

Editora CONCEPTO EDITORIAL

BRUNO QUEIROZ OLIVEIRA

A CRISE DA  
LEGALIDADE PENAL NO  
CONSTITUCIONALISMO  
CONTEMPORÂNEO



BRUNO QUEIROZ OLIVEIRA

*A CRISE DA*  
*LEGALIDADE PENAL NO*  
CONSTITUCIONALISMO  
CONTEMPORÂNEO



Florianópolis – 2018

**Editora CONCEITO EDITORIAL**

**Presidente**  
Salézio Costa

**Editores**  
Orides Mezzaroba  
Valdemar P. da Luz

**Coordenação Editorial**  
Lourdes Fernandes Silva

**Capa e Diagramação**  
Paulo H. Benczik

**Conselho Editorial**  
André Maia  
Adriana Mildart  
Aline de C. M. Maia Liberato  
Carlos Alberto P. de Castro  
Cesar Luiz Pasold  
Diego Araujo Campos  
Edson Luiz Barbosa  
Fauzi Hassan Choukr  
Jacinto Coutinho  
Jerson Gonçalves C. Junior  
João Batista Lazzari  
Jonas Machado Ramos

José Antônio Peres Gediel  
José Antônio Savaris  
Lenio Luiz Streck  
Marcelo Alkmim  
Martonio Mont'Alverne B. Lima  
Michel Mascarenhas  
Renata Elaine Silva  
Samantha Ribeiro Meyer Pflug  
Sérgio Ricardo F. de Aquino  
Theodoro Vicente Agostinho  
Vicente Barreto  
Vladmir Oliveira da Silveira  
Wagner Balera

---

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Angela Schmidt CRB-14/1171

O48c

Oliveira, Bruno Queiroz

A crise da legalidade penal no constitucionalismo contemporâneo / Bruno Queiroz  
Oliveira. – 1. ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.  
320 p.

ISBN 978-85-7874-445-8

1. Legalidade penal 2. Constitucionalismo 3. Direitos fundamentais  
4. Garantismo I. Título

CDU – 340.12

---

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.  
A violação dos direitos autorais é punível como crime, previsto no Código Penal e  
na Lei de direitos autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

© Copyright 2018 Impresso no Brasil / Printed in Brazil

1124000

Rua Hipólito Gregório Pereira, 700 – 3º Andar  
Canasvieiras – Florianópolis/SC – CEP: 88054-210  
**Editorial:** Fone (48) 9611-5911 – [editorial@conceitojur.com.br](mailto:editorial@conceitojur.com.br)  
**Comercial:** Fone (48) 3240-1300 – [comercial@conceitojur.com.br](mailto:comercial@conceitojur.com.br)

**[www.conceitojur.com.br](http://www.conceitojur.com.br)**

# SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	15
INTRODUÇÃO .....	19

## 1

<b>O BEM JURÍDICO PENAL E CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>31</b>
1.1. Sociedade, Estado e Direito Penal.....	31
1.2. Bem jurídico: desenvolvimento e proposição das principais teorias.....	37
1.2.1. Feuerbach e Birnbaum: primeiras concepções de bem jurídico .....	39
1.2.2. A perspectiva positivista de Karl Binding e Franz von Liszt.....	40
1.2.3. Concepções neokantistas e finalistas .....	43
1.2.4. Jakobs e a teoria funcionalista-normativa do direito penal .....	48
1.3. Teorias constitucionais do bem jurídico: diretrizes conceituais para a constitucionalização penal .....	51
1.3.1. Teorias constitucionais de caráter geral .....	58
1.3.2. Teorias constitucionais de caráter estrito.....	63

## 2

<b>A LEGALIDADE PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>77</b>
2.1. Escorço histórico do princípio da legalidade penal.....	77
2.1.1. Ruptura institucional ao princípio da legalidade no século XX: União Soviética e Alemanha Nazista.....	83
2.1.2. O princípio da legalidade no direito brasileiro.....	88
2.2. Das garantias individuais decorrentes do princípio da legalidade penal.....	91
2.2.1. Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta .....	91
2.2.1.1. A banalização do recurso às normas penais em branco e o princípio da legalidade penal .....	95
2.2.1.2. Âmbito de aplicação da analogia no direito penal .....	103
2.2.2. Nullum Crimen Sine Praevia Lege.....	107
2.2.3. Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa .....	109

2.2.3.1. Taxatividade e elemento normativo do tipo penal.....	111
2.2.4. Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta .....	115
2.2.4.1. Princípio da legalidade penal no sistema da <i>Common Law</i> .....	118
2.3. Garantismo como premissa fundamental ao Estado Democrático de Direito .....	122
2.3.1. Três significados do garantismo .....	125
2.3.2. Garantismo e seu dimensionamento constitucional.....	132

### 3

<b>O FENÔMENO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O AVANÇO DA INFLAÇÃO LEGISLATIVA PENAL CONTRA O ESTADO DE DIREITO.....</b>	<b>137</b>
3.1. Direito penal clássico <i>versus</i> direito penal moderno.....	137
3.1.2. A sociedade de risco como vetor de incremento na intervenção penal.....	141
3.1.3. Globalização e ampliação do espectro do direito penal .....	147
3.1.4. O Tribunal Penal Internacional e a flexibilização do princípio da legalidade .....	155
3.1.5. Bem jurídico individual <i>versus</i> bem jurídico transindividual.....	162
3.2. Teorias penais acerca do fenômeno expansionista .....	167
3.2.1. Direito penal de três velocidades e a doutrina de Silva Sanches .....	168
3.2.2. Direito penal do inimigo <i>versus</i> direito penal do cidadão .....	171
3.2.3. Direito de intervenção e o pensamento de Hassemer.....	178
3.2.4. Labelling Approach e a criminologia crítica de Alessandro Baratta..	181
3.3. O populismo midiático e a espetacularização do direito penal.....	184
3.4. O ataque do poder legislativo ao Estado de Direito e a expansão penal no Brasil .....	188
3.5. A expansão legislativa criminal e as perspectivas para o equacionamento da crise da legalidade penal.....	197

### 4

<b>O ATIVISMO JUDICIAL PENAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: O ATAQUE DO PODER JUDICIÁRIO CONTRA A LEGALIDADE PENAL .....</b>	<b>207</b>
4.1. Os reflexos do Estado Democrático de Direito no princípio da legalidade penal.....	207
4.2. O significado do constitucionalismo contemporâneo perante o princípio da legalidade penal .....	210
4.3. Ativismo judicial, mutação constitucional e seus impactos na função jurisdicional.....	220
4.4. Ativismo judicial penal e política criminal .....	229
4.5. Ativismo judicial penal no âmbito do Superior Tribunal de Justiça .....	234
4.5.1. Estudo do caso I: Delito de embriaguez ao volante instituído	

pela Lei 11.705/2008 e a exigência de concentração mínima de álcool por litro de sangue como elementar do tipo penal .....	237
4.5.2. Estudo do caso II: extensão da imprescritibilidade do delito de racismo para o delito de injúria racial.....	240
4.5.3. Estudo do caso III: Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça.....	246
4.6. Ativismo judicial penal no âmbito do Supremo Tribunal Federal .....	249
4.6.1. Estudo do caso I: Alteração da ação penal nos crimes de violência doméstica praticada contra mulheres.....	252
4.6.2. Estudo do caso II: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.....	255
4.6.3. Estudo do caso III: Ações diretas de constitucionalidade 43/44 e a execução provisória da sentença penal condenatória.....	262
4.7. O garantismo como antídoto para o avanço do ativismo penal .....	267
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>271</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>283</b>