VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

BRUNA AZEVEDO DE CASTRO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bruna Azevedo de Castro; Matheus Felipe De Castro; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-741-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Parodiando Ihering, o Direito Penal não é uma pura teoria, mas uma força viva. E nos GTs do Conpedi, as teorias se mesclam com as experiências dando origem a novas interpretações e desafios neste que é o campo maior das misérias humanas. Miséria para os que cometem o crime e têm de suportar a pena, miséria para os que o sofrem e têm parte de suas vidas ceifadas por intrusos forasteiros.

Na tarde do dia 24/06/2023, estivemos reunidos neste VI Encontro Virtual do Conpedi, no GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, onde foram apresentados os seguintes artigos:

STALKING E REVENGE PORN: CONCEITOS, SIMILITUDES E TRATAMENTO LEGISLATIVO, de Greice Patricia Fuller e Rosemeire Solidade Da Silva Matheus, onde se descortinou seus respectivos conceitos e tratamento legislativo, enquanto delitos que despontaram a partir da Sociedade da Informação, mais especificamente com a popularização das redes sociais, destacando os esfacelos psicológicos das vítimas dos cybercrimes, sendo relevante destacar os esforços das mesmas para lidar com as situações de danos e ameaças sofridos.

INCITAÇÃO E APOLOGIA AO CRIME EM LETRAS DE MÚSICA: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Guilherme Manoel de Lima Viana, Irineu Francisco Barreto Junior e Greice Patricia Fuller, abordando os limites da liberdade de expressão em letras de música, especialmente em relação aos crimes de incitação e apologia ao crime, previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal e como esses crimes são expressos em letras de música que tratam de temas como crimes sexuais, roubos, furtos e tráfico de drogas, analisando até que ponto esses temas são protegidos pela Constituição Federal.

IMPARCIALIDADE SUBJETIVA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO: ANÁLISE A PARTIR A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA, de Airto Chaves Junior e Victor Luiz Ceregato Grachinski, estudando a imparcialidade subjetiva do juiz no Processo Penal a partir da Teoria

da Dissonância Cognitiva, buscando compreender como o contato prévio do juiz com o produto da investigação preliminar causa um desequilíbrio cognitivo no julgador em favor da versão acusatória (primado da hipótese sobre os fatos).

FOTOS QUE CONDENAM: O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A OMISSÃO LEGISLATIVA À LUZ DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, de Nathália Leite de Medeiros , Walter Nunes da Silva Júnior, evidenciando que o Código de Processo Penal (CPP) vigente somente prevê o regramento para o reconhecimento de pessoas em sua modalidade presencial, de modo que sobre o reconhecimento fotográfico, meio de prova cada vez mais utilizado nos fóruns e delegacias do país, paira um limbo normativo que abre as portas para arbitrariedades.

A COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA RECOMENDAÇÃO Nº 001/2022-COEAP/RN, de Fernando Rocha De Andrade, analisando a compatibilidade da Recomendação nº 001/2022-COEAP emitida pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte com as normas constitucionais e legais que visam a proteção das prerrogativas dos advogados e dos direitos dos presos, questionando se as restrições impostas pelo documento, como a limitação de tempo no parlatório, a submissão ao bodyscan e a revista de pertences, estão em consonância com as disposições legais brasileiras.

A OMISSÃO IMPRÓPRIA NO CRIME DE LAVAGEM E DINHEIRO, de Fernando Rocha De Andrade, investigando se os mecanismos de controle edificaram um feixe de regras a agentes que atuam em atividades reconhecidas como sensíveis à lavagem de capitais, cujo descumprimento aumenta o risco em favor da prática do mascaramento, e se a mera condição de compliance prevista na norma de regência não impõe necessariamente um deve de garantir a evitação da lavagem de dinheiro.

EXPECTATIVA VS REALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL: COMO E QUEM FALHA NO AMBIENTE PRISIONAL BRASILEIRO O QUAL SE DISTANCIA A CADA DIA DO IDEAL DA LEI?, de Leila Gomes Gaya, trabalhando com um comparativo entre o “dever-ser” estabelecido na Lei nº 7210/84, a Lei de Execução Penal, e o “ser” que é a realidade das instituições prisionais brasileiras.

CRIME DE MOTIVAÇÃO RACIAL: ESTUDO COMPARATIVO DO JULGAMENTO DE AHMAUD ARBERY NA PERSPECTIVA BRASILEIRA, de Eudes Vitor Bezerra, Claudia Maria Da Silva Bezerra e Natália Diniz Filgueiras, considerando que o direito penal moderno requer observação por meio de diferentes óticas, de modo que a análise de fenômenos

estrangeiros por meio de um estudo de caso de ampla divulgação midiática contribui para compreendermos como situações semelhantes são tratadas de forma diversas a depender da sistemática penal. Nos Estados Unidos, episódios de crimes de motivação racial como os de George Floyd, Breonna Taylor e Ahmaud Arbery são apenas alguns nomes dessa lista, sendo que a realidade no Brasil não é diferente.

DIÁLOGOS ENTRE A SANÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA, de Walter Carlito Rocha Júnior, objetivando despertar no leitor uma reflexão de que estaríamos diante da macrocriminalidade sendo que os crimes teriam tomado uma proporção muito maior, cometidos através de pessoas jurídicas, demandando da legislação permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes econômicos.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de Lauro Mens de Mell , José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, retomando o princípio da legalidade e sua relação como o Estado de Direito Democrático. Para tanto distingue Estado de Direito e Estado de Direito Democrático. Demonstra a relevância do princípio da legalidade para o Estado de Direito Democrático, passando à análise do princípio da legalidade em matéria penal, indicando seus elementos.

DIREITO À VIDA, MAS QUE VIDA?, de Lauro Mens de Mello, José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, analisando a terminalidade da vida, abordando o choque entre os princípios da intangibilidade da vida humana, dignidade humana e autonomia da vontade, a fim de avaliar as hipóteses de disposição da vida humana, em casos determinados.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E OS STANDARDS PROBATÓRIOS NA ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO EM SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DELITIVA, de Rafaela Volpato Viaro e Matheus Felipe De Castro, considerando que inviolabilidade domiciliar está reconhecida como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, comportando exceções estabelecidas pelo próprio texto constitucional, como no caso da entrada forçada em domicílio em situação de flagrante delito, demandando a demonstração de fundadas razões (causa provável) da ocorrência concreta de flagrância no interior da residência. Todavia, não havendo previsão legal no que consistiriam tais fundadas razões e, ainda menos, do quanto devem estar comprovadas para se permitir o controle do juízo de fato, a necessidade de estabelecimento de claros standards probatórios que justifiquem a entrada forçada em domicílio na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA NA DOGMÁTICA PENAL, de Júlio César Craveiro Devechi e Fábio André Guaragni, apresentando a evolução do conceito de omissão na dogmática penal, com enfoque para a omissão imprópria, ressaltando a necessidade de aprofundamento dogmático sobre a omissão imprópria, que vem sendo largamente utilizada pelo Direito Penal Econômico inserido em um contexto de sociedade de risco.

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, de Adriana Fasolo Pilati e Samara Scartazzini Awad, debatendo os crimes sexuais contra vulneráveis menores de 14 anos, bem como a sua impossibilidade de relativização no caso concreto, cuja ampla recorrência exige máxima atenção no que concerne às tentativas de prevenções e novas atribuições de penalidade.

DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS, PROBLEMAS E SOLUÇÕES COM ENFOQUE NAS MULHERES APENADAS, de Adriana Fasolo Pilati e Ana Raquel Pantaleão da Silva, debatendo o sistema carcerário, suas origens, mudanças ao decorrer da história, juntamente com um enfoque no sistema brasileiro, seus problemas e apresentação de soluções para resolvê-los, bem como a situação das mulheres apenadas que nele cumprem suas sentenças.

ESTUDO DO CRIME DE EXTORSÃO QUANDO CONSIDERADO CRIME MILITAR: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA, de Lizandro Rodrigues de Sousa e Emanoel Marques dos Santos, estudando o crime de extorsão quando considerado crime militar, previsão legal e desdobramentos jurisprudenciais no STJ, especificamente o caso Resp. 1.903.213 - MG.

LAWFARE: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO, de Romulo Rhemo Palitot Braga e Jonathan Rocha de Lima, ressaltando que o lawfare é entendido não apenas como uma ferramenta de guerra híbrida, como também abuso de leis e sistemas judiciais em benefício político, empresarial e sociopolítico, sendo que no Brasil o caso mais emblemático de lawfare no campo político, com manipulação da opinião pública ao combate da corrupção, teria ocorrido no âmbito da operação Lava-jato, gerando instabilidade política e um processo de impeachment culminando, também, com a prisão do ex-presidente Lula.

EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL COMO EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA PARA OS ENCARCERADOS NO ESTADO DA PARAÍBA, de Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Morais Silva e Allan Vítor Corrêa de Carvalho, apresentando a

educação no âmbito do sistema prisional do estado da Paraíba como forma de efetivar a cidadania das pessoas encarceradas.

As leitoras e leitores, por certo, perceberão que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso de suas autoras e autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todas e todos uma ótima leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC/UNOESC

Profa. Dra. Bruna Azevedo de Castro – Faculdades Londrina

Prof. Dr. Horácio Monteschio – UNICURITIBA/UNIPAR

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Lauro Mens de Mello [1]
José Antonio de Faria Martos [2]
Oniye Nashara Siqueira [3]

Resumo

O presente trabalho aborda o princípio da legalidade e sua relação como o Estado de Direito Democrático. Para tanto distingue Estado de Direito e Estado de Direito Democrático. Demonstra a relevância do princípio da legalidade para o Estado de Direito Democrático, passando à análise do princípio da legalidade em matéria penal, indicando seus elementos. Analisa-se casos como forma de indicar que a matéria não é tão simples como se costuma considerar. Inicia-se com um passar d'olhos pela parte histórica, bem como características gerais. A seguir se traça linhas gerais sobre Estado de Direito e Estado de Direito Democrático, destacando que não se trata do mesmo objeto. Finalmente se analisa o princípio da legalidade na esfera penal, bem como a discussão de alguns temas sobre a matéria. Para tanto, aplicou-se o método de abor¬dagem dialético-jurídico, associado à pesquisa bibliográfica, concluindo que, a legalidade possui diversas nuances e, mesmo sendo princípio fundamental para a existência de um Estado de Direito Democrático e espinha dorsal da liberdade individual de cada cidadão vem sofrendo diversos ataques quer por parte do Estado legislador, quer pelo Estado juiz, sendo necessário o entendimento e a superação de questões controvertidas que podem ser consideradas ora como casos de analogia, ora como casos de interpretação extensiva.

Palavras-chave: Estado de direito, Estado de direito democrático, Princípio da legalidade, Princípio da legalidade penal, Direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

The present work addresses the principle of legality and its relationship with the Democratic Rule of Law. For this purpose, it distinguishes the rule of law and the democratic rule of law. Demonstrating the relevance of the principle of legality for the Democratic State of Law,

[1] Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Doutorando pela FADISP . Professor Titular da Faculdade de Direito de Franca . E-mail : lauromello@tjsp.jus.br

[2] Doutor em Direito pela FADISP – São Paulo. Doutor em Direito pela UMSA – Buenos Aires. Professor titular da Faculdade de Direito de Franca. Advogado. E-mail: joseantoniomartos@gmail.com

[3] Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. Especialista em Direito Processual Civil pela USP. Professora na Faculdade de Direito Anhanguera. Advogada. E-mail : oni_126@msn.com

moving on to the analysis of the principle of legality in criminal matters, indicating its elements. Cases are analyzed in a way to indicate that the subject is not as simple as it is usually considered. It starts with a glance at its historical part covering as well its general characteristics. Then the following outlines generally the rule of law and the democratic rule of law, emphasizing that they are not the same object. Finally, the principle of legality in the criminal sphere is analyzed, as well as the discussion of some topics on the matter. For this purpose, the dialectic-legal approach method was applied, associated with bibliographical research, concluding that legality has several nuances and, even though it is a fundamental principle for the existence of a Democratic State of Law and the backbone of individual freedom of every citizenhas been suffering several attacks either by the legislator State or by the judge State, making it necessary to understand and overcome controversial issues that can be considered sometimes as cases of analogy, and sometimes as cases of extensive interpretation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rule of law, Democratic rule of law, Principle of legality, Principle of criminal legality, Criminal law

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir o conceito de legalidade, Estado de Direito e Democracia, bem como estabelecer a relação entre eles.

Tal estudo se mostra relevante, em que pese a aparente simplicidade, pois envolve um dos baluartes da liberdade individual.

Serão utilizados textos clássicos juntamente com posições atuais da doutrina, mesclando-os. Objetiva-se, a parte a análise dos temas, delimitar os conceitos, bem como os alcances e eventuais problemas e dificuldades.

Inicia-se com um passar d'olhos pela parte histórica, bem como características gerais. A seguir se traça linhas gerais sobre Estado de Direito e Estado de Direito Democrático, destacando que não se trata do mesmo objeto. Finalmente se analisa o princípio da legalidade na esfera penal, bem como a discussão de alguns temas sobre a matéria.

O trabalho está amparado em revisão bibliográfica. O método de abordagem é o dialético-jurídico, seguido de uma análise crítico-valorativa da temática.

2 O INÍCIO DA LEGALIDADE

Pode-se dizer que o embrião do Direito Penal envolve a vingança, visto que se refere à utilização do direito de punir como forma de impedir ou remir perante a divindade a prática de condutas em desacordo com comportamentos não aceitos (ARAÚJO; SILVA, 2019, p. 103).

Este começo de sociabilidade se iniciou no bando, relacionado ao sentido de troca (CÁRNIO, 2021, p. 69), sendo que nas comunidades tribais dava-se o "sincretismo normativo", nas quais não se distinguiam regras de natureza moral, jurídica, religiosa ou social (CÁRNIO, 2021, p. 25).

Embora as fases da vingança penal não apresentem uma progressão sistemática, aceita-se a divisão em três fases, quais sejam, a vingança divina, a privada e a pública. Na primeira, os fenômenos naturais eram entendidos como ofensas ao divino (totem), exigindo reparação, motivo que levava à punição do infrator para desagravar a divindade. Na vingança privada, trata-se da infração de alguém contra seu próprio grupo ou outro. Finalmente, com a organização do Estado, passa-se à vingança pública, que além de ter por finalidade manter a ordem e segurança social, visava a, principalmente, garantir o poder do soberano (BITENCOURT, 2014, p. 73-74).

Importante momento histórico ocorre com a publicação em 1764 do livro *Dei delliti e delle pene*, de Cesare Bonessana, marquês de Beccaria, inspirado nas concepções de Montesquieu, Rousseau, Locke e Helvétius. Este livro marca o nascimento do Direito Penal moderno, sendo o primeiro a desenvolver a ideia de estrita legalidade, sistematizando a partir de três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária (LUISI, 2003, p. 99).

Começa a se estruturar como hoje a conhecemos, a partir do século XIX, com Feuerbach, com a criação da fórmula latina tridimensional, que dá contornos ao princípio da legalidade, ou seja: *nullum crimen sine lege* – a ameaça deve estar anteriormente prevista em lei: *nulla poena sine crimine* – também deve estar determinada a conduta; e *nullum crimen sine poena legali* – deve ser indicada legalmente a pena correspondente à conduta incriminada (LUISI, 2003, p. 100).

3 O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Inicialmente, destaca-se o Estado de Direito no liberalismo, que tinha por pressupostos, tornando-se sua *ratio essendi*, a ideia de legalidade de toda atividade Estatal – identificada como elemento formal – e a ideia de realização de justiça, seu fim primário – elemento material (CANOTILHO, 1993, p. 353).

Apesar de tudo indicar que o Estado de Direito importa no respeito à Democracia, isto não ocorre. Segundo alguns autores estes são conceitos antinômicos, visto que o Estado de Direito é impolítico e a Democracia é o método de formação da vontade do Estado, sendo que tais se encontram em estado de colisão, devendo-se privilegiar o primeiro, visto ter uma hierarquia superior, sendo possível a existência do Estado de Direito sem a existência de Democracia, que deve subordinar-se. Destaca-se que tal argumentação pode cair no erro de entender-se os dois conceitos como objetos abstratos em vez de analisá-los historicamente e na realidade (CANOTILHO, 1993, p. 458).

No liberalismo clássico ocorre choque entre o pensamento burguês da defesa da ordem e da propriedade, representado pela estabilidade do Estado de Direito – enquanto auto soberania da normatividade – e a esfera patrimonial livre da Democracia – entendida enquanto soberania popular.

Com o avanço político, com a superação da igualdade formal, torna-se necessário para a coexistência de ambos a adoção de uma relativização da dissolução normativa constitucional, fato que não deriva da Democracia em si, mas de sua transformação em decisão pré-

determinada. A coexistência parte de uma barganha, onde o Estado de Direito garante a prevalência da constituição – proibição de rupturas constitucionais e ataque a direitos fundamentais, restringindo alterações sobre tais pontos – e a Democracia o momento dinâmico e conformador, atualizando a legislação (CANOTILHO, 1993, p. 459-469).

Porém não se pode perder de vista que o artigo 1º da Constituição Federal prevê que o Brasil se constitui em um Estado de Direito Democrático. Logo, neste sentido que se deve ser analisado e aplicado.

Tratando-se de um Estado de Direito Democrático, mostra-se necessário o controle material da legalidade, para que esta obtenha legitimidade. Para tanto necessário a submissão do Direito Penal às premissas constitucionais, por meio de uma interpretação democrática, com a prática de uma filtragem constitucional, em uma hermenêutica plural (LOPES, 2006, p. 126).

A Democracia presente no Estado de Direito Democrático deve ser, nos termos do artigo 3º, II, da Constituição Federal, um processo de convivência social, numa sociedade livre, justa e solidária, o poder emana do povo pelos seus representantes eleitos (artigo 1º, parágrafo único, CF), com participação da população no processo decisório. Não basta o reconhecimento formal de direitos individuais, mas a implantação de condições para seu efetivo exercício. O Estado de Direito Democrático busca alcançar um estado promotor de justiça social, com a concretização dos direitos individuais garantidos constitucionalmente (SILVA, 1996, p. 119-121).

Uma vez que o princípio do Estado de Direito garante a liberdade e proteção, a proteção do cidadão deve ocorrer por meio do direito penal e perante o direito penal. Isto indica o limite do chamado Estado de Direito, a possibilidade de exercitar sua liberdade sem arbitrariedade na aplicação da lei penal (VIANA, 2021, p. 107).

Por seu caráter de garantia do homem, em concreto, sendo patente sua matriz constitucional, não há como não se afirmar que a legalidade é princípio fundante do Estado Democrático de Direito.

Porém, como consequência da expansão do Direito Penal, com surgimento de novos bens jurídicos coletivos, aumentando-se a incidência de crimes vagos, alguns pregam a relativização da legalidade em nome justiça material, uma vez que a necessidade imediata de certos bens coletivos, que em face da mora da lei, ficaria em desamparo da indispensável proteção penal. Por exemplo, o artigo 19, 11, da Constituição Portuguesa de 1976, que embora preveja a legalidade, afirma que não fica impedida a punição de ação ou omissão que "no momento de sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais do direito internacional comumente reconhecidos" (LUISI, 2003, p. 31).

4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Inicialmente destaca-se que *"a legalidade penal se completa com o princípio geral de legalidade, que Pontes de Miranda preferia chamar de* 'legaliteraliedade' *e também costuma ser designado por princípio de reserva, segundo o qual, 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"* (ZAFFARONI, 2015, p. 202).

Também se assoma necessária a distinção entre princípios de natureza penal constitucional e os princípios constitucionais acerca da matéria penal.

> É de bom alvitre distinguir entre princípios de natureza *penal* constitucional – princípios *penais* propriamente ditos (*v.g.*, princípios de legalidade, de culpabilidade, de individualização e da personalidade da pena) previstos na Constituição e princípios constitucionais gerais que versam a matéria penal. Os primeiros integram o ordenamento penal positivo "em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevam dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema pena; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do Direito Penal", e outros princípios de conteúdo não especificamente penais (de caráter geral ou heterogêneo), também consagrados no texto constitucional, que versam sobre matéria penal (*v.g.*, princípios de proporcionalidade, de igualdade, de necessidade) (PRADO, 2019).

A legalidade é considerada um princípio penal. O tema acerca dos princípios, quanto ao conceito, alcance, eficácia, por ser muito amplo, não será desenvolvido do presente. A simples discussão acerca de princípio e dos conceitos de normas e regras já possui diversos nuances suficientes para um artigo exclusivo. O relevante é que se entenda o princípio como norma e como tal com caráter preceptivo, possuindo segundo a doutrina majoritária, significado essencial; prescrições gerais; atuação com finalidade de validade e conhecimento; serem normas abertas com alto grau de indeterminação; apontando opções; com dimensões de peso (PRADO, 2019).

Nossa Constituição Federal trata do princípio da legalidade penal no seu artigo 5º, XXXIX, quando prevê que *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".*

Inicia-se a legalidade, como hoje se entende, no século XIX, com Feuerbach, com a fórmula *nullum crimen sine lege*. Porém, embora aparentemente exista uma errônea impressão de que muito se sabe sobre o princípio, como se verá, ainda há muito a ser aprofundado.

Neste ponto, como exemplo da falta de aprofundamento no estudo do tema, afirma-se que toda analogia *in bonam partem* é permitida, desconsiderando-se a discussão acerca de sua

admissibilidade nos casos de justificação (ANDRADE, 2001).

Este desrespeito gera pelo menos dois motivos que justificam o aprofundamento do tema. O primeiro repousa no fato de que o Legislativo vem, reiteradamente, vilipendiando o princípio da legalidade, com incremento de tipos penais com redação que demonstram total desrespeito, como o artigo 147-7, incluído pela Lei 14.188/21[1], sendo neste ponto acompanhado pela jurisprudência[2] (VIANA, 2021, p. 102).

O segundo está ligado à expansão da atuação do Estado, que passou a tratar em matéria, entre outros objetos, da criminalidade empresarial, não prevista na doutrina tradicional. Quando do início do pensamento científico no direito penal, séculos XVIII-XIX, a teoria penal foi desenvolvida à parte do homicídio, ou seja, crime doloso realizado por um único autor, onde a função do Estado era a proteção de bens jurídicos individuais bem delimitados. Ora, com a ampliação dos bens jurídicos, surgem normas de comportamento, como àquelas associadas à criminalidade empresarial, com grande dose de indeterminação. Este tipo de delinquência via de encontro das tradicionais categorias do direito penal, entre elas o da legalidade (VIANA, 2021, p. 103).

A razão do princípio da legalidade, no campo positivo, repousa no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal, onde encontra-se a famosa fórmula de que *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".*

Observa-se que por fazer parte do rol do artigo 5º da Constituição Federal o princípio da legalidade é verdadeira cláusula pétrea.

Patente que o Direito Penal moderno este baseado em princípios próprios do Estado Democrático de Direito, sendo um dos principais o da legalidade (PRADO, 2014).

Necessária análise dos motivos acerca da existência do princípio da legalidade. Presentes fundamentos de ordem política, extras-sistêmicos, e jurídico-penais, os fundamentos sistêmicos. No primeiro caso a necessidade decorre da própria noção de Estado e no segundo na teoria da resposta penal. Desta forma ora funda sua *ratio* no Estado de Direito, ora na Democracia e divisão de poderes, ora na culpabilidade ou, finalmente, como garantia da objetividade (VIANA, 2021, p. 104).

A exigência da legalidade pode ser constatada, como primeira e mais evidente razão, a partir dos princípios da separação de poderes e democrático. Isto mostra-se claramente quando

[1] "Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro que cause prejuízo a sua saúde psicológica e autodeterminação"

[2] Decisão do STF na ADO26/26 sobre a homofobia.

se verifica a necessidade de distanciamento entre quem cria e quem executa a lei. Neste ponto, transferir ao juiz a competência legislativa é, *prima facie*, uma patente violação do princípio democrático (VIANA, 2021, p. 105).

Ora, pelo princípio democrático, cabe ao legislador, como representante da vontade do povo, indicar quais são as condutas que devem ser sancionadas pelo Direito Penal. Postura contrária, permitindo aos juízes ou mesmo ao Executivo a criação das leis, fere de morte a democracia e impõe a vontade de um ou de alguns, sobre a vontade de todos. Tal usurpação implica da introjeção de componentes ideológicos, indesejáveis não apenas sob a ótica penal, como à luz do conceito de Estado Democrático de Direito.

Não se desconhece a corrente que defende a atuação contra majoritária, aliás, muito presente atualmente no país. Como esta não é a matéria da análise, sendo que a atuação é, por si só, um assunto muito extenso, complexo e cheio de debates, traço apenas pequenos apontamentos para o uso quanto a legalidade.

Aqueles que entendem não ser possível a atuação contra majoritária – representado especialmente pelo Tribunal Constitucional – repousam suas críticas no fato de que, como pequeno número de juízes, não eleitos, podem anular ou afastar a eficácia de uma lei aprovada pelos representantes do povo, que além de serem eleitos, estão sempre sujeitos a periódicas avaliações populares. Ou seja, como podem prevalecer sobre a vontade popular? (GARGARELLA, 2011, p. 27).

Tal postura, embora relevante para a implementação de princípios constitucionais, como já exposto, não pode atacar acatar uma ruptura do direito constitucional, visto que em último caso, além da desordem social, irá minar os direitos e garantias pessoais garantidas pelo sistema.

Desta forma fica patente que, principalmente em matéria penal, a atuação do juiz, ainda que como atuação contra majoritária, deve se limitar a vedar a aplicação de leis que firam direitos constitucionais – como leis vagas -, porém sem nunca poder cria-las.

Isto acarreta que a proibição de ativismo judicial, entre os motivos já elencados, por ferir a separação dos poderes, previsto constitucionalmente[3]. Ele deve ser entendido como:

> O ativismo deve ser compreendido como atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade democrática vigente (CF+leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso etc.). em termos qualitativos toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional. Por conseguinte, o ativismo judicial, em aspectos funcionais, caracteriza atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que

[3] Art. 2º da Constituição Federal.

a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição (ABBOUD, 2022, p.73).

Ainda quanto à separação dos poderes surge frontal ataque ao princípio da legalidade formal na hipótese das normas penais em branco, posto que representam uma via evidente de delegação. Aceita-se como legais tão somente as normas penais em branco impróprias, que remetem a outra norma emanada da mesma fonte (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 205).

O segundo argumento para a existência do princípio da legalidade repousa no próprio conceito de Estado de Direito, visto que a legalidade lhe fornece a estabilidade, permitindo a cada um saber previamente o que é proibido, afastando-se a possibilidade de o Estado exercer o poder punitivo fora daquilo que estiver previsto em lei e desta forma garantido a proteção da liberdade do cidadão (VIANA, 2021, p. 106).

Relevante destacar que o princípio da legalidade se encontra ligado à teoria da pena, como fez Feuerbach. Partidário deste entendimento, Schünemann parte da ideia da prevenção geral. Uma vez que a norma visa, por meio da imposição da pena ao infrator, a gerar um movimento contrário do restante da população, fica claro que só pode ser punido quem conhece o teor da proibição da norma (VIANA, 2021, p. 2022). Desconhecendo o teor da norma não poderá ser punido pois não cumpriria a finalidade preventivo-geral da pena (LUISI, 2003, p. 20).

O princípio da culpabilidade também é considerado como razão de ser da legalidade. Sendo ela a ideia de que o agente agiu contra o direito, indispensável a existência da norma que reconheça tal direito para que possa haver a imposição de pena. Não existindo comportamento regulado não há como falar-se em culpabilidade (VIANA, 2021, p. 107).

Outro ponto é a discussão acerca da legalidade formal ou substancial. A legalidade substancial seria anterior ou distinta da lei, usando como fonte uma espécie de direito natural. Inviável a aceitação da legalidade substancial. Esta é, na verdade, uma negação da reserva legal, já tendo sido utilizada como meio de contorná-la por regimes autoritários. Tal circunstância retira da reserva legal a função de proteção da liberdade do indivíduo para que só possa ser condenado e sofrer pena previamente imposta (LUISI, 2003, p. 22-23).

O princípio da legalidade possui quatro exigências, aplicáveis tanto ao legislador como ao juiz. Impõe ao legislador que formule de modo preciso as suas descrições do delito (*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Por sua vez, quanto ao juiz, impõe que as condenações sejam baseadas na lei escrita e não nos costumes (*nullum crimen sine lege scripta*) e a proibição de analogia (*nullum crimen sine lege stricta*) (HASSEMER, 2008, p. 335).

Este posicionamento que entende que cada uma delas tem destinatário exclusivo é chamada de concepção estática do princípio da legalidade (LEITE, 2016), circunstância que trará dificuldades, como será visto adiante.

Porém, para outros o princípio da legalidade partiria de três postulados, ou seja, as fontes das normas penais incriminadoras, o enunciado dessas normas e o último no tocante à validade no tempo (LUISI, 2003, p. 17-18). O primeiro é o da reserva legal, o segundo a determinação taxativa e o último, a irretroatividade (PALAZZO, 1989, p. 43). Entretanto, adotar-se-á a teoria quadripartida, visto ser a mais aceita.

4.1 *Lex certa*

Quanto a *lex certa*, o primeiro ponto que a põe em risco é a atuação do legislador que, buscando considerar as consequências, analisando os efeitos empíricos na produção de determinado tipo penal, justifica a forma vaga. Por isso é considerada como "porta de entrada para a analogia" (HASSEMER, 2008, p. 336).

Este postulado é da determinação taxativa, ou taxatividade, aplicado especialmente nas normas penais incriminadoras, que sendo dirigidas ao legislador, impõem a elaboração de leis certas e precisas, sem expressões ambíguas, equívocas e vagas. Para alguns a taxatividade decorre da natureza da norma penal, que para ser obedecida, ou mesmo para que atinja a finalidade intimidadora – ligada à função preventiva geral da pena – deve ser claramente entendida (HASSEMER, 2008, p. 336).

A questão é definir os limites do que seja uma lei suficientemente determinada, visto que *"pode-se dizer que para a doutrina e a jurisprudência, qualquer determinação é possível"* (VIANA, 2021, p. 120).

Tratando-se da grande importância da determinação da lei penal, necessário se buscar caminhos para sua concretização sem, contudo, confundi-los com a excessiva pormenorização da lei que acarretaria rigidez indesejada, bem como levar a insegurança jurídica, em face de *"uma indeterminação em razão da sobredeterminação"*, uma vez que a lei, ao buscar regular todas as hipóteses possíveis, seria confusa, extensa e de difícil aplicação (VIANA, 2021, p. 121).

É certo que em face da vagueza da própria linguagem, além da necessidade de, como diz o antigo provérbio, "não segurar o pássaro tão forte que morra, nem tão leve que ele fuja", é necessário para a garantia de *lex certa* a atuação da juiz como segundo grau de concretização, principalmente em face da grande alteração no direito penal, com novos bens jurídicos coletivos, aumento dos crimes de perigo abstrato e de normas penais em branco, que além de

sua determinação, traz problemas com relação ao recurso de analogia, sendo analisada mais à frente.

Portanto, o caminho é verificar o significado de determinação da lei. Neste caso cabe aos juízes contribuir determinando o que é proibido, fugindo de interpretações amplas e imprecisas (mandado de precisão). Assim, impossível fugir da conclusão de que os tipos penais possuem certo grau de indeterminação, cabendo ao juiz agir como sendo filtro, dando a maior certeza possível do alcance da norma (VIANA, 2021, p. 122-123).

Uma maneira do legislador limitar a atuação do juiz, sem fixar a aplicação da norma penal, é o uso de exemplos. Esta técnica ao assegurar a vinculação do juiz apenas quanto ao âmbito dos resultados da decisão, garante que no âmbito da produção só se pode esperar o efeito da lei. Em outras palavras, deve o juiz vincular-se às elementares, sem o que impossível uma vinculação entre a lei e a decisão (HASSEMER, 2008, p. 340).

Outro ponto relevante é o respeito histórico ao âmbito legal do proibido. Isto ocorre em face da alteração do contexto do tipo penal. Assim, ocorrendo alteração cultural, que implique em uma extensão proibitiva, necessário uma redução histórica. Isto aplica-se, da mudança em face da livre expressão artística[4], quando à exposição de qualquer objeto obsceno. Pela alteração dos costumes, necessária a restrição, imponto uma interpretação mais taxativa do que seria qualquer objeto obsceno (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 211).

4.2 *Nullum crimen sine lege praevia*

A segunda exigência é a irretroatividade (*nullum crimen sine lege praevia*), visto que *"uma lei que procura validade para um caso que é mais antigo do que ela mesma, é um fantasma do Estado de Polícia"* (HASSEMER, 2008, p. 341).

Uma vez que o direito penal democrático está ligado ao direito penal do fato e não do autor, necessário que o fato pelo qual esteja sendo punido seja ilícito quando da conduta, nos termos do artigo 4º do Código Penal, sendo dirigida ao legislador e ao juiz (VIANA, 2021, p. 116).

Como a intenção é garantir que ninguém seja culpado por algo que não sabia proibido, sua retroatividade quebraria a confiança no Estado e na lei. Porém, isto ocorre apenas quando *in malam partem*, uma vez que *in bonam partem* não afeta a confiança e garante um princípio isonômico, em que a prática da mesma conduta acarreta o mesmo resultado.

Citam-se como exceções a irretroatividade o antigo Código Penal Soviético, o antigo

[4] Art. 5º, IX, Constituição Federal.

Código Penal Chinês, os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, bem como o Decreto-Lei n. 4.766/42, que previa a retroatividade dos crimes relacionados à segurança externa (LUISI, 2003, p. 27). É também exemplo o artigo 9º do Código da Coréia do Norte:

> Artigo 9º (Princípio da retroatividade e da não retroatividade)
> A punição é imposta aos infratores de acordo com a lei penal vigente na época quando a infração foi cometida. Este princípio aplica-se nos casos em que os atos são considerados como infrações ao abrigo de uma lei anterior não são considerados como tal ao abrigo de uma nos casos em que a penalidade tenha sido reduzida ao abrigo de uma lei revista[5].

Entretanto necessária, primeiramente, a análise da situação quanto às leis excepcionais e as temporárias, que são tratadas no artigo 3º do Código Penal, que determina embora cessada a duração ou circunstâncias que a determinaram, aplicam-se ao fato praticado durante sua vigência.

Presente o entendimento de que as leis excepcionais são passiveis de serem aplicadas após o prazo de sua aplicação, como normas previstas no Código Penal, aplicáveis em caso de guerra. Porém, no tocante às temporárias, após decorrido o prazo de vigência, ela não mais existe – ao contrário das leis excepcionais, que estão no aguardo da ocorrência da circunstância legalmente prevista para que ressurja sua eficácia – o que passível de alegação de inconstitucionalidade, visto que a norma infraconstitucional está permitindo a aplicação de lei não mais existente em desfavor do réu (LUISI, 2003, p. 29-30). Porém, há quem entende que ambas não dispõem de ultratividade, não servindo o argumento que sem a ultratividade não seriam aplicadas. Para quem defende tal hipótese, trata-se de uma petição de princípio ao alegar que é necessária que se imponha a punição só porque, em sentido contrário, não seria imposta. Defendem que em face do dispositivo Constitucional[6] que proíbe a ultratividade exceto para beneficiar o réu, que o artigo 3º do Código Penal não teria sido recepcionado (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 116).

Outro ponto relevante ser a irretroatividade aplicável apenas no tocante aos tipos penais incriminadores ou se é passível de ser reconhecida também para a parte geral. Entende-se que passível de sua aplicação, como no caso em que se amplie o conceito de tentativa, para nela incluir a inidônea (VIANA, 2021, p. 116).

Relevante também a discussão acerca da retroatividade da jurisprudência, entendendo-se que a proibição também se dirige ao juiz. A questão que a lei favorável é retroativa, logo o

[5] RPD DA CORÉIA. Código Penal da República Popular Democrática da Coréia, Rio de Janeiro: Centro de Estudos da Política Songun Brasil, 2019.
[6] Art. 5, XL, da Constituição Federal.

mesmo deve ser levado em conta para a aplicação da jurisprudência. O problema é como aplicar ao caso em análise uma opinião jurídica que não vigorava quando ele ocorreu. Outro ponto seria a estagnação da jurisprudência pela irretroatividade em face da necessidade de adequar-se às mudanças sociais e não apenas em *bonam partem*.

Em razão disto mostra-se impossível a irretroatividade da jurisprudência, visto que ficaria engessada na aplicação da lei. Porém, isto não afasta a possibilidade de reconhecimento de erro de proibição inevitável, visto a divergência entre os juristas acerca do alcance de determinado tipo incriminador. Utiliza-se exemplo alemão acerca da condução foi efeito de álcool, onde quem fornece o índice é a jurisprudência, tornando-se tal fato notório para toda sociedade (HASSEMER, 2008, p. 347). Neste sentido, ainda que o teor seja reduzido, mantém-se a irretroatividade em nome da proteção da confiança (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 223-224).

Ainda assim, a irretroatividade da jurisprudência é a corrente majoritária. Porém, há defesa de sua retroatividade com base do princípio ser aplicável tanto à lei como à decisão judicial. Estando a proibição de retroatividade dirigida ao legislador, possível argumentar acerca da retroatividade da jurisprudência ao tempo dos fatos.

Tais problemas, ligados à concepção estática da legalidade, trazem óbvios problemas, motivo pelos quais se deve entender que eles se referem ao legislador e ao juiz, adotando-se a concepção dinâmica (VIANA, 2021, p. 108-109).

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a irretroatividade só é aplicável em relação à lei penal, não alcançando a alteração jurisprudencial, ainda que no caso de súmulas vinculantes[7].

No mesmo sentido quando analisa as ações revisionais, entendendo que o uso de ofensa à jurisprudência só se mostra possível como fundamento – embora exista divergência de ser possível revisional por ofensa à jurisprudência e não à lei – para a sua análise quando jurisprudência não era controvertida nos tribunais à época do julgamento[8].

4.3 *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta*

A terceira estaria dirigida ao juiz, visando impedir qualquer condenação com base em direito consuetudinário. Uma vez que no iluminismo a teoria do contrato social afastada a

[7] STJ: EDcl no REsp n. 1.734.799/SP, Quinta Turma, Rel Min. Jorge Mussi, DJe de 14.12.2018), no mesmo sentido: Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.786.891-PR, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe de 23.9.2020

[8] STJ: AgRg no REsp 1447604 / SC – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma – DJe 29/08/2014, no mesmo sentido: HC nº 103.210/RS – Rel. Min. Laurita Vaz – Quinta Turma – DJe 22/11/2010.

aplicação dos costumes, necessária lei escrita para a verificação e conhecimento dos limites dos direitos individuais por todos (HASSEMER, 2008, p. 348).

Nossa Constituição não entende possível que a doutrina, jurisprudência ou o costume sirvam de instrumento para habilitar o poder punitivo. Pode ser usado os usos e costumes para estabelecer o limite da tipicidade a eles se refere, implícita ou explicitamente, como limites da fraude e o conceito de ato obsceno (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 203).

Entende-se, porém, que o sistema jurídico-penal adota, em parte, o direito consuetudinário, acarretando a descriminalização (HASSEMER, 2008, p. 349) de uma conduta que não é punida, apesar de proibida. A tolerância por parte da sociedade e o apelo à alta "cifra negra"[9] acaba por acarretar, inicialmente sua discriminação de fato pela população entender a norma injusta e posteriormente de direito.

4.4 *Nullum crimen sine lege stricta*

A vedação do emprego de analogia está diretamente ligada ao Estado de Direito Democrático, visto impedir que alguém seja condenado por algo que não é previsto e cujos contornos não são conhecidos. Na analogia existe o uso do sentido da norma em detrimento do seu teor, ou seja, que a fim da norma ultrapasse os limites realizados pela legalidade.

A ideia está ligada a impossibilidade de incriminação por meio dos costumes, com as consequências penais tendo de advir, necessariamente, de lei escrita. Tal exigência é o pilar das demais, visto que sem ela não há que se falar em legalidade. Porém tal postura só se mostra possível em relação à parte especial, que cria tipos penais incriminadores.

Entretanto tal ponto deve ser visto com mais detalhamento. Certas normas penais da parte geral podem ser tidas por equivalentes aos tipos, tais como a incapacidade de culpabilidade de menores de dezoito anos, tentativa ou crime impossível etc. Nestes casos a norma ostenta natureza de tipo penal e veda o recurso aos costumes. Por tais motivos inviável o recurso aos costumes para rebaixar a maioridade penal, a criminalização da tentativa inidônea, bem como a fundamentação do modelo de exceção para a *actio libera in causa*.

Também se entende possível o uso de analogia como recurso interpretativo. Neste sentido o *argumentum a simele* deve ser utilizado onde possível a interpretação de que a violência mencionada no crime de roubo é a mesma da evasão mediante violência contra pessoa (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 209).

[9] Cifra negra é entendida como os casos que não chegam ao conhecimento das autoridades públicas, onde esta ocultação é realizada pelo próprio sujeito passivo ou pelo controle difuso e informal realizado pelas relações sociais que indica uma maior aceitação social em face da alta prática (MOTA, 1998).

Adotando-se a concepção dinâmica da legalidade, tem-se que a vedação da analogia está direcionada, especialmente, ao intérprete da lei, visto que a interpretação é o ato de trazer compreensão e sentido ao texto. Trata-se de ato cognitivo, no qual se descobre o teor e alcance da lei, e não ato de vontade do intérprete.

Em que pese o entendimento de que o sentido literal da palavra pode limitar a interpretação, na verdade não há mais que se falar na aplicação do brocardo *in claris cessat interpretatio*. Isto decorre, entre outros motivos, da ausência de uma linguagem própria do direito, que se socorre na construção dos tipos penais, da linguagem comum, portanto, afeita de conceituações e alcances diferentes

Porém ocorre em muitos casos que a jurisprudência acredita que atendida uma finalidade de uma lei, a sujeição do juiz à lei é melhor garantida que a própria lei. Desta forma fica mais claro se evitar a analogia utilizando-se o sentido literal possível, não como ato de interpretação, mas limitação à interpretação, no sentido de que não pode extrapolar o teor literal do termo, em que pese tal fronteira não ser sempre clara (VIANA, 2021, p. 114).

O primeiro ponto a destacar-se a possibilidade do recurso à interpretação extensivo. Para alguns inviável uma interpretação extensiva, sendo sempre preferível o uso dentro do sentido semântico, seu alcance mais restrito. Isto se deve ao princípio do *in dubio pro reo*. Para outros, que a entendem possível, partem da possibilidade de escolher dentro dos limites semânticos do texto legal a intepretação mais adequada, sem que isto ofenda a legalidade (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 210-211).

O grande problema é o limite entre analogia e interpretação extensiva. A distinção entre analogia e interpretação extensiva repousa no fato de que a primeira é a transferência da norma para outro âmbito (candidato negativo da norma) e na interpretação extensiva é a ampliação da norma até o fim de seu próprio âmbito (candidato neutro da norma) (HASSEMER, 2008, p. 356).

O grande problema prático é diferenciar os limites entre transferência e ampliação, ou seja, entre a negatividade e a neutralidade.

A priori o limite da transferência seria o semântico, ligado à interpretação gramatical. Porém, em face da vagueza e amplitude da linguagem cotidiana tais limites não são claros. Necessário o uso de outros métodos interpretativos como o sistemático, para possibilitar uma maior delimitação. Porém, muitas vezes nem ele é suficiente. Desta forma o limite deve ser reconhecido no sentido da norma, utilizando-se o método objetivo-teleológico. Ou seja, o limite encontra-se no sentido, na finalidade da norma, de onde se extrai a direção na qual ela deve se concretizar (HASSEMER, 2008, p. 357).

A questão é no caso prático superar a ligação entre teor e sentido e a aplicação da proibição da analogia.

Um ponto seria a adoção entre os possíveis sentidos da palavra, o seu uso convencional utilizado pela população – visto que é ela sua destinatária em primeiro lugar – o que serviria de limitação para que o sentido não fique excessivamente amplo. O termo "chave falsa" não pode ser substituído por pé-de-cabra, ainda que ambos sejam instrumentos para a abertura. Fica claro neste exemplo o uso de analogia (VIANA, 2021, p. 214).

Finalmente, observa-se o problema das normas penais em branco, quando seu complemento pertence a âmbito jurídico que permite analogia, fato que acarretará sua inconstitucionalidade (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 205).

5 O USO DOS PRINCÍPIOS E A LEGALIDADE. ANÁLISE DE CASOS.

Partindo-se do conceito de princípio já exposto, passa-se à análise de casos concretos que possibilitam análise quanto à legalidade.

Uma vez que apontam opções, possível concluir-se que o emprego de princípios não ofende à legalidade, posto que já determinado que indispensável interpretação do juiz para aferir os estritos limites da norma.

No caso em estudo, o Tema 1003 do Supremo Tribunal Federal, foi decidido, com repercussão geral, com base no princípio da proporcionalidade, que *"é inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.677/1998 – reclusão de 10 a 15 anos – hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamentos sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária – reclusão de um a três anos e multa".*

A questão a ser analisada versa sobre a possibilidade de aplicação da declaração de inconstitucionalidade para todo o dispositivo. Inicialmente destaca-se que as diversas condutas previstas no tipo misto têm diversos graus de ataque ao bem jurídico protegido. Logo, num primeiro momento, parece que não há que se falar em aplicação na integralidade do dispositivo, visto que o sentido da declaração está diretamente ligado à pena ser desproporcional à lesão.

Pelo princípio da legalidade não se poderia dar maior amplitude à decisão, que fala expressamente, *"para esta situação específica"*.

Inviável a interpretação do princípio, normas abertas e de significado essencial, que atuam com dimensões de peso, no sentido de ser aplicado onde não se refere, quer pela decisão

do Tribunal Constitucional, quer por seu fundamento e alcance. Ampliar a interpretação, negando vigência ao texto legal, ofende não só a legalidade, mas o teor da decisão jurisprudencial que o aplicou.

Desta forma entendoemos que a declaração do Tribunal Constitucional é aplicável tão somente ao artigo 273, §1º-B, I, do Código Penal, mantendo-se o restante com a pena de 10 a 15 anos – quanto pena também existente decisões que determinam, para os outros casos, a aplicação da pena prevista para o tráfico de drogas, inclusive com o redutor previsto.

Outra possibilidade de análise da legalidade e da distinção entre analogia e interpretação extensiva repousa no artigo 333 do Código Penal: "Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício" (BRASIL, 1940).

O presente artigo indica claramente que parte do sujeito ativo a finalidade de corromper o funcionário, em face dos verbos do tipo oferecer ou prometer. Porém, o que ocorre quando a iniciativa da corrupção parte do funcionário, que solicita a vantagem indevida ao particular, que apenas a entrega.

Neste caso pode-se afirmar que por inexistir no tipo penal os verbos dar ou entregar – ao contrário da corrupção passiva, onde existe o verbo receber, além de solicitar – a conduta do sujeito que dá a vantagem ilícita não está abarcada pelo tipo, configurando-se patente uso de analogia. Por outro lado, possível afirmar que a conduta de oferecer e prometer engloba a conduta de entregar, tratando-se, portanto, de interpretação extensiva.

Outro caso decorre da decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a conduta de homofobia, aplicando-se as regras da discriminação racial.

O primeiro problema reside na ofensa ao princípio da legalidade formal, que impõe que as normas penais sejam previstas após regular trâmite legislativo.

Em segundo lugar, conforme Abboud (2022, p. 71), a limitação de qualquer interpretação do Supremo Tribunal Federal é o texto constitucional. Logo, ao desatender o dispositivo que dispõe da separação dos poderes e da legalidade formal, possível afirmar-se que realizou analogia em matéria penal. Como comenta Abboud (2022, p. 65-73) ao tratar da equiparação realizada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à equiparação do casamento homoafetivo, não se discute o direito, a pertinência, nem tampouco a necessidade de tal fato. Também destaca que poderia o Tribunal Constitucional proteger estes interesses e direitos por meio de outro tipo de decisão. Apenas destaca que isto não pode ser realizado com ofensa a Constituição, exigindo para tanto a atuação do Legislativo. No mesmo sentido quanto à criminalização da homofobia e transfobia. Óbvio que pelo princípio da dignidade humana tais

direitos devem ser reconhecidos e protegidos. Porém, para o uso do instrumental penal, quer pela regra constitucional da separação dos poderes, quer pela regra constitucional da garantia da legalidade penal formal, indispensável a atuação legislativa para que não ocorra ofensa ao Estado de Direito Democrático.

Em sentido contrário cita-se parte do voto Ministro Barroso, que bem delineia os argumentos favoráveis à criminalização, ao indicar papéis a serem exercidos pela Corte Constitucional.

> Representativo: é o papel que a Corte exerce quando atende demandas da sociedade que têm amparo na Constituição e que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Por vezes, circunstâncias diversas ou interesses especiais impedem que o Legislativo atue na linha aspirada pela sociedade. Exemplos: o enunciado da Súmula Vinculante nº 13, que proibiu o nepotismo, e o julgamento da ADI 4.650, em que se declarou inconstitucional o financiamento de campanhas eleitorais por empresas. Iluminista: é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria. Este é um papel delicado, que só deve ser exercido com grande parcimônia. Exemplos: nos Estados Unidos, o caso Brown vs. Board of Education, que declarou inconstitucional a política de segregação racial em escolas públicas; no Brasil, o julgamento da ADI 4.277, que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas[10].

Também foi utilizado em favor da criminalização a interpretação do artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, onde se alegou a possibilidade, por via interpretativa, de concessão de mandado de injunção em face da ausência de norma criminal acerca da matéria. Logo, não teria ocorrido, segundo este entendimento, ofensa à legalidade.

Como visto, a aplicação da legalidade, embora aparentemente simples, esconde diversas dificuldades que demonstram a atualidade e necessidade de seu estudo mais aprofundado.

6 CONCLUSÃO

A legalidade penal, princípio constitucional, tem o aprofundamento do seu estudo ligado o vilipendio que vem sofrendo quer do legislativo, quer do judiciário, bem como em face da alteração de situações a serem tratadas pelo direito penal. Sua existência ora se baseia ora no Estado de Direito, na Democracia, na culpabilidade e como garantia da objetividade.

Sendo um dos sustentáculos, entre outros, do princípio da separação dos poderes, não pode ser ofendido pelo excessivo ativismo judicial, que deve ter com limite o texto

[10] STJ – ADO 26/DF, 21.02.2019

constitucional, interpretado segundo o contexto de seu destinatário, na época de sua aplicação.

Sua relação com a culpabilidade decorre da impossibilidade de ser punido alguém por norma que não seja conhecida por ele. A legalidade é composta das exigências da *nullum crimen sine lege certa, nullum crimen sine lege praevia, nullum crimen sene lege scripta* e *nullum crimen sine lege stricta.*

A primeira, chamada de taxatividade, exige a maior clareza possível das normas incriminadoras, limitando a atuação da interpretação judicial, apesar de ser indispensável certa flexibilidade na aplicação da lei. A segunda, chamada de irretroatividade, impede a aplicação de fato que a época da conduta não era ilícito penal. Possível, porém, a retroatividade em *bonam partem* – segundo posição majoritária. Afeta diretamente a culpabilidade no sentido de que se é impossível punir alguém por algo que desconhecia ser crime, muito mais quando a conduta não era típica. A terceira está ligada à legalidade formal, ou seja, que não seja possível a criação de tipos penais com base nos usos e costumes. Por fim, a última exigência está de certa forma ligada à segunda e a terceira, visto que ao impedir o uso de analogia, em última análise, impede que alguém seja condenado por conduta que desconhecia ser típica.

Finalmente se faz análise de alguns casos para demonstrar as dificuldades ligadas à aplicação do princípio da legalidade.

Assim, como visto, a legalidade, fundamental para a existência de um Estado de Direito Democrático, apesar de aparentar simplicidade, possui diversas nuances. Seu estudo mostra-se hoje mais atual do que nunca em face dos diversos ataques que vem sofrendo, quer por parte do Estado legislador, quer pelo Estado juiz. Uma vez que é a espinha dorsal do Estado de Direito Democrático e, portanto, da liberdade individual de cada cidadão, deve ser enaltecida a obedecida. Para tanto necessária o entendimento e a superação de questões controvertidas que podem ser consideradas ora como casos de analogia, ora como casos de interpretação extensiva, tudo a desafiar o estudo aprofundado da matéria.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ARAÚJO, Fábio Roque; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Construção História da Contenção do Poder Punitivo: dos primórdios ao Direito Penal liberal. **Revista Científica da Faculdade Sete de Setembro**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 22, p. 102-131, abr., 2019. Disponível em: http:www.publicacoes.unirios.ed.br/index.php/revistarios/article/view/238. Acesso em: 21 abr. 2023.

ANDRADE, Manuel da Costa. O princípio constitucional nullum crimen sine lege e a analogia no campo das causas de justificação. **Revista de Legislação e Jurisprudência.** n. 3924 e 2925, 2001.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral, 20ª ed.. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CÁRNIO**,** Henrique Garbellini. **Fronteiras do Direito**: analítica da existência e críticas das formas jurídicas, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al Gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Quito: Corte Constitucional para el Período deTransición, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

MOTA, Marcelo Soares. A cifra negra e o processo de vitimização na criminologia cultura. **Canal Ciências Criminais**, 1998. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/656894914/a-cifra-negra-e-o-processo-de-vitimizacao-na-criminologia-cultural. Acesso em: 21 abr. 2023.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova: Revista de Cultura Jurídica**, São Paulo, n. 37, p. 93-106. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-64451996000100006. Acesso em: 21 abr. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Norma, princípio e regra**, 2019. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2019/11/22/norma-principio-regra/. Acesso em 10.09.2022.

_____. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo**: uma palavra. 2009. Disponível em: https://www.professorregisprado.com/newpage. Acesso em 10.09.2022.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

RPD DA CORÉIA. **Código Penal da República Popular Democrática da Coréia.** Rio de Janeiro: Centro de Estudos da Política Songun Brasil, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VIANA, Eduardo. Observações sobre o princípio da legalidade. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, v. 01, n. 02, p. 100-130, 2021. Disponível em: https:rcpmj.cpjm.uerj.br/revista/article/view/36/54. Acesso em: 21 abr. 2023.

VILLANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo.** 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2010.

ZAFFARONI et. al. **Direito Penal Brasileiro.** 4ª ed. 2ª reimp. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2015.