

OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL CRIMINAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS E RECONSTRUTIVAS

Douglas Lingiardi Strachicini¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo definir os limites do ativismo judicial criminal na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, em relação à criação de novos crimes, através de decisões interpretativas e reconstrutivas diante do princípio da reserva legal. Para tanto, foi levada a efeito uma pesquisa normativo-jurídica, que utilizou metodologia qualitativa com fontes primárias e secundárias, visando o conhecimento doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria. Na primeira parte deste trabalho, analisou-se a evolução do ativismo judicial na jurisdição constitucional com a superação do dogma Kelseniano do legislador negativo. Na segunda parte, estudou-se como a atuação da jurisdição constitucional possui limites nas decisões interpretativas, nas técnicas da interpretação conforme e a declaração de nulidade sem redução de texto. Por fim, na terceira parte foi feita a verificação das decisões reconstrutivas, tanto as de efeitos aditivos como as de efeitos substitutivos. Em conclusão, constatou-se a impossibilidade de utilização das decisões reconstrutivas no âmbito penal, submetido a reserva de lei.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Evolução. Decisões Interpretativas. Decisões Reconstrutivas. Reserva Legal.

¹ Promotor de Justiça (MPMT), Especialista em Ciências Criminais pela USP, Mestrando em Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT)

1 INTRODUÇÃO



momento pelo qual passa o Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal (STF) justificam o debate em torno das funções das Cortes Supremas, dos limites das decisões constitucionais e dos aspectos que caracterizam o modo como o processo constitucional se desenvolve. Isso porque a jurisdição constitucional teve grande expansão no período posterior ao final da 2ª Guerra Mundial, que coincide com a mudança de um modelo de Estado Liberal para um Estado Social².

Seguindo a lição de Luís Roberto Barroso, a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição Federal, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição³.

É dentro deste contexto de expansão da jurisdição constitucional que o papel das Cortes Supremas sofre uma grande alteração de referência. A ideia inicial, pensada por Hans Kelsen, de que estes Tribunais fariam as vezes de um *legislador negativo*, atuando somente de forma contramajoritária para expurgar do sistema jurídico normas e atos do poder público contrários à Constituição, não consegue subsistir à evolução da hermenêutica constitucional e também não é capaz de lidar com as

² Neste sentido: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 19-20 e 39-52; CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A função normativa das sentenças constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.); PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (Orgs.). *Processo Constitucional. Processo constitucional* [livro eletrônico – edição do Kindle]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; ePub. posição 12601; ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 1310.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 446-447.

questões mais complexas, baseada apenas nos clássicos critérios interpretativos (lógico, gramatical, sistemático e histórico)⁴.

Ganham espaço novos institutos com os quais as Cortes Constitucionais Alemã e Italiana – mas também da Espanha e de Portugal – passam a trabalhar a partir da década de 1970, dentre os quais se destacam: (a) a interpretação conforme a constituição; (b) a declaração de nulidade sem redução de texto; e (c) as decisões reconstrutivas⁵.

Estes mecanismos tardam um pouco a chegar ao Brasil, eis que somente com a Constituição Federal de 1988 é que passa a se falar em um efetivo Estado Democrático de Direito. Alguns anos mais tarde, a Lei Federal nº 9.868/1999⁶ incorpora expressamente em seu texto a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Em relação às decisões reconstrutivas, sejam aditivas ou substitutivas, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto proferido na ADI nº 3.510-DF (ADI nº 3.510), em 29/05/2008, já profetizava que o STF teria que superar a função de *legislador negativo* e passar a adotar uma linha jurisprudencial mais próxima “daquela que já vinha sendo adotada pelas Cortes Constitucionais europeias, inclusive em relação à prolação de decisões interpretativas com eficácia aditiva”, o que faria com que o Tribunal passasse a ter uma “atuação mais criativa para a solução de problemas decorrentes da

⁴ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 71.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 564-566.

⁶ BRASIL. Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Planalto*. Disponível em:

omissão inconstitucional”, que ocasionava dificuldades na efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição⁷.

Esta atuação inovadora por parte do Tribunal Constitucional desperta infundáveis debates no momento atual, no qual se discutem os fenômenos do ativismo judicial, da judicialização da política e em que medida podem afetar o cumprimento da vontade constituinte e o respeito aos valores consagrados pela civilização democrática, que tanto almeja encontrar segurança jurídica e a paz social.

O desdobramento e as consequências do denominado ativismo judicial – seja no que diz respeito ao papel constitucional da divisão dos poderes, seja no que tange ao valor da segurança jurídica num Estado de Direito – suscita a preocupação com os limites objetivos do processo hermenêutico.

Nesta conjuntura de pesquisa, despontou-se a seguinte problemática: quais os limites de aplicação do ativismo judicial na jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em relação à criminalização de condutas diante do princípio da reserva legal? Para o alcance do resultado dessa problemática, expõe-se como objetivo geral deste trabalho definir os limites do ativismo judicial criminal na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, em relação à criação de novos crimes, através de decisões interpretativas e reconstrutivas diante do princípio da reserva legal.

Para atingir esse objetivo geral, foram traçados, de forma específica: conhecer a evolução da jurisdição constitucional para compreender a existência da figura do *legislador positivo*; identificar os limites existentes ao legislador positivo frente às decisões interpretativas; e, por fim, verificar a possibilidade – ou não – de aplicação das decisões reconstrutivas no âmbito penal.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*, Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010, DJe nº 96, Ementário-02403-1. p. 134-659. p. 629.

Visando atingir seus objetivos, o presente artigo está definido em uma pesquisa normativa-jurídica⁸, que utilizou metodologia qualitativa com fontes primárias (análise de julgados) e secundárias (autores que compõem o referencial teórico), visando o conhecimento doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria, além de utilizar o método indutivo⁹, partindo de casos particulares para alcançar uma questão mais ampla, e como técnicas de pesquisa a jurisprudencial.

Portanto, o ativismo judicial dentro da jurisdição constitucional, quando aplicado aos aspectos criminais, possui limites definidos nas decisões interpretativas e reconstrutivas. Esse ativismo tem sua evolução definida na jurisdição constitucional até a consagração do legislador positivo (2). Porém, essa atuação do legislador positivo possui limites nas decisões interpretativas (3), o que condiciona a impossibilidade de sua aplicação nas decisões reconstrutivas no âmbito penal (4).

2 A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DE LEGISLADOR NEGATIVO AO POSITIVO

Inicialmente, é importante destacar a evolução da jurisdição constitucional, ressaltando como sua conceituação e abrangência mudaram desde o dogma Kelseniano, que a identificava como o *legislador negativo*, até alcançar o patamar que ostenta hoje, de um verdadeiro órgão de promoção, concretização e defesa dos direitos fundamentais.

O final da 2ª Grande Guerra, quase no meado do século XX, marca o início de um período de grandes transformações políticas, econômicas e sociais. Como o direito sempre está

⁸ BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. p. 231.

⁹ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 108.

presente nas relações humanas, é preciso dizer que a etapa também acentua uma profunda transformação sobre o modo como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são pensados e praticados¹⁰.

Esta transformação está diretamente ligada ao fato de que as Constituições passam a ter um papel fundamental na estruturação dos Estados, situação que decorre do reconhecimento expresso de que possuem *força normativa* e que traduzem valores a serem implementados sob o domínio da imperatividade, pena de incidirem os mecanismos próprios de coação¹¹. Em verdade, ocorre uma superação dogmática da tese dualista defendida por Ferdinand Lasalle, na qual considerava-se a existência de duas Constituições, uma *real*, que seria a tradução dos fatores reais de poder, e uma *escrita* (formal ou jurídica), que não passaria de uma folha de papel, e seria apenas a representação da primeira¹², para a tese coordenada de Konrad Hesse, onde a Constituição adquire força normativa na medida em que seus valores vão sendo implementados. Para tanto, a Constituição deve estar conectada ao presente e construir o futuro, pois “somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotadas de uma ordenação jurídica pelos parâmetros da razão, pode efetivamente, desenvolver-se”¹³.

Este momento, então, caracteriza-se por uma intensa constitucionalização do direito que passa a se espalhar sobre todo o ordenamento jurídico dos Estados, impregnando a legislação, a doutrina e a jurisprudência através das normas constitucionais

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 2, n. 9, 4 abr. 2017. 258-301. p. 266.

¹¹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 35.

¹² LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23.

¹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 16-18.

e sua força inerente¹⁴.

Os autores assentam consenso de que o marco inicial desta constitucionalização do direito ocorreu após a edição da Constituição da Alemanha de 1949, seguida da criação de seu Tribunal Constitucional Federal em 1951, assim como recebeu forte influência da Itália, via Constituição Italiana de 1947 e instalação de sua Corte Constitucional em 1956¹⁵. A partir de então o modelo de constitucionalização do direito e da criação de tribunais constitucionais de espalhou, sendo poucas as exceções de Estados que não contemplam o *judicial review*.

Além disso, esse movimento de constitucionalização traz consigo o efeito expansivo das normas, fazendo com que o seu conteúdo material e valorativo se alastre, com força normativa, por todo o sistema jurídico¹⁶. Não bastasse isso, o constitucionalismo caminha no sentido de reconhecer a supremacia das Constituições (e não mais do Parlamento), os mecanismos de controle de constitucionalidade, na supremacia judicial e ativa proteção dos direitos fundamentais¹⁷.

Todas essas mudanças fortaleceram o papel do Poder Judiciário, inclusive no sentido de verificar o controle de compatibilidade de atos normativos com a Lei Maior. No Brasil, a retomada deste constitucionalismo só ocorreu com a Constituição de 1988, que surge após décadas de ausência de democracia e violações de direitos fundamentais.

¹⁴ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 13.

¹⁵ Neste sentido: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 40; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, BA, n. 9, mar./abr./maio 2007. p. 3-7.

¹⁶ CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 12.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 2, n. 9, 4 abr. 2017. 258-301. p. 259.

As mudanças ocorridas viabilizaram a expansão da jurisdição constitucional, que passou a ter como função principal garantir a supremacia constitucional através do controle de compatibilidade dos preceitos normativos com a Constituição. Este poder de fiscalização e controle é que protege a força normativa da Constituição e, como leciona José Adércio Leite Sampaio, é exercido por um órgão constitucionalmente designado e apartado dos demais (Cortes Constitucionais) ou por uma Suprema Corte¹⁸.

Desta forma é possível constatar que o controle de constitucionalidade é interconectado com jurisdição constitucional¹⁹. Não obstante, não se confunde com ele, pois esta é apenas uma de suas atribuições, não havendo que se falar em equivalência dos institutos, porque a proteção, garantia, e efetivação dos direitos fundamentais, bem como o funcionamento como instância judiciária são outras funções²⁰.

Nessa conjuntura, fica claro que a atuação do Tribunal Constitucional como *legislador negativo*, eliminando normas incompatíveis com a Constituição, tal como concebida por Hans Kelsen²¹, ficou amplamente defasada, especialmente ante a nova realidade e as exigências da jurisdição constitucional, que procura cada vez mais se aproximar da realidade social e concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Aumenta a atuação e protagonismo do Poder Judiciário, eis que jurisdição constitucional tem por funções servir de instrumento de defesa da Constituição, garantir seu respeito por

¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 22.

¹⁹ Ou, como diz Daniel Mitidiero, é a *semente* que dá origem à jurisdição constitucional. MITIDIERO, Daniel. *Processo constitucional: do Controle ao Processo, dos Modelos ao Sistema*. Edição do Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 16.

²⁰ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 49.

²¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 263-264.

parte dos entes estatais e da sociedade e aumentar a sua densidade normativa²². Além disso, as Cortes Constitucionais da Alemanha e da Itália, assim também da Espanha e de Portugal, passam a desenvolver e utilizar novas técnicas e novos institutos a partir da década de 1970, dentre os quais se destacam a interpretação conforme a constituição a declaração de nulidade sem redução de texto e as decisões reconstrutivas, até então conhecidas como *sentenças manipulativas*²³.

Estes mecanismos só chegam ao Brasil após a Constituição de 1988, mais especificamente através da Lei Federal nº 9.868/1999²⁴, que incorpora expressamente em seu texto a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, muito embora se saiba que o STF já viesse adotando as técnicas na prática das ações do controle abstrato.

Por tudo o que se expôs até aqui, verifica-se uma grande evolução da jurisdição constitucional no período posterior à 2ª Guerra. Essa mudança evidencia a assunção de um papel muito mais proeminente por parte do Poder Judiciário, que através das Cortes Supremas, passa da visão Kelseniana de *legislador negativo* para uma função de *legislador positivo* com a finalidade de preservar a Supremacia Constitucional, em face da presunção de constitucionalidade das normas. É o que ocorre, por exemplo,

²² AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 564-566.

²⁴ BRASIL. Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Planalto*. Disponível em:

com os institutos da declaração de nulidade sem redução de texto, a interpretação conforme e as decisões reconstitutivas.

A Lei Federal nº 9.698/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, no parágrafo único de seu artigo 28, já previu que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Fica claro, portanto, que a mencionada lei viabilizou o ingresso na jurisdição constitucional brasileira de decisões que passaram a tratar das possibilidades hermenêuticas da norma e não somente do texto da lei. Esse tipo de decisão, é chamada de *sentença interpretativa*²⁵, embora existam autores que entendam mais adequada a utilização da expressão *sentença reconstitutiva*²⁶.

As *sentenças interpretativas* podem ser divididas em interpretativas em sentido lato e interpretativas em sentido estrito. Em sentido lato, englobariam decisões interpretativas em sentido estrito e decisões reconstitutivas. De seu turno, as decisões interpretativas em sentido estrito, por sua vez, comportam a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. É sobre a existência de limites a estas decisões que se tratará na sequência desta pesquisa.

3 OS LIMITES AO LEGISLADOR POSITIVO NO ATIVISMO JUDICIAL DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS

²⁵ GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. Item 2.5. p. 63-65.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENO, Valéria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino Strumenti, 2012. p. 390.

O processo evolutivo atravessado pela jurisdição constitucional fez com que o Poder Judiciário passasse a ter um papel proeminente na concretização dos valores constitucionais fundamentais. Na passagem da função de legislador negativo para a de legislador positivo o órgão judicial viu o surgimento de novos institutos e técnicas para fazer face a tal cenário: interpretação conforme, nulidade parcial sem redução de texto, ativismo judicial, *amicus curiae*, *overruling*. Enfim, exponencializou-se o papel da Corte Suprema e o advento da Lei Federal nº 9.868/1999 é um claro exemplo da mutação das atividades do STF²⁷.

Se, a princípio, jurisdição constitucional estava atrelada única e exclusivamente ao controle de compatibilidade entre a lei e a Constituição, bastando que o órgão jurisdicional decidisse em sentido positivo (declarando a constitucionalidade) ou negativo (reconhecendo inconstitucionalidade), a realidade social atual passou a exigir uma postura muito diferenciada.

Esta nova realidade de atuação do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, evidencia que este também passa a exercer função criativa, ainda que não possa e não deva se imaginar que esta atuação se dê em substituição ou usurpação da função legislativa. É por isso que se torna indispensável estudar os limites existentes quando o Poder Judiciário atua nesta nova perspectiva de legislador positivo, destacando-se as balizas existentes quando da utilização da interpretação conforme (3.1) e as fronteiras referentes à declaração de nulidade (3.2).

3.1 LIMITES PRESENTES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

Tal como exposto acima, a primeira hipótese de decisão

²⁷ Neste sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 2927.

interpretativa em sentido estrito refere-se ao instituto da *interpretação conforme a Constituição*. Por meio desta técnica de decisão, o órgão jurisdicional exclui as possibilidades interpretativas que não sejam aquelas que não estejam em compatibilidade com a Constituição, segundo a visão da Corte Constitucional.

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica de decisão de controle de constitucionalidade que visa salvar uma norma fazendo com que ela permaneça no ordenamento jurídico após excluir, por inconstitucionalidade, determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo²⁸.

O instituto pode ser utilizado com ou sem a redução de texto normativo. Assim, o STF pode declarar a constitucionalidade de uma norma, desde que tenha determinada interpretação compatível com a Constituição com ou sem a supressão de parte do texto da norma. O direito comparado não estipulou em lei a técnica, mas o legislador brasileiro adotou expressamente o instituto no artigo 28 da Lei Federal nº 9.868/1999, embora se saiba que o judiciário brasileiro já se utilizava de tal técnica interpretativa anteriormente²⁹. A interpretação conforme “pode corrigir tanto o erro do legislador quanto ajustar o enunciado legislativo às alterações das circunstâncias fáticas, objetivando adequar seu sentido à Constituição”³⁰.

A interpretação conforme como atividade criativa permite que o preceito normativo seja harmonizado com a materialidade da Constituição, preservando a estabilidade normativa. Afinal, “na interpretação conforme a Constituição tem-se, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial”³¹.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 536.

²⁹ Neste sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 2939.

³⁰ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 661.

³¹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição*

Neste norte, por intermédio da interpretação conforme a Constituição é permitido à Corte Constitucional exercer uma adequação da legislação à ordem constitucional. Não obstante, esta técnica está condicionada à observância de limites dentro do contexto da jurisdição constitucional.

É exatamente por isso que esses limites consistem principalmente em não atingir um resultado destoante daquele pretendido pelo legislador³². Mesmo porque, a interpretação conforme a Constituição só é admissível se “não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado da norma, com mudança da concepção original do legislador”³³. Afinal, os textos normativos, por serem expressão da linguagem, sempre vão possuir certa indeterminação semântica, de modo que os limites nem sempre são claros e difíceis de definir. Por esta razão reconhece que o STF, na evolução jurisprudencial, nem sempre se atentou para os limites entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador³⁴.

Aliás, Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto proferido na ADI nº 1.351-3-DF³⁵ (ADI nº 1.351), ajuizada em 2006 por partidos políticos, admitiu que o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, *extrapola o limite* da interpretação conforme a constituição, quase sempre imbuído do dogma Kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint*

constitucional, Curitiba: Juruá, 2017. p. 126.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 1227.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 2946-2947.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 2948.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351*, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/12/2006. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30/03/2007, PP-00068, Ementário-02270-01, PP-00019, Republicação: DJ 29/06/2007, PP-00031, RTJ-00207-01, PP-00116. p. 19-171.

ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Em sua visão, uma análise detida da jurisprudência da Corte revela que, em muitos casos, o STF “não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador”. Para exemplificar o que disse, o ministro destacou que no julgamento conjunto das ADIs nº 1.105 e nº 1.127, o Supremo, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia, acabou adicionando-lhes *novo conteúdo normativo*, transformando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei³⁶.

As advertências sobre a possível extrapolação dos limites do que se estipulava como a técnica da interpretação conforme tinham fundamento. Assim, no ano de 2012 sobreveio a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF³⁷ (ADPF nº 54), ajuizada em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS). No julgamento, o Supremo Tribunal Federal assentou ser inconstitucional interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

O caso se notabilizou como sendo da *descriminalização do aborto de feto anencefálico*, revela que o STF atuou de maneira criativa, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351*, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/12/2006. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30/03/2007, PP-00068, Ementário-02270-01, PP-00019, Republicação: DJ 29/06/2007, PP-00031, RTJ-00207-01, PP-00116, p. 158-159.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/04/2012. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/04/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1-433.

aborto. Ao reconhecer a procedência e dar interpretação conforme aos artigos 124 a 128 do Código Penal (Decreto Lei nº 2.848/1940), o Tribunal proferiu não apenas uma decisão interpretativa, mas uma típica decisão reconstrutiva com eficácia aditiva em matéria penal.

Note-se que esta extrapolação não passou despercebida. O teor do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Arguição, revela sua argumentação de que o tema seria assunto para o Legislativo, não para o Supremo Tribunal Federal: “os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação”. E arrematou, citando Luis Recaséns Siches, ao grafar que “quando a lei é clara, não há espaço para interpretação”³⁸.

Desta forma, observa-se que a técnica da interpretação conforme vem sofrendo uma grande guinada na jurisprudência do STF. Inicialmente considerada como uma decisão interpretativa, segundo a classificação de Riccardo Guastini, passa a decisão reconstrutiva, com a possibilidade de efeitos aditivos ou substitutivos, como será analisado na sequência deste trabalho.

3.2 LIMITES DEFINIDOS NA DECLARAÇÃO DE NULIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO

A segunda hipótese de decisão interpretativa em sentido estrito é a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Através desta técnica o Tribunal exclui ou anula o sentido apresentado pelo texto da lei de maneira inconstitucional, aceitando, no entanto, outras possibilidades interpretativas. A declaração

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/04/2012. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/04/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 238-252.

de nulidade sem redução de texto, portanto, ataca uma das variantes interpretativas proporcionadas pelo texto. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal pode compreender que apenas uma das variantes hermenêuticas do texto é incompatível com a Constituição e, assim, a declarar inconstitucional, mantendo-se as demais viabilidades de sentido³⁹.

Neste sentido, não se reduz a validade do dispositivo, que permanece com total força normativa, mas somente seu âmbito de aplicação. A Corte Constitucional reconhece a inconstitucionalidade da norma em relação a certa situação, mas, simultaneamente, admite sua aplicabilidade a situações diversas⁴⁰. Assim como ocorre com a técnica da interpretação conforme, na declaração de nulidade sem redução a Corte Constitucional também está condicionada à existência de limites para o exercício da jurisdição constitucional.

No caso, estes limites estão diretamente ligados à possibilidade de a decisão produzir efeitos vinculantes. Como vimos, a técnica de declaração de nulidade sem redução de texto não realiza juízo de constitucionalidade sobre o texto legislativo da lei, mas somente sobre uma das possibilidades hermenêuticas.

Ademais, revelando seu caráter de decisão interpretativa⁴¹, a declaração de nulidade sem redução só pode receber o

³⁹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 661.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 896.

⁴¹ Lenio Streck, ao tratar do tema destaca que: “a noção de sentenças interpretativas terá somente um caráter metodológico, para apartar tais decisões daquelas consideradas dogmaticamente como não problemáticas, isto é, daquelas nas quais o sentido não causa perplexidade no seio da comunidade jurídica, donde nunca é demais referir que o sentido de um texto somente é claro quando há um determinado consenso acerca dele. Surgindo discrepâncias, nasce a divergência de cunho interpretativo. As decisões interpretativas constituem, em *ultima ratio*, uma espécie de decisões em que há um aditamento explícito de sentido ou uma redução de uma das hipóteses aplicáveis ao texto. Dizendo de outro modo, as decisões assim denominadas interpretativas surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se aceções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

efeito vinculante em relação à interpretação considerada inconstitucional, não podendo o Tribunal estender para as outras possibilidades interpretativas, porque não foram objeto de decisão de inconstitucionalidade.

Por fim, convém ressaltar a diferença existente entre a declaração de nulidade parcial *sem* declaração de nulidade da declaração de nulidade parcial *com* declaração de nulidade. Neste último caso, é preciso que o órgão jurisdicional verifique se estão presentes as condições objetivas de divisibilidade da norma, assim também apurar se a norma que irá subsistir após a declaração de nulidade parcial corresponde à vontade do legislador.

Esta análise sobre a vontade do legislador é parâmetro limitador da mais elevada importância, visto que a declaração de inconstitucionalidade não pode ter como consequência a criação de uma *nova lei*, hipótese em que haveria usurpação da função legislativa por parte do STF⁴².

Não sem razão, o próprio STF reconheceu a existência desses parâmetros para a hipótese de declaração de nulidade sem redução de texto nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.459-RS⁴³ (ADI nº 3.459), ajuizada em 2005 pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal debateu de forma ampla o respeito aos limites da declaração de inconstitucionalidade parcial e assentou por não conhecer da ação direta tendo em vista que a eliminação da expressão normativa impugnada *teria o efeito de fazer surgir nova lei* contrária à vontade original do legislador.

p. 426.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 2933-2934.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.459*, Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 24/08/2005. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/04/2006. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2228-1. p. 141-215.

4 A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DECISÕES RECONSTRUTIVAS COM FINALIDADE CRIMINALIZADORA

A alteração de prisma da atuação da jurisdição constitucional fez com que o Poder Judiciário ganhasse importância na concretização da vontade emanada da Constituição, como já exposto. As decisões proferidas no âmbito da jurisdição constitucional, deixaram a tradicional conformação binária – da constitucionalidade e inconstitucionalidade – para ganharem novas formatações, como visto em relação à interpretação conforme e a declaração de nulidade sem redução de texto.

Todavia, esses mecanismos não foram os únicos meios inovadores na atuação das Cortes Constitucionais. Assim, após estudar as decisões interpretativas em sentido estrito, destacando os limites que a jurisdição constitucional deve respeitar na aplicação das técnicas decisórias da interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, faz-se necessário o estudo das decisões reconstrutivas⁴⁴.

É somente por meio deste caminho que se pode melhor compreender a impossibilidade de aplicação das decisões reconstrutivas no âmbito penal. Desta forma, inicialmente se faz necessário expor a definição jurídica das decisões reconstrutivas, distinguindo as aditivas e as substitutivas (4.1). Ato contínuo, é preciso destacar que também existem limites a se observar nas decisões reconstrutivas (4.2), sendo certo que destes limites é possível constatar a impossibilidade da utilização dos efeitos aditivos ou substitutivos para a incriminação de condutas (4.3).

⁴⁴ Para conferir uniformidade ao texto, será utilizada a expressão *decisão reconstrutiva*, porque nem todo provimento jurisdicional que veicula jurisdição constitucional é uma sentença, assim também pelo fato de o verbo manipular transmitir um sentido negativo na sua relação com o direito. Cf. MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. p. 38; PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Jurua, 2017. p. 126; ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENO, Valéria. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino Strumenti, 2012. p. 390.

4.1 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE DECISÕES RECONSTRUTIVAS (OU MANIPULATIVAS) – ADITIVAS E SUBSTITUTIVAS

Após uma análise preliminar sobre as decisões interpretativas, passa-se nesse momento ao estudo referente às decisões reconstrutivas (também chamadas de manipulativas ou intermediárias) como mecanismo de atuação da jurisdicional constitucional de que se vale o Supremo Tribunal Federal.

As decisões reconstrutivas passaram a ser a ser objeto de estudo mais aprofundado no Brasil na década de 1990, quando difundiu o uso da expressão *sentença intermediária* exatamente porque os órgãos jurisdicionais responsáveis pela guarda da Constituição passaram a tomar decisões destoantes do binômio constitucional ou inconstitucional, ficando *no meio do caminho*⁴⁵.

Decisões reconstrutivas correspondem ao que a doutrina italiana denomina sentenças *modificativas*, *manipulativas* ou *de caráter intermédio*⁴⁶. A decisão reconstrutiva “é aquela mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas à sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição”⁴⁷. São decisões que reelaboram a norma, alterando-a para torná-la compatível com a Constituição. Essas decisões, diferentemente das decisões interpretativas em sentido estrito, objetivam construir uma

⁴⁵ Neste sentido: SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

⁴⁶ GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di Teoria Costituzionale*, Turim, G. Giappichelli Editore, 2001, p. 222.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 545.

norma de acordo com a Constituição a partir de um dispositivo que não permite uma norma ou interpretação válida.

As decisões reconstitutivas podem ser de 3 (três) tipos: redutivas, aditivas ou substitutivas⁴⁸. Para os fins desta pesquisa, limita-se o estudo sobre as decisões aditivas e as substitutivas, eis que são as únicas que podem interferir em matéria penal reservada à estrita legalidade.

As decisões reconstitutivas aditivas são aquelas que se caracterizam por buscarem alcançar situações possivelmente omitidas pelo legislador ordinário. Assim, o órgão jurisdicional competente declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, e alarga o texto da lei ou seu âmbito de incidência. Existe aí uma um pronunciamento mais criativo do órgão jurisdicional do que a mera declaração de inconstitucionalidade. Isso ocorre especialmente ante a necessidade de se conferir segurança jurídica e se resguardarem os efeitos passados – ou possíveis efeitos futuros – principalmente nas hipóteses de leis que regulam relações de trato sucessivo⁴⁹. O que se observa é que o órgão jurisdicional extrai uma norma da Constituição e a adiciona, de forma implícita (sem modificação expressa), à disposição impugnada via controle de constitucionalidade, ante uma omissão relativa prejudicial à concretização de direitos fundamentais. O Tribunal, portanto, amplia o conteúdo normativo.

Já as decisões reconstitutivas com efeitos substitutivos são aquelas em que o órgão jurisdicional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina do poder legislativo por outra, consentânea com a sua interpretação da Constituição⁵⁰.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 898-905.

⁴⁹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 140.

⁵⁰ Cf. PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição*

A grande diferença em relação às decisões reconstrutivas aditivas é que as reconstrutivas substitutivas necessariamente eliminam expressamente parte do texto da disposição, e o juiz ou Tribunal Constitucional substitui a vontade do legislador pela sua⁵¹. No mais das vezes, as decisões reconstrutivas substitutivas são utilizadas para estender um direito ou garantia que esteja previsto na Constituição a uma legislação que não abarcou todos os grupos ou classes de pessoas, utilizando sempre como fundamento o *princípio da igualdade*. Assim, se alarga o âmbito de aplicação de uma disposição legislativa⁵².

De toda forma, posta a definição jurídica de decisões reconstrutivas, sejam as aditivas ou as substitutivas, é imperioso destacar que elas também se submetem a limites, almejando conter a possibilidade de se partir para o subjetivo campo da desarrazoada discricionariedade judicial. É o que se passa a analisar.

4.2 OS LIMITES EXISTENTES PARA A INCIDÊNCIA DAS DECISÕES RECONSTRUTIVAS

As decisões reconstrutivas, sejam as aditivas ou as substitutivas, assim como já destacado em relação às decisões interpretativas, possuem limites que necessitam ser observados. Aliás, estes limites é que legitimam as decisões das Cortes, visto que inibem a possibilidade de que passem a exercer a função legislativa⁵³.

Parece claro, portanto, que a grande preocupação está relacionada à inviabilidade de se quebrar a convenção de *independência* e *harmonia* entre o Legislativo, o Executivo e o

constitucional, Curitiba: Juruá, 2017. p. 167-170.

⁵¹ Cf. PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 167.

⁵² A respeito, vide: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 167-170, incluindo o exemplo do Acórdão 365/2000, proferido pelo Tribunal Constitucional de Portugal.

⁵³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 909.

Judiciário, estabelecida pelo constituinte originário no artigo 2º da Constituição Federal⁵⁴. Assim como se sustenta ao longo deste trabalho a grande evolução na atuação da jurisdição constitucional, muito distante da figura de legislador negativo, é preciso reconhecer que este incremento não transforma o Poder Judiciário em um superpoder. É por esta razão que que estes proventos sofrem restrição quando a atuação judicial transborda sua função diante do monopólio de atuação legislativa⁵⁵.

Neste norte destacam-se 3 (três) searas nas quais se enxergam claros limites à incidência de decisões reconstitutivas: (i) as relacionadas à matéria penal, que possuam exigência da reserva de lei; (ii) as relacionadas à matéria tributária, com a mesma submissão à reserva legal; e (iii) as decisões que acarretam gastos não previstos no orçamento público.

As duas primeiras hipóteses (i e ii) tratam de matérias que Constituição elegeu para ficarem sob o manto da cláusula de reserva de lei, devido à sua potencialidade de afetação sobre a vida das pessoas. A descrição do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição se mostra clara ao dispor que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal⁵⁶. O mesmo ocorre com o artigo 150, inciso I, ao dizer ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça⁵⁷.

Desta forma, tem-se inescusável restrição para a prolação de decisões reconstitutivas em matéria tributária e penal, quando

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2022. (art. 2º).

⁵⁵ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 202.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2022. (art. 5º, inc. XXXIX).

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2022. (art. 150, inc. I).

estejam protegidas pela reserva de lei. Isso porque, a solução destas questões se resolve em função do poder específico que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Trata-se de uma questão de competência, onde determinadas matérias somente podem ser deliberadas pelo Congresso Nacional, sendo, portanto, *indelegáveis*, como se observa do artigo 68, § 1º, da Constituição⁵⁸.

Por mais óbvio que pareça, é preciso dizer que o próprio Supremo Tribunal Federal também necessita respeitar o princípio da estrita legalidade, em passo de igualdade com o Poder Executivo. Esta restrição se acentua ao se vislumbrar que as decisões reconstrutivas, aditivas ou substitutivas, quase em sua totalidade advém de interpretação extensiva ou analógica⁵⁹, o que em matéria penal é expressamente vedado (analogia *in malam partem*).

Ainda que se saiba que existem autores que defendam a admissibilidade de decisões reconstrutivas penais *in bonam partem*, o mais coerente parece ser reconhecer sua inadmissibilidade em casos de reserva de lei, como tem sido tratado o tema pelas Cortes Constitucionais da Itália, Espanha e Portugal⁶⁰.

Por fim, as decisões que acarretem gastos não previstos no orçamento público (iii), também chamadas de *oneratórias*, constituem a terceira hipótese de restrição para adoção de decisões reconstrutivas aditivas ou substitutivas. Este último limite está diretamente associado ao inapropriado ingresso do Poder Judiciário no espaço de atribuição dos Poderes Legislativo e

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2019. p. 425.

⁵⁹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 786.

⁶⁰ A este respeito, vide: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 202-205; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 482; REVORIO, F. Javier Diaz. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. p. 220-221.

Executivo através de decisões que possam gerar um desequilíbrio financeiro e orçamentário⁶¹.

Embora esta também seja importante baliza a ser observada pela jurisdição constitucional, é sabido que o ordenamento jurídico brasileiro possui um mecanismo destinado a evitar o risco de decisões que possam causar graves danos econômicos e financeiros e que pode ser utilizado pelo STF, sendo a possibilidade de modulação de efeitos para o futuro, na forma do artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/1999⁶².

Do exposto é possível inferir que a questão mais tormentosa sobre as decisões reconstrutivas diz respeito à sua inadmissibilidade em matéria penal que exige reserva de lei.

4.3 A IMPOSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DAS DECISÕES RECONSTRUTIVAS PENAIS EM MATÉRIA QUE EXIGE RESERVA DE LEI

Na forma do que já se pontuou no transcorrer desta pesquisa, a jurisdição constitucional não se limita mais à posição equiparada à de *legislador negativo*. Não obstante, essa mudança de paradigma não tem o condão de fazer com que o Poder Judiciário possa afrontar a independência e harmonia que precisam existir ante o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Por esta razão foram expostos os limites a que estão submetidas as *decisões interpretativas*, nas modalidades de interpretação conforme e declaração de nulidade parcial sem redução de texto, assim também as *decisões reconstrutivas*, sejam as aditivas ou substitutivas. O ingresso de tais decisões no

⁶¹ A respeito, vide: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 205-206; ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 737.

⁶² ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 737.

ordenamento jurídico brasileiro constitui situação irrefreável⁶³. Ainda assim, tem-se imprescindível estudar a possibilidade da utilização das decisões reconstrutivas em matéria penal que esteja sob a cláusula da reserva de lei.

Esta situação se agravou nos últimos anos com o fenômeno do *entrincheiramento de direitos*, onde o Poder Legislativo passou a se abster de enfrentar pautas ligadas a temas considerados mais controvertidos diante de possíveis ônus político-eleitorais⁶⁴. Desta feita, temas como o exercício do direito de greve por servidores públicos (MI nº 670-9⁶⁵, nº 708-0⁶⁶ e nº 712-8⁶⁷), o reconhecimento da união homoafetiva (ADI nº 4277⁶⁸ e ADPF nº 132⁶⁹), a interrupção da gestação em caso de anencefalia (ADPF nº 54⁷⁰) necessitaram ser decididos pelo

⁶³ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 737.

⁶⁴ Neste sentido: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017. p. 77; FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 178.; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 670-9*, Estado do Espírito Santo. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2007. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2339-1. p. 1-206.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 708-0*, Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2007. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2339-2. p. 207-383.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 712-8*, Estado do Pará. Relator: Min. Ros Grau, Data de Julgamento: 25/10/2007. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2339-3. p. 384-628.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*, Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2607-3. p. 611-880.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*, Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2607-3. p. 1-274.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito*

Supremo Tribunal Federal.

Ao se tratar dos limites da interpretação conforme, já se trouxe o debate da questão decidida na ADPF nº 54, onde o STF proferiu decisão reconstrutiva penal, com efeitos aditivos⁷¹, ao acrescer uma nova hipótese excludente de punibilidade aos artigos 124 a 128 do Código Penal⁷², acrescentando, implicitamente, o caso de o feto padecer de anencefalia. O caso não despertou tanta polêmica, posto que a proteção constitucional da reserva de lei penal trata da previa existência de crime e pena e não versa sobre exclusão da imputação (artigo 5º, inciso XXXIX). Todavia, completamente diferente é a hipótese do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26-DF⁷³ (ADO nº 26) e do e do Mandado de Injunção nº 4.733-DF⁷⁴ (MI nº 4.733).

Da ementa da ADO nº 26 se extrai que até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e

Fundamental nº 54, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/04/2012. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/04/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1-433.

⁷¹ Embora o STF reconheça que chegou a esta conclusão através da técnica da interpretação conforme e, que, portanto, não seria uma decisão reconstrutiva.

⁷² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Planalto*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*, Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Melo, Data de Julgamento: 13/06/2019. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1-566.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4.733*, Distrito Federal. Relator: Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 13/06/2019. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/09/2020. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1-282.

mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989⁷⁵, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, *in fine*).

Em complemento, consta da ementa do MI nº 4.733-DF que se deve aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei Federal nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

O que se extrai da análise dos Acórdãos, e que constitui a tese de interpretação constitucional estabelecida pelo STF⁷⁶, é que até que o Congresso brasileiro aprove uma lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas podem ser iguallados aos crimes de racismo. Por 10 votos a 1, foi reconhecida a mora do Congresso brasileiro em legislar sobre a homofobia e a transfobia. De outro lado, 8 votos fixaram a interpretação de que a homofobia e a transfobia se enquadram no artigo 20 da Lei Federal nº 7.716/1989⁷⁷, que criminaliza o racismo.

Desta feita, a pretensão de criminalização da homofobia e da transfobia foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que indicou até mesmo o tipo penal para que se afira a necessária adequação típica (artigo 20 da Lei do Racismo), em uma construção argumentativa forte o suficiente para que todos estivessem convencidos não só do acerto, como também da legalidade e legitimidade do comando proferido. Observe-se.

⁷⁵ BRASIL. Lei Federal nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁷⁶ Também neste julgamento, a semelhança do que fizera na ADPF nº 54, o Supremo Tribunal Federal proferiu evidente decisão reconstrutiva, mas sustenta se tratar de interpretação conforme.

⁷⁷ BRASIL. Lei Federal nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 20 dez. 2022. (art. 20).

Não há como negar que o art. 5º, em seus incisos XLI e XLII, da Constituição Federal prevê mandados de criminalização⁷⁸ ao legislador, quando dispõem, respectivamente, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Da mesma forma, nota-se que o Poder Legislativo cumpriu o mandato referente ao racismo através da promulgação da Lei Federal nº 7.716/1989, embora tenha deixado de incluir na lei a incriminação de condutas discriminatórias em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero.

Por essa razão, um dos principais fundamentos da ADO e do MI foi a proteção deficiente caracterizada pela inexistência de criminalização de condutas ofensivas, agressões e discriminação motivadas pela identidade sexual ou identidade de gênero, que inviabilizava o direito fundamental à segurança da população LGBT⁷⁹. A ilustrar a proteção deficiente deste grupo vulnerável de pessoas, as ações trouxeram dados qualitativos que indicam o Brasil como um dos países onde mais existe violência e a prática de homicídios relativos à população LGBT.

Ao final, as duas ações aduzem que a homofobia e a transfobia constituem espécie do gênero racismo, utilizando analogia ao julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 82.424-2-RS⁸⁰ (HC nº 82.424-2 – “Caso Ellwanger”)

⁷⁸ Para um aprofundamento no tema dos mandados de criminalização, vide: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; LUISI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

⁷⁹ A respeito, vide: FERNANDES, Eric Baracho Dore. Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n. 2, 2014. p. 58-79.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.424-2*, Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves. Redator para o Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 17/09/2003. Tribunal Pleno, Data de Publicação:

que entendeu que manifestações antissemitas constituem crime de racismo. No referido julgamento, O STF concebeu um novo conceito do que seria o racismo, destacando seu caráter político-social e não apenas biológico.

Ocorre que, a despeito de argumentos fortes e que inclinam o intérprete a assentir com o acerto da posição do STF, ainda mais por se tratar de tema onde não se discute a necessidade de criminalização, a decisão da Corte afronta os princípios da reserva legal, da separação de poderes e da inadmissibilidade de analogia *in malam partem*.

Isso porque a tese da proteção insuficiente não se presta a fundamentar a criminalização de condutas *pela via judicial*. Quando isso ocorre, contata-se que o Poder Judiciário está fazendo juízo político que caberia ao Poder Legislativo e incidindo em violação à vedada analogia *in malam partem*, através de um “panhermeneutismo”⁸¹.

De outro lado, conceber como legal e legítimo que o STF enquadre as condutas homotransfóbicas em tipos penais previstos na Lei nº 7.716/1989⁸², lhes ditando o alcance, acaba por confundir sua competência com a do Superior Tribunal de Justiça, negando-se a este a função de intérprete da lei federal, na forma prevista pela Constituição.

Neste ponto, a identificação dos limites da interpretação conforme e da sua distância da reconstrução da norma inconstitucional é indispensável para evitar o desrespeito ao Legislador. Ante a presunção de constitucionalidade das leis, incide um forte ônus argumentativo sobre o órgão jurisdicional, eis que a atividade é bem diferente da realização de uma interpretação

19/03/2004. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2144-3. p. 524-1011.

⁸¹ CLEVE, Clèmerson Merlin et al. Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. *Consultor Jurídico*, 21 ago. 2014. p. 3-5. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁸² BRASIL. Lei Federal nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

conforme⁸³.

Não obstante a previsão constitucional normativa anunciada como cláusula pétrea pelo artigo 5º, inciso XXXIX, estabelecer que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁸⁴, a interpretação do STF varreu qualquer possibilidade de se buscar um diálogo com outras instituições, visto que submeteu o povo àquilo que afirma que a Constituição diz⁸⁵. A interpretação efetivamente criminalizou condutas, como se lei fosse.

Em se tratando de lei penal, as decisões reconstitutivas não podem incriminar condutas que estão sujeitas à reserva legal. É esta reserva que fundamenta a garantia dos cidadãos contra o arbítrio estatal. Se hoje se busca mais o engajamento do que a dogmática para a defesa de uma criminalização que protege parcela vulnerável da população, é preciso ter em mente que há pouquíssimo tempo este mesmo caminho foi utilizado para promover a perseguição e o aniquilamento de milhares de cidadãos que também eram parcela vulnerável, e isso sob o manto de se fazer valer a ideologia dos governantes⁸⁶. Verifica-se, conseqüentemente, a impossibilidade da utilização das decisões reconstitutivas penais em matéria que exige reserva de lei.

5 CONCLUSÃO

⁸³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 403.

⁸⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2022. (art. 5º, inc. XXXIX).

⁸⁵ No particular, rememorando a lição constante em: BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16-17.

⁸⁶ Ao ensejo de analisar como uma Corte Constitucional pode expressar os reflexos da ideologia e das preferências da maioria de seus integrantes, vide: DAHL, Robert A. *How Democratic is the American Constitution?* 2. ed., New Haven: Yale University Press, 2003; e DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução: Beatriz Sidou, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

O presente trabalho teve o desígnio de definir os limites do ativismo judicial criminal na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, em relação à criação de novos crimes, através de decisões interpretativas e reconstrutivas, diante do princípio da reserva legal.

O primeiro objetivo específico deste trabalho teve a intenção de conhecer a evolução da jurisdição constitucional para compreender a existência da figura do *legislador positivo*. Este resultado pode ser verificado no item 2 do presente artigo, ao destacar a evolução da jurisdição constitucional, ressaltando como sua conceituação e abrangência mudaram do dogma Kelseniano, que a identificava como o *legislador negativo*, até alcançar o patamar que ostenta hoje, de um verdadeiro órgão de promoção, concretização e defesa dos direitos fundamentais.

O segundo objetivo específico, por sua vez, buscou identificar os limites existentes ao legislador positivo frente às decisões interpretativas. Este resultado pode ser verificado no item 3 do presente artigo, ao explicitar as balizas existentes ao Supremo Tribunal Federal quando da utilização da interpretação conforme e as fronteiras referentes à técnica da declaração de nulidade sem redução de texto.

Por fim, o terceiro objetivo específico foi compreender a possibilidade – ou não – de aplicação das decisões reconstrutivas no âmbito penal. Este resultado pode ser verificado no item 4 do presente artigo, onde se expôs a definição jurídica das decisões reconstrutivas, distinguindo as aditivas e as substitutivas. Ato contínuo, foram destacados os limites a se observar nestas decisões, o que revelou a *impossibilidade* da utilização dos efeitos aditivos ou substitutivos para a incriminação de condutas.

Portanto, pode se observar que a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal passou por um grande processo evolutivo nos últimos anos, refletindo muitas conquistas que foram implementadas em países europeus a partir da década de 1970. Assim, o STF passou a ter mecanismos de atuação mais

eficazes para o desempenho de suas funções, sempre tendo em vista a defesa dos direitos fundamentais. Isto significa um evidente avanço em relação à atuação do passado, no qual a Corte ficava reduzida ao controle de subsunção entre as leis e atos normativos e o parâmetro constitucional.

Como verificado ao longo do trabalho, embora a atuação do Supremo Tribunal Federal tenha se fortalecido e expandido, sua jurisdição necessita se submeter a limites existentes tanto para a prolação de decisões interpretativas quando para as decisões reconstitutivas. As dimensões destes limites estão diretamente relacionadas com a matéria a ser decidida, fato que acarretou o aumento da busca por soluções jurisdicionais a temas que tem sido considerado sensíveis de serem enfrentados pelos representantes do Poder Legislativo. Neste ponto é preciso um cuidado redobrado, pois se evidencia a impossibilidade de a jurisdição constitucional avançar sobre questões tão sensíveis como a criminalização de condutas, que só admite através da letra da lei.



REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 2, n. 9, 4 abr. 2017. 258-301.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*

- contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, BA, n. 9, mar./abr./maio 2007.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 20 dez. 2022.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Planalto*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 20 dez. 2022.
- BRASIL. Lei Federal nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm . Acesso em: 20 dez. 2022.
- BRASIL. Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Planalto*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2

C%20DE%2010%20DE%20NOVEM-BRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351*, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/12/2006. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30/03/2007, PP-00068, Ementário-02270-01, PP-00019, Republicação: DJ 29/06/2007, PP-00031, RTJ-00207-01, PP-00116. p. 19-171.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.459*, Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 24/08/2005. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/04/2006. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2228-1. p. 141-215.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*, Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010, DJe nº 96, Ementário-02403-1. p. 134-659.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*, Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2607-3. p. 611-880.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*, Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Melo, Data de Julgamento: 13/06/2019. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1-566.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de*

- Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*, Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/04/2012. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/04/2013. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1-433.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*, Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2607-3. p. 1-274.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.424-2*, Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves. Redator para o Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 17/09/2003. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/03/2004. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2144-3. p. 524-1011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 670-9*, Estado do Espírito Santo. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2007. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2339-1. p. 1-206.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 708-0*, Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2007. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2339-2. p. 207-383.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 712-8*, Estado do Pará. Relator: Min. Ros Grau, Data de Julgamento: 25/10/2007. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008. Inteiro Teor do Acórdão. Ementário nº 2339-3. p. 384-628.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4.733*, Distrito Federal. Relator: Min. Edson Fachin,

- Data de Julgamento: 13/06/2019. Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/09/2020. Inteiro Teor do Acórdão. p. 1-282.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A função normativa das sentenças constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.); PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (Orgs.). *Processo Constitucional*. *Processo constitucional* [livro eletrônico – edição do Kindle]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; ePub.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- CLEVE, Clèmerson Merlin et al. Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. *Consultor Jurídico*, 21 ago. 2014. p. 3-5. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 20 dez. 2022.
- DAHL, Robert A. *How Democratic is the American Constitution?* 2. ed., New Haven: Yale University Press, 2003.
- DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução: Beatriz Sidou, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERNANDES, Eric Baracho Dore. Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n. 2,

- 2014.
- FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di Teoria Costituzionale*, Turim, G. Giappichelli Editore, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de*

- constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo constitucional: do Controle ao Processo, dos Modelos ao Sistema*. Edição do Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional*, Curitiba: Juruá, 2017.
- REVORIO, F. Javier Díaz. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENO, Valéria. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino Strumenti, 2012.