

Benedito Torres Neto

# A CRIAÇÃO JUDICIAL NO CAMPO PENAL

LIMITES E POSSIBILIDADES



*Conselho Editorial*

**Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**  
*Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco – Brasil*

**Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves**  
*Professora da Universidade de Lisboa – Portugal*

**Doutor Georges Martyn**  
*Professor da Universidade de Ghent – Flanders/Bélgica*

**Doutora Agata Cecilia Amato Mangiameli**  
*Professora da Universidade de Roma II – Itália*

**Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara**  
*Professora Titular da USP – Brasil*

**Doutor Stelio Mangiameli**  
*Professor da Universidade de Teramo – Itália*

**Doutor José Geraldo de Sousa Junior**  
*Professor Titular da Universidade de Brasília – Brasil*

**Doutor Joaquim Portes de Cerqueira César**  
*Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP – Brasil*

**Doutor Thomas Law**  
*Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP – Brasil*

**Doutor Marcelo Figueiredo**  
*Professor da PUC/SP – Brasil*

**Doutor João Grandino Rodas**  
*Professora Titular da USP – Brasil*

*Editor Chefe*

**Plácido Arraes**

*Editor*

**Tales Leon de Marco**

*Produtora Editorial*

**Bárbara Rodrigues**

*Capa, projeto gráfico*

**Elisa Martino**

*Diagramação*

**Bárbara Rodrigues**

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Copyright © 2023, D'Plácido Editora

Copyright © 2023, Benedito Torres Neto.

**Belo Horizonte**

Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG – CEP 30140-007  
Tel.: 31 3261 2801

**São Paulo**

Avenida Paulista, 2073, Conjunto Nacional. – São Paulo, SP – CEP 01311-940

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR INSTAGRAM:EDITORADPLACIDO

---

**Catálogo na Publicação (CIP)**


---

T693 **Torres Neto, Benedito**  
A criação judicial no campo penal: limites e possibilidades / Benedito Torres Neto. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2023.  
250 p.

ISBN 978-65-5589-744-9

1. Direito 2. Direito constitucional I. Título.

CDDir: 341.2

---

Biblioteca responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

D'PLÁCIDO



\*  
**Rodapé**



---

## Sumário

<i>Prefácio</i> .....	9
<i>Apresentação</i> .....	13
<i>Introdução</i> .....	15
<b>1. A omissão legislativa inconstitucional no campo penal</b> .....	<b>25</b>
1.1. A omissão legislativa inconstitucional no direito brasileiro.....	25
1.2. A omissão legislativa inconstitucional no direito penal.....	53
1.3. O princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente de bens jurídico-penais.....	76
<b>2. A Criação Judicial do Direito e a Superação de Omissões Legislativas Inconstitucionais</b> .....	<b>99</b>
2.1. Classificação das decisões intermediárias.....	102
2.1.1. Das decisões interpretativas.....	102

2.1.1.1.	Da decisão interpretativa conforme a Constituição.....	103
2.1.1.2.	Da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto.....	104
2.1.1.3.	A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e apelo ao legislador.....	105
2.1.1.4.	A declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.....	107
2.1.2.	Decisões construtivas.....	108
2.1.2.1.	Decisões construtivas aditivas.....	109
2.1.2.2.	Decisões construtivas substitutivas.....	116
2.2.	Das críticas relativas às decisões construtivas.....	118
2.3.	Estratégias judiciais de superação da omissão legislativa inconstitucional.....	121
2.3.1.	O paradigma do legislador negativo.....	125
2.3.2.	O paradigma do legislador positivo.....	135
<b>3.</b>	<b><i>A Criação Judicial do Direito no Campo Penal</i></b> .....	<b>143</b>
3.1.	A criação judicial do direito penal <i>in bonam partem</i> .....	145
3.2.	A criação judicial do direito <i>in malam partem</i> .....	152
3.3.	A vedação às sentenças aditivas <i>in malam partem</i> em matéria penal.....	159
<b>4.</b>	<b><i>O Supremo Tribunal Federal e a Criação Judicial do Direito Penal</i></b> .....	<b>163</b>

4.1. Controle de constitucionalidade.....	165
4.2. Casos emblemáticos.....	167
4.2.1. ADC 43, 44 e 54: Constitucionalidade do Art. 283 do CPP, o Início da Execução da Pena e o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente.....	168
4.2.2. Decreto nº 9.246/2017: Indulto Coletivo.....	174
4.2.3. ADO 26: Criminalização de Todas as Formas de Homofobia e Transfobia.....	183
4.2.4. Colaboração Premiada: Concessão de Benefícios além dos Previstos em Lei.....	190
4.2.5. ADPF 395 e 444: Condução Coercitiva dos Investigados.....	197
4.2.6. Recurso Extraordinário 979.962: o Caso dos Medicamentos.....	201
4.2.7. Compensação Penal.....	206
4.2.8. A Análise de Casos Emblemáticos no Direito Penal e Processo Penal.....	212
 <b>Conclusão.....</b>	 <b>215</b>
 <b>Referências.....</b>	 <b>225</b>