

## **JUDICIAL REVIEW EM MATÉRIA CRIMINAL**

### **A proteção das liberdades contra o Legislador: o caso brasileiro.**

Antonio Pedro Melchior<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. Delimitação conceitual do *Judicial Review*: controle fraco e forte de constitucionalidade; 2. As críticas ao *Strong Judicial Review*; 2.1. Judiciário, Democracia e Ilegitimidade política: dificuldade contramajoritária; 3. Especificidades do sistema de justiça criminal: saber penal, controle do poder e o papel do judiciário; 3.1. Democracia e Justiça Penal: dever de contramajoritariedade; 4. A proteção das liberdades contra o Legislador; 4.1. A atividade legislativa em matéria criminal no Brasil pós ditadura civil e militar (1985-2015): crise de representação e crise de legalidade; 5. A atuação do Supremo Tribunal Federal na tutela das liberdades fundamentais em matéria criminal: análise do controle direto de constitucionalidade das leis penais e processuais penais no Brasil. Conclusão.

#### **Resumo:**

A Constituição da República de 1988 representa um desdobramento das lutas travadas contra o autoritarismo estatal no Brasil. A centralidade das liberdades fundamentais no texto constitucional produziu (melhor, deveria produzir) profundas modificações na vida social, cultural e política da população e de suas instituições. A reflexão sobre a legitimidade do *judicial review*, frequente no pensamento constitucional contemporâneo, ganha novas dimensões neste contexto, em especial, no campo do saber penal. A legislação criminal está sujeita a fundamentos que correspondem à opção constitucional pelo regime democrático. Este regime se qualifica pela construção de limites rígidos ao exercício do poder, com o que se garante um processo de racionalização na elaboração de leis penais (criminalização primária) e processuais penais (afetação de garantias em face do poder punitivo). O debate sobre o *judicial review* em matéria criminal atualiza, portanto, questões relevantes sobre democracia, legitimidade política e contramajoritarismo. O texto aborda estes temas a partir das especificidades do campo penal e estabelece, ao final, uma análise empírica da atividade legislativa no Brasil pós ditadura civil e militar e da atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle direto de constitucionalidade das leis penais e processuais penais.

**Palavras-Chave:** *Judicial Review*. Democracia. Campo penal. Liberdades. Caso Brasileiro.

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Faculdade Nacional de Direito). Professor de Direito Processual Penal do IBMEC RJ, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Pós Graduação em Direito Processual Penal e Garantias Fundamentais da Academia Brasileira de Direito Constitucional – Rio. Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, do Fórum Permanente de Direito e Psicanálise da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Associação Latino Americana de Direito Penal e Criminologia. Advogado criminalista.

## Introdução:

*Os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?* A indagação que abre o ensaio de Jeremy Waldron<sup>2</sup> sobre a essência da oposição ao *judicial review* aparece com frequência no estudo do pensamento constitucional contemporâneo.

Muitas questões que defluem da provocação de Waldron não poderão ser abordadas neste artigo, intencionalmente limitado à reflexão sobre o controle de constitucionalidade (e convencionalidade) da atividade legislativa de elaboração de leis penais e processuais penais.

Toda manifestação de poder que diga respeito ao sistema de justiça penal, impõe a incidência de um conjunto de saberes, histórico e politicamente construídos para exigir racionalidade às práticas punitivas do Estado. A reflexão sobre o exercício da jurisdição constitucional deverá, portanto, ser repensada para além da Teoria Política Constitucional,<sup>3</sup> incluindo a criminologia crítica e o domínio sobre a dogmática e hermenêutica do direito e processo penal em um Estado qualificado como democrático.

Este ensaio argumentará que o *judicial review*, no âmbito do sistema de administração da justiça criminal, corresponde a uma exigência teórica e política própria da democracia substancial neste *campo*, embora – mesmo neste caso – trate-se de exercer um controle específico dos processos de criminalização e alteração da lei processual penal (controle negativo: limitação do poder punitivo e maximização dos espaços de liberdade).<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>3</sup> A proposta deste trabalho é abordar o papel do judiciário em uma democracia constitucional a partir do saber penal, processual penal e criminológico crítico. Esta abordagem, em certa medida, se diferencia daquela realizada pela teoria política constitucional, pois está centralizada, menos na ideia de proteção de minorias e mais nas problematizações sobre o Estado, poder e liberdades públicas fundamentais.

<sup>4</sup> Não aceitaremos, por exemplo, a posição de Gilmar Ferreira Mendes, para quem a Corte Constitucional está qualificada a exercer um controle de constitucionalidade fundado no postulado da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbote*). Neste caso, o Tribunal estaria autorizado a declarar a invalidade de uma lei penal que não cumprisse *os mandados constitucionais de criminalização impostos ao legislador* (cf. STF, *Habeas Corpus* nº 102.087). Esta visão não parece estabelecer uma análise suficientemente crítica a respeito da função institucional do judiciário no campo penal (zelar pelas regras processuais; julgar o caso penal com independência e imparcialidade; controlar o exercício do poder punitivo, seja a produção legal, sejam os atos do Estado Administração).

O reconhecimento de que há campos e campos<sup>5</sup> em que a jurisdição constitucional pode ser chamada a atuar é uma premissa que atravessa este trabalho e, desta forma, serve como um primeiro aviso de que as colocações favoráveis ao controle forte pelo Poder Judiciário podem não ser adequadas em outras áreas (sujeitas à discricionariedade dos atores políticos).

Em outras palavras, parte-se do princípio que a questão de direito à qual determinado campo do saber jurídico se refere afeta os limites da interferência dos atores judiciais nos assuntos atribuídos aos atores políticos. Ainda: uma interferência judicial em que se questiona se leis estaduais podem permitir o comércio de artigos de conveniências em farmácias (STF - ADI nº 4954) não pode ser pensada no mesmo contexto de uma lei que veda a liberdade provisória do cidadão imputado, submetendo-o automaticamente ao cárcere (STF - ADI nº 3112).

Deve ficar esclarecido, como ponto de partida, que o apoio à determinado modelo de *judicial review* no campo penal não significa eleger o judiciário como um poder acima dos demais, uma espécie de *guardião platônico* da Constituição no sentido colocado por Learned Hand.<sup>6</sup> Também não se trata de atribuir às pessoas, investidas no cargo de juízes, maior habilidade, preparação ou capacidade cognitiva.

A intervenção do judiciário no controle da compatibilidade entre determinada lei e as garantias fundamentais (estabelecidas na Constituição da República e em Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil) tem relação não apenas com a história política do controle de constitucionalidade de leis que afetam os direitos humanos (onde se incluem as garantias fundamentais), mas especialmente com uma determinada concepção a respeito da estrutura do Estado de Direito e da democracia no campo penal. Estas concepções vinculam-se a estratégias político-jurídicas de controle do poder punitivo e estão fundadas em uma determinada visão institucional do exercício da jurisdição (perspectiva garantista).

---

<sup>5</sup> Neste ensaio, recorreremos frequentemente à noção de campo trazida por Pierre Bourdieu para reafirmar a justiça criminal (o saber penal) como um *espaço relativamente autônomo*, um *microcosmo dotado de suas leis próprias*. Explica ainda Bourdieu (...) *existe um universo intermediário que chamo campo literário, artístico, jurídico ou científico, isto é, o universo no qual estão inseridos os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem arte, a literatura ou a ciência*. Conferir BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência**. Por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora UNESP, 2004, p. 20.

<sup>6</sup> HAND, Learned. **The Bill Of Rights: the oliver wendell holmes lectures**. Cambridge: Harvard University Press, 1958, p. 73. O juiz norte americano Learned Hand, da Corte de Apelações do Segundo Circuito, foi um conhecido crítico do *judicial review*.

A crítica que será dirigida ao Poder Legislativo quanto aos processos de criminalização e fragilização legal de garantias individuais (concepção apropriada ao autoritarismo) não exime o Poder Judiciário das críticas dirigidas à atividade concreta da justiça penal, acertadamente caracterizada como seletiva e, igualmente, autoritária.<sup>7</sup> A posição defendida neste ensaio, em última instância, concluirá com fortes críticas a forma com que o judiciário brasileiro atua na prática, deixando de reconhecer a inconstitucionalidade de leis criminais e, desta forma, negligenciando os limites impostos pela dogmática penal e processual penal.

A estrutura da argumentação desenvolvida neste ensaio se inaugura com as críticas ao *judicial review* no pensamento político constitucional americano. O objetivo é identificar, na melhor medida, os principais argumentos contrários à declaração de invalidade de uma lei pelo Poder Judiciário. Estes argumentos são fortes, coerentes e precisam ser continuamente revisitados. Para tanto, partiremos de A. Bickel, M. Tushnet e J. Waldron.

Uma vez identificada às pressuposições de que partem para, em maior ou menor grau, recusarem o *judicial review*, tentaremos demonstrar porque, em uma visão própria do campo penal, estes autores produzem uma teoria política constitucional que, aplicada à realidade brasileira, seria insuficiente para reverter o cenário de abuso do poder de criminalização (hiperinflação legislativa) e de redução das garantias fundamentais em face do poder punitivo, dentre os quais se encontram vários casos de violação explícita ao princípio da ofensividade, legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência, etc.

Em seguida, pretende-se problematizar as críticas ao *judicial review* desenvolvendo algumas premissas importantes a respeito de conceitos-chaves na discussão, tais como democracia, legitimidade política, contramajoritariedade e Estado de Direito. Estes conceitos serão especialmente trabalhados em sua relação com o sistema de administração da justiça penal.

A importância da configuração cultural latino-americana, mais precisamente brasileira, e sua influência na forma com que devemos pensar o *judicial review* será enfrentada no final. A proposta do ensaio é apresentar, a partir da pesquisa empírica, a atividade legislativa em matéria penal no Brasil, permitindo que as reflexões precedentes sejam utilizadas para pensar a realidade institucional do país. Em seguida,

---

<sup>7</sup> Esta crítica está presente, com razão, na quase totalidade das obras na ciência criminal.

analisaremos, em concreto, a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle direto de constitucionalidade das leis penais e processuais penais.<sup>8</sup>

### **1. Delimitação conceitual do *Judicial Review*: controle fraco e forte de constitucionalidade.**

O espaço deste artigo não é apropriado para explicações minuciosas do que seja o *judicial review*, tampouco as suas diversas concepções em distintos Estados (Canadá, Nova Zelândia, Estados Unidos, Inglaterra, Brasil, etc.). Metodologicamente, o objetivo é estabelecer alguns pontos de partida, facilitando a compressão das ideias que serão expostas a partir do próximo item deste ensaio. Naturalmente, excluímos do cenário um hipotético caso de supremacia legislativa pura, em que não fosse possível ao judiciário analisar e decidir alguma coisa a respeito da compatibilidade da lei com o sistema constitucional.

A literatura jurídica identifica a existência de dois modelos fundamentais de *judicial review* sobre a legislação, o que não significa que exista um consenso absoluto sobre o seu conteúdo. Alguns autores como Jose Colon Rios irão propor novas tipologias, mas, para fins do que se pretende estabelecer, não é necessário ir tão longe.

No controle fraco de constitucionalidade, embora os Tribunais tenham o poder de declarar a incompatibilidade da legislação com determinado regime de direitos constitucionais, a palavra final a respeito da validade de todas as leis é conferida ao Legislativo (frequentemente por maioria simples).<sup>9</sup> Considera-se fraco o controle, justamente porque se trata de um arranjo institucional onde a eventual declaração de inconstitucionalidade não afetará o poder outorgado ao legislador de fazer valer a sua posição sobre a questão de direito.

---

<sup>8</sup> Advertência: a metodologia empregada no ensaio, conforme será explicado no ponto pertinente, excluiu o controle difuso de constitucionalidade das leis penais e processuais penais pelo Supremo Tribunal Federal. É importante expandirem-se as pesquisas para este campo, uma vez que o controle de constitucionalidade pela via recursal (ou por *Habeas Corpus*) atualiza novas problematizações. Infelizmente, a dificuldade de operacionalizar uma investigação desta envergadura para a elaboração do texto foi insuperável em razão do tamanho e espaço da intervenção.

<sup>9</sup> COLON RIOS, Jose. A New Typology of Judicial Review of Legislation(2014) 3 (2) **Global Constitutionalism**, p. 3, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2437157](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2437157). Acesso em 27.01.16.

Os defensores deste modelo sustentam que o *weak judicial review* tem a vantagem de, ao mesmo tempo, garantir a atuação do Tribunal (na proteção de direitos individuais) e preservar a “supremacia reconhecida ao legislador eleito democraticamente”, daí porque seria capaz de conciliar melhor o constitucionalismo político e jurídico; democracia e constitucionalismo.<sup>10</sup> O primeiro caso de institucionalização do controle fraco de constitucionalidade remeteria ao século XX e, segundo Colon Rios,<sup>11</sup> deve ser atribuído à experiência canadense.

José Guilherme Berman identifica neste modelo de *judicial review* o que vem sendo chamado de constitucionalismo dialógico, caracterizado pela existência de mecanismos de controle fraco de fiscalização da constitucionalidade das normas pelo poder judiciário.<sup>12</sup> Um sistema dialógico traduz a ideia básica segundo o qual a interação entre os diversos ramos institucionais sobre a interpretação mais adequada de um dispositivo constitucional é positiva.<sup>13</sup> Daí porque, em um sistema de revisão dialógica, deve existir algum mecanismo para fazer com que a insistência do legislativo em sua própria interpretação seja efetiva.<sup>14</sup>

O ponto nodal das teorias dialógicas, em sua relação com o controle fraco, pode ser resumido na afirmação feita por Cristine Bateup:<sup>15</sup> os julgamentos constitucionais devem envolver um processo de elaboração compartilhada, o que significa dizer que o judiciário não deve ter o monopólio da interpretação

---

<sup>10</sup> BERMAN, José Guilherme. **Direito Constitucional Comparado e Controle Fraco de Constitucionalidade**, p. 116 (tese de doutorado) Disponível em [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22217/22217\\_1.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22217/22217_1.PDF). Acesso em 01.10.15

<sup>11</sup> COLON RIOS, Jose. op. cit, p. 3. O autor se refere ao *Canadian Bill of Rights of 1960*. Deve ser sublinhado, entretanto, que as discussões contemporâneas sobre o caso canadense (cláusula de limitação geral de todos os direitos constitucionais – art. 1º e cláusula “não obstante” – art. 33) refere-se à Carta de Direitos e Liberdades canadense de 1982 (integrante do *Constitution Act*).

<sup>12</sup> BERMAN, José Guilherme. op. cit, p. 115/116. Não estamos completamente seguros com a equivalência absoluta entre *weak judicial review* e constitucionalismo dialógico (como se fossem sinônimos). Tushnet, em texto que trata das revisões dialógicas (naturalmente concebidas no contexto de um constitucionalismo com o mesmo nome) explica que este diálogo pode tomar varias formas. Pensado de forma ampla, por ex., as emendas constitucionais que respondam a interpretações judiciais podem ser vistas como um modelo de diálogo; nos casos em que a modificação constitucional é difícil, poder-se-ia conceber as decisões judiciais, junto às modificações, uma espécie ainda que lenta de diálogo. De qualquer forma, havendo pontos de contato entre o fundamento central da ideia de revisão dialógica (promover a interação entre os poderes, mas garantir a prevalência do legislativo) e o *weak judicial review*, parece-nos não haver problemas em identificar esta proximidade. Conferir TUSHNET, Mark. *Revisión Judicial Dialógica*. In: GARGARELLA, Roberto (compilador). **Por una justicia dialógica**. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2014, p. 115.

<sup>13</sup> TUSHNET, Mark. *Revisión Judicial Dialógica*. op. cit, p. 109

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential Of Theories Of Constitutional Dialogue**. 71 *Brooklin Law Review* (2006), p.1

constitucional. Um modelo como este traria o benefício de resolver os problemas de legitimidade democrática associados ao *strong judicial review*.<sup>16</sup>

O controle forte de constitucionalidade é naturalmente o oposto do modelo anterior. Neste sistema atribui-se aos juízes o poder de declarar a invalidade da legislação, restringindo-se ao máximo a possibilidade de que o legislativo reverta esta situação. Os constitucionalistas não estão totalmente de acordo se o modelo de controle forte definitivamente impede o legislativo de superar a posição do Tribunal (ao menos se exclui a possibilidade que o faça por maioria simples).

Jose Colon Rios afirma que a determinação judicial (que declara a inconstitucionalidade de uma lei) poderá ser superada pelo legislativo através de um processo formal de emenda constitucional que envolva um quórum qualificado de deliberação parlamentar.<sup>17</sup> Jeremy Waldron considera que, no controle forte, “os tribunais tem autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais”.<sup>18</sup> Acrescenta que “os Tribunais tem autoridade para instituir como matéria de direito que uma dada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em consequência da força vinculante dos precedentes e da preclusão da questão, uma lei cuja aplicação foi recusada pelos Tribunais torna-se para todos os efeitos letra morta”.<sup>19</sup> Waldron não menciona, dentro do sistema forte de controle, a possibilidade de superação da decisão judicial pelo legislativo por meio de emendas constitucionais ou qualquer outro instrumento.

As especificidades que tornam um sistema mais ou menos fortes são muitas, mas o verdadeiro traço pode ser identificado no poder conferido ao tribunal de declarar a incompatibilidade de uma lei com a Constituição e, conseqüentemente, impedir que ela produza efeitos. A característica fundamental do modelo estaria no

---

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> COLON RIOS, Jose. op. cit, p. 19. Na concepção deste autor há ainda uma variação neste modelo, representado no *strong basic structure*, hipótese em que se confere aos juízes o poder de invalidar a legislação com força definitiva, ressalvada a possibilidade, abstrata e extra-constitucional, de exercício do poder constituinte (popular). Diz-se extra-constitucional, justamente se trata de um modelo em que a Constituição não dispõe sobre os meios pelos quais o exercício do poder popular poderá ocorrer. Na prática, portanto, os Tribunais tem a palavra final sobre os assuntos de direito constitucional. O *weak basic structure* é, segundo Colon Rios, caracterizado pela existência de dispositivos constitucionais que facilitam o exercício do poder constituinte (espécie de reprimenda do momento originário da elaboração constitucional) e, neste contexto, podem ser usados para superar a posição do Tribunal pela invalidade constitucional de determinada lei.

<sup>18</sup> WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. op. cit, p. 100

<sup>19</sup> Idem.

óbice (em alguns casos intransponíveis) de superação do significado constitucional imposto pelo poder judiciário.

Se esta superação não é possível ou o é, por meio de um processo qualificado de emenda constitucional, trata-se de uma questão que não é preciso definir para discorrer sobre o *judicial review* em matéria penal.

## 2. Críticas ao *strong judicial review*:

Estou cansado de ver oponentes do *judicial review* sendo denegridos como céticos de direita. A melhor resposta é fundamentar a oposição ao *judicial review* em um comprometimento forte e generalizado com direitos.

Jeremy Waldron.

Aparentemente, as principais objeções ao *judicial review* são dirigidas ao controle forte de constitucionalidade. A possibilidade do poder legislativo fazer prevalecer a sua interpretação constitucional em um contexto de controle fraco (via processo de elaboração compartilhada, logo, dialógico) não parece ser a fonte de críticas tão inflamadas.

As objeções ao *judicial review* sobre a legislação são extensas. Estas críticas convergem para um ponto principal, segundo o qual este modelo não seria o mais adequado em uma sociedade que se pretende democrática. Apresentaremos tais objeções da forma mais descritiva possível. O objetivo é examinar as premissas sobre os quais estão fundadas e refletir se são válidas nos seus próprios termos. No ponto subsequente, problematizaremos os conceitos-chave que as compõem a partir das especificidades que qualificam o campo da justiça criminal.

### 2.1. Judiciário, democracia e ilegitimidade política: a dificuldade contra majoritária.

O *judicial review* é politicamente ilegítimo porque privilegia a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsáveis. Distante dos valores democráticos, o controle de constitucionalidade sobre a legislação pelo Poder Judiciário, segundo Jeremy Waldron, priva os cidadãos comuns de seus direitos e



rejeita princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direito.<sup>20</sup>

Alexander Bickel sintetizou a questão na expressão *dificuldade contramajoritária*. A ideia é relativamente simples: quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato do legislativo ou a ação de um executivo eleito, frustra a vontade dos representantes das pessoas reais do aqui e agora; exerce controle, não no interesse da maioria dominante, mas contra ela.<sup>21</sup>

A dificuldade contra majoritária está ancorada em ideias a respeito da relação entre legitimidade e democracia. A possibilidade de juízes não eleitos derrubarem a legislação elaborada por um órgão eleito negaria os valores políticos fundamentais deste regime e, portanto, deve ser entendido como algo profundamente antidemocrático.<sup>22</sup>

O Judiciário não tem responsabilidade e não presta contas. Sua configuração institucional possui um impasse estrutural com o conceito de democracia representativa<sup>23</sup> que, embora seja mais do que um quadro eleitoral, tem no voto da maioria um dos seus principais aspectos.<sup>24</sup>

Os julgamentos constitucionais devem envolver uma interação dialógica entre o judiciário, demais poderes políticos e, para alguns, a população, como forma de atenuar os problemas da dificuldade contra majoritária.<sup>25</sup> Bickel reconhece que as instituições políticas não são perfeitamente majoritárias e que há casos em que o controle judicial se mostra receptivo às preocupações da maioria. Disso não resulta, entretanto, que está resolvido o conflito com a teoria democrática, uma vez que os juízes não estão sujeitos ao escrutínio eleitoral e as suas decisões constitucionais não são reversíveis por outro poder político.<sup>26</sup>

Não há dúvida que a ideia de legitimidade democrática associada ao controle sobre a legislação corresponde ao núcleo duro das críticas formuladas ao *judicial*

---

<sup>20</sup> WALDRON, Jeremy. op. cit, p. 98.

<sup>21</sup> BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. The Supreme Court at the Bar of Politics. Yale University Press. Second edition, 1986, p. 16/17.

<sup>22</sup> SOLUM, Lawrence. **Legal Theory Lexicon**. The Counter-Majoritarian Difficulty. Disponível em: <http://solum.typepad.com/legaltheory/2012/09/legal-theory-lexicon-the-counter-majoritarian-difficulty.html>. Acesso em 25/01/16.

<sup>23</sup> “Representative democracies-thatisto say, allworking democracies-function by electing certain men for certain period sof time, then passing judgment periodically on their conduct of public office”. BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. op. cit, p. 17.

<sup>24</sup> BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. op. cit, p. 16/19.

<sup>25</sup> BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**. op. cit, p. 01.

<sup>26</sup> BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**. op. cit, p. 07

*review*. Tushnet compartilha das mesmas ideias, acrescentando à chamada *debilidade democrática* o problema da *policy distortion*. Entende que o controle judicial pode causar uma distorção política ao fazer com que o legislativo promova escolhas fundadas naquilo que os juízes dizem sobre as normas constitucionais, ao invés de fazerem julgamentos independentes sobre o que a constituição requer em casos particulares.<sup>27</sup>

A concepção crítica ao controle judicial de constitucionalidade sobre a legislação parte de determinadas pressuposições:<sup>28</sup> (i) a sociedade em questão tem um sistema político amplamente democrático, com voto universal adulto e um legislativo representativo, com eleições que acontecem em uma base imparcial e regular; (ii) o parlamento é um órgão deliberativo numeroso, acostumado a lidar com questões difíceis, incluindo questões importante de justiça e de política social; (iii) os procedimentos legiferantes são dignos de confiança; (iv) os tribunais são, em sua grande maioria, instituições não eleitorais ou representativas; (v) assim como outros membros da sociedade, os juízes discordam entre si quanto ao significado e às implicações de direitos individuais e de minorias; (vi) existe um comprometimento forte, da parte da maioria da sociedade com a ideia de direitos individuais e de minorias; (vii) o comprometimento da sociedade com direitos envolve uma consciência do consenso mundial quanto a direitos humanos e da história da reflexão sobre os direitos.<sup>29</sup>

Sem que estas pressuposições se verifiquem na vivência concreta de uma determinada sociedade, as críticas podem perder parte considerável da sua força. O próprio Jeremy Waldron reconhece isso, quando afirma que o seu argumento contra o *judicial review* é condicional: *se qualquer das condições não for satisfeita, ele pode não se sustentar*.<sup>30</sup>

É exatamente o que pretendemos ver a partir de duas perspectivas:

---

<sup>27</sup> TUSHNET, Mark. **Taking The Constitution Away Form The Courts**. Princeton University Press, Princeton, NJ, 1999, p.57.

<sup>28</sup> A construção destas pressuposições devem ser remetidas à WALDRON, Jeremy. op. cit. Sobre as “instituições democráticas”, pp. 106/108; “instituições judiciais”, pp. 108/110; “comprometimento com direitos”, pp. 110/113.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> WALDRON, Jeremy. op. cit, p. 105. Em passagem anterior, Waldron já havia sublinhado que os seus argumentos dependem de determinadas características institucionais e políticas das democracias liberais modernas (op. cit, p. 98).

Do ponto de vista teórico, saber se as principais objeções ao *judicial review* - déficit democrático, ilegitimidade política e dificuldade contramajoritária -, são consistentes no campo do saber penal ou se precisam ser ressignificadas.

Verificaremos também se as pressuposições que sustentam as críticas ao *judicial review* estão presentes no país. Portanto, do ponto de vista prático, examinaremos a atividade legislativa em matéria criminal no Brasil e o correspondente controle judicial de constitucionalidade destas leis pelo Supremo Tribunal Federal.

Veremos, considerando a pesquisa empírica, que tipo de legislação penal e processual penal se tem formulado e de que maneira estão em tensão com princípios fundamentais de organização do poder punitivo; a capacidade da dinâmica legislativa de corresponder à exigências de racionalidade na elaboração de leis criminais; a posição do STF quanto ao seu papel institucional na relação estabelecida entre jurisdição constitucional e sistema de justiça criminal. Para tanto, analisaremos as ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que contemplem, no mérito, a questão penal.

Finalmente, problematizaremos se a sociedade brasileira (população), desde o ponto de vista cultural, tem um comprometimento forte com direitos individuais e compartilha do consenso mundial sobre a importância dos direitos humanos, tal qual levantado por Waldron.

### **3. Especificidades do Sistema de Justiça Criminal: saber penal, controle do poder e o papel do judiciário.**

Todo saber se inscreve em uma tradição que projeta luz sobre o presente (...). Se isto condiciona o conhecimento empírico, quanto mais irá condicionar o conhecimento das regras e práticas jurídicas, construídas a partir de largas tradições políticas e intelectuais.

Alberto Binder.

O acúmulo das práticas punitivas, antes ou depois da institucionalização da violência estatal, produziu um saber jurídico específico, com intensa carga política.

Este saber não pode ser ignorado porque reflete um aspecto fundamental do projeto político da Modernidade: busca da felicidade através da negação da barbárie.<sup>31</sup>

A secular constatação de que o poder penal tende sempre ao arbítrio, em todos os planos de atuação do Estado (elaboração, aplicação e execução das leis criminais), conduziu à exigência histórica de racionalização e organização da violência estatal. Uma espécie de exigência, portanto, vinculada à experiência concreta do sofrimento humano e das batalhas por maximização da liberdade, acumuladas desde a resistência ao absolutismo.

Todos os poderes que compõem a noção de Estado devem respeito à este programa civilizatório, fundado na luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo.<sup>32</sup> Este programa está associado aos marcos do pensamento iluminista e tem no saber penal o principal ‘local de reconhecimento e tutela dos direitos frente ao irracionalismo das teses inquisitivas’.<sup>33</sup>

O argumento defendido neste ensaio é que não se pode pensar o *judicial review* sobre a legislação, sem um questionamento incisivo a respeito do campo sob o qual esta legislação incide. Isto é especialmente importante quando se trata de questões de direito criminal, responsáveis por fornecer à liberdade individual e à proteção contra as detenções arbitrárias, o essencial de suas garantias.<sup>34</sup> Estas garantias são conquistas paulatinas da cidadania que remontam à milênios. Não são declarações solenes, próprias de juristas, ao contrário, são ferramentas concretas de defesa da liberdade, historicamente construídas para reparar os graves danos que o abuso de poder gerou e, ainda, tem gerado cotidianamente.<sup>35</sup>

O conjunto normativo responsável por estabelecer os limites de atuação do poder criminal está estabelecido na Constituição da República e, especialmente, nos tratados internacionais de direitos humanos (verdadeiros pactos de civilidade internacional).

---

<sup>31</sup> CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 02

<sup>32</sup> CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.80

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> RIVERO, Jean, MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 04

<sup>35</sup> BINDER, Alberto M. p. 113.

### 3.1. Democracia e Justiça Penal: dever contra majoritário.

(...) a virtude do Judiciário é de desempenhar uma função contramajoritária, não apenas no controle de constitucionalidade, mas na defesa dos direitos contra todos os poderes irracionais, majoritários, públicos e privados. Os atores judiciais deveriam, em realidade, receber prêmios de ‘anti-personalidade’ do ano. Isso significa que sua atuação não deve (ria) ser pautada pela opinião pública, pela mídia. Mas contra o senso comum, sobretudo em momentos de tensão política e institucional, para garantir, sempre, a prevalência da Constituição. Quando o Judiciário se torna ator político, ficamos sem Judiciário. E isso é preocupante.

Salo de Carvalho.

As principais críticas ao *judicial review* sobre a legislação convergem para a concepção de que se trata de um modelo incompatível com a democracia, uma vez que o poder judiciário, por se tratar de órgão não eleito, seria despido de legitimidade política. Razões deste nível devem ser levadas em consideração.

Há, entretanto, um conflito primário a respeito dos conceitos em jogo (democracia e legitimidade) e isto repercute nas divergências a respeito do controle de constitucionalidade das leis pelo poder judiciário. Este conflito representa uma batalha linguística que precisa ser travada, especialmente neste caso, em que a semântica política dos conceitos envolvidos no processo fornece uma chave de compreensão sem o qual os fenômenos não podem ser entendidos.<sup>36</sup> Juan Carlos Bayón enfrentou esta questão no ensaio *democracia y derechos: problemas del constitucionalismo*.<sup>37</sup>

Para uma primeira concepção, a democracia deve ser entendida simplesmente como um procedimento para determinar o conteúdo das decisões coletivas, cujo traço distintivo consistiria em que as preferências dos cidadãos tenham alguma conexão formal com o resultado pelo qual cada um conta por igual (isonomia política). Explica Bayón que, embora isto implique em não introduzir na definição de democracia nenhuma exigência ou restrição acerca do conteúdo, uma concepção como esta

---

<sup>36</sup> A batalha semântica para definir, manter ou impor posições políticas e sociais em virtude das definições está presente, sem dúvida, em todas as épocas de crise registradas em fontes escritas. São as palavras de KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**. Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc Rio, 2006, p. 102.

<sup>37</sup> BAYÓN, Juan Carlos. **Democracia y derechos**: problemas del constitucionalismo. In: El Canon neoconstitucional, org. Miguel Carbonell e outro, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 300-301.

admitiria como exceções apenas as regras requeridas pela própria democracia, enquanto procedimento de tomada de decisões.

Para o segundo ponto de vista, pelo contrário, a democracia deve ser entendida não como um mero procedimento de decisão (cujo valor estaria sujeito à satisfação de condições mínimas), senão um sistema político completo que em sua estrutura, composição e práticas, trate todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito. Nesta concepção, abertamente substancial, o decisivo para qualificar um sistema político como democracia não se vincularia à forma como se tomam as decisões, senão além disso, ou melhor, acima disso, com o que se pode decidir e o que não se pode deixar de decidir.<sup>38</sup>

A defesa de um controle forte de constitucionalidade das leis penais e processuais penais parte desta segunda abordagem. O primeiro conceito de democracia, trabalhado por alguns constitucionalistas norte-americanos, parece insuficiente para pensar os problemas que afetam o regime jurídico das liberdades, em especial, quando verificamos o contexto social, cultural e político brasileiro.

O debate sobre o conceito mais adequado de democracia no âmbito do *judicial review* é muito frequente no âmbito da teoria política e foi travado também na Itália entre Pedro Salazar Ugarte, Michelangelo Bovero e Luigi Ferrajoli, por exemplo. Para uma perspectiva democrática do campo penal (e dos direitos humanos), a posição de Luigi Ferrajoli parece mais acertada: “uma definição de democracia que identifique no sufrágio universal e no princípio majoritário as condições somente formais, isto é, relativas à forma e ao método (ao quem e ao como) das decisões, sem nada dizer a respeito da substância ou dos conteúdos (aquilo que) em relação aos quais a nenhuma maioria é lícito decidir, é inadequada e incompleta”.<sup>39</sup>

Ferrajoli defende uma noção de democracia constitucional com ênfase na substância das decisões (esfera do decidível e do não decidível) e não na forma e procedimento (escrutínio eleitoral e majoritarismo). Esta concepção de democracia considera que os direitos fundamentais estipulados nas constituições são limites e vínculos a quaisquer poderes, ao autogoverno e, portanto, à vontade e autonomia dos cidadãos.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup>São as palavras de Juan Carlos Bayón. *Ibidem*.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Uma discussão sobre Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 76

<sup>40</sup>“E qualquer poder, por mais democrático que seja, é submetido, pelo paradigma da democracia constitucional, a limites e vínculos, como são os direitos fundamentais, destinados a impedir a sua

As constituições, no meu entender, não são pactos subscritos e compartilhados pelo povo inteiro como expressões de uma suposta unidade ou vontade, que é no melhor dos casos uma tese ideológica e no pior uma pretensão antiliberal. Aqueles são, sim, pactos de não agressão (por intermédio da estipulação dos direitos de liberdade) e de solidariedade (por intermédio dos direitos sociais), tanto mais necessários quanto mais política e culturalmente diferentes são e virtualmente em conflito encontram-se os sujeitos em relação aos quais tais pactos são destinados a garantir a convivência pacífica.<sup>41</sup>

As contínuas manifestações sociais de ódio coletivo que incluem casos de apologia à linchamentos, apoio a execuções policiais e prisões para delação, explicam, em concreto, o acerto da tese defendida por Ferrajoli. O pacto constitucional no qual a democracia é fundada, especialmente quanto aos direitos de liberdade em face do poder punitivo, funciona como instrumento de garantia para todos, embora não seja por todos desejado ou compartilhado quando se trata de violar o *outro*.

O Estado de direito, como escreveu Geraldo Prado<sup>42</sup>, “evoca o problema da relação entre sujeitos, o direito e o poder e se caracteriza por instaurar um nexo funcional (direito) entre o poder e os sujeitos de modo a controlar o poder e direcioná-lo à realização das plenas potencialidades dos seres humanos”. Jean Rivero e Hugues Moutouh, expoentes do pensamento jurídico francês, também estão de acordo que, nos países que reivindicam a qualidade de Estado de direito, a democracia política deve ser entendida como o conjunto de soluções dadas ao problema do estatuto das liberdades.<sup>43</sup>

A proteção das liberdades contra o poder constitui o ponto firme do saber penal e processual penal liberal, no sentido oposto à epistemologia autoritária. As garantias fundamentais em face do poder punitivo, funcionando como ferramentas de proteção, operam como dispositivos de contrapoder jurídico, estabelecendo óbices à opressão pública ou privada. Uma dimensão política desta envergadura deve impor um modelo constitucional de proteção às ameaças contra a liberdade que efetivamente

---

degeneração, segunda a sua intrínseca vocação, em formas absolutas e despóticas”. FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. p. 80.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Uma discussão sobre Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 81

<sup>42</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17.

<sup>43</sup> RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. op. cit, p. 201.

funcione. As trágicas experiências políticas do século XX explicam porque esta proteção se dirige à cidadania e a todos os poderes, inclusive, contra o legislador.

A necessidade de proteger liberdades contra o legislador não explica por que se atribui ao judiciário, em detrimento de mandatários eleitos, a função institucional de concretizar a efetividade das liberdades em face do poder punitivo.<sup>44</sup>

Não ser um poder eleito por sufrágio universal é o que confere ao judiciário uma atribuição específica na dinâmica institucional dos poderes estatais. Esta dinâmica está na base da distinção entre atores políticos e atores jurídicos, uma distinção que remete a funções, discricionariedades<sup>45</sup> e fontes de legitimação também diversas.

Os direitos de liberdade importam em proibições dirigidas ao poder estatal e são previstos constitucionalmente como limites. Quanto a eles, o espaço dos *atores políticos* deve ser sensivelmente reduzido, uma vez que tais direitos não podem ser submetidos a maiorias eventuais, sob pena de degradação. A exigência de que os *atores jurídicos* atuem para garantir a força normativa daqueles limites pressupõe – para escapar de eventuais pressões majoritárias - uma legitimação legal e não político representativa.

Em outras palavras: existe o espaço autônomo da política e o espaço próprio da jurisdição. Dentro da estrutura do Estado, cabe ao último “examinar as controvérsias e as escolhas interpretativas relativas ao significado das normas a serem aplicadas, sejam estas ordinárias ou constitucionais”.<sup>46</sup> Este é o paradigma próprio do Estado de direito: confiar a discussão sobre o alcance das normas (elaboradas pelo

---

<sup>44</sup> A necessidade de proteger o regime jurídico de liberdades do autoritarismo levado a efeito pelo poder judiciário é o tema central de quase todos os estudos do direito processual penal. Não é, contudo, o assunto deste ensaio.

<sup>45</sup> Segundo Ferrajoli: a *discricionariedade política*, que é própria das funções de governo e das funções legislativas, e a *discricionariedade judiciária*, ligada à atividade interpretativa e probatória requerida pela aplicação das normas legais ao objeto do juízo. FERRAJOLI, Luigi. op. cit, p. 67. É importante não confundir *discricionariedade judiciária* com *decisionismo*, identificado como um dos problemas mais graves para um sistema de justiça democrático. Sobre isto, conferir as obras de Lenio Streck. Por ex: STRECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>46</sup> ‘Obviamente, com relação aos direitos sociais e ao alcance dos limites constitucionalmente estabelecidos dos direitos de liberdade ativa, as leis realizam continuamente e legitimamente escolhas políticas em relação à prioridades que convém atribuir aos vários tipos de direitos. Mas estas decisões não são opções interpretativas, isto é, relacionadas ao significado dos direitos constitucionalmente estabelecidos. (...) É nestas decisões que reside o espaço autônomo da política, em relação ao qual as minhas teses absolutamente não valem, contrariamente à acusação de ‘despolitização da democracia’. FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. op. cit, p.70



legislativo) à juízes independentes, imparciais e, justamente, não sujeitos à pressão da maioria política de ocasião.

Este sistema constitucional protege os direitos de liberdade contra movimentos majoritários, conferindo estabilidade à conquistas políticas históricas, dia após dia, debilitadas por discursos de emergência (razões de segurança e manutenção da ordem). No campo destinado a racionalizar o poder punitivo, portanto, o judiciário *deve* ser contra majoritário ou, ainda, em alguns casos, antimajoritário.<sup>47</sup> Não se trata de uma dificuldade, mas da sua *virtude*.

Todo o poder penal está sujeito à constrangimentos democráticos, materializados em garantias fundamentais de natureza constitucional e convencional que tutelam a liberdade do cidadão. Este campo representa, nas palavras de Rui Cunha Martins<sup>48</sup>, o microcosmo do Estado de Direito, assim caracterizado na medida em que instaure uma sujeição do poder ao direito, em última análise, à limites de contenção.<sup>49</sup>

Naturalmente, a integralidade das instituições republicanas estão sujeitas a estes limites. Eles oferecem um molde, a partir do qual a dinâmica institucional do Estado deverá funcionar. Ao *Legislativo*, o dever de elaborar a política criminal, via aprovação racional de leis; ao *Executivo* a função de aplicar responsabilmente esta política; ao *Judiciário*, a obrigação de prestar jurisdição, ou seja, apreciar os casos penais com independência e imparcialidade (decidir sobre a pretensão acusatória); zelar pelo respeito e idoneidade das regras de julgamento (cumprir a forma, controlar a constitucionalidade e convencionalidade da lei criminal e sua compatibilidade com a dogmática) e, ainda, controlar a atuação das agências repressivas (limites à política criminal executada pelo Estado Administração).

Este desenho institucional, dentro dos princípios básicos que caracterizam a democracia política e o Estado de direito, parece constituir o instrumento mais

---

<sup>47</sup>Imagine-se uma situação de apelo social em defesa da pena de morte (fora dos casos de guerra declarada, prevista constitucionalmente) ou, para ser menos radical, de apoio à uma condenação lastreada, por exemplo, em provas obtidas ilicitamente. Da mesma forma, uma lei que institucionalizasse a tortura haveria de ser imediatamente invalidade pelo poder judiciário, mesmo que contasse com amplo respaldo da maioria parlamentar ou da população. Os exemplos que exigiriam uma atuação antimajoritária do judiciário no campo das liberdades oponíveis ao poder punitivo são muitos.

<sup>48</sup> Conferir as obras de Rui Cunha Martins. Em especial: MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados**. Corrupção, Expectativa e Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2013 e **O ponto Cego no Direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>49</sup> “Neste sentido, toda evolução jurídico constitucional das últimas décadas orientou-se à consolidação dos direitos fundamentais, direitos humanos positivados, domesticando o poder e sujeitando-os a nexos de causalidade.” PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. op. cit, p. 17

adequado para racionalizar a atuação estatal e proteger a liberdade individual contra o abuso do poder.<sup>50</sup>

#### 4. A proteção das liberdades contra o legislador:

A elaboração de leis penais e processuais penais está sujeita à fundamentos que correspondem a desdobramentos da opção política por um regime democrático. No campo criminal, este regime se qualifica pela construção de limites rígidos ao exercício do poder, com o que se garante um processo de racionalização das respostas estatais aos desvios criminalizados.

O poder legislativo, desde que submisso aos postulados básicos da democracia em matéria penal, está legitimado a elaborar leis criminais e, assim, formular as diretrizes gerais da política criminal de um Estado. Aceitaremos, portanto, que a criminalização de condutas, embora ineficiente e naturalmente seletiva, faz parte dos dispositivos jurídicos de todas as sociedades modernas.<sup>51</sup>

Os debates a respeito do *judicial review*, muito dirigidos à questionar a legitimidade do judiciário, parecem produzir uma escassa atenção ao problema relacionado à criação do Direito ou, em outras palavras, à Teoria da Legislação. No contexto penal, como sublinhado por José Luís Díes Ripollés, a necessidade de orientar a atenção em direção à legislação é urgente, uma vez que o campo da lei criminal tem se constituído como um terreno fértil de improvisação e oportunismo social e político.<sup>52</sup>

Um modelo de legislação (e de poder legislativo) que não esteja pautado na produção de decisões racionais conduz o Direito criminal a um processo de deformação inquisitiva, incrementa o fascismo punitivo e, assim, aproxima o regime político do autoritarismo. O controle de constitucionalidade e convencionalidade (e de legitimidade) das decisões legislativas penais são, neste contexto, indispensáveis ao funcionamento da democracia e do Estado de direito. Uma espécie de controle que

---

<sup>50</sup> ANYIAR, Lolita. **Democracia y Justicia Penal**. Caracas: Ediciones del Congreso de La República, 1992, p. 28

<sup>51</sup> Embora, deva fazer o possível para reduzi-la ao máximo, mediante a substituição dos métodos violentos por outras formas de gestão dos conflitos. (cf. BINDER, Alberto M. **Derecho procesal penal**. Hermenéutica Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 125.) Compartilhamos das principais ideias que caracterizam o *abolicionismo penal*. Contudo, este ensaio aborda o controle judicial sobre leis penais, logo, um horizonte em que não haja legislação criminal escapa desta intervenção.

<sup>52</sup> DIÉS RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 14.

não se limita à verificação do cumprimento das formalidades previstas na Constituição, mas que verifique se foram observados durante o processo legislativo os parâmetros de racionalidade exigidos.<sup>53</sup> Estes parâmetros são fornecidos pelo *saber penal* construído no marco do pensamento iluminista e, portanto, na luta pelas humanidades.<sup>54</sup>

O sistema criminal é o principal vetor para se examinar o grau de aderência de um Estado à permanências autoritárias do poder constituído. Neste sistema, a legislação possui enorme carga simbólica, uma vez que instaura processos de criminalização primária (formal) que, per si, limitam a liberdade individual e sujeitam o cidadão – mesmo que de forma abstrata – à engrenagem do poder punitivo estatal. Por isso, a lei penal e, conseqüentemente, os processos políticos de criação do desvio são tão estudados.<sup>55</sup>

A legislação penal de um país que se reivindica democrático está, em suma, sujeito à uma série de limites substanciais quanto à sua formulação (e hermenêuticos quanto à sua aplicação). Os primeiros se dirigem ao legislador, os segundos ao judiciário e às agências executivas. Alguns destes limites estão previstos expressamente no texto constitucional ou em tratados internacionais de direitos humanos. Outros defluem da própria ciência penal, forjada sob a estrutura liberal do pensamento ilustrado.<sup>56</sup>

A normatividade penal possui três características básicas: (i) laicização (ii) estar dirigida para a proteção de bens jurídicos constitucionalmente previstos; (iii) proteção realizada de forma fragmentária/subsidiária.<sup>57</sup>

O caráter laico do ordenamento penal funda a exigência de separação entre direito – crime - e moral, uma espécie de separação que começa, claro, na formulação

---

<sup>53</sup> DÍES RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**. op. cit, p. 16.

<sup>54</sup> CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. op. cit, p. 80.

<sup>55</sup> Os processos de criminalização primária são muito estudados e estão na base da teoria do etiquetamento (*labelling approach*) trabalhado por Alessandro Barata em *criminologia crítica e crítica ao direito penal*. A chamada sociologia do desvio, embora por outro viés, também está comprometida com o problema da imposição de rótulos (pela legislação penal). Para um melhor aprofundamento destas questões, conferir BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 e BECKER, Howard S. **Outsiders**. Estudos da sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

<sup>56</sup> Por todos, Salo de Carvalho: “A incorporação da filosofia política iluminista aufere às ciências criminais modernas os princípios fundamentais do direito de punir”. CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. op. cit, p. 02.

<sup>57</sup> Tais características são trabalhadas de outra forma no clássico trabalho de Francisco de Assis Toledo. Na obra, fala-se em fundo ético da normatividade penal; “proteção de algo” e fragmentaridade. Conferir TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 07.

da lei. A fragmentaridade impõe que a lei penal seja formulada somente aonde a proteção de outros ramos do direito se revelar insuficiente e, ainda assim, tratar-se de violenta agressão ao bem jurídico. A teoria do bem jurídico é muito abrangente para o objetivo deste trabalho. O bem jurídico define, como sintetizou João Paulo Martinelli, aquilo que se quer proteger e como proteger: “não é qualquer interesse que pode ser considerado um bem jurídico de relevância penal, nem qualquer conduta contra esse interesse que pode ser criminalizada”.<sup>58</sup>

Uma das qualidades fundamentais da lei penal no Estado de direito passa, por tanto e, em primeiro lugar, pela exigência de que a criminalização leve em conta *comportamentos humanos que afetem gravemente os bens jurídicos* tutelados pela *Constituição*. Uma legislação penal que criminalize determinados estados subjetivos ou singularidades (ex. *ser judeu, negro, homossexual, comunista, etc.*), que tipifique condutas que não sejam ofensivas à terceiros, afetando-os gravemente (ex. uso de drogas) ou se dirijam a tutelar determinados valores morais (ex. adultério; prostituição), ofende princípios centrais de uma democracia e, portanto, *devem ser invalidados* pelo poder judiciário. Admitir que o legislativo pudesse fazer prevalecer a sua posição, via mecanismos dialógicos - controle fraco de constitucionalidade – seria absurdo.

O princípio da legalidade no campo penal proíbe a formulação de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade; proíbe a edição de leis penais indeterminadas; veda a fundamentação ou agravamento da pena pela analogia *in malam partem* ou com base no direito consuetudinário.<sup>59</sup>

Há ainda várias outras exigências de racionalidade dirigidas à dinâmica legislativa penal: princípios de proteção (lesividade, essencialidade, correspondência com a realidade); princípios de responsabilidade (segurança jurídica, imputação,

---

<sup>58</sup>MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 13. Explica João Martinelli que o conceito político criminal está relacionado à função de proteção, uma vez que representa a necessidade de correta seleção e determinação dos bens individuais que merecem ser protegidos. Por meio da política criminal, completa, “o legislador analisa quais interesses merecem realmente a proteção penal. O conceito dogmático de bem jurídico, por sua vez, representaria o interesse contido na norma e que se pretende proteger. Não se pode, segundo o autor, extrapolar o tipo penal para definir o bem jurídico por ele protegido: “ir além do tipo penal para justificar uma incriminação significa exceder o poder punitivo conferido ao Estado e buscar uma proteção não pretendida pelo legislador”. O conceito dogmático restringe, portanto, o alcance da interpretação do juiz, enquanto o político criminal, restringe a liberdade de conformação do legislativo. Ibidem, p. 17.

<sup>59</sup> As duas primeiras proibições dirigem-se ao legislador (*lex praevia e lex certa*), as demais ao julgador (*lex scripta e lex stricta*). Conferir TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. op. cit, p. 22. Alguns destes desdobramentos não se encontram, literalmente, no art. 5º. XXXIX e XL da Constituição da República, mas são fornecidos pela dogmática e são secularmente aceitos.

responsabilidade pelo fato, jurisdicionalidade) e, finalmente, os princípios da sanção (humanidade das penas, proporcionalidade das penas, monopólio punitivo estatal).<sup>60</sup>

O controle da atividade legislativa em matéria criminal está fundado em imperativos democráticos não sujeitos à discricionariedade do *ator político*, e mesmo o *ator jurídico*, encontra-se limitado em sua interpretação/aplicação. Este pressuposto é fundamental para compreender o *judicial review* no campo penal.

#### **4.1. A atividade legislativa em matéria criminal no Brasil pós ditadura civil e militar (1985-2015): crise de representação e crise de legalidade.**

A necessidade de controle das leis que criminalizam condutas ou afetam garantias em face do poder punitivo é indiscutível. A questão penal repercute nos alicerces de uma democracia, assim qualificada de acordo com as soluções que propõe aos problemas envolvendo *poder* e *liberdades*. Se a perda desta liberdade implica (por ato de quaisquer dos poderes) em sofrimento físico (cárcere), então, a exigência de controle se torna mais intensa.

Nos tópicos precedentes, acumulamos razões a respeito das especificidades do campo criminal e como estas se relacionam com a estrutura e função que deve ser desempenhada pelo judiciário em um Estado de Direito (exercer controle forte, em caráter contramajoritário). No Brasil, esta exigência aparece de forma ainda mais urgente.

Uma digressão intelectualmente honesta do *judicial review* não pode ser realizada sem que seja enfrentada a realidade institucional do país que se pretende retratar. As críticas ao controle judicial de constitucionalidade das leis (com força definitiva) depende da existência de certos pressupostos gerais. Estes pressupostos foram fornecidos por Jeremy Waldron e já estão elencados neste ensaio<sup>61</sup>. Os principais são: legislativo representativo e juízes não eleitos, procedimentos legiferantes dignos de confiança; comprometimento forte, da parte da maioria da sociedade com a ideia de direitos individuais e de minorias.

A ideia de legislativo representativo é inegociável em uma democracia. Aceitar esta premissa não implica em recusar o controle judicial das leis. Há,

---

<sup>60</sup> Conferir a obra de RIPOLLÉS, José Luis Diés. **A Racionalidade das Leis Penais**. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>61</sup> Conferir ponto 2.1.

entretanto, dois aspectos da realidade institucional do legislativo brasileiro que precisam ser sublinhadas: *crise de representação* e *crise de legalidade*. Estes aspectos devem influenciar na reflexão sobre o *judicial review*, especialmente se estamos falando em terras periféricas. Nada disso é exclusividade do Brasil, embora estejam presentes aqui com notável vigor.

A vinculação entre representação e democracia, frequente no pensamento político do séc. XIX,<sup>62</sup> tornou impossível pensar um sem o outro. Uma noção de representação fundada em uma síntese disjuntiva, para usar a expressão de Negri e Hardt: ela liga os cidadãos ao governo e ao mesmo tempo os separa dele.<sup>63</sup>

A crise de representação é, hoje, um problema a respeito do grau de separação entre representantes e representado, extremamente acentuado no caso brasileiro. A formação estamental do Estado brasileiro deixou fundações complicadas.<sup>64</sup> Patrimonialismo, influência do poder financeiro, prevalência de interesses pessoais e políticos. Um modelo de representação patriarcal (Weber) que não permite que os cidadãos expressem seus desejos e exigências plurais.<sup>65</sup>

No campo criminal, a ideia de representação possui outros contornos. As liberdades em face do poder punitivo são conquistas contra o irracionalismo tanto dos governos quanto da massa. As garantias penais são dispositivos de contenção da barbárie pública ou privada. Compreender isto no Brasil é importante, porque o consenso social sobre práticas autoritárias, herança de ciclos ditatoriais frequentes, é grande: 47% dos brasileiros apoiam a pena de morte e outros 47,5% toleram a tortura para se obter provas para a condenação.<sup>66</sup> Exemplos como estes são esclarecedores do porque a conservação de garantias penais não está sujeita à referendos.

---

<sup>62</sup> Nos setecentos, as discussões reconheciam com mais clareza o conflito vivenciado entre democracia e representação. Sobre este tema, conferir NEGRI, Antonio. HADT, Michael. **Multidão**. Guerra e democracia na era do império. Rio de Janeiro: Editora Record, pp. 306/313.

<sup>63</sup> NEGRI, Antonio. HADT, Michael. **Multidão**. op. cit. p. 309. Para uma ampla tipologia da representação é indispensável conhecer a obra de WEBER, Max. **Economy and Society**. Gunter Roth e Claus Wittich (org). Nova York: Bedminster Pressa, 1968.

<sup>64</sup> A este respeito é indispensável conhecer a obra, por ex., de FAORO, Raymundo. **Donos do poder**. Formação do Patronato Político Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.

<sup>65</sup> Referência aos “*noventa e nove por cento*”, expressão cunhada pelos movimentos sociais que eclodiram em Walt Street, Nova York (*Occupy* - 2011), para designar a parte da população não representada pelo *stablishment* (político e financeiro). Cf. NEGRI, Antonio. HADT, Michael. **Multidão**. op. cit. p. 309.

<sup>66</sup> Quanto à pena de morte: pesquisa disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticia/2008/04/apoio-a-pena-de-morte-caiu-no-brasil-diz-pesquisa-1818608.html>. Acesso em 09.03.16. No que se refere à tortura: disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/06/475-dos-brasileiros-tolera-tortura-para-obter-provas-diz-pesquisa.html>. Acesso em 09.03.16

A participação da população nas decisões estatais é indispensável para uma *democracia real*. Em matéria criminal, isto só é concebível se orientada à direção contrária ao *retrocesso civilizatório*. Se consagraram liberdades em face do poder repressivo justamente para que não se debelassem por influência de situações específicas e maiorias eventuais. Por isto o controle das leis penais e processuais penais são confiados à juízes não eleitos e, portanto, não sujeitos à barganhas e comprometimentos típicos do processo eleitoral. Isto não é uma garantia de que as liberdades estão asseguradas (o que a prática comprova), mas uma estratégia político institucional das democracias para dar estabilidade à determinadas conquistas.

Além da crise de representação, em maior ou menor medida vivenciada em várias partes do mundo, há ainda uma verdadeira *crise de legalidade*. Esta crise, como colocado por Juan Pablo Montiel, é um sintoma da decadência e corrupção dos princípios políticos criminais clássicos do direito penal.<sup>67</sup>

O abusivo recurso à lei penal para resolver os mais variados problemas sociais acompanha a ausência de debate político sobre alternativas não criminais de “enfrentamento” à determinadas formas de desvio. Não há estudos prévios sobre as consequências políticas, sociais e econômicas das reformas legislativas que criam delitos, aumentam penas, recrudescem o regime ou flexibilizam garantias.<sup>68</sup>

A leviandade com que se leva o debate legislativo em matéria criminal no Brasil (e em outros países) coloca em questão a legitimidade do parlamento. A sua capacidade de estabelecer parâmetros normativos de forma racional, logo, baseados em preceitos constitucionais, está desacreditada. Chega-se ao ponto de pensar se não seria o caso de atribuir à lei uma *suspeita de inconstitucionalidade* até que os tribunais digam o contrário.<sup>69</sup>

A aguda crise de legalidade no Brasil pode ser demonstrada empiricamente e se manifesta da seguinte maneira: (i) hiperinflação legislativa ou, em outras palavras,

---

<sup>67</sup> MONTIEL, Juan Pablo (ed). **La crisis del principio de legalidade nel nuevo derecho penal: decadencia o evolución?**. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 27.

<sup>68</sup> Faz-se justiça ao deputado federal Wadih Damous autor de um recentíssimo projeto de lei, cujo objetivo é estabelecer normas de responsabilidade político criminal no Brasil. (Projeto de Lei nº 4373/2016).

<sup>69</sup> A proposta é exagerada. A mesma crítica de perda de legitimidade que acomete o legislativo, com maior ou menor intensidade, também afeta o poder judiciário. As atuais objeções à atuação do Supremo Tribunal Federal do Brasil, responsável por adotar interpretações que colidem com o texto literal da Carta Magna (como, por ex, quando volta a permitir – à revelia do art. 5, LV CR – prisão pena antes do trânsito em julgado), inserem-se neste contexto. Sobre a chamada *suspeita de inconstitucionalidade* conferir MONTIEL, Juan Pablo (ed). op., cit, p. 28.

hipercriminalização; (ii) formulação de tipos penais imprecisos, de redação defeituosa e obscura; (iii) proliferação de leis penais simbólicas, cujo objetivo não é promover uma proteção efetiva, mas garantir o coeficiente eleitoral sujeito aos discursos de lei e ordem; (iv) dispersão das fontes normativas penais; (v) ausência de estudos prévios sobre os impactos sociais e econômicos do recrudescimento legislativo em matéria criminal; (vi) ausência de debates qualificados no parlamento a respeito da compatibilidade entre a formulação legal e a estrutura dogmática; etc.

O Brasil vive um *selva legislativa* no campo penal que ameaça a ideia de legislação como limite ao exercício arbitrário do poder, desenvolvidos pela ilustração desde o século XVIII.<sup>70</sup> O Relatório parcial sobre tendências legislativas do Direito Penal e Processual Penal brasileiro produzido pela Associação Latino-Americana de Direito Penal e Criminologia (ALPEC) revela o atual estado da arte.<sup>71</sup> A análise realizada por Maurício Stegemann Dieter considerou o período entre 1985 - 2015 e chegou a resultados preocupantes.<sup>72</sup>

Do ponto de vista *quantitativo*, o estudo revelou que contamos hoje no Brasil com 1.688 (mil seiscentos e oitenta e oito) hipóteses de criminalização primária distribuídas pelo Código Penal e em leis especiais dispersas, muitas de natureza não criminal.<sup>73</sup> A análise *qualitativa* da atividade legislativa brasileira no período pós ditadura civil e militar trouxe conclusões igualmente alarmantes.

O Legislativo nacional ignora o princípio da codificação, segundo o qual os tipos penais devem estar reunidos em só documento, permitindo que a população

---

<sup>70</sup> Parece esvaír-se ao longo do tempo o trabalho de Voltaire, Montesquieu, Beccaria, Rousseau e também os de Bentham, Austin, Ihering, todos de alguma forma orientados à preocupações doutrinárias sobre a técnica legislativa ou, em outros termos, em uma ciência legislativa que produza melhores leis. Conferir SARRABAYROUSE, Eugenio. C. La crise de la legalidad, La teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración. In: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). **La crisis del principio de la legalidad en el nuevo derecho penal: decadencia o evolución?** op. cit, p. 33.

<sup>71</sup> DIETER, Maurício Stegemann. **Associação Latino Americana de Direito Penal e Criminologia (ALPEC). Relatório Parcial.** Tendências Legislativas do Direito Penal e Processual Penal brasileiro (1985 a 2015). Este relatório foi apresentado no IV Congresso Latino Americano de Direito Penal e Criminologia da ALPEC Brasil realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 29 e 30 de outubro de 2015. O texto foi disponibilizado pelo autor e encontra-se pendente de publicação (no prelo). O estudo de Maurício Dieter contempla, como uma das fontes consultadas, a obra de FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>72</sup> Os dados foram colhidos a partir de fontes oficiais do Estado brasileiro, especialmente aquelas disponibilizadas pela Secretaria de Assuntos Legislativos (plataforma sispnas do Ministério da Justiça). Da mesma forma, os estudos encontram apoio na obra de Cristiano Falk Fragoso que, investigando o sistema penal e autoritarismo no Brasil, sistematizou informações importantes sobre este tema.

<sup>73</sup> Dieter salienta que o grau de deformação legislativa no país (vivenciado nos processos de hipercriminalização) torna quase impossível registrar a quantidade de crimes de colaboração de modernas ferramentas tecnológicas.



tenha o acesso facilitado e, portanto, conhecimento apropriado sobre as proibições sujeitas ao cárcere. A maior parte dos crimes, conforme apurado por Maurício Dieter, existe apenas para produzir uma violência simbólica, uma vez que a criminalização secundária se concentra sobre apenas 5 dos 1.688 delitos previstos no Brasil: tráfico de drogas, roubo, furto, homicídio e posse ilegal de arma de fogo.

A frequência com que se sancionam novas leis penais no Brasil é estonteante. Christiano Falk Fragoso demonstrou que entre 1940 (criação do Código Penal) e 1985 (fim formal da ditadura civil e militar) foram editadas 91 leis de conteúdo penal, o que dá uma média de 2,07 leis penais por ano. No período entre março de 1985 a dezembro de 2011 foram editadas 111 leis com natureza criminal. O resultado esclarece porque a democracia, pensada desde o campo das liberdades penais, estão em risco: “a média de leis penais em 26 anos de redemocratização é superior ao dobro da média de leis penais editadas durante os 44 anos que separam o Código de 1940 de 1985. Ou seja, o Brasil “democrático” criminalizou mais que o dobro em praticamente metade do tempo – a incluir, aí, o tempo de duas ditaduras (1937-1945 e 1964-1985).”<sup>74</sup>

As leis penais que se proliferam no país após a ditadura, em sua maioria, criaram novos crimes que não ofendem bens jurídicos ou direitos individuais. Assim, difundiram-se delitos vinculados à complexos funcionais (bens jurídicos difusos: sistema financeiro; meio ambiente) e de perigo abstrato (sem risco concreto de ocorrência do dano).

As leis processuais penais produzidas pelo legislativo nacional frequentemente redundam em restrições de garantias. Embora a Constituição da República tenha afirmado a opção pela acusatoriedade, permanecem leis que autorizam a iniciativa probatória pelo juiz (art. 156, II do Código de Processo Penal), além daquelas que se formulam com o fim de limitar o recurso contra a condenação criminal. No âmbito do direito penitenciário, a tendência legislativa é de recrudescimento dos regimes de cumprimento da prisão.

O cenário da atividade legislativa em matéria penal no Brasil está, portanto, concretamente revelado. Esta realidade institucional é a que deve estar em foco quando se pensa em *judicial review*, especialmente se tratamos do controle sobre legislação criminal em um país com históricos de violação em direitos humanos.

---

<sup>74</sup>DIETER, Maurício Stegemann. op. cit, p. 05.

Há, portanto, uma exigência de que o judiciário atue para evitar este processo de degeneração democrática. Para tanto, é preciso que os juízes tenham exata compreensão do papel institucional a eles reservado, qual seja: exercer forte controle das hipóteses de criminalização, defender a integralidade das garantias fundamentais e, assim, assegurar a vigência dos princípios constitucionais penais que defluem da opção brasileira pela democracia e pelo Estado de direito.<sup>75</sup>

## **5. A atuação do Supremo Tribunal Federal na tutela das liberdades fundamentais em matéria criminal: análise do controle direto de constitucionalidade das leis penais e processuais penais no Brasil.**

A última parte deste ensaio está orientada à investigar, ainda que de forma indiciária, a atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais. Adianta pouco, para o fortalecimento das instituições, uma discussão em tese, a saber se a Constituição brasileira adotou um controle forte ou fraco.<sup>76</sup> A análise proposta tem o objetivo de determinar, em concreto, com que abrangência a Corte constitucional brasileira tem efetivamente exercido o controle da atividade legislativa no campo penal. O contexto de *crise de legalidade* já foi apresentado e é grave. A proteção das liberdades contra o legislador está sob ataque e, como veremos agora, não há muito o que esperar do poder judiciário brasileiro.<sup>77</sup>

Metodologicamente, em razão do espaço destinado a este ensaio, não foram investigados os casos em que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade de um dispositivo penal ou processual penal em sede de controle difuso. Esta análise é importante, mas será realizada em outra oportunidade.

A pesquisa das Ações Diretas de Inconstitucionalidades interpostas, envolvendo a questão criminal, entre 1990 e 2016, deve ser capaz de produzir um diagnóstico que responda às indagações lançadas na conclusão.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Conferir item 4, destinado à proteção das liberdades contra o Legislador.

<sup>76</sup> Discussão que surge a partir da redação do § 2º do art. 102 da Constituição da República que sugere que as decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade não vinculam o legislativo.

<sup>77</sup> Mais de uma vez se sublinhou no texto a necessidade de se efetivar a proteção das liberdades contra o Judiciário. Igualmente, se deve proteger determinadas liberdades do executivo e da população (movidas por paixões de ocasião).

<sup>78</sup> A fonte primária consultada nesta investigação, pode ser encontrada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Tratam-se de dados organizados e disponibilizados pelo próprio STF. Disponível em

Foram encontradas 84 (oitenta e quatro) ações oferecidas, cuja classe se refere às ações diretas de inconstitucionalidades em matéria criminal. Destas, 43 estão identificadas no “assunto” como *direito penal* e outras 41 como *direito administrativo e penal*.<sup>79</sup> Uma grande parte das ações diretas de inconstitucionalidade foram rejeitadas sem exame do mérito - 27 (vinte sete). Destas, 3 (três) não foram conhecidas ou tiveram o seguimento negado,<sup>80</sup> 3 (três) referem-se à agravos não conhecidos ou não providos<sup>81</sup>, 2 (dois) tratam de cautelares indeferidas<sup>82</sup>, 6 (seis) foram consideradas prejudicadas e outras 13 (treze) foram preliminarmente rejeitadas por ilegitimidade ativa.<sup>83</sup>

Atualmente, há 36 (trinta e seis) ações diretas de inconstitucionalidade aguardando julgamento. A ausência de decisões publicadas e processo digitalizado impede que se aprofunde a investigação dos seus objetos. Chamou a atenção, todavia, a ADI nº 4301, proposta pela Procuradoria Geral da República, em que se questiona a constitucionalidade do art. 225 do Código Penal por violação à dignidade humana e da proibição da proteção deficiente do Estado.

O objetivo do Ministério Público Federal de obter a declaração de inconstitucionalidade com fundamento em suposta fraqueza da norma penal para proteger bens jurídicos, é representativo. Pelo menos de forma indiciária, recomenda pesquisas a respeito do compromisso desta instituição (legitimado nos termos do art. 103, VI, CR) com a invalidade das leis que criminalizam condutas inapropriadamente

---

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse> Acesso em 01.03.16.

<sup>79</sup>Embora conste no registro do STF várias ações classificadas como ADI, em alguns casos trata-se de medida cautelar, agravo regimental ou outra situação que não se enquadra no julgamento de mérito de uma ação direta. Por ex., a ADI 2826 foi julgada prejudicada pela perda de objeto (uma vez que o partido político que havia ingressado com a ação perdeu representação no Congresso). A ADI 2456, embora tenha outra numeração, trata-se do mesmo assunto. Nesta ADI, reconsidera-se a decisão anterior e determina-se a redistribuição do feito. Situações como esta se repetem quando analisamos a fonte primária disponibilizada pelo STF. Os dados levantados são especialmente relevantes para abordar as ações diretas de inconstitucionalidade, cujo mérito tenha sido julgado. Muitas ADI's pendentes de julgamento precisam ser melhor visitadas, pois podem tratar de tema materialmente relevante à justiça penal. A investigação dos seus conteúdos, entretanto, foi dificultada pela não digitalização dos autos e, portanto, impossibilidade de acesso pelo sítio do Supremo Tribunal Federal.

<sup>80</sup>Por ex, ADI nº 2862: ato normativo estadual atribui à Polícia Militar o poder de elaborar Termo Circunstanciado.

<sup>81</sup> Por ex: ADI nº 4127 e nº 3747 tratam de ações diretas de inconstitucionalidade contra ato regulamentar.

<sup>82</sup>Por ex., ADI nº 2144. Entendeu-se, em sede cautelar, que a previsão do art. 370, CPP que trata de regras diferenciadas para intimação do Ministério Público e defensores não é inconstitucional.

<sup>83</sup> Quase todas se referem à ações diretas de inconstitucionalidade propostas por cidadãos, nesta qualidade.

(seja pela formulação do tipo ou desproporcionalidade da pena) e, igualmente, aquelas que importam em eliminação de garantias fundamentais instituídas na Constituição.

As ações diretas que tiveram o mérito enfrentado e julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade, fornecem o melhor quadro analítico para o propósito deste ensaio. A análise permitirá aferir (1) a postura do Supremo Tribunal Federal diante do contexto de *crise de legalidade* penal, com conseqüente abalo dos princípios liberais clássicos da democracia política, (2) o que ocorreria com o sistema jurídico brasileiro em geral, e com a justiça penal em particular, se o STF recusasse ou flexibilizasse o dever de declarar a inconstitucionalidade das leis penais e processuais penais ?<sup>84</sup>

18 (dezoito) ações diretas foram julgadas procedentes. Destas, 11 (onze) lei foram declaradas inconstitucionais por vícios formais. Quantitativamente significativo, do ponto de vista qualitativo, a conclusão poder ser mais interessante. A investigação demonstrou um *déficit* na capacidade, especialmente dos legisladores estaduais, de compreenderem as regras básicas de competência legislativa previstas na Constituição da República.

Alguns casos são emblemáticos, como por ex, o da ADI nº 3279, em que se questionou dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina que criara hipótese de crime de responsabilidade; a ADI nº 2257, onde se impugnou lei estadual que dispôs sobre atos do juiz no processo criminal; a ADI nº 2970, em que se declarou inconstitucional o art. 144, PU e art. 150 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que criara caso de competência originária do Tribunal e, ainda, previsão de julgamento em sessão secreta.<sup>85</sup>

Um dispositivo de lei estadual foi declarado inconstitucional por vício formal e material. Trata-se do art. 1º da Lei nº 6806/07 do Estado de Alagoas. Esta lei criou varas especializadas, previu, em diploma estadual, o conceito de crime organizado, regras de prevalência entre juízes, não ressalvou a competência constitucional do júri,

---

<sup>84</sup> Em outros termos: o que seria do sistema jurídico criminal brasileiro se adotássemos as críticas ao *strong judicial review* e, assim, "impedíssemos" o judiciário de declarar a inconstitucionalidade das leis? (seja proibindo ou estabelecendo a possibilidade do legislativo - via controle fraco - fazer valer o seu entendimento sobre a questão de direito penal ou processual penal).

<sup>85</sup> São outros exemplos: ADI nº 4792: incompetência do Estado membro para legislar sobre processo e julgamento de governador por crime de responsabilidade; ADI nº 341: inovação do Estado membro em matéria de crime de responsabilidade; ADI nº 1807: Estado membro cria regras sobre o funcionamento do juizado especial cível e criminal; ADI nº 3483: Estado membro cria regras de prioridade em processos judiciais.

criou órgão colegiado em primeiro grau, entre outras impropriedades básicas (ADI nº 4414).

Dentre as 6 (seis) ações diretas julgadas procedentes por vícios materiais de inconstitucionalidade<sup>86</sup>, 3 (três) produziram resultados que *ampliaram o poder punitivo* e, portanto, não importam em restringir hipóteses de criminalização e invalidar leis que, contrariamente ao texto constitucional, afetam garantias.

Na ADI nº 1719, de relatoria do ex ministro Joaquim Barbosa, deu-se interpretação conforme ao art. 90 da Lei n. 9099/95, para excluir da sua abrangência as normas penais mais favoráveis ao réu. Na ADI nº 447, declarou-se inaplicável a Lei n. 9099/95 no caso de violência doméstica e, desta forma, entendeu-se como pública incondicionada, a ação penal nos delitos de lesão corporal leve ou culposa cometidas neste âmbito. Na ADI nº 2795 foi declarado inconstitucional o art. 7 §2º do Decreto n. 4495/02 que concedeu indulto à condenados por crimes que constam no art. 5, XLIII da Constituição.

A análise da ADI nº 2797 é interessante para examinar a posição do Supremo Tribunal Federal diante de uma reação legislativa. No caso, tratou-se da reação ao cancelamento da súmula 394 que tratava de foro por prerrogativa de função. A Lei n. 10682/02 acrescentou o §1º e 2º ao art. 84 do CPP, permitindo a extensão do foro por prerrogativa para momento posterior à cessação da investidura no cargo. A superveniência de lei ordinária para superar a decisão do STF, levou-o a acusar o legislativo de tentar "usurpar a competência do Supremo para interpretar a Constituição".

Entre todas as ações diretas de inconstitucionalidade em matéria penal examinadas, em apenas duas, o Supremo Tribunal Federal atuou para impedir que a promulgação de uma lei pudesse colocar em xeque os pilares constitucionais do sistema jurídico criminal (no caso concreto, o sistema acusatório). Isto ocorreu no julgamento da ADI nº 1570, em 12.02.04, relatada pelo ex ministro Maurício Corrêa<sup>87</sup> e na ADI nº 3112, em 02.05.07, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Um delas trata da suspensão cautelar (julgada em definitivo) de dispositivo de uma Constituição estadual que outorgara prerrogativa de função à Defensoria Pública, Delegados de Polícia e membros da Procuradoria Geral do Estado.

<sup>87</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO

A ADI nº 3112 tinha como objeto inúmeros questionamentos a respeito da compatibilidade entre dispositivos do Estatuto do Desarmamento e da Constituição da República. Foi reconhecida a inconstitucionalidade material dos arts. 16, 17 e 18 que instituía prisão automática, sem possibilidade de concessão de liberdade provisória. Entendeu-se, por evidente, que estes dispositivos contrariavam o princípio da presunção de inocência.

A ADI nº 1570 foi proposta pelo Procurador Geral da República e tinha por objeto a impugnação do art. 3 da Lei nº 9.034/95 que autorizava a iniciativa probatória do julgador.<sup>89</sup> Em poucas palavras, tratou-se de questionar este dispositivo em face dos artigos 5º, incisos LIV e LV, art. 93, IV e art. 129, I, da Constituição da República. As alegações fundam-se na afirmação contundente da dogmática (ainda atual) de que a iniciativa probatória de ofício reinstitui a figura do juiz inquisidor,

---

PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (STF, ADI nº 1570).

<sup>88</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. (...)

IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. (ADI 3112 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 02/05/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

<sup>89</sup> O dispositivo permite que o juiz diligencie diretamente na produção de provas pertinentes à persecução penal de atos de organização criminosa, com dispensa do auxílio da polícia judiciária ou do Ministério Público.

violando o sistema acusatório, com conseqüente quebra da imparcialidade (comprometida quando o julgador valora a prova que ele próprio produziu).

Na interpretação constitucional do Congresso Nacional (em informações prestadas ao STF), o artigo não comprometia a imparcialidade do juiz, portanto, não afrontava a opção constituinte pelo sistema acusatório. Conclui que *eventuais afrontas aos direitos e garantias fundamentais somente poderiam ser imputadas ao magistrado e não à lei, sendo que a mera suposição neste sentido não pode constituir fundamento suficiente para invalidar o ato normativo.*<sup>90</sup>

Há um determinado trecho do voto proferido por Maurício Correa que precisa ser ressaltado.

12. Para Walter Nunes da Silva Júnior, "a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente do **juízo de instrução** é a vinculação, inconsciente do juiz, às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso (...). Neste passo entendo que o art. 3 da Lei nº 9034/95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição".

13. Em verdade, a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições estas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (art. 129, I, VIII e §2º e art. 144, § 1º, IV e § 4º). Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício do órgão julgador.

Esta passagem dá conta do argumento central deste ensaio, pelo qual o saber penal, liberal, histórico e politicamente configurado como contenção do poder, informa tanto o conteúdo da legislação, quanto a sua interpretação/aplicação (hermenêutica).

No caso das ADI nº 1570 e 3112, o Supremo Tribunal Federal agiu como órgão orientado à impor limites à atividade legislativa em matéria criminal. Esta atuação, no caso concreto, impediu que se positivasse a figura do juiz inquisidor, comprometendo-se a estrutura acusatória do processo penal<sup>91</sup>. Impediu, igualmente,

---

<sup>90</sup> Conferir o inteiro teor do acórdão proferido nos autos da ADI nº 1570.

<sup>91</sup> O art. 156, II do atual Código de Processo Penal autoriza a iniciativa probatória do juiz e, tal qual o art. 3 da Lei 9034/95 - declarado inconstitucional pelo STF - recebe críticas contundentes da doutrina.

que se criasse hipótese de prisão automática no Brasil, em violação ao princípio da presunção de inocência. Estes exemplos apontam, mesmo que indiciariamente, aos efeitos positivos que uma atuação efetiva do STF poderia trazer à conservação do paradigma constitucional e convencional das normas penais e processuais penais.

### **Conclusões:**

A investigação empírica revelou dados importantes sobre todos os pontos de vista. Devemos considerar, entretanto, que a análise esteve adstrita às ações diretas de inconstitucionalidade, o que produz informações interessantes, mas limitadas quanto ao *judicial review* sobre a legislação penal. Uma pesquisa ampla e determinada à radiografar o sistema de jurisdição constitucional em matéria criminal, precisa levantar dados em outras instâncias da justiça, na área estadual e federal para, finalmente, analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade (via recurso extraordinário ou *habeas corpus*).

As conclusões foram organizadas para dar conta das indagações que propusemos fazer:

(i) *Qual o atual estado da atividade legislativa em matéria criminal no Brasil?*

Há uma crise de legalidade no país, caracterizada por uma hipercriminalização, formulação de tipos penais imprecisos, proliferação de leis penais simbólicas, dispersão das fontes normativas penais; dentre vários outros problemas. Nota-se que a atividade legislativa no Brasil tem, em suma, debilitado os princípios liberais tutelam a defesa das liberdades contra o legislador.

(ii) *Que espécie de lei penal e processual penal, os legitimados a ingressar com ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, CR) tem impugnado?*

A maior parte das disposições cuja constitucionalidade foi questionada diz respeito à vícios formais. Outras tantas foram rejeitadas preliminarmente e, portanto, não permitem uma análise de substância.

(iii) *quantas foram julgadas procedentes por vícios formais de iniciativa?*

11 (onze), em um universo de 18 (dezoito) pedidos julgados procedentes para declarar a inconstitucionalidade.

(iv) *algum tipo penal foi declarado inconstitucional?*

A par da crise de legalidade vivenciado no país, com hipóteses de criminalização sem ofensa a bens jurídicos, penas desproporcionais, etc., não se



observou a incidência de decisão declarando inconstitucional um tipo penal. Ressalva-se, entretanto, que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, a constitucionalidade do crime descrito no art. 28 da Lei nº 11343/06 (RE nº 635.659).

*(v) no caso da lei processual penal, a declaração de inconstitucionalidade considerou a violação à garantias fundamentais?*

Os 6 (seis) casos que tratam somente de vícios materiais referem-se à normas de conteúdo processual. Nestes, em três oportunidades, os resultados do julgamento importaram em ampliar o poder punitivo, logo, não consideraram violações à garantias fundamentais. Em apenas dois examinados, entendeu-se que a legislação violava o sistema acusatório e a garantia de imparcialidade da jurisdição.

*(vi) a partir do funcionamento concreto da jurisdição constitucional em matéria criminal, o controle exercido pelo judiciário é forte ou fraco?*

A espécie de *judicial review* adotado no Brasil, se considerarmos a possibilidade de reversão do julgamento pelo poder legislativo, deve ser considerada forte. Esta possibilidade não é reconhecida, ressalvada a discussão a respeito da abrangência do § 2º, art. 102 da CR, cuja redação parece não vincular o legislador à decisão do Supremo Tribunal Federal. Não retornaremos à tipologia apresentada anteriormente no ensaio. A questão é saber se, na prática, o Supremo Tribunal Federal tem ou não invalidado normas penais e processuais penais que resultem em indevida hipótese de criminalização ou restrição de garantias.

A investigação específica das ações diretas de inconstitucionalidade demonstraram que a Corte constitucional não exerce efetivo controle das leis penais e processuais penais. Em concreto, a atuação é fraca.

*(vii) o STF tem exercido o papel institucional de defender as liberdades contra o legislador ?*

O Supremo Tribunal Federal brasileiro não tem exercido este papel. Esta conclusão responde por parte das razões pelas quais o princípio da legalidade está em degeneração e as conquistas democráticas do Estado de direito sob risco. O STF não parece compartilhar dos pressupostos dogmáticos que apontam para a importância do judiciário como um órgão contramajoritário de tutela das liberdades e de conservação das garantias fundamentais.

A conjuntura social, política e institucional do país gera preocupações. No campo da justiça penal, há casos correntes de violações por agências executivas (ex., a permanência da tortura e da cultura de ilegalidades na obtenção de provas); o legislativo está imerso em um crise de representação, além de formular leis criminais de forma irracional e refratária a princípios básicos da democracia política; o judiciário não exerce efetivo controle dos poderes e a população, atravessada por demandas de ordem, apóia.

O momento global e local é o de assegurar as conquistas constitucionais, protegendo-as da opressão pública ou privada.

A reflexão a respeito do *judicial review* em matéria criminal exige uma teoria política constitucional associada ao saber penal, o que impõe uma releitura do conceito de democracia e legitimidade. A realidade periférica brasileira, marcada pela prática corriqueira de violações aos direitos humanos, não corresponde aos pressupostos descritos por Jeremy Waldron para considerarmos válidas as críticas ao *judicial review*, pelo menos no campo criminal.

O ensaio esteve centrado na proteção das liberdades contra o legislador, concluindo pela necessidade de que o poder judiciário brasileiro assumira a exigência de realizar um controle forte de constitucionalidade das leis penais e processuais penais no Brasil. Isto não significa que a sua proteção contra todos, inclusive e principalmente, contra o judiciário, não seja urgente.

## **Referências bibliográficas:**

ANYIAR, Lolita. **Democracia y Justiça Penal**. Caracas: Ediciones del Congresso de La República, 1992.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential Of Theories Of Constitutional Dialogue**. 71 Brooklin Law Review, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. **Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo**. In: El Canon neoconstitucional, org. Miguel Carbonell e outro, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

BECKER, Howard S. **Outsiders**. Estudos da sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. The Supreme Court at the Bar of Politics. Yale University Press. Secondedition, 1986.

BINDER, Alberto M. **Derecho procesal penal**. Hermenéutica Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

BERMAN, José Guilherme. **Direito Constitucional Comparado e Controle Fraco de Constitucionalidade**, p. 116 (tese de doutorado) Disponível em [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22217/22217\\_1.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22217/22217_1.PDF). Acesso em 01.10.15.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência**. Por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora UNESP, 2004,

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COLON RIOS, Jose. A New Typology of Judicial Review of Legislation (2014) 3 (2) **Global Constitutionalism**, Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2437157](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2437157). Acesso em 08.10.15

DIETER, Maurício Stegemann. **Associação Latino-Americana de Direito Penal e Criminologia (ALPEC) – Relatório Parcial**. Tendências Legislativas do Direito Penal e Processual Penal brasileiro (1985 a 2015) – texto cedido pelo autor.

DIÉS RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FAORO, Raymundo. **Donos do poder**. Formação do Patronato Político Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Uma discussão sobre Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

\_\_\_\_\_. **Derecho e Razón**. Madri: Editorial Trotta, 2009.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HAND, Learned. **The Bill Of Rights**: the oliver wendell holmes lectures. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**. Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc Rio, 2006.

MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados**. Corrupção, Expectativa e Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_ **O ponto Cego no Direito.** The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal.** Limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: LiberArs, 2015.

MONTIEL, Juan Pablo (ed). **La crisis del principio de legalidade nel nuevo derecho penal: decadencia o evolución?**. Madri: Marcial Pons, 2012.

NEGRI, Antonio. HADT, Michael. **Multidão.** Guerra e democracia na era do império. Rio de Janeiro: Editora Record, 2012.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos.** A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. “Crônicas da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal”. In: **Em torno da Jurisdição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARRABAYROUSE, Eugenio. C. La crise de la legalidad, La teoria de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración. In: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). **La crisis del principio de la legalidade en el nuevo derecho penal: decadencia o evolución?**

SOLUM, Lawrence. **Legal Theory Lexicon**. The Counter-Majoritarian Difficulty. Disponível em: <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2012/09/legal-theory-lexicon-the-counter-majoritarian-difficulty.html>. Acesso em 25/01/16.

STRECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUSHNET, Mark. Revisión Judicial Dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (compilador). **Por una justicia dialógica**. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2014,

\_\_\_\_\_. **Taking The Constitution Away Form The Courts**. Princeton University Press, Princeton, NJ, 1999.

\_\_\_\_\_. The Supreme Court and contemporary constitutionalism: the implications of the development of alternative forms of judicial review. In: WHITTINGTON, Keith E. (Org). **Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court and constitutional leadership in US history**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WEBER, Max. **Economy and Society**. Gunter Roth e Claus Wittich (org). Nova York: Bedminster Pressa, 1968.

