

O Ativismo Judicial no Brasil em Matéria Penal: Desafios Hermenêuticos e Praxiológicos Ante o Princípio da Legalidade

Judicial Activism in Brazil in Criminal Matters: Hermeneutic and Praxeological Challenges Before the Principle of Legality

Italorran de Oliveira Caldas^{*a}, Adriana Lopes Garçon^b

^aRede de Ensino Luiz Flávio Gomes, Pós-Graduação em Direito Público. AP, Brasil.

^bEscola Mineira de Direito, Pós-Graduação em Direitos Humanos e Interseccionalidades. MG, Brasil.

*E-mail: talorran.o.caldas@gmail.com

Resumo

Desde Aristóteles o poder absoluto do Estado vem sendo discutido, muitos teóricos buscaram alternativas para suprimi-lo, com a conceitualização trazida por Montesquieu se sistematizou uma divisão eficiente dos poderes, nesta ótica, nasceu-se o princípio da legalidade como garantidor principal da liberdade. Criado para evitar arbítrios estatais o referido princípio é fruto de uma grande ruptura histórico-dialética, muitas foram as lutas até sua devida posituação em uma carta constitucional. Além de um Direito Humano, este constitui uma máxima axiomática penalista, portanto deve ser respeitado com muito rigor. O ativismo judicial ascende quando o legislativo é omissivo; defronte a demasiadas demandas sociais, o Judiciário por vezes tenta preencher lacunas e brechas no legislativo. Como objetivo, buscou-se analisar os problemas que o Judiciário encontra em interpretar e aplicar a lei penal, bem como pôs em debate a dificultosa missão de o magistrado agir proativamente sem ofender o princípio da legalidade. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, com abordagem metodológica hipotético-dedutiva e método qualitativo, visando observar questões gerais que se afunilam no decorrer do processo investigatório, preenchendo lacunas através da formulação de hipóteses com inferências dedutivas. Outrossim, observou-se que a atuação proativa do judiciário tem se mostrado cada vez mais constante, especialmente por conta da omissão legislativa e fenômenos como o tipo penal aberto e tipo penal imperfeito, forçando judiciário a decidir sobre assuntos sensíveis como a questão dos crimes homofóbicos debatidos na ADO 26.

Palavras-chave: Direito Penal. Dogmática Penal. Sociologia Jurídica. Omissão legislativa. Separação de Poderes.

Abstract

Since Aristotle, the absolute power of the State has been discussed, and many theorists have sought alternatives to suppress it. With the conceptualization brought by Montesquieu, an efficient division of powers was systematized. Created to avoid state arbitrariness, this principle is the result of a great historical and dialectical rupture. Besides being a Human Right, it constitutes an axiomatic penal maxim, and therefore must be strictly respected. Judicial activism rises when the legislative is omissive; faced with too many social demands, the Judiciary sometimes tries to fill gaps and loopholes in the law. As an objective, we sought to analyze the problems that the Judiciary encounters in interpreting and applying criminal law, as well as to debate the difficult mission of the magistrate to act proactively without offending the principle of legality. The methodology used was bibliographical research, with a hypothetical-deductive methodological approach and a qualitative method, aiming to observe general issues that taper off during the investigative process, filling gaps through the formulation of hypotheses with deductive inferences. Moreover, it was observed that the proactive role of the judiciary has been increasingly constant, especially because of the legislative omission and phenomena such as open criminal type and imperfect criminal type, forcing the judiciary to decide on sensitive issues such as the issue of homophobic crimes discussed in ADO 26.

Keywords: Criminal Law. Criminal Dogmatics. Legal Sociology. Legislative omission. Separation of Powers.

1 Introdução

O princípio constitucional-penal da legalidade deve ser visto como um axioma jurídico e interpretado sempre sob a égide da supremacia do texto constitucional, visto que todo cidadão deve permear seus atos em estrita observância ao arcabouço normativo penalista e o estado deve aplicar sanções caso haja seu descumprimento, eis que essa é a função pacificadora do estado.

Com o desenvolver da sociedade brasileira, houve aumento na criminalidade, e, por conseguinte, a necessidade de criação de novos crimes dada à atipicidade de algumas condutas. Por outro lado, não há tanta ligeireza no processo de elaboração de leis no Brasil, estabelecendo-se uma omissão

legislativa constante.

Com essa omissão cada vez maior, se ascende uma proatividade do poder judiciário (ativismo judicial) que encontra grandes desafios ao interpretar e aplicar a lei penal sem ofender o princípio da legalidade. A competência privativa do legislativo em elaborar normas na seara penal garante a segurança jurídica e estabilidade constitucional do país, com o descumprimento desse preceito se atribui um poder ainda maior ao judiciário e pode representar a quebra na harmonia dos três poderes.

A concepção do presente trabalho será em pesquisas bibliográficas, apresentar-se-á o histórico do princípio da legalidade, bem como sua importância na constituição

brasileira, posteriormente se reflexionará sobre os efeitos de uma proatividade do judiciário e os desafios em interpretar e aplicar a lei penal frente ao princípio da legalidade. O desenvolvimento de um estudo sobre o referido tema abrilhanta e aprofunda cada vez mais as discussões acerca do ativismo judicial-penal.

2 Desenvolvimento

2.1 Metodologia

A concepção do presente trabalho será em pesquisas bibliográficas, apresentou-se o histórico do princípio da legalidade, bem como sua importância na constituição brasileira, reflexionando sobre os efeitos de uma proatividade do judiciário e os desafios em interpretar e aplicar a lei penal frente ao princípio da legalidade. A abordagem metodológica escolhida foi a hipotético-dedutiva, a fim de preencher lacunas através da formulação de hipóteses com inferências dedutivas, tomando como base a construção teórica de diversos autores. Pesquisou-se a jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como jurisprudência do estado do Amapá, todos em suas bases de dados oficiais. O período de busca nessas bases se deu de 2020 a 2021.

Buscou-se equacionar os principais autores que versam sobre a temática, em especial: Barroso (2012); que pesquisa judicialização e ativismo com uma semiótica mais sociológica e progressista; Busato (2015), com uma compreensão fenomenológica e sistemática da dogmática penal e assuntos adjacentes; Bitencourt (2011), autor fundamental quanto a contextualização histórica da presente pesquisa, sobretudo em relação a evolução do princípio da legalidade; Mendes; Branco (2018), autores utilizados para a análise de marcos históricos, teóricos e funções típicas e atípicas dos Poderes do Estado, a fim de demonstrar a importância da interdependência axiológica, frente a omissão legislativa, que consequentemente gera desafios ainda maiores na hora de interpretar a lei penal. Quanto a abordagem de pesquisa, utilizou-se o método qualitativo, cujo objetivo foi partir de questões amplas que se aclararam no decorrer da investigação, trazendo dados e codificando-os analiticamente em busca da significação (GODOY, 1995).

2.2 O Ativismo Judicial no Brasil em matéria penal frente ao princípio da legalidade

2.2.1 Conceituação e propedêutica histórica

O Direito precisa acompanhar as demandas sociais (*ubi societas ibi jus*), a criação de normas positivo-permissivas e negativo-proibitivas traçam organização social, e a Lei penal, sob mesma inteligência, deverá andar ao lado social expurgando condutas lesivas, onde há sociedade, há crime (*ubi societas, ibi crimen*). Com a frequente omissão legislativa e irresoluções quanto aos tipos penais abertos e imperfeitos, cada vez mais se presencia situações de atipicidade penal gerando sanções

brandas demais ou até mesmo impunidade (ESTEFAM, 2018). Quando o legislativo deixa de criar leis que proíbam uma nova conduta lesiva, encontra-se um fenômeno chamado anomia. De igual modo, este também se constitui na criação exagerada de normas sem o alcance social esperado (inflações legislativas), onde a sociedade não dá valor algum ao crime por achar que não sofrerá nenhuma sanção penal (GRECO, 2017).

Nessa esteira, tentando suprir lacunas normativas e acompanhar as demandas sociais, ergue-se uma atividade mais dinâmica do Judiciário, o ativismo judicial. É de bons alvites esclarecer, de introito, que a judicialização e o ativismo judicial não são congêneres, apesar da proximidade e natureza similar suas origens e aplicabilidades são diferentes. Barroso (2012), pedagogicamente os definiu como primos; são da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens.

Na judicialização, “as questões de grande repercussão política ou social são decididas pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012, p.24), diferentemente do que é visto comumente, em que se atribui o protagonismo às funções de natureza legislativa e executiva (Congresso Nacional e o Presidente da República). Ela esteve presente em diversos períodos da nossa história; na redemocratização do Brasil, constitucionalização abrangente e no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o Judiciário decide porque é seu papel. Nesse diapasão, a mesma obra ministra:

Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2012, p.24).

Em outro passo, o ativismo judicial é o nascimento de uma proatividade interpretativa, ampliando o sentido e alcance do texto em casos de desleixo legislativo. Tal fenômeno acontece para sanar injustiças e acompanhar as demandas sociais de maneira efetiva; é uma participação ampla e intensa do Judiciário interferindo de maneira mais direta na atuação de outros poderes. Nessa sequência:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p.25).

Relata-se que os prolegômenos do ativismo judicial surgiram na América do Norte com uma jurisprudência de cunho conservador. Na tentativa de justificar a segregação racial e buscando invalidar leis de caráter social, os reacionários provocaram a Suprema Corte americana e tiveram os anseios acalmados por sua atuação proativa,

gerando conflitos entre esta e o Presidente Roosevelt. Tal efervescência só foi definitivamente resolvida da década de 50, quando se concretizou uma “metanoia jurisprudencial” de cunho progressista defendendo os direitos fundamentais envolvendo afrodescendentes; presos; mulheres, sobretudo quanto a interrupção na gestação; entre outras garantias (BARROSO, 2012).

2.2.4 A analogia *in malam partem* e a jurisprudência brasileira

A analogia constitui um método de integração legislativa e deve haver cautela para aplicá-la somente beneficentemente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência concordam com a proibição de sua utilização em malefício do agente (*in malam partem*). A maior parte dos penalistas faz a diferenciação entre interpretação analógica e aplicação analógica, porém Paulo César Busato alerta que a diferença deve ser técnica e não prática:

Essa identidade técnica, obviamente, não pode ser transformada em identidade prática. Ou seja, o fato de que tal método venha sendo utilizado para a definição das técnicas de interpretação não pode significar a abertura ilimitada do emprego de analogia em normas jurídico-penais, especialmente em normas incriminadoras. [...] A analogia é proibida como instrumento de incriminação no Direito penal em consequência do princípio da legalidade. (BUSATO, 2015, p.197)

É sabido que quando as outras funções do Estado não suprem os anseios da sociedade, a função jurisdicional pode agir dinamicamente para evitar mais problemas sociológicos. Mesmo que se decida agir com proatividade (ativismo judicial) é de extrema importância que o juiz ou tribunal obedeça a vedação dessa via interpretativa, pois ela representa um marco inclusive no que diz respeito a separação dos poderes (CAPEZ, 2012).

No campo do Direito Penal material essa integração legislativa é vedada de maneira absoluta, por outro lado, no campo Processual ela é permitida pela doutrina e jurisprudência. “Todavia, deve-se interpretar com reservas a admissibilidade da analogia quando se trata da restrição cautelar da liberdade, ou quando importe em flexibilização de garantias, o que seria intolerável à luz da Constituição Federal” (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p.45). A jurisprudência do STJ pronuncia:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA ANTECIPAR OS EFEITOS DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELO TRIBUNAL. DECISÃO JUSTIFICADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ATIVIDADE TÍPICA DE MILÍCIA PRIVADA. ROUBOS. TORTURA. VIOLAÇÕES DE DOMICÍLIO. AMEAÇAS. INCÊNDIO. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma deste STJ, em julgado recente, acolheu orientação no sentido de que não se verifica eventual nulidade na decretação da prisão preventiva por meio de antecipação de tutela recursal pleiteada no bojo de recurso em sentido estrito manejado pelo Ministério Público (HC 309.390/RR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016).

2. É admissível a concessão de tutela provisória com feição acautelatória, para adiantar decisão judicial ou conferir efeito suspensivo a recurso que não o tem, diante da natural demora no processamento do recurso em sentido estrito em ação de grande magnitude, que conta com 30 réus, para resguardar a eficácia da decisão de mérito a ser proferida por ocasião do julgamento do mérito do recurso, desde que demonstrado o risco de lesão grave ou de difícil reparação (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

3. Comprovada a materialidade dos delitos e apontados indícios suficientes de autoria, a partir da citação de trechos de interceptações telefônicas e depoimentos de testemunhas e vítimas, a prisão preventiva encontra justificativa na necessidade de proteção à ordem pública, em razão da gravidade concreta das condutas praticadas, em atividade típica de milícia privada. Ademais, a segregação antecipada mostra-se necessária por conveniência da instrução criminal, em razão do temor das vítimas e testemunhas em prestarem seus depoimentos.

4. Ordem denegada. (HC 372.065/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

No caso supratranscrito, o Tribunal Superior reconheceu a analogia *in malam partem* processual usando dispositivos do código de processo civil (BRASIL, 2015) quais sejam, arts. 294, 297, 300, 932, II, 995, para atribuir efeito suspensivo no RESE (recurso em sentido estrito) combatendo a decisão que concedeu liberdade ao acusado. Apesar de o entendimento representar flagrante malefício ao infrator, a Corte assim entendeu.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal recentemente decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF sobre a polêmica questão dos crimes de homofobia, antes da tese ser fixada os magistrados enquadravam a conduta homofóbica em outros crimes a depender da gravidade. Em casos de morte se aplicava o homicídio qualificado por motivo torpe ou fútil - art. 121, § 2º, I, II. CP (BRASIL, 1940). Em situações de ofensa a honra tipificava-se como injúria - art. 140, CP veja-se:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 125058 - DF (2020/0064418-3) RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR RECORRENTE: GUSTAVO DE SOUSA MARREIRO (PRESO) ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS CORRÊU: JEAN LIMA DA SILVA CORRÊU : RICKELMY MARTINS BATISTA DE CARVALHO EMENTA RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. HOMOFOBIA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. 17 FACADAS. OUTRA AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Recurso improvido. DECISÃO Trata-se de recurso em habeas corpus interposto por Gustavo de Sousa

Marreiro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que, no julgamento do HC n. 0701744-22.2020.8.07.0000 (fls. 274/280), manteve a prisão preventiva decretada pelo Juízo de primeiro grau, em razão da suposta prática dos crimes de tentativa de homicídio qualificado e corrupção de menor (processo n. 2019.02.1.001599-3 - fls. 199/201). [...] No caso, a gravidade concreta do delito é evidente, tratando-se de crime de tentativa de homicídio qualificado, praticado por motivo torpe, em razão de ódio homofóbico, crime, portanto, contra as minorias. Os representados foram reconhecidos conforme autos de fls. 33, 35 e 49, [...] Com efeito, a jurisprudência desta Corte de Justiça é firme ao asseverar que a existência de inquéritos, ações penais em curso ou condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem também fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar. (RHC nº 125058 / DF 2020/0064418-3. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 15/04/2020, DJe 14/05/2020)

INJÚRIA. MOTIVAÇÃO HOMOFÓBICA. AUTORIA DELITIVA COMPROVADA DE MODO SUFICIENTE POR MEIO DE INSTRUÇÃO REALIZADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – OITIVA DE TESTEMUNHAS IDÔNEAS QUE PRESENCIARAM OS FATOS E OS NARRARAM EM JUÍZO DE MODO CONVINCENTE. CONDENAÇÃO QUE SE FAZ DE RIGOR. PENA FIXADA DE FORMA ADEQUADA, RAZOÁVEL E EQUÂNIME. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA”.

[...] Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1004541-56.2017.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante GILBERTO EVANGELISTA DE ARAUJO, são apelados GUSTAVO FILIPPE DE SOUZA e DANILO ALVES DA SILVA. ACORDAM, em 1ª Turma Recursal Criminal do Colégio Recursal de Santo André, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos, vencido o 3º juiz quanto a fixação da pena base.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos MM. Juízes JARBAS LUIZ DOS SANTOS (Presidente), MARIANA SILVA RODRIGUES DIAS TOYAMA STEINER E LUCAS TAMBOR BUENO. [...] Gabriel da Silva Cruz informou que ingressou no vagão do trem, tendo já percebido que ali ocorria uma confusão, tendo, em seguida, notado tratar-se de prática de agressão verbal motivada em sentimento/preconceito de homofobia. Confirmou que o réu falava em alta voz, tendo o depoente se colocado entre o acusado e os ofendidos, bem como que o réu teria tentado insuflar os demais usuários do trem a apoiá-lo em seus insultos. [...] Posto isto e ante os argumentos por mim supra tecidos, nego provimento do recurso interposto, mantendo a sentença recorrida por seus próprios fundamentos. É como voto.

(TJSP; Apelação Criminal 1004541-56.2017.8.26.0554; Relator (a): Jarbas Luiz dos Santos; Órgão Julgador: 1ª Turma Recursal Criminal; Foro de Santo André - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/04/2019; Data de Registro: 06/05/2019)

Empregava-se tipos penais genéricos para punir esses comportamentos ignominiosos, porém, alguns juízos manifestavam posições divergentes e entendiam que essas situações recaiam em atipicidade penal. A título exemplificativo, o Tribunal de Justiça do Amapá (TJ-AP) em 2015 proferiu uma decisão um tanto quanto controversa,

o desembargador relator enxergou o preconceito, mas nem sequer vislumbrou uma conduta criminosa, decidiu pela atipicidade. Senão, observa-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. INJÚRIA. PRECONCEITO QUANTO À OPÇÃO SEXUAL. ATIPICIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA

1) Injúria consiste em ofender (insultar), por ação (palavras ofensivas) ou omissão (ignorar cumprimento), pessoa determinada, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

2) No caso em apreço, a querelante entendeu que teve sua honra subjetiva abalada por comentários do querelado feitos perante sua aluna, ora testemunha, sra. Marcilene Tavares de Souza, que atentavam contra sua orientação sexual. Os depoimentos colhidos em audiência de instrução dão conta de que o querelado, agindo como professor da Escola Dominical Igreja Assembléia de Deus e, portanto, com base nos dogmas religiosos seguidos pelos fiéis, teria comentado com sua aluna que a querelante seria má influência por conta de sua opção sexual. Houve, a meu ver, opinião de cunho preconceituoso proferida pelo querelado, todavia, em que pese a reprovabilidade de tal conduta, ela é atípica, impossibilitando, assim, um decreto condenatório. Salutar mencionar as palavras da Professora Maria Berenice Dias sobre o tema: “Felizmente o Judiciário, de há muito, vem suprindo o silêncio da lei e garantindo toda sorte de direitos no âmbito de direitos das famílias, direito previdenciário e sucessório. A decisão mais emblemática foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao reconhecer as uniões homoafetivas como entidade, acabou por assegurar acesso ao casamento. Porém a Justiça não tem como punir ações de natureza discriminatórias, pois ninguém pode ser condenado sem lei que tipifique a ação como delituosa - CF, art. 5º, inc. XXXIX: não há crime sem lei anterior que defina (DIAS, Maria Berenice. Homofobia é crime. Em >. Acesso em 23 de novembro de 2015). 3) Desta forma, a sentença guerreada não merece revisão. 4) Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.

(TJ-AP - APL: 00647185720148030001 AP, Relator: Eduardo Freire Contreras, Data de Julgamento: 24/11/2015, TURMA RECURSAL DOS JUÍZADOS ESPECIAIS)

As divergências e decisões controversas se tornaram cada vez mais recorrentes, parte da sociedade clamava por uma resposta legislativa para elaboração de lei específica, sobretudo a classe LGBTQIA+. Cumpre ressaltar que havia um projeto de lei da deputada Iara Bernardi (PL 122) tramitando desde 2006 no congresso, que tinha como escopo principal criminalizar a homofobia no Brasil, mas o senado nunca aprovou e arquivou em dezembro de 2014. Em outra banda, a onda conservadora se tornou numerosa, a bancada conservadora recorrentemente dificultava o aparecimento da esperada “lei de homofobia”, foi então que o *Pretório Excelsior* se manifestou após uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão do Partido Popular Socialista. Na ADO 26 foi fixada a seguinte tese:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões

de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”). (ADO 26/DF. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em 13/06/2019, DJe 01/07/2019)

Em outras palavras, a Corte Constitucional entendeu que as condutas homofóbicas e transfóbicas devem ser enquadradas na Lei nº 7.716 (BRASIL, 1989), portanto os crimes homofóbicos são análogos ao crime de racismo. Apesar da insurgência de muitos juristas ante a decisão proferida, é inegável que esta buscou suprir a grande lacuna legislativa que fora instaurada, o Judiciário com uma postura ativista valeu-se de uma interpretação mais ampliativa, noutra banda, o grande questionamento que se instaura é se a tese fixada configura ou não uma aplicação analógica.

2.3 O princípio da legalidade e a hermenêutica penal

2.3.1 Análise jurídico-sociológica do princípio da legalidade: conceitos e definições

O homem é um animal político (ARISTÓTELES, 2007). Essa frase não está somente ligada à capacidade do ser humano de exercer cidadania, mas também de conviver em sociedade, ora o homem também é um animal social. Aristóteles na sua obra “Política” aponta que o ser humano é um ser gregário, nasceu para viver em sociedade exercendo interações sociais. Ademais, o mesmo autor categoricamente ensina que a grande diferença entre o ser humano e os outros animais, resta caracterizada na capacidade de discernimento do bem e do mal, do justo e do injusto, Característica fundamental da racionalidade humana.

Com o convívio em sociedade nascem conflitos e o Estado tem a função pacificadora de resolve-los, desse modo, para evitar desordem, como pilar central de um Estado de Direito nasce as normas jurídicas, que servem como um efetivo controle social. O direito positivo contemporâneo é muito mais proporcional e maior parte dos conflitos resolver-se-ia de forma consensual, contudo, ainda assim há situações de lesão gravosa a um bem jurídico que se faz imperioso o uso da *ultima ratio*, a lei penal (ESTEFAM, 2018).

Em antigas tribos sociais, a genetriz punitiva também estava presente, com as sanções severas da vingança privada. No absolutismo francês, se instaurava o “Direito Penal do Terror” - época na qual o Direito Penal era extremamente rígido com penas duras e severas sem garantia de aplicação proporcional da pena - sendo a morte uma das formas mais comuns de punição. O andar da carruagem fez com que engrenagens fossem substituídas por cabos tecnológicos, a modernidade por fim apareceu, e, por consequência, sanções desregradas e cruéis foram substituídas por penas proporcionais (BITENCOURT, 2011).

O sociólogo francês Durkheim (1999) em sua famosa

obra “*De la Division du Travail Social*” chamou os laços de um indivíduo com a sociedade de solidariedade e classificou em solidariedade mecânica e solidariedade orgânica. Numa, encontra-se uma sociedade pré-capitalista com baixos índices de consciência individual, estruturalmente simples; noutra, um padrão moderno com uma grande interdependência econômica, tecnológica e moral, estruturalmente complexa (Durkheim, 1999).

Em sociedades pré-capitalistas e simples (mecânicas) impera o predomínio da violência imediata, da coerção e do direito punitivo, enquanto que em sociedades modernas (orgânicas) há coerção formal, mediata e o direito restitutivo. O direito penal tem o papel de acompanhar a evolução da sociedade, seja ela cultural, tecnológica, geográfica, histórica e até mesmo psicológica; acompanha o ser humano no bojo de suas paixões, emoções e racionalidade. Onde existe sociedade, há crime, e onde existe crime, há Lei Penal para regulamentá-lo (ESTEFAM, 2018).

Noutro giro, o Direito Penal tem o poder de suprimir a liberdade individual, por isso o grande arcabouço de princípios e garantias constitucionais, São prazos diferenciados, diligências diferenciadas e um processo de aplicação jurisdicional diferenciado. Portanto, a interpretação da lei penal tem que ser criteriosa, deve haver limitações na pretensão punitiva do estado (*jus puniendi*) com objetivo de evitar excessos e possíveis arbitrariedades, esses limites podem ser estabelecidos através de fontes materiais (substanciais ou de produção) e formais (de conhecimento ou de cognição) do Direito (ESTEFAM, 2018).

Como fonte formal fundamental inaugurou-se o famigerado princípio da Legalidade, a máxima da celebre frase dita no início do século XIX, por Feuerbach: “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, consagrada *ad perpetua rei memoriam* pela doutrina. O referido princípio representa uma conquista incalculável e não pode ser flexibilizado, tampouco inaplicado, se tornou um baldrame axiomático intrinsecamente necessário para sustentar o Garantismo Penal, doutrina jurídica criada por Luigi Ferrajoli que engloba uma série de princípios que devem nortear a criação da lei pena, entre estes também está o princípio da legalidade.

Em miúdos, a legalidade penal assegura que normas penais incriminadoras sejam criadas somente por lei, nenhuma conduta se equacionará como delituosa sem prévia determinação legal. Nas palavras do catedrático Cezar Roberto Bitencourt: “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida” (BITENCOURT, 2012, p.90).

De magistral didática Capez (2012) aponta 3 aspectos acerca dos fundamentos da legalidade, o aspecto político, histórico e jurídico. No primeiro, a legalidade garante que

não haja atuação arbitrária do Estado para com a sociedade, a história do Direito nos mostra que a clarividente dicotomia praxiológica entre *jus puniendi* e *status libertatis* foi exponencialmente abrandada após a chegada dessa, a força punitiva estatal foi contida, o Direito jusnaturalista de liberdade guardado. Há uma clara dificuldade de consensualismo entre o poder punitivo do estado e a liberdade individual quanto à aplicabilidade, numa banda está a representação da própria coercibilidade do Estado-juiz, noutra o direito fundamental de liberdade (CAPEZ, 2012).

No panorama histórico, a primeira vez que a referida base principiológica esteve positivada foi em 1215 pelos grandes barões ingleses junto ao rei João Sem Terra. No artigo 39 de um documento de cunho político-libertário chamado de Magna Charta Libertatum, grande carta libertária que foi responsável por limitar o poder da monarquia inglesa, estabeleceu: “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra” (Apud NUCCI, 2017, p. 130).

A aludida Magna Carta trazia em sua gênese garantias baseadas no *the law of the land*, na lei da terra, no consuetudinário; em momento posterior a redação foi substituída pelo *due process of law*, a sugestionabilidade garantista respingou inclusive na Constituição Carolina germânica em 1532. Por outro lado, catapultado pelas revoluções burguesas e sob a égide do pensamento iluminista, somente no final do século XVIII que se consubstanciou devida efetividade e força no princípio (NUCCI, 2017).

O contratualista Jean-Jacques Rousseau (2001) também alertou quanto aos arbítrios do estado, segundo ele o homem só poderia encarar o pacto social saindo assim de seu estado natural se tivesse garantias. A liberdade é um direito nato por isso a grande importância de resguardá-la. Pelas experiências civilizatórias passadas, é inexorável que a sociedade refaça o pacto social defendendo a liberdade do homem acima de tudo. Nesta senda, de maneira cristalina, consegue-se enxergar na “Bíblia da Revolução Francesa” a legalidade jurídico-penal como pórtico da época.

Beccaria (1764) bebendo na fonte do contratualismo rousseauiano escrevia: “só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social” (apud CAPEZ, 2012, p. 55). O princípio esteve presente inclusive na grande Bill of Rights, na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Enfim, o aspecto histórico foi importante para consolidar e sistematizar a principiológica citada (CAPEZ, 2012).

Na concepção jurídica, assegura-se que as normas penais sejam descritivas, isto é, descrevam um fato típico, ilícito e culpável, bem como as consequências da prática desse ato, a sanção penal, é claro. Nesse interim, o princípio da legalidade sob a ótica do particular permite que este faça tudo o que não é proibido, não deve agir sob o suprasumo da lei, e é por isso que as leis penais são descritivas (CAPEZ, 2012).

Nessa prima, extrai-se que o princípio da legalidade representa um avanço político, histórico e jurídico, constitui a pedra angular de todo o Direito Penal. É resultado de uma profunda ruptura histórico-dialética onde o Estado teve seu poder punitivo reduzido, limitado e organizado. O poder absoluto estatal torna uma sociedade oprimida, a liberdade é um direito humano, portanto deve ser assegurada (BITENCOURT, 2011).

2.3.2 A legalidade como princípio constitucional-penal na república federativa brasileira

Não há divórcio entre Direito Penal e Direito Constitucional, muito pelo contrário, essa relação é importantíssima para sustentar todo o avanço histórico sofrido. De Feuerbach a Rousseau, as garantias elencadas pelos clássicos teóricos só foram consolidadas através da criação da Magna Carta de 1215 e de tantos outros documentos políticos e jurídicos elaborados posteriormente.

A Constituição Federal é a *lex mater* de um país, portanto os avanços penais de marcos civilizatórios passados certamente integram a carta política de um Estado. Guilherme de Souza Nucci acertadamente diz: “A relação entre o direito penal e a Constituição Federal é absolutamente essencial. Em primeiro lugar, há de se destacar que todos os princípios fundamentais, reguladores da ciência penal, estão inscritos explícita ou implicitamente no Texto Magno” (NUCCI, 2017, p. 79).

De maneira extremamente limitada e até mesmo contraditória a legalidade como preceito constitucional foi inaugurada na Constituição Imperialista. Em seu artigo 179 das “Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”, dizia, *in verbis*:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. (BRASIL, 1824).

Destarte, ainda que subserviente ao absolutismo, a constituição imperialista, de maneira completamente contida, carimbou o que seria um pilar do garantismo penal brasileiro. A posteriori, o Brasil passou pela “idade das trevas” no direito penal, foram tempos marcados pelos belicosos atos institucionais que rechaçavam completamente os direitos conquistados anteriormente, o golpe militar de 1964 foi o grande opróbio da democracia brasileira.

Passado todo o terror, o vanguardismo democrático fez nascer a festejada Constituição Federal de 1988, que representou um incomensurável avanço no sentido político, sociológico, antropológico e jurídico. O Brasil não se tornou tão somente um “Estado de Direito” e sim um “Estado Democrático de Direito”, isso gera um resultado ímpar. O Direito Penal Brasileiro finalmente ganhara um rol de princípios constitucionais-penais como o da

proporcionalidade, lesividade, dignidade da pessoa humana e, é claro, a legalidade (BUSATO, 2015).

O preceito evoluiu de um Direito do Homem (jusnaturalista) a um Direito Humano de 1ª geração. No artigo 5º, XXXIX, da CF de 1988, a legalidade foi chancelada no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, se tornou uma cláusula pétrea isso significa que o poder constituinte originário brasileiro finalmente atribuiu severa importância a supratranscrita base principiológica, portanto, essa se tornou um Direito Fundamental. Observa-se, *in litteris*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988)

Essa garantia constitucional é de tanta importância que o legislador copiou a sua redação e carimbou no artigo 1º do Código Penal Brasileiro, como parâmetro norteador dos demais artigos do mesmo diploma legal. Não pode o estado aplicar uma sanção penal sem que haja uma lei autorizando, toda aplicação jurisdicional em matéria penal deve sempre voltar a máxima axiomática penalista, só pode punir a conduta que está claramente tipificada em lei.

2.3.3 A hermenêutica jurídico-penal e à adjacência com o princípio da legalidade

Faz-se mister ressaltar que hermenêutica e a interpretação da LP não se confundem, numa se tem o estudo do alcance e dos sentidos da regra do direito, noutra, a própria “ciência que se ocupa de sistematizar os métodos e os elementos da interpretação jurídica” (ESTEFAM, 2018, p.78). Bitencourt (2012) sobre “as formas de interpretação quanto ao meio” classificara em gramatical, histórica e lógico-sistemática. Na gramatical ou filológica, a interpretação é literal, busca-se o sentido das palavras descritas na lei analisando morfossintaticamente, leva-se em consideração o sentido original da palavra empregada pelo legislador originário.

Na histórica, esforça-se a compreender o real sentido histórico empregado na época da criação do texto legal, bem como a ligação da legislação atual com a pretérita, os avanços e retrocessos trazidos, as mudanças de entendimento e os fatores implícitos que levaram a criação de determinado escopo normativo. Nesse sentido:

O aspecto histórico é importante para entendermos o sentido e a razão de determinada política criminal, para compreendermos por que em determinado momento o legislador adotou determinada orientação legislativa etc. (BITENCOURT, 2012, p.409).

Na sistemática, tenta-se compreender os fundamentos político-jurídicos presentes na criação da norma, procura

interação não só junto a lei, mas com fatores sociológicos, antropológicos e axiológicos. Utiliza-se também de outras normas similares para melhor cognição e juízo. “O critério lógico-sistemático de interpretação constitui valoroso instrumento de garantia da unidade conceitual de todo o ordenamento” (BITENCOURT, 2012, p.412).

Outrossim, o judiciário tem o imperativo de aplicar a lei a um caso concreto exercendo a tutela jurisdicional. Para isso, a interpretação da lei é indelével, serve para se buscar o melhor sentido, uma exegese precisa, com fulcro nos contextos históricos, políticos, jurídicos e sociais, a mesma obra ainda ensina:

interpretar é descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica. Não bastassem as frequentes ambiguidades do texto legal, imperfeição e falta de terminologia adequada ou redação obscura, o aplicador do direito sempre estará interpretando a norma, para encontrar seu melhor significado. (BITENCOURT, 2012, p.395).

Desta feita, existem diversas formas de interpretação jurídico-penal e todas elas devem submissão ao princípio da legalidade, seja na interpretação gramatical, histórica ou até mesmo lógico-sistemática. O preceito constitucional deve ser visto com afino, pois é resultado de uma mudança de mentalidade por parte do legislador que finalmente incorporou na Magna Carta brasileira o garantismo penal (BITENCOURT, 2012).

Para o presente trabalho, analisou-se à interpretação analógica, extensiva e a aplicação analógica (analogia). Não há simetria entre aplicação analógica (analogia) e interpretação analógica, nesta à própria norma jurídica permite que se amplie o seu alcance, o tipo penal apresenta uma forma genérica para conseguir abarcar de maneira mais satisfativa uma conduta delitativa, como bem exemplificado por Capez (2012):

após uma sequência casuística, segue-se uma formulação genérica, que deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente elencados (p. ex., crime praticado mediante paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe; a expressão “ou outro motivo torpe” é interpretada analogicamente como qualquer motivo torpe equivalente aos casos mencionados). (CAPEZ, 2012, p.51).

Naquela, não há norma que regule a conduta havendo uma clara integração ao ordenamento jurídico. Nessa senda, observa-se que a analogia faz uma “integração legislativa”, o que fere expressamente o princípio da legalidade. No entanto, não se olvida que esta efetuada *in bonam partem* (em benefício do agente) a doutrina e a jurisprudência admitem pelo princípio do *in dubio pro reu*, caso ela seja efetuada *in malam partem* (em malefício do agente) não poderá ser admitida (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012). Na hermenêutica extensiva, há uma ampliação no efeito da norma para além do que está descrito no tipo penal, nesses casos a lei deixou de dizer o que deveria; disse menos, por isso a ampliação do seu sentido.

Nessa senda: “existe uma norma regulando a hipótese, de

modo que não se aplica a norma do caso análogo; contudo tal norma não menciona expressamente essa eficácia, devendo o intérprete ampliar seu significado além do que estiver expresso” (CAPEZ, 2012, p.51). A jurisprudência de nossos tribunais superiores admite o uso da interpretação extensiva e a aplicação analógica *in bonam partem*, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO - ENEM. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEP. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. CÁLCULO DOS DIAS A SEREM REMIDOS. ADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 44/2013, conferindo interpretação extensiva ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que possibilita a denominada remição da pena em decorrência do estudo, pelo condenado recolhido em regime fechado ou semiaberto.

2. Na mesma linha, este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp 744.032/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 5/6/2006).

[...]

(AgRg no HC 549304 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2019/0360133-9. Rel. Min. NEFI CORDEIRO. Data da Publicação/Fonte DJe: 16/03/2020) DIREITO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. A atividade de leitura pode ser considerada para fins de remição de parte do tempo de execução da pena. O art. 126 da LEP (redação dada pela Lei 12.433/2011) estabelece que o “condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. De fato, a norma não prevê expressamente a leitura como forma de remição. No entanto, antes mesmo da alteração do art. 126 da LEP, que incluiu o estudo como forma de remir a pena, o STJ, em diversos julgados, já previa a possibilidade. Em certa oportunidade, salientou que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da *analogia in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp 744.032-SP, Quinta Turma, DJe 5/6/2006). (HC 312.486-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 9/6/2015, DJe 22/6/2015).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. EXECUÇÃO DA ATIVIDADE DE REPRESENTANTE DE GALERIA. PENITENCIÁRIA DE ALTA SEGURANÇA DE CHARQUEADAS (PASC). DURAÇÃO DO TRABALHO. JORNADA INTERMITENTE. PRONTIDÃO PARA ATENDER DEMANDAS A QUALQUER HORÁRIO. PECULIARIDADES. FINALIDADE DA EXECUÇÃO ATENDIDA. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA LEGISLAÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Em se tratando de remição da pena, é, sim, possível proceder à interpretação extensiva em prol do preso e da sociedade, uma vez que o aprimoramento dele contribui

decisivamente para os destinos da execução (HC n. 312.486/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 22/6/2015). (HC 460630 / RS HABEAS CORPUS 2018/0182809-7. Rel. Min. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Data do Julgamento 11/04/2019. Data da Publicação/Fonte DJe 26/04/2019)

Dito isso, não se trata meramente de uma aplicabilidade jurisdicional, e sim de um efetivo exercício de uma sociedade igualitária e justa, é a garantia de que o Estado não possui mais um macro-poder absoluto e que o indivíduo se encontra protegido, a interpretação da lei penal está diretamente ligada ao princípio da legalidade. Por isso, ao interpretar, deve-se respeitar esse Direito Fundamental (BUSATO, 2015).

2.4 Os Poderes do Estado e a problemática da omissão legislativa

2.4.1 Marcos históricos, teóricos e funções típicas e atípicas dos Poderes

O supedâneo teórico inicial da “separação dos poderes” encontra-se ainda na filosofia pós-socrática. Aristóteles (2007), observando a *pólis* grega, encontrou a necessidade de dividir as funções do governo criando então três distintas que seriam devidamente executadas por um poder soberano, são elas a de deliberação, (cuidar dos negócios do Estado) legislação (elaboração de normas que são necessárias para o Estado poder agir) e a jurisdição (aplicação da lei). Neste prisma:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (ARISTÓTELES, 2007, p.75)

Por outro lado, a visão aristotélica pregava que as referidas funções deveriam estar centralizadas no “poder soberano”, uma figura única e incontestável que controlava os demais. “Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, apesar de exercidas por um único órgão” (LENZA, 2019, p.865). Platão (1980) ao concordar com o posicionamento de Licurgo contra o poder da Assembleia dos Anciãos, já elucidava que não poderia haver uma autoridade que não tivesse freios e paliativos, em sua obra “A República” ressaltava o quão é importante a limitação do poder de um Estado.

No medievo, o filósofo pai do empirismo inglês John Locke também aconselhou a divisão acrescentando o “poder federativo”, no qual cuidava das atividades internacionais do governo. Noutra banda, foi somente com Montesquieu (1987) que sobreveio a sistematização pragmática. Em 1748 em sua famosa obra “O Espírito das Leis”, definiu categoricamente

o tripartite, aporte teórico que seria abraçado pelo constitucionalismo. O aludido pensador iluminista consolidou a divisão dos poderes que fora esculpida em diversas constituições pelo mundo, responsável por divulgar uma das limitações mais efetivas da coerção estatal. Nos dizeres do saudosíssimo constitucionalista José Afonso da Silva:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. [...] Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes. (SILVA, 2014, p.111)

O Art. 2º da CF de 1988 muito bem ensina que os poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário) devem ser independentes e harmônicos entre si, isso representa um dos postulados constitucionais mais importantes, qual seja, a “separação dos poderes”, garantia que freia a máquina poderosíssima estatal. A interdependência dos poderes do Estado se tornou uma *conditio sine qua non*, um não pode usurpar a competência do outro, deve estar tudo em perfeita harmonia, cada qual com sua liberdade, e nenhum pode querer mandar mais do que o outro, essa é garantia do “*checks and balances*”. Nesse Sentido

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. (SILVA, 2014, p.112).

Outrossim, a carta política brasileira determinou muito bem as atribuições de cada poder da República, o Executivo tem como competência típica a chefia de Estado (celebrando acordos internacionais e desenvolvendo um diálogo internacional) e governo (direção superior da administração pública federal). Sua atipicidade resta comprovada na criação de medidas provisórias com força de lei (natureza legislativa) e no julgamento de recursos administrativos (natureza jurisdicional). Observa-se que no campo político brasileiro é comum atribuir-se demasiada relevância a esse poder como se fosse uma espécie de “Deus do raio e do trovão”, não pode este ter preponderância sob os demais. Sobre isso:

É recorrente na realidade política brasileira certa hiperpotencialização do executivo, centrado na figura do Presidente da República. Tem-se verificado, eventualmente, instantes históricos nos quais o Poder Executivo exerce certo predomínio na vida política nacional, o que é uma das características construídas em nosso modelo político. (MENDES; BRANCO, 2018, p.1515).

O Judiciário, por sua vez, tem como função típica a

aplicação jurisdicional, isto é, o poder de dizer o direito a um caso concreto, suas funções atípicas são de natureza legislativa (elaboração dos regimentos internos) e executiva (administração de seus órgãos). A CF de 1988 lapidou a independência funcional do Judiciário, algo que não fora feito em nenhuma das outras constituições brasileiras, isso representa que o referido poder conquistou, de fato e postulado de Direito, a autonomia administrativa; financeira; e, tal-qualmente, a autonomia funcional dos magistrados.

Há um entrelaçamento entre Legislativo e Executivo, um elabora leis e o outro administra e executa. O Judiciário, por outro lado, está jungido de uma singularidade em decorrência aos demais, pois profere decisões de maneira autônoma, autorizada e vinculante. Nesse caminho:

Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue [...] o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados. (MENDES; BRANCO, 2018, p.1515).

Cumprido elucidar que por mais que a função jurisdicional detenha uma certa singularidade, não há preponderância ante as outras. Muito pelo contrário, garante a Justiça, põe o freio necessário caso outra função aja em heterodoxia com a lei. A relação entre cada poder é marcada pela interdependência axiológica e independência funcional, para que a vontade geral seja garantida um depende do outro, em contrapartida, não há necessidade de sua ratificação para poder agir (NUCCI, 2017).

Noutro giro, o Legislativo possui a função típica de elaborar leis e fiscalizar. No exercício de sua atribuição atípica também pode exercer as funções de administração; definindo livremente os cargos e assessorias, e de jurisdição; podendo julgar o presidente e o vice presidente da república por crime de responsabilidade. Nesta linha intelectualiva:

O Poder Legislativo, porém, de modo não típico, também exerce funções de administrar (ao prover cargos da sua estrutura ou atuar o poder de polícia, p. ex.) e de julgar (o Senado processa e julga, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das três Forças Armadas, nos crimes de mesma natureza conexos com os praticados pelo Chefe do Executivo. (MENDES; BRANCO, 2018, p.1444).

Em homenagem ao princípio da legalidade, a carta constitucional do Brasil rubricou em seu texto que somente o legislativo pode criar leis penais incriminadoras, bem como definir as sanções correspondentes. Ora, mesmo que haja omissão deste, não pode nenhum outro poder ascender-se criando crimes com a tentativa de preencher lacunas normativas, o garantismo penal brasileiro está alçado na

legalidade penal. Cabe ao legislador observar as demandas sociais, tal como situações de atipicidade (MENDES; BRANCO, 2018).

Não pode obnubilar-se quanto ao Direito Fundamental de liberdade, a criação de um crime afeta diretamente esse preceito constitucional, as normas jurídico-proibitivas são estabelecidas quando a liberdade de alguém passa a ferir o direito de outrem, portanto a função típico-legiferante é de suma importância. Nessa sequência, Barroso ministra:

No direito brasileiro, a tipificação de condutas penais e a fixação de penas aplicáveis são matérias reservadas à lei e, mais que isso, são privativas de lei formal. Doutrina e jurisprudência reconhecem ampla liberdade de conformação ao legislador na definição dos crimes e das sanções. [...] É inegável que a tipificação e punição de um crime interferem, inexoravelmente, com os direitos fundamentais, notadamente com o direito à liberdade. (BARROSO, 2008, p.380).

Deve-se haver efetiva cooperação entre os poderes, o neoconstitucionalismo e a contemporaneidade doutrinária trouxeram a lume uma nova visão, não mais se tem uma rigidez quanto a ação de cada poder, entende-se que estes devem agir com cooperação. A doutrina está substituindo a “separação dos poderes” por “colaboração dos poderes”, a interdependência axiológica deve ser primada (SILVA, 2014).

Em situações onde o Legislativo é omissivo e por vezes até contraditório, o Judiciário pode sim ajudar a tapar essas brechas, desde que respeite a competência privativa daquele em elaborar leis penais. Nessa primeira, uma das formas em que o magistrado pode preencher lacunas na seara penal é utilizando-se da hermenêutica extensiva, analógica e da analogia *in bonam partem*; instrumentos facilitadores, que, como fora estudado anteriormente, são totalmente admissíveis pela jurisprudência e doutrina (CAPEZ, 2012).

O princípio da legalidade evocou, em linhas gerais, que somente o legislativo pode elaborar leis em matéria penal, isso constitui um progresso no ponto de vista sociológico, visto que a sociedade ganha uma segurança muito maior. O poder judiciário, no exercício de sua atribuição típica, jamais poderá criar normas penais sem um beneplácito constitucional. A respeito disso Nucci (2017, p.130) leciona: “Nasce o direito humano fundamental de somente haver punição quando o Estado joga às claras, criando figuras delituosas antes de qualquer fato lesivo ocorrer, conferindo segurança a todos os membros da sociedade”.

2.4.2 O desafio na aplicabilidade jurisdicional das leis penais vagas e indeterminadas (tipo penal aberto) e das leis penais em branco heterogêneas (tipo penal imperfeito)

A lei penal deve ser criada com precisão e coerência, haja vista que inconsistências legislativas comprometem a aplicação jurisdicional. No entanto, ocasionalmente o legislador torna a exegética penal dificultosa, com redações ambíguas, contraditórias e vagas. Dessarte, o magistrado se coloca vis-à-vis ao viés completamente interpretativo, e, por

consectário lógico, acha-se interpretações heterogêneas de um mesmo tipo penal. Acerca do assunto, Bitencourt (2017, p.91) esclarece:

Para que o princípio de legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas.

Na hermenêutica penal pode-se aplicar a lei de várias formas, além de haver maneiras diversas de entendimento, *latu sensu*, resta configurada uma certa indeterminação genérica. De outro modo, o legislador sempre deve ter como parâmetro o cabedal de princípios norteadores do Direito, e o magistrado, por seu turno, dirá o Direito ao caso sob a égide principiológica (BITENCOURT, 2017).

O autor susodito alumia quanto a necessidade de o legislativo não abandonar por completo os conceitos valorativos, pois estes ajudam na compreensão da conduta descrita no núcleo do tipo. Ao tipificar de maneira genérica, o judiciário terá de fazer o complemento valorativo recorrentemente por falha legislativa. Ao deixar de observar esses requisitos não se consegue traçar efetivamente a conduta proibida, gerando insegurança jurídica (BITENCOURT, 2017).

As normas penais em branco heterogênea são aquelas que necessitam de complemento em uma lei distinta e hierarquicamente inferior daquela da norma penal incriminadora, o seu efetivo entendimento se consubstancia em fonte heterodoxa que não é a lei penal em sentido estrito. O questionamento central da doutrina é se isso implicaria em ofensa ao princípio da legalidade, desafiando assim sua constitucionalidade (BITENCOURT, 2017).

Bitencourt (2017) entende que o julgador deve se posicionar com cautela, evitando ampliação no tipo penal incriminador e respeitando os limites estabelecidos por ele. A inconstitucionalidade só estaria presente caso fosse ultrapassada as limitações impostas, o que teria como consequência a alteração do comando legal, portanto a norma integradora deve tão somente complementar e não ampliar.

Zaffaroni e Piarangeli (2011) defendem que não há inconstitucionalidade na LP em branco, mas reconhecem o problema que a heterogênea (em sentido estrito) pode causar, tal como o risco de se delegar uma atribuição legislativa em matéria penal. Os autores também pregam que o Legislativo não pode elaborar leis em matéria própria do Executivo, assim como nas legislaturas estaduais e municipais, por isso a edição de normas penais em branco, para se respeitar a divisão de poderes.

Noutra perspectiva, Greco (2017) preleciona que a aludida norma ofende de maneira clara o princípio da legalidade, haja vista que é necessária uma discussão amadurecida por parte da sociedade, para mais, o controle estabelecido pelo poder

Executivo representaria uma praxe do sistema de freios e contrapesos. O mesmo autor exemplifica uma problemática que pudera acontecer no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 - lei de drogas (BRASIL, 2006) o tipo incriminador tem seu complemento no Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. Os produtos capazes de causar dependência são criados ou excluídos pela ANVISA, uma entidade autárquica vinculada ao Ministério da Saúde (Executivo). A discussão trazida mostra que a inclusão ou exclusão no rol de substâncias é feita sem nenhum prévio debate por parte do poder competente para legislar em matéria penal.

Cumpra ressaltar que constitucionalidade da LP em branco tem sido defendida majoritariamente pela doutrina, mesmo que essa seja complementada por lei hierarquicamente inferior. Quando os supracitados instrumentos normativos denominam de maneira cristalina o núcleo essencial da conduta, não há ofensa ao princípio da legalidade, porquanto, há descritividade no complemento o que impede que o Judiciário faça juízos valorativos como em tipos penais abertos NUCCI, 2017.

Noutro lado, subsiste o desafio hermenêutico em aplicar essas normas, tem-se que esbanjar uma extrema cautela para que não haja ampliação no seu sentido, a amíudada omissão legislativa gera uma problemática cada vez maior ao judiciário. Todavia, ainda que a constitucionalidade desta seja colocada em xeque, em situações de dúvida o magistrado sempre deve ter em mente o princípio do *in dubio pro reu* e aplicar ao caso a medida mais benéfica. Seja em tipos penais abertos ou imperfeitos, a tão estudada legalidade penal tem de ser guardada. Apesar da vasta explanação doutrinária com divergências técnicas, ao juiz, representante do Poder Judiciário, caberá a difícil missão de interpretar da melhor forma a lei e dizer o Direito.

3 Conclusão

Na presente pesquisa constatou-se que a atuação proativa do judiciário (ativismo judicial) tem se mostrado cada vez mais presente no Brasil, noutro turno, esta efetuada em matéria penal restringir-se-á aos limites fixados pelo princípio da legalidade. Viu-se o rebuliço interpretativo nos crimes homofóbicos, a ausência de lei específica regulamentando e a polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26.

Por conseguinte, notou-se que o tão estudado Direito Fundamental da legalidade se tornou um corolário do garantismo penal, de tal modo que a opressão instaurada pelo Estado em épocas passadas diminuiu exponencialmente, uma sociedade com a liberdade guardada se torna mais dinâmica e justa. Dessarte, a interpretação da lei penal necessita ser precisa, a exegética não pode ser arbitrária ou criativa, seja no viés interpretativo gramatical, histórico, lógico-sistemático, extensivo ou até mesmo analógico.

A harmonia dos poderes alçada na interdependência axiológica e independência funcional se torna um supedâneo central do *ethos* garantista, haja vista que cada função tem que ser desempenhada sem passar por cima de outra. A

omissão Legislativa brasileira tem gerado uma problemática cada vez maior ao sistema de freios e contrapesos, os anseios sociais travessas vezes são deixados de lado, a exorbitante procrastinação no legislar põe a lume uma iminente insegurança jurídica.

Referências

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. 1824, constituição política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2011. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Diário Oficial, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 28 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial, Brasília, DF, 06 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Relator: ministro Celso de Mello, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 125058 / DF. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000644183&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 549304 / SC. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=INTERPRETA%20C7%20C3O+EXTENSIVA+DIREITO+PENAL&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 460630. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=01828097120183000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 15 maio 2020.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 312486 / SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=03390788020143000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em: 15 maio 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 372.065-RS. Relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=02484195420163000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em: 18 maio 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso nº: 1004541-56.2017.8.26.0554 - Fórum de Santo André. Relator: Jarbas Luiz dos Santos. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 18 maio 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Apelação nº: 00647185720148030001. Relator: Eduardo Freire Contreras dos Santos. Disponível em: <<http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-processo/consultar-processo.html>>. Acesso em: 18 maio 2020.
- BARROSO, L.R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, L.R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis, v.5. 2012.
- BITENCOURT, C.R. Tratado de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPEZ, F. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). São Paulo: Saraiva, 2012.
- DURKHEIM, É. Da divisão do trabalho social. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ESTEFAM, A. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). São Paulo: Saraiva, 2018.
- ESTEFAM, A.G.V. Direito penal esquematizado: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO, R. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. Niterói: Impetus, 2017.
- GODOY, A.S. Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. Rev. Adm. Empr., v.35, p.20-29, 1995.
- LENZA, P. Direito constitucional esquematizado®. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MONTESQUIEU, C.S.B. O Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MASSON, C. Direito Penal Esquematizado: parte geral. São Paulo: Forense, 2017.
- MENDES, G.F.; BRANCO, P.G.G. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PLATÃO. Leis e Epónomes. Pará: Universidade Federal do Pará, 1980. vol. XII-XIII.
- ROUSSEAU, J.-J. Do Contrato Social. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.
- SILVA, J.A. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TÁVORA, N.; ALENCAR, R.R. Curso de direito processual penal. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.