constitucional pouco rigoroso em matéria penal, ao passo que confere ao legislador penal ampla margem para as decisões político-criminais.

No direito alemão, a interpretação conforme a Constituição das leis penais revela um caminho distinto e contrário à ampla deferência ao legislador penal. De acordo com Lothar Kuhlen, a experiência alemã revela que o Tribunal Constitucional Federal e pelo Tribunal Federal aplica a interpretação conforme às leis penais e processuais penais com diferentes propósitos, dentre os quais está a adequação da norma penal ao ordenamento constitucional, a redução e ampliação do âmbito de incidência da lei. A utilização do método, como revela

¹⁰¹² *Ibidem*, p. 63.

¹⁰¹³ Como pontua o ministro Dias Toffoli: “A meu sentir, se não houver flagrância, a concessão de imunidade formal aos parlamentares federais impede que lhes sejam impostas medidas cautelares pessoais que interfiram em seu mandato, ainda que necessárias para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, ressalvadas, logicamente, situações de superlativa excepcionalidade.”. *Ibidem*, p. 122.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, p. 129.

Kuhlen, com frequência desrespeita os limites da literalidade da norma e aumenta a capacidade criativa dos tribunais em matéria penal.

Utilizando as categorias observadas na experiência alemã, observou-se as decisões do STF. Inicialmente, identificou-se que a interpretação conforme é um instrumento legítimo de interpretação normativa e pode ser utilizada de acordo com suas premissas teóricas e dentro das possibilidades semânticas do enunciado normativo. Por outro lado, há usos do método desatrelados dos limites do texto da lei penal. Nesse caso, identificaram-se duas categorias principais. Primeiro, a redução conforme a Constituição para contornar a indeterminação legal é uma forma de o Tribunal reduzir o campo de incidência da norma penal, com objetivo de conferir clareza e determinabilidade à lei. Segundo, a redução conforme a Constituição como meio para a criação de elementos normativos pela via interpretativa e judicial. Nessa hipótese, o Tribunal utiliza a interpretação conforme para introduzir critérios corretivos da lei.

Ainda, colhe-se da jurisprudência do STF as ampliações conforme a Constituição. Em benefício do réu, o recurso à analogia amplia normas penais não incriminadoras e expande as garantias constitucionais penais e processuais penais, e não deixa de ser alvo de críticas por parte da doutrina minoritária. Contra o réu, a ampliação de normas penais enfrenta resistência por parte da doutrina penal majoritária. A expansão do poder punitivo ocorre tanto pelo alargamento conceitual de elementos do tipo quanto pela ampliação da aplicabilidade de instrumentos penais mais rigorosos.

A constitucionalização do Direito Penal no Brasil, destacada no Capítulo 3, aparece na jurisprudência do STF na forma de adequações constitucionais da norma penal em benefício e em prejuízo ao réu. Nesse sentido, a relação dúbia entre Direito Penal e a Constituição reflete-se tanto na limitação quanto na expansão do poder punitivo, uma vez que os princípios constitucionais gerais e específicos, de natureza penal e processual penal, têm sido aplicados de forma a restringir e alargar o âmbito de aplicação de normas penais incriminadoras.

Nessas hipóteses, a ampla utilização da interpretação conforme a Constituição fora de suas limitações doutrinárias e jurisprudenciais aumenta a capacidade criativa do STF, uma vez que ultrapassa os limites do enunciado normativo, a vontade objetiva da norma e a função de legislador negativo. No campo penal, a liberdade criativa dos juízes levanta questões sobre a legitimidade de criações normativas fora da esfera legislativa.

5 CONCLUSÕES

O objetivo desta dissertação é introduzir a discussão a respeito da interpretação conforme a Constituição das leis penais na jurisdição constitucional brasileira. Para isso, traçou o panorama da interpretação conforme a Constituição como método moderno de interpretação, recuperou suas origens e apresentou seu desenvolvimento no direito brasileiro.

Em seguida, abordou a constitucionalização do direito penal como movimento antecedente necessário à conformação constitucional das leis penais. Por meio da teoria do bem jurídico-penal, especificamente em sua vertente político-criminal e constitucionalmente orientada, a relação entre os campos penal e constitucional estreitou-se. Além de servir como parâmetro limitador, a Constituição passa a ser fundamento do poder punitivo. Nesse sentido, aborda as questões relativas à legitimidade do controle constitucional da norma penal e a função das Cortes Constitucionais no exame da compatibilidade entre a lei penal e a Constituição.

Por último, examina a prática jurisprudencial brasileira no que concerne ao histórico de decisões declaratórias de inconstitucionalidade de normas penais e processuais penais. Em seguida, parte para o direito alemão, com esteio na sistematização de Lothar Kuhlen, que apresenta a interpretação conforme a Constituição das leis penais no Tribunal Constitucional Federal alemão e no Tribunal Federal alemão. A partir das categorias colhidas na jurisprudência alemã, observa a prática jurisprudencial brasileira.

De forma sintética, as conclusões gerais podem ser resumidas da seguinte forma:

1. Os métodos tradicionais de interpretação jurídica foram sistematizados por Savigny e são largamente utilizados atualmente, inclusive no âmbito da jurisdição constitucional. Foram pensados para aplicação conjunta, de forma que o intérprete considere o enunciado da norma (gramatical), as demais disposições do ordenamento jurídico (sistemático), o contexto de criação da lei (histórico) e a sua finalidade (teleológico).

2. A interpretação constitucional apresenta singularidades em relação às demais normas jurídicas. A supremacia hierárquica da Constituição, o alto grau de abstração das normas constitucionais, a natureza programática e política, bem como a origem vinculada ao Poder

Constituinte originário são particulares que distinguem a norma constitucional das normas jurídicas em geral e que evidenciam a necessidade de métodos específicos de interpretação.

3. Os métodos de interpretação constitucional devem-se, ainda, às limitações pertinentes ao dogma da nulidade absoluta. A adoção de mecanismos intermediários – entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade com declaração de nulidade *ex tunc* – justifica-se pelo princípio da segurança jurídica e ganha importância com situações complexas.

4. A interpretação conforme a Constituição tem origem nos Estados Unidos, onde surgiu sob o conceito de uma interpretação *in harmony with the Constitution*. A origem tem relação com a forte tensão oriunda do exercício do controle de constitucionalidade, da qual nasce uma forte presunção de constitucionalidade como forma de demonstrar deferência ao legislador. Para não interferir nas decisões políticas, no entanto, os tribunais passaram a utilizar a interpretação conforme e outros métodos interpretativos – o que, ao fim e ao cabo, interfere igualmente, já que o manejo da interpretação judicial confere novos sentidos à norma.

5. No direito alemão, a interpretação conforme surge de maneira espontânea, e não como reprodução da jurisprudência estadunidense. A realidade alemã já contava com outros instrumentos para contornar o dogma da nulidade absoluta. O realce da interpretação conforme está ligado ao poder por ela conferido aos tribunais ordinários, em contraposição à estrutura concentrada do controle constitucional.

6. No direito brasileiro, a origem da interpretação conforme remete à RP nº 1.417/DF, de relatoria do ministro Moreira Alves. Desde o início até atualmente, a aplicação da técnica pelo STF é marcada por uma confusão entre a interpretação conforme e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

7. No entanto, a interpretação conforme é o método pelo qual se confirma a constitucionalidade da norma, apontando um sentido compatível com a Constituição, nos casos em que há múltiplas interpretações possíveis, dentre as quais ao menos uma é inconstitucional. Por sua vez, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto aponta uma aplicação inconstitucional da norma, sem alteração no enunciado normativo.

8. A interpretação conforme possui, doutrinariamente, premissas que justificam e legitimam a sua aplicação, quais sejam: a distinção entre texto e norma, a unidade da Constituição e a presunção de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. Em suma, a norma é resultado de um processo interpretativo ativo, que não se confunde com uma atividade meramente declaratória por parte do intérprete. Além disso, há uma relação de interdependência entre as normas constitucionais e infraconstitucionais – essas são formal e materialmente

determinadas por aquelas. Por último, a presunção relativa de constitucionalidade antecipa o resultado de improcedência do pedido de inconstitucionalidade, reversível se apresentados vícios contundentes que demonstrem a incompatibilidade entre a norma e a Constituição.

9. A interpretação conforme está submetida a três limites, especialmente. São eles: o sentido inequívoco do texto da lei, a vontade subjetiva e objetiva do legislador e o dogma do legislador negativo.

10. A constitucionalização do direito penal no Brasil acompanhou a tendência mundial iniciada em meados da década de 1960, que abrangeu países influentes no campo penal brasileiro, como Alemanha, Espanha, Portugal e Itália. A ascensão do modelo funcional teleológico, no contexto alemão, foi o ponto de partida para refletir sobre a legitimidade da sanção penal nas democracias contemporâneas e para repensar o sistema criminal a partir de preceitos políticos e de princípios constitucionais.

11. No campo da constitucionalização do direito penal, a teoria do bem jurídico-penal tem relevância destacada. O histórico de evolução da teoria demonstra que a categoria do bem jurídico surge com a finalidade de legitimar quaisquer escolhas do legislador penal, sem oferecer limites materiais ao poder de incriminar.

12. A partir da década de 1960, nasce o conceito político-criminal e constitucionalmente orientado do bem jurídico-penal no direito alemão, que ganha adeptos na doutrina penal europeia e brasileira. A vertente moderna da teoria estabelece duas funções ao bem jurídico-penal a partir da relação com a Constituição: legitimar e limitar o poder punitivo. Os princípios e bens constitucionais norteiam a atividade legislativa, seja porque define quais condutas são passíveis de criminalização, bem como estabelece condições formais mínimas para o legislador penal, seja porque circunscreve o poder de incriminar aos limites constitucionais.

13. O controle de constitucionalidade das normas penais é legítimo e tem o objetivo de garantir a supremacia constitucional, a proteção aos mecanismos democráticos e aos direitos fundamentais. As escolhas criminais são eminentemente políticas e o controle constitucional não substitui o legislador penal.

14. O grau de interferência das normas penais na esfera de liberdade dos cidadãos justifica o controle intensivo da constitucionalidade das leis penais pelo judiciário. No caso brasileiro, tal como defende Sousa Filho, o escrutínio judicial mais rigoroso ainda se deve à tendência de seletividade do sistema penal, às violações de direitos fundamentais e à baixa racionalidade do processo legislativo.

15. No Brasil, o controle constitucional das leis penais, do ponto de vista quantitativo e no que concerne às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, revela a autocontenção judicial do STF no exame da legitimidade da política criminal. A deferência ao legislador penal é a consequência do baixo rigor do controle judicial e da ampla margem de liberdade conferida à atividade legislativa em matéria penal. O exame da interpretação conforme a Constituição das leis penais, entretanto, demonstra outra postura da jurisdição constitucional.

16. Na Alemanha, a sistematização de Lothar Kuhlen evidencia que a aplicação da interpretação conforme a Constituição às leis penais e processuais penais pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) e o Tribunal Federal (BGH) segue um padrão decisório. O autor identificou tanto decisões que obedecem aos limites interpretativos quanto decisões que ultrapassam as limitações da literalidade do texto. Para Kuhlen, as decisões interpretativas em matéria penal permitem aos tribunais confirmar a constitucionalidade da norma e conservá-la vigente no ordenamento, mas com sentido diverso e distante do seu enunciado normativo.

17. A observação da jurisprudência alemã permite dividir as decisões em quatro subgrupos: (i) as reduções e ampliações conforme a Constituição dentro da margem possibilitada pela literalidade da norma; (ii) as reduções conforme a Constituição desatreladas do enunciado normativo, que se divide entre aquelas que contornam a indeterminação da norma e as que criam elementos normativos; (iii) as ampliações conforme a Constituição *pro reo*; e (iv) as ampliações conforme a Constituição *in malam partem*. As categorias foram utilizadas para analisar a jurisprudência brasileira.

18. Na jurisprudência brasileira, observou-se o recurso à interpretação conforme a Constituição de leis penais de acordo com suas premissas dogmáticas e dentro de suas limitações. Nos casos, o STF conferiu à lei um sentido compatível com a Constituição em situações de enunciados normativos com múltiplas interpretações possíveis, dentre as quais ao menos uma é inconstitucional.

19. Identificaram-se decisões classificadas como “reduções conforme a Constituição desatreladas do enunciado normativo”. Nessa categoria, o STF utiliza a interpretação conforme, mas não segundo os fundamentos e limites próprios do método. A subcategoria “método interpretativo usado para contornar indeterminação legal” abarca casos em que o Tribunal utilizou a interpretação conforme para conferir clareza e precisão às normas penais. No entanto, deve se ponderar se a abstração e a ausência de taxatividade das leis penais e processuais penais pode ser objeto de interpretação judicial, tendo em vista o princípio da legalidade estrita.

20. Por sua vez, a subcategoria “método interpretativo usado para criar elementos benéficos ou prejudiciais ao réu” demonstra que a conservação de vigência da norma penal e processual penal ocorre por meio do acréscimo de elementos normativos não deduzíveis da literalidade da lei. Quando beneficiam o réu, os elementos normativos criados por meio de interpretação judicial acrescentam critérios para aplicação da norma penal incriminadora ou de instrumentos penais ou processuais rigorosos. Quando prejudicam o réu, as criações normativas criam obstáculos à fruição de direitos ou garantias penais previstas na lei.

21. A despeito de reduzir o âmbito de incidência da norma penal, as decisões devem ser examinadas com cautela, por dois motivos principais. Primeiro, o recurso à decisão interpretativa substitui a declaração de inconstitucionalidade da norma penal, considerando as situações em que a Corte reconhece vícios materiais contundentes. Segundo, a restrição de aplicabilidade abrange também normas penais não incriminadoras e benéficas ao réu, o que conduz à expansão do poder punitivo.

22. No caso de “ampliação conforme a Constituição benéfica ao réu”, o STF amplia a incidência de normas penais não incriminadoras por meio de analogia e, assim, diminui o poder punitivo. A doutrina penal majoritária admite o uso de analogia *in bonam partem*, por entender que a proibição de analogia decorrente do princípio da legalidade se refere apenas às matérias que fundamentem ou agravem a responsabilidade do agente.

23. Por último, identificaram-se decisões de “ampliação conforme a Constituição prejudicial ao réu”, em que o Tribunal utilizou interpretação ampliativa ou analogia *in malam partem* para expandir a incidência de norma penal incriminadora – seja por meio da ampliação dos elementos do tipo, seja por meio da expansão de instrumentos penais rigorosos, como causas suspensivas da prescrição ou a natureza incondicionada das ações penais. Em geral, a doutrina penal admite a interpretação extensiva de normas penais, mas veda a analogia *in malam partem*. A dificuldade de distingui-las, como aponta Figueiredo Dias, conduz à conclusão de que a legitimidade da atividade interpretativa em matéria penal deve se guiar pelo respeito ao teor literal da lei.

24. A jurisprudência brasileira, portanto, demonstra que a conformação constitucional da norma penal pode tanto levar à redução ou à ampliação do poder punitivo. A aplicação dos princípios constitucionais ao sistema normativo penal e processual penal, dessa forma, pode tanto reduzir quanto ampliar a incidência das normas penais, seja em benefício ou em prejuízo do réu.

25. Além disso, ao contrário do que se conclui pela observação das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a jurisdição constitucional penal participa ativamente da criação político-criminal brasileira. A interpretação conforme a Constituição de leis penais, no STF, tem servido como instrumento corretivo da legislação penal e permite a confirmação da constitucionalidade da lei, a conservação de sua vigência e a restrição, ampliação ou alteração do sentido extraído de seu teor literal.

A presente pesquisa buscou contribuir para o estudo da jurisdição constitucional penal no direito brasileiro a partir da análise das decisões do Plenário do STF que expressamente aplicam a interpretação conforme a Constituição às leis penais. A necessidade de restringir o objeto de análise, naturalmente, deixa de fora questões importantes que ainda não receberam atenção por parte dos acadêmicos penais e constitucionais. A interpretação conferida as leis penais e processuais penais pelo STF sem recurso expresso à interpretação conforme a Constituição, por exemplo, não foi especificamente abordada e pode revelar uma postura ainda mais ativa da Corte no que se refere à política criminal. Há um longo caminho a ser investigado sobre como a jurisdição constitucional brasileira entende e concretiza as garantias constitucionais previstas na Constituição Federal de 1988.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, 1985.

ALENCASTRO, Emiliane; DANTAS, Ivo. Os fundamentos da interpretação conforme a Constituição: crônica de uma morte anunciada na Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 46, p.161-181, ago. 2021.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002.

Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 62.

AMANDI, Víctor Manuel Rojas. La interpretación de conformidad con la constitución en derecho alemán. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 161, p. 813-842, mayo-agosto, 2021.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

_____. Problemática penal no Tribunal Constitucional português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, p. 13-30, 2011, n.p.

AQUINO, Sara de Assis. *A história da ADO nº 26: da frustração legislativa à criminalização simbólica*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Fundamento y Función del Sistema Penal: El Programa Penal de la Constitución. *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, n. 1, p. 97-112, 1987.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria dos princípios*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZAMBUJA NETO, Mario. *Controle de constitucionalidade de leis penais e reserva de plenário*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

BALKIN, Jack. M. What *Brown* teaches us about constitutional theory. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 6, 2004.

BARBOSA, Rui, *A constituição e os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1892.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Synthesis*, v. 5, n. 1, 23-32, 2012.

_____. Prefácio. A constitucionalização tardia do direito penal brasileiro. In: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____; OSÓRIO, Aline. Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, mai./ago. 2018.

BASTOS, Celso. As normas programáticas na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 14, jan.-mar., 1996, n.p.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo. *Revista Liberdades*, nº 1, 2009.

_____. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*. Vol. I. Trad. Antonio José Miguel Feu Rosa. Vitória, 2002.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: Editorial BdeF, 2010.

_____. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: Editorial BdeF, 2010.

_____. Concerning the Need for a Right Violation in the Concept of a Crime, having particular Regard to the Concept of an Affront to Honour. In: DUBBER, Markus (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2022.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLACK, Henry Campbell; Tradução de: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Presunções na construção constitucional e a consideração dos efeitos e consequências do texto normativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. n. 7. ano 2. p. 333-366. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.

BOFILL, Hèctor López. *Formas interpretativas de decisón em el juicio de constitucionalidade de las leyes*. 2002. Tese (Doutorado) – Doctorado em Derecho Público – Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, n. 18, p. 127-150, 2004.

_____. O método tópico de interpretação constitucional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 1, maio, 2011, *online*.

_____. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORK, Robert H. The Constitution, Original Intent, and Economic Rights, *San Diego Law Review*, v. 23, n. 823, 1986.

_____. Original Intent: The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making, 26 *JUDGES J.* v. 13, 1987.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Novissimo Digesto italiano*. Torino: Utet, 1973. t. XIX.

_____. Política criminal e scienza del diritto penale. LOCAL: Il Mulino, 1997.

_____. Relaciones entre dogmática y política criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, año V, 2015.

BRISBIN JR, Richard A. *Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival*. The Johns Hopkins University Press: Baltimore and London, 1998.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral. Tomo I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forensem 1967.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. *Revista Direito GV*, V. 5, P. 507-526, 2009, p. 508-509.

BULOS, Uadi Lamêgo. Teoria da interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 205, jul-set., 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. *Revista forense: comemorativa - 100 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

CAMERON, Jamie. "The Motor Vehicle Reference and the Relevance of American Doctrine in Charter Adjudication." In: SHARPE, Robert J. (ed.). *Constitutional Litigation*. Toronto, ON: Butterworths, 1987.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, jan.-mar., 2006, n.p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

_____. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimpressão. Almedina: Coimbra, 1941.

_____. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almeida, 1989.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis (org). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios onstitucionales, 1984.

_____. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 6, n. 17, 1986.

_____. *Juízes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de *habeas corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et al (orgs.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. *A inércia da tradição*. Brasília: Colenda, 2022.

CHAIMOVICH, Lautaro Contreras. Mandato constitucional de determinación y delitos imprudentes de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 16, p. 164-196, 2021.

CHOUDRY, Sujit. The Lochner Era and Comparative Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 1, p. 1-55, 2004.

CHUERI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, n. 6, p. 159-174, 2010.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 7, agosto, 2015, n.p.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, mediante interpretação conforme: um caso exemplar na jurisprudência do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 23, p. 169-188, 1988, n.p.
- _____. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO, Ricardo Corrêa. *Partidos políticos, maiorias parlamentares e tomada de decisão na Constituinte*. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007.
- COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Montevideo: B de F, 2001.
- _____. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- _____; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2010.
- _____. Dogmática jurídico penal y política criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 105, p. 95-117, 2013, n.p.
- CONJUR. Ajufe apresenta ao Senado PL que permite prisão após condenação em 2ª instância. 29.06.2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-29/ajufe-apresenta-pl-permite-prisao-condenados-instancia>.
- COSTA, José de Faria. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- COTE-BRANCO, Gustavo Emilio. Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas*, n. 116, p. 119-151, 2008.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995.
- DE LAURENTIIS, Lucas Catib. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e feitos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____; FINATELLI, Carolina Silva. Técnicas decisórias com efeitos aditivos no direito comparado: modelos e casos aplicados no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 309, p. 129-146, 2020, n.p.

DÍAS REVORIO, Francisco Javier. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001.

DIAS, Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito, *Revista de Direito Penal*, n. 31, p. 38-53, 1981.

_____. Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1983.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 195.

_____. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 172, p. 383-419, 2020, n.p.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso de diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. *Revista penal*, p. 24-38, 2008.

_____. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad: estudios de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2010.

_____. L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. *Diritto penale contemporaneo*, p. 1-35, 2012.

DUARTE, Verônica Lemos. O ativismo judicial e alteridade: uma análise das controvérsias da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na criminalização da homofobia. *Revista Inclusiones*, p. 324-341, 2021.

ELSTER, Jon. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham; London: Duke University Press, 1994.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionalidades. *Revista de direito público*, n. 92, ano 22, out.-dez., 1989.

_____. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editora Civitas, 1991, p. 24 e seguintes;

ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

ESPADALER, Enric Fossas. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, p. 305-332, 2015.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. El examen de racionalidad en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley n. 11343 de 2006. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 162, p. 121-143, 2019, n.p.

FAVOREU, Louis. As cortes constitucionais. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

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

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FERNÁNDEZ, José Ángel. La naturaleza y contenido del mandato de ley cierta en la doctrina del Tribunal Constitucional español. *Revista de derecho*, v. 9, p. 141-152, 1998.

_____. El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, n. 1, p. 51-99, 2010.

_____. La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza. *Revista Chilena de Derecho*, v. 44, n° 3, p. 653-675, 2017.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIELD, Oliver Peter. The effect of an unconstitutional statute. *Indiana Law Journal*, v. 1, 1926.

FIORAVANTI, Maurizio. Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno. 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 2004.

_____. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Trad. Adela Mora Canada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
_____. Interpretación y hermenêutica del derecho. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v. 1, outubro, p. 1339-1345, 2010, n.p.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. *Desarrollo Económico*, v. 36, n. 144, p. 971-990, jan./ mar. 1997.
_____. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.

_____. *La Sala de Máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

_____. “Constitucionalismo vs. democracia”. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 3. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

GOMES, Luis Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do direito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, p. 120-163, 2000, n.p.

_____. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 49, p. 89-147, 2004, n.p.

- _____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, p. 165-185, 2010.
- _____; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*, n. 7, p. 97-123, 2011.
- _____. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?. *Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa (ADPE)*, v. 2, p. 63-73, 2012.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milano: A. Giuffrè, 1998.
- _____. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 595-602, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina penal - teoría y práctica em las ciencias penales*, nº 45 a 48, año 12. 1989.
- _____. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 6, p. 36-71, 1994, n.p
- _____. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22, p. 27-35, 1998, n.p.
- _____. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 95-96.
- HEEGEWALDT, Elisabeth; ÖSTERMANN, Elmar (coords.). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Aachen Assis Mendonça. Deutscher Bundestag: Berlin, 2022.
- HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 57-75, 2011.
- HESPANHA, António Manuel. *Poder e instituições na europa do antigo regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- _____. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la atio libera in causa. *Revista penal*, n. 7, p. 67-75, 2001.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 1996.

_____. ¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 7, n. 11, p. 23-42, 2001.

_____. r. As normas de Binding e a sociedade. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (orgs.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArts, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLAFKE, Guilherme Forma. *A interpretação conforme a Constituição na doutrina brasileira: uma análise entre conceitos e os limites à utilização da técnica*. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

KŁOPOCKA-JASIŃSKA, Marta. Editorial of the dossier “The role of constitutional courts in shaping procedural fairness in criminal cases” – Constitutionalisation of the right to a fair criminal trial as a process inspired by constitutional courts. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, p. 13-46, 2022.

KOERNER, Andrei. Judiciário e moralização da política: três reflexões sobre as tendências recentes no Brasil. *Pensar*, v. 18, n. 3, p. 681-811, 2013.

_____. A corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos. In: KOERNER, Andrei (org.). *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017.

KROL, Heloísa da Silva. Aportes de teoria constitucional: uma abordagem sobre constituição, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, p. 78-108, 2007, n.p.

KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Madrid: Marcial Pons, 2012.

LACERDA, Luísa. PENCAK, Nina. O constitucionalismo feminista e sua influência no Supremo Tribunal Federal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXVII, Bogota, p. 333-352, 2021.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 455.

LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Político*, v. 92, Belo Horizonte, p. 65-97, 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n. 22, enero-abril, 1988.

- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.
- LORENZETTO, Bruno Menezes; KOZICKI, Katya. Constituição a Constituição: entre paradoxos, razões e resultados. *Revista Direito GV*, v. 11, p. 623-648, 2015.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*, v. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Álvaro Penna et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. In: *Projeto Pensando o Direito*, MJ/PNUD, v. 32, 2010.
- MACIEL, Silvio Luiz. *Interpretação conforme a constituição*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MALAN, Diogo. Competência penal *ratione functionae* do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 113-135, 2014, n.p.
- MARTÍN, Luís Garcia. O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito. *Ciências Penais*, v. 2, p. 5-28, 2005, n.p.
- MARTÍNEZ, Joaquín Urías. El valor constitucional del mandato de resocialización. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 21, n. 63, p. 43-78, 2001.
- MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Dundación Konrad-Adanauer, 2005.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei - “Unvereinbarkeitserklärung” - na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de informação legislativa*, n. 30, n. 118, abr.-jun, 1993.
- _____. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 4, p. 7-30, 1993, n.p.

_____. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 23, abr.-jun., 1998, n.p.

_____. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 760, p. 11-39, 1999, n.p.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Uma revolução silenciosa no Supremo. [Entrevistado por] Cristine Prestes. *Valor Econômico*, São Paulo, 18 out. 2007.

_____. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *DPU*, n. 27, maio-jun., 2009.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos common law crimes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 57, n. 228, p. 37-58, 2020.

MESA, Gloria Patricia Lopera. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

MEYLER, Bernadette A. Towards a Common Law Originalism. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 49, 2006.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 155-156.

MICHILES, Carlos et al. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MIGLIARDI, Mario Durán. *Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal*. *Política criminal*, vol. 6, nº 11, p. 142-162, 2011.

MIR, José Cerezo. La influencia del Welzel y del finalismo, em general, em la ciencia del derecho penal española y em la de los países iberoamericanos. *Ciências Penais*, v. 12, p. 53-82, 2010, n.p.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

_____. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

_____. *Estado, pena y delito*. Montevideo: Editorial BdeF, 2006.

_____. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

_____. Concepto de bien jurídico-penal como límite del *ius puniendi*. In:

MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice (coords.). *Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener*. Brasília: Conselho Federal de Justiça, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Defesa, guarda e rigidez das constituições. guarda e rigidez das constituições. Revista de Direito Administrativo*, n. 4, p. 1-25, 1946.
_____. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
_____. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 21, 2003.
_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTEIRO, Arthur Maximus. O *habeas corpus* como instrumento de controle de constitucionalidade das leis penais: vício ou virtude?. *Direito em movimento*, v. 19, p. 42-70, 2021.

MONTIEL, Juan Pablo. Creación judicial de derecho penal y analogía *in bonam partem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 90, p. 53-95, 2011, n.p.

MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 78, jan.-mar., 2012, n.p.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.
_____. *Teoria Estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 219-235, 2010, n.p.

NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, p. 307-469, 1984.
_____. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1993.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, número 206, abr.-jun., 2015.
_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

NORONHA, Eduardo Garuti. Mudança institucional e a Constituinte de 1987-88: temas e preferências de empresários e sindicalistas. *7º Encontro da ABCP*, p. 1-30, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte especial. Arts. 121 e 212 do Código Penal*. Vol. 2. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de processo*, v. 196, 2011, n.p.

OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes de. *Do caráter aberto dos tipos penais: revisão de uma dicotomia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PAGLIARIO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1998.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, vol. 13, núm. 26, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.
_____. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade. *Julgar*, nº 29, 105-118, 2016.

PELLEGRINI, Guilherme Martins. Motivos que levam ao uso da interpretação conforme a Constituição pelo STF. In: VOJVODIC, Adriana et al (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Editora RT, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ação rescisória e modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, v. 153, nov., 2007, n.p.

PRADO, Luiz Régis. Argumento analógico em matéria penal. *Revista dos Tribunais*, v. 734, p. 541-548, 1996.
_____. *Bem jurídico penal e Constituição*. 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

QUEIROGA, Antônio Elias de. Interpretação e aplicação do direito. *Revista dos Tribunais*, vol. 740, jun., 1997, *online*.

RAKOVE, Jack N. The Original Intention of Original Understanding. *Const. Comment.*, v. 13, n 159, 1996.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 171.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

REAL, Alberto Ramón. Los métodos de interpretación constitucional. *Revista de Derecho Público*, n. 25/26, p. 56-69, 2016.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REZNIKOWSKI, Joachim. A distinção entre norma de comportamento e norma de sanção na teoria analítica do direito. Trad. Adriano Teixeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, p. 51-73, 2014.

RIBAS, Eduardo Ramón. Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. *Revista de derecho penal y criminología*, v. 3, n. 12, p. 111-164, 2014.

RIPOLLÉS, José Luiz Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. El control de constitucionalidad de las leyes penales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 75, p. 59-108, 2005.

_____. *A política criminal na encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ROCHA, Ronan de Oliveira. *A relação de causalidade no Direito Penal*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2014.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Lisboa: Veja, 1993.

_____. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 65, p. 9-25, 2007, n.p.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, p. 89-139, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional. *InDret*, v. 3, p. 1-33, 2012.

SANCHÍS, Prieto Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, n. 71, 2004.

SANTOS, Cleopas Isaías. Alguns apontamentos sobre as vinculações filosóficas e constitucionais do conceito material de crime. *Revista Liberdades*, n. 7, maio-agosto, 2011.

SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SAVIGNY, Federico Carlo Di. *Sistema del Diritto romano attuale*. Trad. de Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico - Editrice, 1888.

_____. et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

SCALCON, Raquel Lima. Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização: podemos manter o legislador ordinário penal na prisão?. *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, julho, 2009.

_____. *Controle de constitucionalidade de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019,.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Jurisdicción constitucional y separación de poderes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n. 5, mayo-agosto, 1982.

_____. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991.

_____. O Direito Penal é a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 9-37, 2005.

_____. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SHAMAN, Jeffery. Cracks in the structure: the coming breakdown of levels of scrutiny. *Ohio State Law Journal*, v. 45, p. 161-183, 1984.

SHAPIRO, David L. The role of precedent in constitutional adjudication: an introspection. *Texas Law Review*, v. 86, n. 5, April, 2008.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme a constituição: *Verfassungskonforme Auslegung* brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 143, p. 19-33, jul./set. 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun., 2006.

_____. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 86, p. 231-246, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRAUSS, David A. Is Carolene Products Obsolete? *University of Illinois Law Review*, vol. 2010, n. 4, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 2, 2009.

_____. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUMMERS, Robert Samuel. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought-a Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, v. 66, p. 861-948, 1981.

_____. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca, N.Y: Cornell University Press, 1982.

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. The global expansion of judicial power. Nova York: New York University Press, 1995.

- TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- _____. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- TAYLOR, Greg. Retrospective criminal punishment under the German and Australian Constitutions. *INSW Law Journal*, v. 23, 196-234, 2000.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Constitución y ley penal. La imposible convergencia”, *RFDUCM*, 1986.
- TOLEDO, Alina Silva. Mandados de criminalização e o crime de racismo. *Ciências Penais*, v. 16, p. 207-235, 2012, n.p.
- TOMMASINI, Nicola. *A presunção de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel. Beccaria y la Inquisición española. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 24, n. 2, p. 319-416, 1971.
- TOURINHO FILHO, Fernando. Da competência pela prerrogativa de função. *Revista dos Tribunais*, v. 809, p. 397-410, 2003, n.p.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- VASCONCELOS, Natália Pires de. *Judiciário e orçamento público: considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>.
- VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Luis Andrés. *El control constitucional de leyes penales en el marco de un modelo racional de legislación penal*. Tese (Doutorado), Universidade de Málaga, Departamento de Derecho Público, Málaga, 2014.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1989.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.
- VIGO, Luís Rodolfo. Razionamiento judicial justificatório. *Doxa*, n. 21, 1998.

VORMBAUM, Thomas. *A Modern History of German Criminal Law*. Trad. Margaret Hiley. London: Springer, 2014.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115, 6, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén. 1999.

_____. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Editorial BdeF, 2004.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review*. New York: Basic Books, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro. Teoria geral do direito penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.