

## **“O papel do direito penal na Suprema Corte brasileira e na Corte Constitucional alemã: um estudo comparado”**

**Resumo:** O presente projeto apresenta nossa proposta de realização de pesquisa de doutoramento acerca do tema do papel do direito penal na Suprema Corte brasileira e na Corte Constitucional alemã. O direito penal constitucional, área estabelecida dentro do direito constitucional, acompanhou o surgimento do constitucionalismo e o desenvolvimento de um novo direito penal fundado na proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Desde o advento da Constituição brasileira de 1988, contudo, tem passado por uma renovação, reflexo do alargamento do papel do Supremo Tribunal Federal observado após a redemocratização, ao mesmo tempo em que tem crescido a violência no Brasil. Seus objetos de pesquisa se ampliaram e hoje as mais relevantes questões penais têm sido decididas pelo STF no exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, em *Habeas Corpus* ou no exercício de sua competência originária. As decisões do STF em matéria penal têm o escopo de garantir a aplicação da lei penal ao mesmo tempo em que respeita os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, baseando-se na tradição jurídica ocidental, destacadamente na teoria e na dogmática do direito penal alemão e na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, cujos precedentes são citados com frequência pela nossa Corte maior. As dificuldades inerentes ao sistema punitivo brasileiro impõem, contudo, uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal em matéria penal em um contexto mais amplo, o que nos leva a propor a comparação da jurisprudência da Corte Constitucional alemã em matéria penal com as decisões do STF nesta área. Através desse diálogo, pretendemos ser capazes de identificar a adequação do modelo constitucional adotado pelo STF em matéria penal para garantir os direitos e garantias do indivíduo e a realização do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais. Direitos e garantias individuais. Direito Penal. Corte Constitucional alemã. Direito comparado.

## 1. Introdução

Uma dos grandes desafios do direito contemporâneo consiste justamente na necessidade de imposição de sanção (no caso da sanção penal, consubstanciada em última análise na prisão do indivíduo) pelo Estado de modo coercitivo com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Em sociedades periféricas, contudo, o problema apresenta-se de modo mais evidente na medida em que não há a inserção plena do cidadão, que apenas parcialmente se integra no sistema do Estado Democrático de Direito em face da falta de construção “de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania”, a qual se soma “também mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política”.<sup>1</sup>

No Brasil, ao mesmo tempo em que parte do povo não se integra ao sistema protetivo do Estado Democrático de Direito, sofrendo diversos abusos por parte do aparato estatal e do poder econômico, outra parte sofre proteções indevidas na medida em que não tem seus atos ilícitos reprimidos pelo sistema jurídico em razão, também, da indevida influência do poder econômico e do poder político nas instituições públicas.

As relações de exclusão e de inclusão indevidas, contudo, vem sofrendo limitações pelo crescimento de uma sociedade global integrada, amparada na proteção dos direitos humanos, e no surgimento de uma esfera pública mais ampla e participativa, que passa a reprimir casos mais graves e públicos de direitos humanos, tanto na tutela individual (por exemplo, na violência policial e carcerária) quanto na tutela coletiva (especialmente no direito ambiental) sem que as relações de exclusão deixem de se manifestar, de vários modos, em todo o aparelho estatal e na sociedade.

No Poder Judiciário, as contradições ocasionadas pela inserção parcial do Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito apresentam-se de modo mais marcante: os juízes devem

---

<sup>1</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*.p. 242.

formular um *discurso de aplicação* do direito que, atendendo as características da situação, seja capaz de garantir coerência no momento da concreção da norma, que parte de princípios universais decorrentes do *discurso de justificação* decorrentes da fundamentação destas normas, de modo a impedir interferências do poder administrativo e do poder econômico, caso contrário podem correr o risco de entrar em contradição em nome das particularidades da situação, o que pode levar à renúncia, em larga medida, da coerência do ordenamento, levando à perda de credibilidade de um Poder que deveria ser o último recurso na proteção dos direitos fundamentais.

No sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle abstrato e concreto (em última instância) de constitucionalidade, exerce uma função de grande relevo na auto-compreensão metodológica da interpretação dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito no Brasil.

Estudar a auto-compreensão metodológica que o Supremo Tribunal tem de si próprio, notadamente na interpretação dos direitos fundamentais, é um problema imprescindível para que compreenda a inserção do Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito. A auto-compreensão que o Supremo Tribunal Federal tem dos direitos fundamentais manifesta, de modo mais marcante, as tensões que emergem de um Estado periférico: 1) por um lado o tribunal sofre, no exercício do discurso de aplicação, as influências do poder político e econômico que podem colocar em risco a coerência da interpretação; 2) por outro lado sofre as pressões da esfera pública, cuja influência não pode ser negligenciada em uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (MENDES)<sup>2</sup>, e ainda utiliza, como referência, decisões de Cortes Constitucionais estrangeiras e métodos de doutrinadores estrangeiros.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES, ao apresentar a obra de HÄBERLE: “Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*) do complexo normativo constitucional.” MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, p. 9.

<sup>3</sup> Segundo AMBOS *a ciência jurídico-penal alemã exerce* “uma grande influência em ordenamentos surgidos a partir do pensamento jurídico continental europeu, especialmente nos países de língua espanhola e nos de

O ingresso pleno do Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito depende, também, da auto-compreensão metodológica da nossa Corte Suprema e do papel que os direitos fundamentais têm em nosso sistema. Esta é uma tarefa importante demais para ser negligenciada e deve envolver a sociedade aberta de intérpretes da Constituição e os profissionais do direito (juízes, promotores, advogados e professores).

A auto-compreensão metodológica que o Supremo Tribunal Federal na aplicação dos direitos fundamentais em matéria penal de modo a garantir a inserção do Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito e a garantia de coerência e integridade do sistema judicial é um dos grandes desafios para o direito brasileiro contemporâneo, que deve ser realizada coletivamente pelos juristas e cidadãos, mas cuja compreensão adequada exige a necessidade trabalhos acadêmicos, em cuja linha de pesquisa se insere a presente proposta de pesquisa de doutoramento.

## **2. Problematização: o papel das Cortes Constitucionais e Supremas em matéria Penal**

O sistema judicial penal brasileiro depara-se hoje com diversas dificuldades e contradições: desde a hipertrofia do direito penal (com o incremento da inflação legislativa penal e processual penal) e práticas arbitrárias pelo poder público (o que se verifica de modo mais evidente no sistema prisional e na atividade policial) à impunidade, que faz com que coexistam com indivíduos severamente punidos pelo sistema penal com outros que conseguem reiteradamente subtrair-se da aplicação de sanções penais, o que ocorre com membros do crime organizado e com pessoas que detém poder econômico e político, que, por super-integradas no sistema, subtraem-se da aplicação da lei penal.<sup>4</sup>

---

língua portuguesa...” AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional. Bases para uma elaboração dogmática**, p. 61.

<sup>4</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, p. 237.

O direito penal e processual penal constitucional,<sup>5</sup> área estabelecida dentro do direito constitucional, acompanhou o surgimento do constitucionalismo e o desenvolvimento de um novo direito penal fundado na proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Desde o advento da Constituição brasileira de 1988, contudo, tem passado por uma renovação, reflexo do alargamento da função do Supremo Tribunal Federal observada após o advento da nova ordem constitucional, ao mesmo tempo em que tem crescido a violência no Brasil.

Seus objetos de pesquisa se ampliaram e hoje as mais relevantes questões penais têm sido decididas pelo STF no exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, em *Habeas Corpus* ou no exercício de sua competência originária. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal possui amplíssima competência em matéria penal, sendo responsável: a) pelo controle abstrato de constitucionalidade por meio de ADI, ADC (art. 102, I, a da CF) e ADPF (art. 102, § 1º da CF); b) pelo controle difuso de constitucionalidade, notadamente em recurso extraordinário (art. 102, III da CF), com repercussão geral, o que o aproxima do controle concentrado (art. 102, § 3º da CF); c) pelo julgamento de Habeas Corpus em que sejam pacientes as autoridades elencadas na CF (art. 102, I, d e i da CF); d) pela revisão criminal de seus julgados (art. 102, I, j da CF); e) pela reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, l da CF); f) pelo julgamento de recurso ordinário das decisões estabelecidas na CF (art. 102, II); g) pela competência originária como Tribunal Penal para julgamento de processos em que sejam

---

<sup>5</sup> Cfr. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2 Vol. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

réus ou indiciados autoridades com foro por prerrogativa de função (art. 102, I b e c da CF) e h) editar súmulas vinculantes (art. 103-A da CF).

As decisões do STF em matéria penal têm o escopo de garantir a aplicação da lei penal ao mesmo tempo em que respeita os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, baseando-se na tradição jurídica ocidental, destacadamente na teoria e na dogmática do direito penal alemão e na jurisprudência da Corte Constitucional alemã,<sup>6</sup> cujos precedentes são citados com frequência pela nossa Corte maior, e.g ADI 3112 DF, HC 91.676 RJ, ADPF 130 DF, Pet. 3898 DF, HC 89544 RN, RE 349703 RS *etc.*

As dificuldades, inerentes ao sistema punitivo brasileiro, impõem, contudo, uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal em matéria penal em um contexto mais amplo,<sup>7</sup> o que nos leva a propor a comparação da jurisprudência da Corte Constitucional alemã em matéria penal com as decisões do STF nesta área.

Ao contrário do Brasil, o controle de constitucionalidade na Alemanha somente é exercido pela Corte Constitucional (TCF ou BVerG): “a) Diretamente por meio do controle abstrato de normas segundo o Art. 93 I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, §§ 76 ff. BVerGG ; b) A partir do ensejo de um caso concreto, ou seja, por ocasião da aplicação normativa por meio do controle concreto de normas (apresentação judicial) segundo o Art. 100 I GG, §§ 11,80 ff. BVerGG; c) Suscitado pelo cidadão ou estrangeiro, quando este for titular do direito fundamental argüido, por meio de uma reclamação constitucional normativa (*Rechtsatzverfassungsbeschwerde*) ou mesmo indiretamente por meio de uma reclamação

---

<sup>6</sup> Segundo ALEXY: “*Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales - no obstante la controversia de la fuerza de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal - se ha convertido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional*” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 23.

<sup>7</sup> Segundo DORSEN: “One sign of the cross-fertilization and dialogue in constitutional law is the increasing practices of supreme and constitutional courts to cite to international instruments and foreign decisions. Many newer courts, as in South Africa, and many courts interpreting relatively new constitutional instruments, as in Canada, routinely cite to other jurisdictions. Even some justices of the U.S. Supreme Court, older and more insular than its brethren, have cited foreign cases and foreign examples.” DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, preface, p. iii,

constitucional contra decisão judicial (Urteilsverfassungsveschwerde): Art. 93 I Nr. 4 a, § 13 Nr. 8ª, §§ 90 ff. BVerGG.”<sup>8</sup>

É necessário que se compreenda, então, em que medida a competência penal do Supremo Tribunal Federal coaduna-se com a competência mais delimitada da Corte Constitucional alemã, em cujos precedentes o STF com frequência costuma fundamentar suas decisões,

Através desse diálogo, pretendemos ser capazes de identificar a adequação do modelo constitucional adotado pelo STF em matéria penal para garantir os direitos e garantias do individuo e a realização do Estado Democrático de Direito.

### 3. Bibliografia

ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

\_\_\_\_\_. Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Arato (Ed.). **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**. London, Berkeley and Los Angeles: University of Califórnia Press, 1998, p. 226-233.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdès. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001. *Theorie der Grundrechte*.

\_\_\_\_\_. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción e Introducción Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. Título original: *Juristische Interpretation und rationaler Diskurs y Diskurstheorie und Menschenrechte*.

AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional. Bases para uma elaboração dogmática**. Tradução de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raiman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Internationales Strafrecht. Stranwendungsrecht. Völkerstrafrecht Europäisches Strafrecht**. München, Verlag C.H. Beck, 2006.

---

<sup>8</sup> MARTINS, Leonardo. Jurisdição e organização jurídica no Brasil e na Alemanha, p. 217-218

BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de Occidente**. Traducción de Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996.

\_\_\_\_\_. **Law and Revolution, II: the impact of the Protestant Reformations on the western legal tradition**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2003.

CORSTENS, Geert and PRADEL, Jean. **European Criminal Law**. The Hague, London and New York: Kluwer Law International, 2002.

DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**. S. Paul: Thomson West, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *A matter of principle*.

\_\_\_\_\_. Is Law a System of Rules? In: DWORKIN, Ronald (ed.). **The Philosophy of Law**. Oxford and New York: Oxford University Press, 1977, p. 38-65.

EPPING, Volker. **Grundrechte**. Berlin: Springer, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudia Molz. São Paulo: Landy editora, 2004. Título original: *Der sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Escarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Título original: *Die offene Gesellschaft der Verfassunsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation*.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. Título original:



*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats.*

\_\_\_\_\_. **A Era das transições.** Tradução e introdução de Flávio Beno Siebenleicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: *Zeit der Übergänge.*

\_\_\_\_\_. **A Inclusão do Outro. Estudos de teoria Política.** Tradução de George Sperber e de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie.*

\_\_\_\_\_. Paradims of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Arato (Ed.). **Habermas on Law and democracy: critical exchanges.** Translated by William Reg. London, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998, p. 13-25.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Título original: *Die normative kraft der Verfassung.*

IPSEN, Jörn. **Staatrecht II Grundrechte.** Köln: Luchterhand, 2007.

JACKON, Vicki C. & TUSHNET, Mark. **Comparative Constitutional Law.** 2. ed. New York: Foundation Press and Thomson West, 2006.

LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2 Vol.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade constitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Quond Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory.* In: **Habermas on Law and democracy: critical exchanges.** Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998, p. 157-172.

MARTINS, Leonardo. Jurisdição e organização jurídica no Brasil e na Alemanha: uma breve visão panorâmica. In: **Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. STEPHAN HOLLENSTEINER (org.)

MANSSSEN, Gerrit. **Staatrecht II Grundrechte.** München: Verlag C. H. Beck, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alii.* **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional .** São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* São Paulo: Saraiva, 1996.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.* São Paulo: Martins Fontes, 2006. Original: *Zwischen Themis und Leviathan: eine schwierige beziehung – eine rekonstruktion des demokratischen rechtstaates in auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas.*

\_\_\_\_\_. *A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito.* In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, WILLIS Santiago Guerra (orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001, p. 356-376.

PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. **Grundrecht. Staatsrecht II.** Heidelberg: C.F. Müller, 1998.

ROMERO DE VASCONCELOS, Eneas. Reforma Constitucional, Direitos Fundamentais e Cláusulas Pétreas: análise do art. 60, § 40, IV da Constituição. In: SILVA, Alexandre Vitorino et. al. **Estudos de Direitos Público: direitos fundamentais e estado democrático de direito.** Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 213-235.

\_\_\_\_\_. **Restrições aos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito: controle de constitucionalidade das normas restritivas de direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Dissertação (Mestrado em Direito e Estado), Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHLINK, Bernhard. *German constitutional culture in transition.* In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives.* Durham and London: Duke University Press, 1994, p. 197-222.

SCHMIDT, Rolf. **Grundrechte (sowie der Verfassungsbewschwerde)**. Bremen: Verlag, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Traducción Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.