

**ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE DECISÕES
ADITIVAS EM MATÉRIA PENAL:
Análise da decisão do STF na ADPF 54**

*Paulo Paiva**

I – Introdução

Ao abordarmos as técnicas de decisão em controle de constitucionalidade e, em particular, as decisões aditivas, temos o raciocínio processual interpelado por questões constitucionais estruturantes do Estado, entre as quais se destaca a legitimidade política da jurisdição constitucional e os limites de sua atuação.

Talvez nenhuma outra decisão do Supremo Tribunal Federal sirva como prova de tal afirmação de forma mais contundente que aquela prolatada na ADPF nº 54. A própria admissibilidade da ação - articulada em uma questão de ordem suscitada anos atrás -, contudo, levanta uma questão política relevante: *partindo do postulado da natureza contramajoritária da jurisdição constitucional, estariam os tribunais constitucionais legitimados a prolatar decisões com efeitos aditivos em matéria penal?*

Na presente comunicação buscaremos mostrar, com apoio na experiência constitucional italiana, que a resposta a tal questionamento deve ser positiva.

A comparação proposta importa por ressaltar os paralelos que, não obstante as peculiaridades do constitucionalismo italiano¹, existem entre as

* Professor titular de filosofia geral e do direito, e assistente de teoria geral de controle de constitucionalidade no Instituto Brasiliense de Direito Público. Assessor Parlamentar no Senado Federal.

¹ Cesare Pinelli, *Diritto, legge, costituzione. Variazioni sul tema*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/pinelli.html>, acesso em: 09.03.2009, item nº 4: “Si trattava di una concezione diversa tanto dal costituzionalismo americano, dove l’idea di costituzione va sempre oltre i risultati della contingente volontà politica del legislatore, e fonde piuttosto da difesa dei diritti costituzionali nei confronti delle mutevoli maggioranze parlamentari, quanto dal

circunstâncias jurídico-políticas em que atuam a *Corte costituzionale* daquele país e o Supremo Tribunal Federal brasileiro², justificando iniciativas, dos dois tribunais, no sentido de sanar unilateralmente a situação de inconstitucionalidade³.

De fato, o estudo simultâneo das jurisprudências dos dois Tribunais revela que os problemas que a *Corte costituzionale* sana, unilateralmente, com decisões aditivas *stricto sensu* são substancialmente idênticos aos que o Supremo Tribunal Federal resolve, também de forma autônoma, através de interpretação conforme a Constituição com eficácia aditiva. São técnicas decisórias distintas, mas com objetivos e efeitos materialmente iguais.

Reconhecendo a inevitabilidade dos efeitos aditivos em controle de constitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes, no voto que proferiu por ocasião do juízo de admissibilidade da ADPF-QO 54, ponderou:

costituzionalismo francese, dove al contrario è la sovranità dell'assemblea elettiva ad esprimere una massima disponibilità di interpretazione costituzionale”.

² Entre eles, podemos referir a comum recalitrância parlamentar nos dois países em atender ao apelo por legislação partido das respectivas jurisdições constitucionais. No Supremo Tribunal Federal, encontram-se, pelo menos, duas decisões com efeitos aditivos que se fundam, também, em tal recalitrância. Cf., nesse sentido, a Ementa do MI 284, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 26.06.1992: “Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório” (Decisão substancialmente idêntica foi proferida no MI 562, Rel. Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 20.06.2003).

³ O fenômeno também é recorrente no Tribunal Constitucional espanhol, cf., nesse sentido, Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., pp. 409-410: “La utilización de este tipo de sentencias se plantea especialmente respecto de las hipótesis de desigualdad normativa o trato desigual por parte de una ley, porque la Ley prevé determinadas consecuencias para determinadas hipótesis, pero no para otros supuestos que constitucionalmente hubieran exigido un tratamiento igual. Como dice el TC español, ante tales hipótesis cabe, en principio, equiparar por arriba, suprimiendo las restricciones o exclusiones injustificadas establecidas por el legislador con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados y así lo ha hecho el TC español, por ejemplo, extendiendo la pensión de viudedad prevista en favor de las viudas también a los viudos (STC 103 y 104/1983, entre otras); o extendiendo determinadas prestaciones, previstas en el enunciado legal para las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez, también a los hijos y hermanos (STC 3/1993, de 14 de enero); o extendiendo determinados derechos reconocidos por el texto de la norma a favor de los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República antes del 18 de julio de 1936 también a los militares profesionales ingresados con posterioridad a dicho año en tales Fuerzas Armadas (STC 116/1987); o extendiendo el beneficio de subrogación *mortis causa* previsto en la legislación de arrendamientos urbanos al conviviente *more uxorio* (STC 222/1992, de 11 de diciembre); o suprimiendo determinados límites específicos que operaban para el reconocimiento de una pensión de orfandad a favor de los hijos por adopción con la supuesta finalidad de evitar ciertos fraudes (supervivencia del adoptante por dos años, al menos, desde la fecha de la adopción), y que no operaban respecto de los hijos por naturaleza (STC 200/2001)”. Em todas as hipóteses, note-se, o provimento aditivo era o objeto principal da ação, e não um mero efeito regulador das situações jurídicas consolidadas sob o regime inconstitucional e apanhadas pelo julgamento do Tribunal.

Para os que ainda não se convenceram do cabimento da ADPF na espécie, há de se indagar: como agiria o Supremo Tribunal Federal se se deparasse com um *habeas corpus* em um caso como o presente? (*omissis*) Caso a criança não tivesse nascido, o Tribunal poderia escusar-se de julgar o *writ*? (*omissis*) Se o Tribunal autoriza, que norma permissiva ele estará a invocar para admitir a interrupção da gravidez? Com certeza, estará reconhecendo, em sede de *habeas corpus*, ainda que não o faça expressamente, uma nova causa de excludente da ilicitude implícita ao art. 128, ou a inaplicabilidade à espécie do art. 124, ambos do Código Penal (*omissis*) Não teria essa decisão o efeito de generalidade do entendimento perante o Poder Judiciário e, eventualmente, a Administração? A resposta há de ser afirmativa (*omissis*) Atualmente o Plenário está julgando o HC 82.959, sobre a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, cuja decisão, certamente, ultrapassará os limites daquele caso concreto (*omissis*) O Plenário está julgando a RCL 2.391, sobre a exigência legal do recolhimento à prisão, cuja decisão igualmente terá efeitos além da situação específica. Se tal é possível em *habeas corpus*, em reclamação ou em outras ações individuais, por que não o será em ADPF?⁴

O reconhecimento de um poder normativo com efeitos gerais ao Supremo Tribunal Federal torna-se manifesto ainda por outras duas razões. Em face da instituição da Súmula Vinculante, mas também, e principalmente, entendemo-lo expresso na gradual mudança de entendimento sobre os efeitos que podem advir de um eventual conhecimento e provimento em Mandado de Injunção⁵.

Isso não obstante, se tal poder é exercido na seara penal, particularmente submetida ao princípio da legalidade, as resistências parecem ser redobradas, daí a pertinência de se argumentar pela admissibilidade das decisões aditivas em matéria penal.

⁴ ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, pp. 170-171. Corroboram as palavras de Sua Excelência, as que escreveu *Giusi Sorrenti, L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 278-9: “un elevato tasso di creatività nelle decisioni dei giudici trova pur sempre un fattore di compensazione nel ristretto ambito di applicazione della sentenza, circoscritto, dal punto di vista oggettivo, al singolo caso e, da quello soggettivo, alle sole parti del giudizio e in ciò, in definitiva, rinviene la sua giustificazione; mentre la Corte costituzionale opera su un piano pur sempre diverso, che per quanta (pur giusta) insistenza si faccia sul rilievo del ‘caso’ nei giudizi di costituzionalità, non potrà mai arrivare a combaciare del tutto con quello del singolo episodio della vita, ma sarà sempre più ampio rispetto ad esso”.

⁵ Nesse sentido, MI 283, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14.11.1991: “Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito”.

II. Decisões manipulativas em matéria penal

Como já aludido, as técnicas unilaterais de supressão da inconstitucionalidade enfrentam redobradas resistências quando a norma acoimada inconstitucional possui natureza penal. Dois argumentos são aduzidos para barrar a prática decisória manipulativa no âmbito criminal: a competência exclusiva do legislador em matéria de crime e pena e a especial rigidez com que incide, na matéria, o princípio da legalidade.

Em tantas oportunidades exigiu-se da *Corte* italiana que resolvesse questões desse jaez que, no interior de sua jurisprudência, as teses da admissibilidade e inadmissibilidade das decisões manipulativas em matéria criminal lograram inscrever um processo dialético, consubstanciado em numerosos julgados em ambas as direções.

Antes, porém, de analisar a rica jurisprudência do Tribunal de Roma, e com o intuito de destacar a atualidade e importância do problema em tela, alguns parágrafos serão dedicados ao julgamento da admissibilidade da ADPF-54 (caso dos anencéfalos), ocasião em que o Supremo Tribunal Federal debateu a matéria.

III. ADPF-54: o problema posto entre nós

Em tela, a discussão travada na Questão de Ordem, suscitada pelo Procurador-Geral da República, acerca da admissibilidade da ADPF 54. O pedido veiculado na ação justifica-se, quanto a sua admissão, por entender a Arguente que a eficácia da decisão será apenas declaratória da atipicidade da conduta face aos dispositivos incriminadores atacados, vedando a interpretação da interrupção terapêutica nos casos de feto com anencefalia comprovada como uma espécie de aborto⁶.

⁶ A pretensão da Arguente foi assim exposta por Seu Patrono: “Que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), declare inconstitucional a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante a se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado”, in: ADPF-QO 54, Petição Inicial, Rel. Ministro Marco Aurélio, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>,

De início, deve-se destacar que resta do conjunto da dissensão⁷ uma recusa da premissa de mérito, a saber, que não se trata, na hipótese em tela, de aborto, mas de antecipação terapêutica do parto. Essa tese, que se poderia chamar de tese da atipicidade livraria o Tribunal de questões técnico-decisórias desconfortáveis, ao mesmo tempo em que o mergulharia na tarefa de definir, entre os fetos vivos, os que merecem a tutela penal. Ao contrário, se está correta a dissensão, e se estamos diante da inserção de uma nova exculpante (ou, numa outra solução - embora também portadora de efeitos aditivos - diante da extensão interpretativa de exculpante já existente, a do art. 128, inc. II do Código Penal⁸), a *rátio dissidendi* seria menos a condição objetiva do feto, atentando-se, em primeiro plano, para a dignidade e saúde psíquica da mulher gestante.

Importa-nos, aqui, focar a tese comum aos votos vencidos, pois consideraram Suas Excelências que a pretensão à declaração de atipicidade da conduta, em verdade, traz em seu bojo, como principal efeito normativo, a inclusão de uma nova exculpante para o crime de aborto, aditando o art. 128 do Código Penal, em clara invasão da esfera de conformação legislativa pelo Supremo Tribunal Federal⁹. Em suma: a dissidência julgou que o pedido, para ser provido, exige do Tribunal a prolação de uma decisão com conteúdo aditivo e eficácia vinculante *erga omnes* – na prática, uma normatividade geral de cunho jurisprudencial que, então, refutaram em bloco.

Mesmo antes da apreciação da Questão de Ordem, o Ministro Eros Grau inaugurou a dissensão e grifou o problema, ou seja, o fato de que a liminar “satisfativa” deferida – e, logo, uma eventual decisão de mérito favorável à Arguente – teve o efeito

acesso em 29.03.2009, p. 23. Segundo a fundamentação da exordial, a interpretação atacada feria os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 1º, inc. IV (dignidade da pessoa humana); Art. 5º, inc. II (legalidade), Art. 6º, *caput* e, finalmente, o Art. 96 (saúde).

⁷ Embora tenham restado vencidos, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros César Peluso, Carlos Velloso e Eros Grau confluem, por suas razões de decidir. Todos julgando estar o tribunal diante de uma ação que visa efeitos aditivos em matéria penal. Dos votos vencedores, apenas no do Ministro Gilmar Mendes há a admissibilidade de tais efeitos. O Ministro Joaquim Barbosa julgou que tal discussão não dizia com a admissibilidade e reservou-se o tratá-la quando do julgamento de mérito. Os Ministros Carlos Brito, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence entendem não estar envolvida questão de adição jurisprudencial. O Relator, Ministro Marco Aurélio, não se manifestou sobre o ponto aqui em discussão.

⁸ Cf., assim, o voto do Ministro Carlos Brito, especialmente os itens 20 a 24 da fundamentação, *in*: ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, pp. 125-129.

⁹ Nesse sentido, o voto do Ministro César Peluso, *in*: ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, p. 154: “No fundo se trata – e nisso não há dúvida alguma – de criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente de ilicitude, e neste ponto gostaria de fazer a seguinte observação: essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação de parto’, neste caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude.”

de, por quatro meses, “como se a lei tivesse sido reescrita, como se o Código Penal tivesse sido reescrito pela Corte, como legislador positivo”, permitir “uma terceira modalidade de aborto”¹⁰.

Foi a Ministra Ellen Gracie, não obstante as manifestações de seus colegas também vencidos pela admissão da Arguição, quem deu forma mais alargada à dissensão. Lembrou Sua Excelência que “a tal prática (decisões com efeitos aditivos) o Tribunal se tem recusado nas demais formas de controle”, obtemperando que

o objeto da ação é o de acrescentar conteúdos à norma vigente. Ora, a jurisdição constitucional é normalmente convocada para expungir do ordenamento normas que estejam em descompasso com a Constituição, não para oferecer acréscimos ao ordenamento positivo em usurpação à competência dos outros dois poderes. Circunstâncias há, porém, em que as disposições de inconstitucionalidade tornam necessário o preenchimento de lacunas criadas pela própria decisão, por isso, fala-se em efeitos aditivos que podem ter as sentenças dos Tribunais Constitucionais. São decorrência, são efeitos periféricos ou colaterais de decisões preponderantemente ablativas e que, ao declararem uma inconstitucionalidade, invalidam a situação de segurança jurídica que se baseara na presunção de legitimidade da norma ou ato administrativo, com base nas quais muitas relações se terão desenvolvido. Consciente dessa realidade, o Tribunal Constitucional então adota as medidas necessárias a evitar oneração excessiva a todos quantos de boa-fé regerem sua atuação pelo diploma ou ato viciado. Não conheço, porém, exemplo de jurisdição constitucional em sistema de direito codificado (*Civil Law*) que seja provocada para atitude exclusivamente criadora de direito, como se vê no caso presente¹¹.

E marcando a leitura acerca da separação de poderes, comum a todos os votos dissidentes, concluiu:

A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete projetos encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21.10.04 e outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer. Por isso, “não há como deixar de conferir à pretensão da autora o intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu”¹².

¹⁰ ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, p. 85. No mesmo sentido, votou o Ministro Carlos Velloso, p. 214: “Pretende-se, mediante interpretação da lei penal conforme a Constituição, instituir uma terceira excludente de criminalidade relativamente ao crime de aborto. O que se pretende, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal inove no mundo jurídico. E inove mediante interpretação”.

¹¹ ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, pp. 196-197.

¹² ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, p. 195.

IV. Reserva de lei, princípio da legalidade em matéria penal e rigidez dos direitos fundamentais

Concordamos com os votos dissidentes quando destacam os efeitos aditivos concretos que, necessariamente, adviriam (como advieram) de uma decisão de procedência da ADPF-54. Não obstante, a recusa absoluta ao cabimento da técnica decisória aditiva em matéria penal não parece consentânea, *data vénia*, nem com a prática jurisprudencial comparada, nem com a flexibilidade decisória requerida pela diversidade das situações em que os direitos fundamentais soam ser violados pela lei, ou por sua atuação judicial ordinária.

Parece-nos particularmente contrário à natureza contra majoritária da jurisdição constitucional, o argumento segundo o qual, em linhas gerais, a minoria não pode conseguir no Tribunal o que não conseguiu no Parlamento. Essa forma de encarar as relações entre os Poderes dentro de um Estado Constitucional poderá afirmar-se, não duvidamos, enquanto uma escolha jurídico-política, mas de forma alguma responde como algo ínsito à jurisdição constitucional. Ao contrário, dá-nos notícia Cox que, sob a Corte de Warren, não era incomum que “perdedores no processo político usassem a litigância constitucional como um instrumento criador de políticas sociais”¹³.

É preciso afirmar que a discricionariedade legislativa em matéria penal encontra limites nas garantias individuais firmadas na Constituição, não apenas nos valores de previsibilidade e anterioridade da lei penal, mas em todo o conjunto ideológico e liberal conformador da relação entre o aparelho persecutório estatal e a esfera de liberdade do indivíduo. Poder-se-ia, *v. g.*, avançar para negar legitimidade constitucional à incriminação que, mesmo presumivelmente apta a alcançar a finalidade preventiva mirada pelo Estado legislador, produzisse, através da pena, dano a direito fundamental, desproporcional quando comparado com a vantagem obtida com o instrumento criminal de tutela de outro bem. A mesma ilegitimidade poderia resultar da

¹³ Archibald Cox, *The role of the Supreme Court in american government*, cit., p. 102. No mesmo sentido, Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 76 : « Les débats à l'Assemblée nationale se sont énormément 'juridicisés'. Quasi systématiquement, l'opposition parlementaires doulevait l'exception d'irrecevabilité des projets de loi qui est une motion de procédure dont l'objet est de suspendre le débats sur les textes de loi en arguant de leur inconstitutionnalité ed d'empêcher que aussi pour objectif de retarder l'examen du texte (*omissis*) L'opposition voulait continuer, sur un terrain juridique, la bataille qu'elle vaint perdue sur plan politique. Le Conseil constitutionnel s'est retrouvé dans une situation d'arbitre politique qui n'est pas la siene ».

desatenção ao princípio da subsidiariedade da tutela penal, que deve ser utilizada pelo legislador sob a lógica da extrema *ratio*. Nesse ponto, na verdade, o tema das técnicas decisórias em controle de constitucionalidade da lei penal faz fronteira com outro, quicá mais delicado, o do abuso de poder legislativo.

Por fim, existe o problema do direito penal pré-constitucional, muito mais suscetível de sofrer um processo de inconstitucionalização, também passível de ser sanado através de decisões aditivas.

Sobre a admissibilidade das decisões manipulativas em matéria criminal, também controvertem a doutrina e a jurisprudência estrangeiras. Assim, ao menos, a situação que encontramos em alguns países europeus. Exemplo do dissenso espanhol acerca da matéria oferecem Llorente e Camazano. O primeiro foi categórico:

Questão distinta é a que se refere à interpretação conforme de normas penais e, em geral, sancionatórias, âmbito em que os imperativos da *lex certa* e da necessária retroação do pronunciamento estimatório *in bonus* devem levar à redução, ou mesmo à supressão, do recurso a decisões interpretativas em favor da estrita declaração de inconstitucionalidade com a conseqüente nulidade¹⁴.

Camazano, lembrando que o próprio Tribunal espanhol já havia feito uso de interpretações conformadoras de tipos penais¹⁵, considerou que “não se pode excluir, de modo absoluto, a possibilidade de sentenças interpretativas no âmbito penal, se bem”

¹⁴ Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 132.

¹⁵ A esse respeito, cf. a STC 111/1993, do Tribunal Constitucional espanhol, disponível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0111, acesso em 02.04.2009, que deu provimento ao recurso de amparo contra condenação baseada em uma lei penal considerada ofensiva ao princípio da *ultima ratio* em matéria penal: “3. Según hemos afirmado (SSTC 75/1984, fundamento jurídico 3), ‘una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal’ [F.J. 5]. 4. El principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley («lex scripta»); que la Ley sea anterior al hecho sancionado («lex praevia»), y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado («lex certa»); lo que significa la prohibición de extensión analógica del Derecho penal al resolver sobre los límites de la interpretación de los preceptos legales del Código Penal (SSTC 89/1983, 75/1984, 159/1986, 33/1987 y 199/1987, entre otras). Por otra parte, este Tribunal (SSTC 62/1982 y 53/1985) ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la Ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad [F.J. 6] (*omissis*) 10. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así, en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 C.E.)”.

- e aqui estabeleceu o limite que lhe pareceu adequado -, “que há fazer-se uso especialmente prudente de tais pronunciamentos e, desde logo, nunca *contra cives*, o que veda toda interpretação expansiva ou analógica”¹⁶.

Na Itália, a situação não é distinta. Por vezes, afirma-se estarem vedadas as sentenças manipulativas “em tema de norma incriminadora e punitiva, face à rigorosíssima reserva de lei do art. 25, parágrafo 2º da Constituição italiana”¹⁷. A tese do não cabimento de decisões manipulativas em matéria penal conta com vários julgados da *Corte costituzionale* a emprestar-lhe supedâneo¹⁸. Na Sent. nº. 42/1977, v. g., o Tribunal de Roma definiu a matéria como “eminente política”, pelo que restaria “excluída qualquer possibilidade de intervenção através de sentenças consideradas aditivas”¹⁹. Em tais situações, a questão de inconstitucionalidade era rejeitada como “manifestamente inadmissível”, sempre ao argumento de que “não é dado ao juiz constitucional pronunciar decisões das quais se possa derivar a criação – exclusivamente reservada ao legislador – de uma nova disposição penal”²⁰.

Contra a tese da reserva de lei e reserva de parlamento em matéria penal, parte da doutrina opôs consideráveis argumentos. Já se disse, a esse respeito, que a aceitação da tese comportaria a necessidade de estendê-la a todas as matérias que a Constituição reserva ao legislador²¹. Soma-se a isso a ponderação de Beilfuss, para quem, “enquanto limite funcional das sentenças constitucionais”, o raciocínio a partir da figura da reserva de lei “deve sujeitar-se, em cada caso, à existência de uma verdadeira liberdade de configuração por parte do legislador para reparar a inconstitucionalidade”²².

¹⁶ Joaquín Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., p. 386.

¹⁷ Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 99. No mesmo sentido, Pasquale Costanzo, *Legislatore e Corte costituzionale: uno sguardo d’insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant’anni di attività*, cit., item nº. 6.

¹⁸ Cf., exemplificativamente, as sentenças de números: 188, 193 e 212/1993 e 260/1994, disponíveis em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em: 02.10.2008.

¹⁹ Sentença nº. 42/1977, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

²⁰ Sentença nº. 146/1993, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

²¹ Elena Malfatti, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 124.

²² Markus Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 75.

Ademais, esse entendimento jurisprudencial nunca logrou, ao contrário do que afirmam alguns autores²³, firmar-se em uma jurisprudência pacífica²⁴. Diante da incerteza jurisprudencial, a doutrina avançou para, considerando superada a questão da admissibilidade, definir os limites que decisões com tal perfil deviam observar na seara criminal. Agnoletto, v. g., opinou que o respeito à reserva de lei “não exclui a decisão manipulativa *in bonam partem*, que tenha efeito restritivo da aplicação da norma penal”²⁵.

A análise do conjunto formado pelas decisões de perfil manipulativo proferidas pela *Corte* italiana interessa, não apenas como indiciário do cabimento da modalidade decisória também em matéria de crime e pena, como uma fonte de critérios aos quais a jurisdição constitucional deve submeter a legislação criminal.

Em 1974, por ocasião da prolação da sent. nº. 218 daquele ano judiciário, e após destacar a impropriedade do provimento jurisdicional para “estatuir comportamentos que devam ser punidos e qual deva ser a qualidade e a medida da pena”, a *Corte* traçou linhas claras para a discricionariedade legislativa na matéria: “desde que esse poder contenha-se nos limites da racionalidade”, julgando, na espécie que lhe era submetida então, que o legislador havia “excedido tal limite, ausente qualquer elemento lógico que pudesse desdobrar-se em fundamento jurídico e racional de uma normatividade como a impugnada”²⁶.

Refira-se, por exemplo, a sentença 108/1974, na qual a *Corte* considerou o art. 415 do Código Penal italiano “ilegítimo constitucionalmente, *na parte em que não especifica*” que a instigação a luta de classes, para ser considerada crime, “deve ser exercida de modo perigoso para a tranquilidade pública”²⁷.

²³ Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 98, por exemplo, afirmou a jurisprudência pela inadmissibilidade das decisões manipulativas em matéria criminal como “costante, a partire dalla sent. 42/1977”.

²⁴ Para cada decisão afirmando a inadmissibilidade de decisões aditivas ou manipulativas em matéria penal, existe outra aditando o arcabouço persecutório; cf., exemplificativamente, as sentenças nºs. 31/1969, 108 e 218/1974, 27/1975, 139 e 409/1989, 254/1994, 61/1995 e 145/2002.

²⁵ Chiara Agnoletto, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale sugli atti amministrativi e processuali penali*, cit., item 3.2.

²⁶ Sentença nº. 218/1974, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

²⁷ Sentença nº. 108/1974, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008. Grifamos.

Em outra decisão, nº 61 de 1995, novamente a Corte de Roma avançou em matéria penal, para declarar a ilegitimidade constitucional do art. 39 do Código Penal Militar, “*na parte em que não exclui da inescusabilidade da ignorância de dever inerente ao estado militar, a ignorância inevitável*”²⁸.

Dentre as decisões aditivas *stricto sensu*, importa-nos, sobretudo, a sentença 27/1975, por versar problemas, tanto processuais como de mérito, em vários pontos similares aos que ocuparam o Supremo Tribunal Federal na ADPF-54²⁹. Na ocasião submeteu-se à *Corte italiana* incidente acerca da inconstitucionalidade do art. 546 do Código Penal, *na parte em que punia quem praticava o aborto em hipóteses nas quais, embora não estivesse a mãe sob perigo atual de morte configurador do estado de necessidade, a gravidez fosse atestadamente comprometedora do bem-estar físico e do equilíbrio psíquico da gestante*. O Tribunal considerou, então, que o interesse protegido constitucionalmente relativo ao feto poder-se-ia chocar, em algumas circunstâncias, com outros interesses igualmente dignos do ponto de vista constitucional. E que, por isso, a “lei não pode dar ao primeiro prevalência total e absoluta, negando aos outros a adequada proteção. E é justo esse vício de legitimidade constitucional que invalida a atual disciplina penal do aborto”. Considerou a *Corte*, ainda, que o dispositivo genérico do aborto necessário não cobria a hipótese, pois o dano físico e psíquico da gestante pode ser previsível, sem ser imediato. Sentenciou, então, que a declaração de ilegitimidade do art. 546 apresentava-se inevitável, lavrando dispositivo no sentido de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo penal atacado, “*na parte em que não prevê que a gravidez possa ser interrompida quando a continuação da gestação implique dano, ou perigo, grave, atestado por médico, para a saúde da mãe*”³⁰.

²⁸ Sentença nº. 61/1995, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008. Grifamos. Essa decisão também nos parece importante por um outro motivo, nela vemos confirmada a tese que liga o cabimento das decisões aditivas ao controle do direito pré-constitucional. Entre as razões de decidir da Corte, está a seguinte: “questa Corte non mancò di rilevare come l'interpretazione dell'art. 39 c.p.m.p. quale limite all'efficacia scusante dell'errore su legge extra penale, pur se, ‘certamente rispondente alla ideologia degli autori del codice’, non potesse ritenersi più giustificabile, “sia perché contraria ai principi fondamentali del diritto penale (che sono principi di civiltà), sia perché nel nuovo ordinamento democratico, anche militare, quei principi sono collegati all'ispirazione di fondo della Costituzione che rende ormai anacronistica quella interpretazione”.

²⁹ Lá, como aqui, o que se pretendia conseguir era o estabelecimento de uma hipótese exculpante da prática, típica, da interrupção mecânica da gravidez. Lá, como aqui, o parâmetro constitucional envolvia o direito a saúde e a dignidade da pessoa humana.

³⁰ Sentença nº. 27/1975, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008. Grifamos.

Ressalte-se, por oportuno, que a questão das decisões com efeitos aditivos em matéria penal tem sua complexidade exacerbada quando tais efeitos surgem de uma decisão de provimento (nulidade) parcial. Aqui, não só a admissibilidade ou os limites, mas a própria natureza aditiva da decisão é controvertida. Aduzindo que, ao contrário da modalidade aditiva *stricto sensu*, a de provimento parcial não introduz nada (se limitando a excluir a responsabilidade penal), autores há que estremam os dois tipos de decisão. Zagrebelsky, embora reconheça a possibilidade de surgirem efeitos positivos de provimentos nulificadores, afirmou que o argumento da reserva de lei parece não conferir com a decisão de acolhimento parcial, e que o princípio da exclusividade legislativa em matéria penal

deve ser sempre conciliado com o limite constitucional a cujo respeito são destinadas as intervenções da corte constitucional. Por conseguinte, na hipótese³¹, a disciplina da prática contra a procriação não deve ser reconstruída como a soma de tal artigo de lei mais a sentença n. 27/1975 da corte constitucional, mas como a soma de tal artigo de lei com o limite (negativo) imposto pelo princípio constitucional (feito valer concretamente pela sentença da corte constitucional). Não parece, portanto, que o reclamo à reserva de lei possa valer como argumento contra a sentença de acolhimento parcial – que tem como seu elemento definidor o alcance apenas negativo. Diversa conclusão deve, ao contrário, valer para a sentença de acolhimento com valor positivo ou paralegislativo³².

A relativa dicotomia estabelecida entre as decisões de acolhimento parcial e as decisões aditivas - embora a consideremos incapaz de obliterar a eficácia aditiva de muitas decisões que declaram a nulidade de parte do dispositivo, ou de um grupo de suas interpretações possíveis - pode explicar a sent. n.º. 440/1995 da Corte romana, relatada pelo próprio Zagrebelsky, ocasião em que foi declarado parcialmente nulo o art. 724 do Código Penal italiano³³. A decisão em questão, que provocou

³¹ Zagrebelsky refere-se à decisão 27/1975, que comentamos pouco acima, referente ao alargamento das hipóteses de exclusão da ilicitude no crime de aborto.

³² Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 165.

³³ Codice Penale, Art. 724 Bestemmia e manifestazionii oltraggiose verso i defunti Chiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità ~~o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato~~, è punito con l'ammenda da lire ventimila a seicentomila. (1). Alla stessa pena soggiace chi compie qualsiasi pubblica manifestazione oltraggiosa verso i defunti. (*La Corte costituzionale, con sentenza n. 440 del 18 ottobre 1995, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma limitatamente alle parole "o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato"*).

dissenso mesmo entre os especialistas que buscaram definir sua tipologia e significado³⁴, avulta em importância por mais de uma razão.

De início, cumpre referir que a sent. 440/1995 é a última de uma longa série de decisões que foram prolatadas acerca do mesmo art. 724 do Código Penal italiano. Depois de buscar uma justificativa prática para a inconstitucionalidade discriminatória evidente no artigo atacado³⁵, a Corte, por ocasião da sent. n.º. 14/1973, emitiu reclamo por uma plena atuação do “princípio constitucional da liberdade de religião”. Assentou, então, que o legislador deveria “promover uma revisão da norma, no sentido de estender a tutela penal contra a ofensa ao sentimento religioso de indivíduos pertencentes a confissões religiosas diversas da católica”³⁶. A atitude de *self restraint* da Corte apenas conseguiu fazer perdurar a situação de inconstitucionalidade por discriminação legislativa por mais duas décadas – o legislador não reformou o Código Penal. Já em 1988, por ocasião da prolação da sent. n.º. 925, a Corte deu mais um passo, afirmando que “a limitação da previsão legislativa à ofensa contra a religião

³⁴ Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp.294-295, considerou que a sent. n.º. 440/1995 serve como indício de que “el artículo 25 de la Constitución italiana y el principio de legalidad penal impedirán a la Corte tanto crear, reproducir o ampliar tipos penales, como agravar las penas previstas en la ley (*omissis*) no tanto por le existencia de una expresa reserva de ley, como por el peculiar significado y función del principio de legalidad penal. Tal principio comportaría unas peculiares exigencias de certeza en la determinación del tipo y la pena, que la creación normativa jurisprudencial, aun la constitucional, no estaría en condiciones de satisfacer. A semejante conclusión, ya sostenida claramente en discursos sobre la actividad de la Corte como los de Elia o La Pergola, y mantenida hoy por la práctica constante del Tribunal, vid., significativamente, la sentencia 440/1995”. Markus Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 167, por sua vez, entendeu a decisão como uma extensão do âmbito de incidência da disposição penal manipulada: “la Sentencia 440/1995, relativa a la tipificación del delito de blasfemia, que, como se ha señalado en el Capítulo anterior, se refería exclusivamente a la religión católica. Después de haber desestimado en el año de 1998 una cuestión de inconstitucionalidad dirigida contra dicho precepto porque, entre otras cosas, correspondía al legislador llevar a cabo su reforma, y no habiéndose producido esta última, en esta segunda Sentencia la Corte no dudó en extender a las demás confesiones religiosas dicha protección penal, a pesar de tratarse de una materia reservada a la ley”.

³⁵ Na fundamentação da sent. 440/1995, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008, a Corte relatou a história jurisprudencial do art. 724: “Nella sentenza n. 79 del 1958 viene operata una prima conversione del bene giuridico protetto. La religione cattolica è configurata non più come la religione dello Stato in quanto organizzazione politica, ma dello Stato in quanto società: la protezione speciale della ‘religione dello Stato’ si giustificerebbe per la rilevanza che ha avuto ed ha la religione cattolica in ragione della antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa sempre appartiene. ... La norma dell’art. 724 Cod. pen., come altre dello stesso Codice ..., si riferisce alla ‘religione dello Stato’ dando rilevanza non già a una qualificazione formale della religione cattolica, bensì alla circostanza che questa è professata nello Stato italiano dalla quasi totalità dei suoi cittadini, e come tale è meritevole di particolare tutela penale, per la maggior ampiezza e intensità delle reazioni sociali naturalmente suscitate dalle offese ad essa dirette”.

³⁶ Sentença 14/1973, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

católica” não poderia continuar a justificar-se com o argumento de que a ela pertencia a “quase totalidade” dos cidadãos italianos, e menos ainda com a só exigência de tutelar o sentimento religioso da “maior parte da população italiana”³⁷. Finalmente, diante da absoluta inutilidade das técnicas bilaterais antes empregadas, a Corte, na decisão 440/1995, “afirmou a preeminência do princípio constitucional da igualdade em matéria de religião”³⁸.

Esse breve histórico, por si só, mostra o quanto, e por quanto tempo, a rigidez dos direitos fundamentais pode ser banalizada se ao legislativo for dado, por um excessivo *self restraint* da jurisdição constitucional³⁹, um mandato tácito para, ao sabor da maioria, flexibilizá-la. Por óbvio, a esmagadora maioria da população (e do parlamento) italiana é católica, e por isso mesmo a jurisdição constitucional talvez seja a única sede institucional onde alguém, ou algum grupo, não católico, poderia defender seus direitos civis com alguma chance de êxito.

Além da importância da sentença em estudo para o raciocínio dos que assumem o postulado da jurisdição constitucional como elemento contra majoritário do sistema político, sua justificação processual tem relevância por suscitar alguma dúvida quanto à natureza puramente negativa (nulificadora) das decisões de acolhimento parcial. Definindo as fronteiras da decisão que estava prolatando, o Tribunal de Roma assentou:

A declaração de inconstitucionalidade do art. 724, primeiro parágrafo, do código penal deve, todavia, ser circunscrita à parte que comporta, efetivamente, uma lesão do princípio da igualdade. A norma impugnada se presta, assim, a ser dividida. Uma parte – restando excluída qualquer valência aditiva da presente pronuncia, de *per se* preclusa em face da particular reserva de lei em matéria de crime e de pena – se subtrai à censura de inconstitucionalidade, resguardando a blasfêmia contra a Divindade em gênero e assim protegendo da investida e da expressão ultrajosa todos os crentes e todas as espécies de fé religiosa, sem distinção ou discriminação, no âmbito – naturalmente – do conceito constitucional de bom costume. A outra parte da norma do art. 724 considera,

³⁷ Sentença 925/ 1988, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008

³⁸ Sentença 440/ 1995, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008: “La perdurante inerzia del legislatore non consente - dopo sette anni dall'ultima sentenza, ribadita nei suoi contenuti dall'ordinanza n. 52 del 1989 - di prorrire ulteriormente l'accertata discriminazione, dovendosi affermare la preminenza del principio costituzionale di uguaglianza in materia di religione su altre esigenze - come quella del buon costume tutelato dall'art. 724 - pur apprezzabili ma di valore non comparabile”.

³⁹ Talvez, aqui, valesse repetir a lição presente na Ementa do MI 670, transcrita acima, acerca dos “riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria”.

ao contrário, a blasfêmia contra os Símbolos e Pessoas referindo-se exclusivamente à religião católica, com conseqüente violação do princípio da igualdade. Para essa parte, apresentam-se duas possibilidades de superação do vício revelado: a nulidade da norma inconstitucional por defeito de generalidade e a extensão da mesma às confissões religiosas excluídas; à Corte constitucional é dada apenas a primeira, por causa da supramencionada proibição de decisões aditivas em matéria penal. Por esses motivos, A Corte Constitucional, declara a ilegitimidade constitucional do art. 724, primeiro parágrafo, do código penal, limitadamente às palavras: “ou Símbolos ou Pessoas veneradas na religião do Estado”⁴⁰.

Há, porém, uma nuance no argumento. É claro, pode-se estabelecer uma distinção clara, tanto tipológica quanto técnica, entre as decisões aditivas e as decisões de acolhimento parcial, de fato, uma adita o texto, outra o reduz. Entretanto, no âmbito da eficácia, a distinção entre os tipos de decisão não é mais possível, pois, a qualquer esforço de raciocínio parecerá claro que escrever *A, C, D...* e nulificar a parte que diz *somente-B* conduz ao mesmo resultado, ou seja, a inserção de *A, C, D*. Sob esse entendimento, a sentença 440/1995, de fato, não é uma sentença aditiva *stricto sensu*, mas uma sentença de acolhimento parcial com redução de texto, portadora de eficácia aditiva para alargar o âmbito de incidência da norma penal incriminatória, ou seja, com efeitos aditivos *in malam partem*. Como supedâneo para a recusa da tese que postula efeitos meramente negativos para a decisão de acolhimento parcial – com ou sem redução de texto –, recorreremos às lúcidas palavras de Sorrenti:

Tem-se observado que a pronúncia de nulidade total é sempre modificativa do ordenamento jurídico, enquanto a eliminação de uma disposição determina a atração de dispositivos dessa disciplina ou em espaço juridicamente indiferente ou no âmbito de aplicação de uma norma mais geral que resultava comprimido pela presença da disposição impugnada. Em tais hipóteses, porém, a “aplicação dessa segunda disposição ao âmbito fático regulado pela norma nulificada depende diretamente de estar em vigor e do significado que se lhe atribui com base no cânone hermenêutico geral, e só indiretamente da pronúncia de inconstitucionalidade. Diversamente acontece quando, em relação à disposições “gramaticalmente unitárias”, se suprime com uma sentença parcial “textual” algumas palavras em seu conteúdo, que delimita o dispositivo, fazendo entrar-lhe alguma categoria de comportamento e excluindo outra. Nessa nulidade de uma parte de um texto incindível, com o escopo de estender o âmbito de incidência da disciplina prevista na disposição, há, ao contrário, um alcance criativo em senso estrito⁴¹.

⁴⁰ Sentença 440/ 1995, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

⁴¹ Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 194-195.

V. Conclusão

Em face do exposto, conclui-se que a prolação de decisões com perfil aditivo em matéria penal, embora possa ser afastada por uma decisão política do Tribunal acerca de seu próprio papel no sistema de governo, não pode ser taxada como contrária à natureza da atividade da jurisdição constitucional, mormente, quando se mantém em mente o caráter contra majoritário do Estado Constitucional e da jurisdição responsável por seu equilíbrio.

