

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA

JOSÉ RUBENS ARCANJO TENÓRIO

INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO
DA LEGALIDADE, SOB O PRISMA DA TEORIA GARANTISTA.

Maceió-AL
2022

JOSÉ RUBENS ARCANJO TENÓRIO

**INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E O
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, SOB O PRISMA DA TEORIA GARANTISTA.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Fernando Antônio Jambo Muniz Falcão.

FERNANDO ANTONIO
JAMBO MUNIZ FALCAO

Assinado de forma digital por
FERNANDO ANTONIO JAMBO
MUNIZ FALCAO
Dados: 2022.11.16 09:26:11 -03'00'

Assinatura do Orientador

Maceió/AL
2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

T312i Tenório, José Rubens Arcanjo.
Interpretação extensiva no âmbito do direito penal e o princípio da legalidade,
sob o prisma da teoria garantista / José Rubens Arcanjo Tenório. – 2022.
54 f. : il.

Orientador: Fernando Antônio Jambo Muniz Falcão.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade
Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 54-58.

1. Interpretação jurídica. 2. Interpretação extensiva. 3. Direito penal. 4. Princípio da legalidade. 5. Garantismo penal. I. Título.

CDU: 343.211.4

Folha de Aprovação

JOSÉ RUBENS ARCANJO TENÓRIO

Interpretação extensiva no âmbito do direito penal e o princípio da legalidade, sob o prisma da teoria garantista.

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito apresentado à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora em __/__/____.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.(a) Dr./Msc./Esp. Nome do Professor

Membro: Prof.(a) Dr./Msc./Esp. Nome do Professor

Coordenador do NPE: Prof.(a) Dr./Msc./Esp. Nome do Professor

Dedico

Aos meus pais Renato e Vânia, meus exemplos de garra e talento, à minha família, na pessoa de minha madrinha Rosa, por tanto amor a mim doado, à minha irmã Renata e a todos meus amigos que tanto cobraram para que esse trabalho finalmente fosse concluído e assim me ajudaram.

O supra-sumo da injustiça é parecer justo sem o ser.

(Platão)

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a possibilidade de uso da técnica de interpretação extensiva em matéria penal, como feito recentemente em julgados do STF, à luz do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. A interpretação jurídica é atividade complexa, que visa descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica, estando o operador do direito a todo instante, interpretando a norma, pesquisando seu verdadeiro significado (DINIZ, 2012, p.79). Destarte, a interpretação extensiva é aquela que dá amplitude ao sentido da norma, fazendo com que um fato que à primeira vista não esteja coberto por ela, passe a estar. E, pois, “[...] efetivada pelo aplicador do direito, quando a norma disse menos do que deveria. Tem por fim dar-lhe sentido razoável, conforme os motivos para os quais foi criada”. (NUCCI, 2015). Nessa perspectiva, o STF decidiu reconhecer como criminosos fatos não abrangidos pelas normas penais em vigor, ao interpretá-las de forma extensiva. Fala-se, notadamente, dos julgamentos que ensejaram na criminalização da homofobia e no não recolhimento intencional do ICMS. Todavia, para além da relevância social ou jurídica das decisões, é preciso analisar se tal entendimento coaduna com a doutrina e dogmática jurídicas, por se tratar de criação de tipo penal por via judicial. Dessa forma, é princípio basilar do direito a legalidade. No direito penal ganha ainda mais notoriedade com o princípio da reserva legal ou legalidade penal, assim regido no art. 5º, XXXIX da CF/88: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e replicado no art. 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Para preencher o sentido do referido princípio do direito é que haverá estudo do garantismo penal, que traz a legalidade como um de seus dez axiomas. Assim, sob essa perspectiva, tem-se a divisão do referido princípio em suas óticas: legalidade ampla e estrita. A primeira “[...] como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal” (FERRAJOLI, 2010, p. 348), sendo tal comando dirigido ao aplicador da norma, o juiz. Por outro lado, preceitua a legalidade estrita “[...] como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados” (FERRAJOLI, 2010, p. 348), que visa direcionar o legislativo à ótica garantista. Portanto, o trabalho busca contrapor a interpretação extensiva penal, com seu recente uso pelo STF, com a legalidade sob a ótica do garantismo penal.

Palavras-chave: Interpretação jurídica. Interpretação extensiva. Direito penal. Princípio da legalidade. Garantismo penal.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar la posibilidad de utilizar la técnica de interpretación extensiva en materia penal, como recientemente se hizo en sentencias del Supremo Tribunal Federal, a la luz de la doctrina, en especial del garantismo penal de Luigi Ferrajoli. La interpretación jurídica es una actividad compleja, cuyo fin es descubrir el sentido y alcance de la norma jurídica, siendo en todo momento operador del derecho, interpretando la norma, investigando su verdadero sentido (DINIZ, 2012, p. 79). Así, la interpretación extensiva es la que da amplitud al sentido de la norma, convirtiendo en un hecho que a primera vista no está cubierto por ella. Y, por tanto, “[...]efectuado por el aplicador de la ley, cuando la norma decía menos de lo que debía. Su finalidad es darle un sentido razonable, de acuerdo con las razones por las que fue creado”. (NUCCI, 2015). En esa perspectiva, el Supremo Tribunal Federal de Brasil decidió recientemente reconocer como delictivos hechos que no estaban previstos en las normas penales vigentes, interpretándolos extensivamente. En concreto, se habla del juicio que culminó con la tipificación de la homofobia y del que tipificó como delito el impago doloso del ICMS. Sin embargo, además de la relevancia social o jurídica de las decisiones, es necesario analizar si tal comprensión está en consonancia con la doctrina y la dogmática jurídica, ya que se trata, de hecho, de la creación de un delito penal, a través de los tribunales. Por lo tanto, es un principio básico del derecho a la legalidad. En derecho penal cobra aún más notoriedad, con el principio de reserva legal o legalidad penal, regido así por el art. 5, XXXIX de la CF/88: “no hay delito sin ley anterior que lo tipifique, ni pena sin compulsión legal previa”, y replicado en el art. 1º del Código Penal: “No hay delito sin una ley previa que lo tipifique. No hay sanción sin comisión judicial previa”. Para dar cumplimiento al significado del mencionado principio de derecho, se hará un estudio del garantismo penal, que trae como uno de sus diez axiomas a la legalidad. Así, desde esta perspectiva, se produce una división del referido principio en su óptica: legalidad amplia y estricta. El primero “[...]como regla de distribución de la potestad penal que obliga al juez a tipificar como delito lo que se reserva al legislador para predeterminar como tal” (FERRAJOLI, 2010, p. 348), dirigiéndose dicho mandato a quien aplica la regla, el juez. Por otra parte, prescribe la legalidad estricta “[...] como regla metajurídica para la formación del lenguaje penal que, a tal efecto, prescribe al legislador la utilización de términos de determinada extensión en la definición de las figuras delictivas, de modo que sea posible aplicarlos en el lenguaje judicial como predicados 'verdaderos' de los hechos procesalmente probados” (FERRAJOLI, 2010, p. 348), que pretende orientar el poder legislativo hacia una perspectiva garantista. Por lo tanto, el proyecto propone oponer la interpretación extensiva en materia penal, con su reciente uso por la Corte Constitucional brasileña, con el principio de legalidad en la perspectiva del garantismo penal.

Palabras clave: Interpretación jurídica. Interpretación extensiva. Derecho penal. Principio de legalidad. Garantía penal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	11
2.1 Métodos de interpretação jurídica.....	12
2.1.1 Interpretação gramatical, lógica e sistemática	12
2.1.2 Interpretação histórica, sociológica e evolutiva; teleológica e axiológica.....	13
2.2 Tipos de interpretação	15
2.2.1 Interpretação especificadora	15
2.2.2 Interpretação restritiva	15
2.3 Modos de integração do direito	16
2.3.1 Instrumentos institucionais: costumes, princípios gerais do direito e equidade	16
2.4 A interpretação extensiva e sua aplicação no direito brasileiro enquanto técnica de interpretação jurídica	16
2.4.1 Uso da interpretação extensiva em matéria penal	19
3 DECISIONISMO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA LINHA TÊNUE ENTRE A PROMOÇÃO DA EFETIVIDADE DE CONSTITUIÇÃO E A USURPAÇÃO DO PODER DE LEGISLAR.....	22
3.1 “Decisionismo”: julgados do Supremo Tribunal Federal se utilizando da interpretação extensiva em matéria penal.....	28
3.1.1 Aplicação da Lei Maria da Penha às contravenções penais.....	30
3.1.2 Recurso ordinário em <i>habeas corpus</i> : RHC 106481.....	32
3.1.3 A criminalização da homofobia	33
3.1.4 A criminalização do não recolhimento do ICMS	35
4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO, COMO FREIO À ATUAÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL.....	40
4.1 A teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli	40
4.2 Os axiomas da teoria garantista	41
4.3 Princípio da legalidade sob o prisma do garantismo penal	43
4.4 O garantismo como freio à arbitrariedade estatal	48
5 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Num primeiro momento, a pesquisa se debruçará sobre a hermenêutica para entender sua aplicação à interpretação das normas jurídicas de modo a garantir que o intérprete alcance a máxima efetividade da aplicação da norma.

De uma breve análise histórica, tem-se como importante lembrar que, na Grécia antiga, a hermenêutica guardava relação com a retórica, a dialética e com a gramática. Tratava-se de uma técnica de decifrar o incompreensível e transmitir o entendimento aos demais seres que não alcançaram tal capacidade. Com relação à hermenêutica jurídica, Gadamer (1999) diz que não se trata de um método para alcançar a verdade, não é uma metodologia das ciências humanas, mas antes, é uma forma de entendê-las. Em sua obra, traz que há uma diferença entre a dogmática e o interesse histórico. É que, para ele, o julgador encontra o sentido da lei a partir de um caso concreto e o historiador, por sua vez, faz o caminho contrário quando primeiro determina o sentido da lei para depois aplicá-la ao caso dado.

Avançando, através de um exame do já revogado Código de Processo Civil de 1973 – e aqui, sem se aprofundar nos pormenores, utiliza-se do código antigo apenas para fins de comparação de métodos - adotava para decisão judicial um formalismo do ordenamento jurídico que dava conta que deveria ser composta das leis editadas, uma vez que elas eram dotadas de plena capacidade de dar solução a todos os fatos ocorridos no cotidiano. Ou seja, o julgador limitava-se a entender os enunciados da legislação como se esses documentos fossem suficientes e precisos para nortear o julgador em sua decisão. Não havia, portanto, suspeitas de que o juiz, ao interpretar o texto, pudesse ter alguma margem de incerteza ou ambiguidade de semântica.

Nesse contexto, apenas em casos de lacunas, a metodologia aplicada falharia e nessa hipótese, poderia valer-se da técnica da *par excellence*, da analogia ou aplicar os costumes sociais ou princípios do direito. É o que determinava o art. 126 do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Entretanto, o cenário de crise desse modelo de decisão judicial resultou no fim do modelo formalista que o CPC de 1973 adotava. Assim, o atual Código de Processo Civil

trouxe em seus dispositivos uma forma mais ampla e sofisticada de interpretação de todos os elementos combinados com a boa-fé para que se chegue à decisão judicial.

Vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Portanto, em que pese o novo modelo trazido estabelecer que o julgador tenha que observar várias outras questões, isso não quer dizer que a atividade interpretativa tenha se tornado mais complexa e por conseguinte, dotada de muitas dúvidas acerca da efetividade da decisão aplicada. Mas antes, o contrário se aplica: é que esse novo método de interpretação trouxe a necessidade de o juiz lançar um olhar mais amplo a todos os fatos envolvidos no caso em apreço.

Não é que a lei tenha deixado de ser suficiente para a resolução da questão. Foi o Código de Processo Civil que entendeu que a combinação de um texto legal aplicado em conjunto com princípios, como o da boa-fé, por exemplo, confere à sentença certeza de que todos os detalhes que configuram o tipo foram observados e considerados seja para o fim de torná-lo fato típico ou não.

2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A norma contém, em si, uma generalidade, é abstrata e refere-se a uma série de casos indefinidos. Assim essa abstração, tendo em vista ser bastante generalizada, afasta sua aplicação teórica da realidade prática. (DINIZ, 2012).

Nesse ínterim, o juiz surge como uma figura de um intermediador que adapta a norma ao caso concreto através das técnicas de interpretação disponíveis. Ao concretizar a subsunção – aplicação do direito ao fato-, há que se observar que o juiz amolda os fatos que se encaixam na descrição contida na norma e, cumpre destacar, que há, na conduta, aqueles que não são alcançados por ela. Ainda, tem-se que, ao aplicar a norma ao caso concreto, pode o juiz não encontrar norma aplicável, em razão do que Maria Helena Diniz (2012) vai chamar de defeito da ordem normativa, fenômeno que acontece quando inexistente a resposta para o fato, uma lacuna.

Como já vimos, com a ruína do Código de Processo Civil de 1973, o atual Código de Processo Civil trouxe uma forma mais ampla de interpretação de todos os elementos combinados com a boa-fé para que o julgador consiga chegar a um veredito. E, quanto ao “defeito da ordem normativa”, entende-se por importante lembrar que, conforme preceitua o artigo 140, do atual Código de Processo Civil, o juiz não poderá se eximir de decidir sob o argumento de que há uma lacuna ou imprecisão do ordenamento jurídico.

Daí a importante missão do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que confere ao magistrado, impedido de furtar-se a uma decisão, a possibilidade de integrar a lacuna, de forma que se chegue a uma decisão adequada. (DINIZ, 2012).

A interpretação tem os objetivos de verificar a aplicabilidade da norma às relações sociais que lhes deram origem, estender seu sentido às novas relações e proporcionar o seu alcance de modo que satisfaça as necessidades atuais.

Pois bem. Vista a teoria e os pormenores da interpretação das normas, avancemos no estudo da aplicação prática da hermenêutica como sendo uma ferramenta da Teoria Geral do Direito que proporciona ao julgador técnicas para melhor desenvolver a atividade da interpretação jurídica. É que ele não pode, como ensina Carlos Maximiliano, reduzir a interpretação à descoberta do sentido da lei, mas antes, deve haver uma inserção do Direito ao contexto atual e inédito à criação da norma:

Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto. Extrema-se do conjunto a que parece aplicável ao fato.

O trabalho não está concluído. Toda lei é uma obra humana e aplicada por homens; portanto, imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, como esmero o sentido e o alcance das suas prescrições. Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto, compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país, ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina isto tendo em vista o objetivo da lei toda e dos Direitos em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna da hermenêutica. (MAXIMILIANO, 1993, p. 9 e 10).

Para esse fim, conta o intérprete com técnicas ou métodos de interpretação. Aurélio Ferreira diz que o método é “caminho para chegar a um fim” (FERREIRA, 2004, p. 1322). Já De Plácido E Silva entende que é “o procedimento a ser adotado no estudo ou na exposição de determinado tema” (SILVA, 2004, p. 916).

2.1 Métodos de interpretação jurídica

É cediço que os métodos (ou técnicas) de interpretação são, em verdade, regras que visam à obtenção de um resultado. Tais métodos se prestam à resolução dos problemas de decidibilidade dos conflitos, que são de ordem sintática, semântica e pragmática. (FERRAZ JR, 2015). Para fins metodológicos, a sistematização de tais métodos será aquela proposta pelo Professor Tercio Sampaio Ferraz Jr (2015).

2.1.1 Interpretação gramatical, lógica e sistemática

Os problemas de ordem sintática dizem respeito às problemáticas de conexão das palavras nas sentenças (questões léxicas); de uma expressão com outras expressões inseridas em um contexto (questões lógicas); e relação das sentenças num todo orgânico (questões sistemáticas) (FERRAZ JR, 2015).

Nessa seara, no que se refere ao método gramatical, trata-se do primeiro estágio da atividade interpretativa, de uma análise literal da norma em que o intérprete busca decodificar o sentido do texto, ou seja, é extraída a mensagem que a linguagem disposta quer passar. “É aquela que, hoje em dia, tem como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal” (FRANÇA, 1997, p. 8).

Também conhecido como método linguístico, essa técnica é dotada de problemática. É que, conforme Ferraz Jr. (2015), a ordem com que as palavras são colocadas ou a conexão de umas com as outras vai influenciar a obtenção do significado correto ou não do que o legislador quis passar. Ele explica que o fato de o legislador usar a língua natural para expressar seus pensamentos, pode gerar equívocos, pois, eventualmente, a linguagem utilizada pode cair em desuso ou até mesmo, pela ausência de regras de rigor.

Também, Savigny (1814) manifestou sua inquietude acerca das complicações existentes no bojo da interpretação gramatical. Surgiram, a partir disso, as demais técnicas de interpretação como um meio de complementar ou melhor auxiliar o juiz na realização da tarefa. As várias formas de interpretação só conduzem ao seu escopo quando operadas harmonicamente entre si, e não tomadas isoladamente. Logo, a distinção entre as de interpretação em literal, lógica, história e sistemática, devem ser desprezadas. Todas devem fundar-se, necessariamente, em regras que formam a palavra e o pensamento, vez que a lei não é uma letra vazia e sem vida, mas dotada de um contexto espiritual, ou seja, deve ser ao mesmo tempo literal e lógica.

Por sua vez, o método lógico se perfaz num instrumento para, sobretudo, identificar inconsistências. É que entende-se que a conexão entre expressões normativas do texto é fundamental para a obtenção do melhor sentido dele.

Ferraz Jr. (2015, p. 241) ensina que ocorrem inconsistências “[...] quando, às vezes, num mesmo diploma legal, usa-se o mesmo termo em normas distintas com conseqüências diferentes. Fere-se o princípio lógico da unidade”.

Noutro ponto, no que concerne ao método sistemático, tem-se que “o método consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto” (MAXIMILIANO, 2002, p. 104-105). Trata-se da comparação do dispositivo estudado com outros da mesma origem ou, até mesmo, de leis diferentes da que está sendo analisada. Maximiliano (2002) entende que ao fazer uma comparação entre o que é geral e o que único, entre a regra e a exceção, confere ao julgador um melhor entendimento do que a norma quer alcançar.

Isso se dá pelo fato de que a técnica sistemática considera o sistema no qual o texto foi inserido, do ramo do direito, do contexto fático que deu origem à lei e sua relação com as outras normas oriundas da mesma circunstância ou não. O que se quer, com esse meio, é uma análise em conjunto das normas e jamais de forma isolada.

O pressuposto hermenêutico é, pois, o da unidade do sistema. Assim, há conexão e subordinação entre as normas do ordenamento jurídico, principiando pela Constituição, primeira norma-origem do sistema (FERRAZ JR., 2015).

2.1.2 Interpretação histórica, sociológica e evolutiva; teleológica e axiológica

Os problemas de ordem semântica dizem respeito ao significado das palavras ou de sentenças prescritivas, notadamente as ambiguidades e vaguidade. Daí surge a distinção entre conceitos indeterminados, valorativos e discricionários (FERRAZ JR, 2015).

Ato contínuo, entende-se que o conceito indeterminado cabe determinação, o que acontece por um processo de refinamento de seu sentido. Já no que concerne ao conceito valorativo, é aquele que manifesta ausência de precisão em seu sentido, no que tange à conotação (intenção), ou seja, uma imprecisão acerca de seus atributos definidores. Por fim, os conceitos discricionários “[...] são os que manifestam uma imprecisão de sentido que nunca se fecha genericamente, mas que se renova em cada uso concreto [...] em geral são expressos por predicado ditos correlacionais” (FERRAZ JR., 2015, p. 249).

Assim, para enfrentar tais problemas semânticos é que a hermenêutica jurídica se vale de tais métodos. Primeiramente, o método histórico diz respeito a uma investigação, um olhar voltado para os antepassados da lei, para entender seus métodos de criação: legislativos, sociais e culturais. Ainda, com o objetivo de identificar o contexto político e econômico no qual a norma foi inserida, ou seja, as situações fáticas que tornaram a lei necessária. Maximiliano (2002, p. 114) explica que esses fatores conservam a exegese do original, mesmo havendo uma atualização ou reescrita da lei:

[...] as disposições antigas, restabelecidas, consolidadas ou simplesmente aproveitadas em novo texto, conservam a exegese do original. Pouco importa que se não reproduzam as palavras: basta que fique a essência, o conteúdo, substancialmente se haja mantido o pensamento primitivo. Por outro, pelo espírito das alterações e reformas sofridas por um preceito em sua trajetória histórica, chega-se ao conhecimento do papel que ele é chamado a exercer na atualidade.

Quanto ao método sociológico, o intérprete ou juiz deve, no ato de aplicação da lei, alcançar o fim da norma. É que a razão dela, bem como a sua finalidade são ditadas pelas necessidades sociais que se moldam de tempos em tempos. Assim, esse método é baseado na necessidade de adaptação da lei aos novos interesses e realidades sociais.

João Baptista Herkenhoff afirma que “o processo sociológico conduz à investigação dos motivos e dos efeitos sociais da lei” (HERKENHOFF, 1986, p. 28). Leciona, ainda, que os objetivos pragmáticos do processo sociológico de interpretação são:

- a) conferir a aplicabilidade das normas às relações sociais que lhe deram origem;
- b) estender o sentido da norma a relações novas, inexistentes ao tempo de sua criação;
- c) temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social;
- d) a regra contida na Lei de Introdução do Código Civil, em seu art. 5º, qual seja: na aplicação da Lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (HERKENHOFF, 1986, p. 29).

Em resumo, o método busca uma adequação da norma às necessidades atuais da sociedade.

Por fim, Ferraz Jr. (2015, p. 249) diz que é possível a distinção entre a interpretação histórica e sociológica “[...] conforme se leve em consideração a estrutura momentânea da situação ou sua gênese de tempo. Na prática, porém, é difícil sustentar a distinção”.

Quanto aos métodos teleológico e axiológico compreendem também os problemas pragmáticos *stricto sensu*. Seus pressupostos são de que sempre é possível atribuir propósito e finalidade às normas (FERRAZ JR., 2015).

Tem-se que a intenção é realizar uma adequação da finalidade das normas jurídicas com os requisitos atuais. O objetivo é fazer com que a finalidade da lei seja atingida o máximo possível. Para isso, Maximiliano (2002) dispõe acerca do que podemos chamar de ferramentas norteadoras: 1) as normas conforme ao seu fim devem ter idêntica execução, não podendo ser entendidas de modo que produzam decisões diferentes sobre o mesmo objeto; 2) se o fim advém de várias normas, cada uma delas deve ser compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultante do conjunto; 3) deve-se conferir ao texto normativo um sentido que resulte da lei em favor e não em prejuízo de quem ela visa proteger; e 4) os títulos, as epígrafes, o preâmbulo e as exposições de motivo das normas auxiliam a reconhecer o seu fim.

2.2 Tipos de interpretação

Dando continuidade à sistematização das técnicas de interpretação jurídica, quanto aos tipos de interpretação, tem-se que esta pode ser especificadora, restritiva e extensiva. Quanto à última, além de se constituir como um tipo de interpretação, é, também, juntamente à analogia, um modo de integração do direito, e por ser objeto central deste trabalho, será abordada de forma mais extensiva em seção própria.

2.2.1 Interpretação especificadora

Esse tipo de interpretação parte do princípio de que o sentido da norma está abarcado na letra de seu enunciado. Nesse tópico, Ferraz Jr. (2015, p. 255) esclarece que

[...] para elucidar o conteúdo da norma não é necessário sempre ir até o fim de suas possibilidades significativas, mas até o ponto em que os problemas pareçam razoavelmente decidíveis. Era esse, provavelmente, o propósito de um famoso aforismo jurídico, hoje menos citado, segundo o qual *‘in claris cessat interpretatio’*. Por tudo o que dissemos até o momento, porém, é óbvio que a possibilidade dessa clareza literal é uma ilusão.

Depreende-se, nos casos de aplicação da interpretação especificadora, pois, que a letra da lei está em conformidade com a vontade da lei, servindo o intérprete apenas para constatar a sua equivalência.

2.2.2 Interpretação restritiva

Como o próprio nome sugere, no caso da interpretação restritiva, observa-se uma limitação do sentido da norma, em que pese a amplitude de sua expressão literal. Infere-se, dessa forma, que caso fosse aplicada uma interpretação especificadora não seriam atingidos os objetivos da norma, pois sua amplitude prejudicaria seus interesses, ao invés de protegê-los (FERRAZ JR., 2015).

2.3 Modos de integração do direito

Dentro desta seara se discute a possibilidade de suprimento das lacunas do ordenamento, por meio da hermenêutica. A discussão perpassa principalmente a noção de divisão dos poderes e suas correspondentes competências. Dessa forma, os modos de integração se constituem de instrumentos técnicos para constatar e, se for o caso, suprir as lacunas do ordenamento (FERRAZ JR., 2015).

Seriam os modos de integração a analogia, os costumes, a equidade, os princípios gerais do direito, a indução amplificadora, a interpretação extensiva etc. Ferraz Jr. (2015) reconhece a precariedade na classificação de tais meios de integração, em face de seu entrelaçamento conceitual, mas se propõe a distingui-los em instrumentos quase-lógicos e instrumentos institucionais.

Os instrumentos quase-lógicos (notadamente analogia e interpretação extensiva) serão abordados em seção própria.

2.3.1 Instrumentos institucionais: costumes, princípios gerais do direito e equidade

O costume se baseia nas crenças e tradições que pautam a retórica de que algo deve ser feito porque sempre o foi. O tempo e o uso contínuo da norma ou comportamento, justificam o argumento. Como ensina Carlos Maximiliano (2002, p. 154), “é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato, resultante de prática diurna e uniforme, que lhe dá força da lei. Ao conjunto de tais regras não escritas chama-se Direito Consuetudinário”.

Ainda, “como elemento da hermenêutica o costume não é aproveitado por obrigação; fica o seu emprego, neste particular, ao critério do aplicador do Direito, como acontece, aliás, com os demais fatores do trabalho interpretativo” (MAXIMILIANO, 2002, p. 155).

Por outro lado, princípios gerais do direito é conceito difuso, sendo difícil enumerá-los e classificá-los, sendo certa, porém, sua força normativa e aplicação (FERRAZ JR., 2015).

Por fim, quando se fala em equidade, “fala-se, aqui no sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso” (FERRAZ JR., 2015, p. 267).

2.4 A interpretação extensiva e sua aplicação no direito brasileiro enquanto técnica de interpretação jurídica

O tema da interpretação é fundamental na ciência do direito. Ele é estudado, sobretudo, na Teoria Geral do Direito e como já vimos, ganha o nome de hermenêutica jurídica. A interpretação extensiva, objeto deste trabalho, como visto, é técnica de interpretação, considerada, também, um meio de integração do direito. Tamanho seu entrelaçamento com a analogia, difícil seria não relacioná-las, na tentativa de diferenciá-las, de traçar as balizas de suas aplicações.

Dessa forma, é de bom alvitre, antes de adentrar nos aspectos específicos da interpretação extensiva, traçar rápidas considerações acerca dos institutos da analogia e da interpretação extensiva com o fito de diferenciá-las, bem como de traçar a relação entre elas. É que, em que pese se tratem de duas técnicas distintas, elas, além de trazerem à tona questionamentos acerca da completude do ordenamento jurídico – se realmente é completo, se há lacunas e como se lida com elas -, buscam estabelecer sentido, coesão e aspecto de unidade ao direito positivado, de modo a fazer com que todos os casos trazidos à apreciação do julgador encontrem respaldo e solução na ordem normativa vigente.

Assim, no que concerne à analogia, entende-se que esta é aplicável às situações em o julgador se utilize de norma estabelecida para determinada *facti species* a eventuais casos em que não haja norma prevista, havendo semelhanças entre os fatos. Há uso também da referida técnica, e aqui mais aproximada da interpretação extensiva, nas situações em que há “[...] aplicação extensiva [...] de princípios extraídos de uma lei a casos juridicamente semelhantes, isto é, que são essencialmente iguais nos aspectos importantes e desiguais nos secundários” (ENNECERUS; NIPPERDEY, 1960 *apud* FERRAZ JR., 2015, p. 264).

Por fim, em sua terceira nuance, aplicam-se disposições legais a casos em que não há total conformidade, mas que entende-se que houve subsunção às ideias fundamentais daquelas disposições (FERRAZ JR., 2015).

Nos ensinamentos de Carlos Maximiliano (2002, p. 173) vemos que “analogia pressupõe uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de uma interpretação extensiva”.

Ainda, mesmo que a situação disposta no texto seja diferente da que se examina, deve haver entre elas um elemento de identidade; elemento este que não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo (MAXIMILIANO, 2002).

Outrossim, temos que considerar a analogia como técnica prevista em lei para fazer com que o intérprete possa deduzir a norma aplicável a determinado caso. Para tanto, faz-se necessário observar a existência da semelhança como um critério para uso do mecanismo. Em outras palavras, entre o fato regulado e não regulado, deve haver a aplicação da mesma disciplina.

Assim, se vê que através dessa ferramenta busca-se uma equiparação do fato não regulamentado ao fato alcançado pelo legislador. Essa lição pode ser extraída também dos ensinamentos de Norberto Bobbio:

Entende-se por "analogia" aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante. [...] A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados. (BOBBIO, 2008, p. 2)

Por outro lado, acerca da interpretação extensiva, tem-se que, considerando, por suposição, que a interpretação extensiva é aplicada em dois vieses diferentes, quais sejam: no primeiro momento, como analogia, ou seja, valendo-se de argumento *a simili* e assim, tudo que se aplica aqui pode ser aproveitado para a interpretação extensiva, tendo em vista que ambas alcançam determinado objeto por sua semelhança.

Já, no segundo caso, trata-se da interpretação extensiva propriamente dita, que diferente do que acontece na interpretação analógica, o alargamento da aplicação da lei dá-se com base na própria letra da lei. Essa alteração (extensiva) acontece nos próprios termos que definem a coisa. Assim, pode-se afirmar que esse viés é mais restritivo comparando-o à analogia, pois o gênero, aqui, é o próprio objeto e não a classe, como acontece na analogia.

Tenhamos em mente que, na interpretação extensiva, existe uma norma precisa que regula um objeto ou fato, e, o julgador, estendendo esse conceito disposto na norma faz sua aplicação a outro semelhante, semelhança essa que deve estar presente na ordem social e

também secundária. E por secundário, entende-se que o objeto não regulado deve estar dentro e no conceito daquele outro indicado na lei. Assim é que se dá a interpretação extensiva: “com a redefinição de um termo, mas a norma aplicada é sempre a mesma ” (BOBBIO. 2008, p. 295).

Em outras palavras, enquanto a interpretação extensiva explicita no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, mas foi colocado, entende-se, de forma implícita pelo legislador. Na analogia, o intérprete aplica uma norma a um caso para qual não havia preceito, por pressupor uma semelhança entre os casos (FERRAZ JR., 2015).

Contudo, tomando como exemplo a matéria tributária, a tarefa de redefinição de um termo não pode alterar o conteúdo e o alcance de institutos - “a norma deve ser sempre a mesma” (BOBBIO. 2008, p. 295) - quer sejam expressos, quer sejam implícitos; tanto da Constituição Federal, quanto das leis infraconstitucionais; para definir ou limitar competências tributárias. É a lição que se extrai do art. 110 do CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Entretanto, frise-se que isso não impede que a interpretação extensiva atualize o significado do termo. É importante lembrar que uma característica importante do direito positivado é a sua contínua mudança, para adequá-lo às necessidades atuais da sociedade contemporânea.

Com base no que se observou no decorrer da pesquisa, por vezes, a interpretação extensiva se aproxima do conceito da analogia por sua tarefa de dar a um objeto não regulado o mesmo tratamento daquele conceituado pela lei, por não ser possível que o Judiciário se abstenha da apreciação do fato, em razão da omissão do legislador quanto ao objeto discutido.

Mas, para objeto de estudo da aplicação da interpretação extensiva no direito brasileiro, o que vai nos importar é a parte da interpretação extensiva que difere da analogia e, a partir desta dissociação, busca-se demonstrar a aplicabilidade da interpretação extensiva ou da analogia em alguns ramos do direito.

Quanto à vedação do uso da analogia, é importante termos que sua aplicação, para que seja vedada, deve estar, de forma expressa, contida na lei. Por conseguinte, pode-se dizer que, uma vez proibido o uso da analogia, pode-se aplicar a interpretação extensiva. “Em geral

quando a extensão analógica é proibida, como, por exemplo, [...] nas leis penais e nas leis excepcionais, a interpretação extensiva é lícita" (BOBBIO, 2008, p. 294).

2.4.1 Uso da interpretação extensiva em matéria penal

A aplicação da interpretação extensiva no Direito Penal é dotada de controvérsias entre o que entende a doutrina e a jurisprudência. Explico: para Guilherme de Souza Nucci (2014), por exemplo, é indiferente se a interpretação extensiva beneficia ou prejudica o réu, uma vez que seu entendimento é no sentido de que a atividade do intérprete é verificar a aplicação lógica ao sistema normativo, evitando divergências e falta de justiça.

A interpretação extensiva é o processo de extração do autêntico significado da norma, ampliando-se o alcance das palavras legais, a fim de se atender à real finalidade do texto (NUCCI, 2014.). Dessas palavras, extrai-se o entendimento que o julgador, ao interpretar a norma, faz uma descoberta do conteúdo da lei e não de criação de normas e se, portanto, dessa interpretação for o réu prejudicado é pelo fato de que assim a lei regulamentou e não por ter feito o juiz uma vontade sua de prejudicá-lo. Diferente do que ocorre com a analogia a *in malam partem* e nisso também veremos vistas diferentes entre doutrina e jurisprudência. Vejamos:

Considero que a proibição da analogia na aplicação das leis penais é outra superstição da qual devemos nos livrar. Nisso não se deve enxergar uma consequência do princípio da certeza jurídica, senão uma desconfiança com relação ao juiz, a qual, se tem razões históricas bastante conhecidas, carece de todo fundamento prático (CARNELUTTI, 1947, p. 74).

Mas, voltando o foco às contradições acerca da interpretação extensiva. Em sentido contrário ao que entende Guilherme Nucci, tem-se a jurisprudência que se vale do princípio do *in dubio pro reo*, para limitar a sua aplicação às leis não incriminadoras em razão da função garantista do Direito Penal, que presume uma interpretação mais limitada, visão que encontra respaldo claro no artigo 22. 2, do Estatuto de Roma: “A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada” (BRASIL, 2002).

Ferraz Jr. (2015, p. 260) esclarece que “a dogmática tende a dizer que os preceitos incriminadores são insusceptíveis de analogias e de interpretação extensiva; já as normas que estabelecem penas não admitem a analogia, porém admitem a interpretação extensiva”.

Contudo, a questão está longe de ser pacífica até mesmo dentro da jurisprudência. Ora, é que o STJ fez uma interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu. Trata-se do caso em que a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo e assim, alterou a decisão do TJDFT que havia reconhecido a prescrição em condenação criminal em crime de injúria racial no caso envolvendo o réu Paulo Henrique Amorim e o também jornalista Heraldo Pereira. Para o STJ, injúria racial é alcançada pela imprescritibilidade, por ser, extensivamente, uma prática de racismo. O crime, por também tratar-se de preconceito em decorrência da cor da pele, atitude que conspira no sentido da segregação, soma-se àqueles outros, definidos na Lei nº 7.716/89, cujo rol não é taxativo, afirmou Ericson Maranhão que fora seguido pelos demais ministros da 6ª turma (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

De toda forma, entende-se que o uso de tal técnica é possível, desde que observada a intenção de alcançar o real sentido da norma, isto é, desde que não haja a desvirtuação da *mens legis* (vontade da lei).

Vale dizer que a interpretação extensiva no direito penal atinge o seu objetivo quando não acrescenta à norma elementos que não existiam anteriormente. Mas antes, mostra a vontade do legislador, que não se expressou adequadamente ao redigir a norma, o que é perfeitamente admissível.

Observa-se, por fim, que este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. **INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.**

1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional.

2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis.

3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a conseqüente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime.

4. Negar provimento ao recurso.

(RHC 106481, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, grifo nosso)

3 DECISIONISMO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA LINHA TÊNUE ENTRE A PROMOÇÃO DA EFETIVIDADE DE CONSTITUIÇÃO E A USURPAÇÃO DO PODER DE LEGISLAR

Observa-se, por tudo que visto ao longo dessa pesquisa, que o objetivo do legislador é atingir a plenitude da vontade da lei.

Contudo, esse fim não depende apenas do que está positivado, uma vez que a concretização da norma depende de um processo de interpretação. Dentro desse cenário, é inegável a existência de duas situações diversas: a concretização da vontade da Constituição Federal e a apropriação, por parte do Poder Judiciário, da função típica do poder legislador.

Na primeira situação e para que ela se concretize, tem-se que deve haver uma vinculação entre a decisão do julgador e o texto da norma. Esse será o ponto inicial e, ainda, o limite da interpretação. Friedrich Müller (2009) enfatiza a inexistência de espaço para a livre escolha do magistrado, visto que todos os elementos constituintes do fato devem ser considerados na decisão. Nesse sentido, a Teoria e Metodologia Estruturante do Direito, proposta por Friedrich Müller (2009) clarifica e delimita o decisionismo. Seu objetivo é a superação da discricionariedade que se dá na aplicação do direito. Ele sinaliza que as normas não surgem como um ato de vontade destituído materialmente.

Essa teoria surge após a 2ª Guerra Mundial. Nesse contexto, o mundo jurídico, sobretudo o alemão, entrou em um processo de renovação de seu ordenamento jurídico, considerando a necessidade de se impedir que a lei voltasse a respaldar governos autoritários e injustos, como foi visto durante o 3º Reich de Hitler. Ela rompeu com os principais paradigmas legais preponderantes até então. Tal teoria vem sendo necessária para uma melhor efetivação de princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição brasileira de 1988. O operador do Direito passa a ter, assim, um papel central, visto que ele é o responsável por adequar o problema à norma jurídica em si, promovendo o trabalho de efetivação da Constituição Federal.

No processo de concretização, são levados em conta aspectos extrajurídicos, a fim de se resolver o caso concreto da forma mais adequada, racional e transparente. Indo, assim, muito além da mera consideração de um direito puro. A partir desse pensamento, a proporcionalidade objetiva da norma dá lugar à proporcionalidade subjetiva, que apregoa que devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Nessa direção, a Teoria e Metódica Estruturante do Direito do autor, deve revestir uma teoria que trate uma limitação fundamental ao decisionismo: a ampla possibilidade de escolha do magistrado (MÜLLER, 2009, p. 48).

A busca de Müller é pela racionalidade máxima da aplicação do direito, não racionalidade integral ou total. Desse modo, Müller tentará, com sua metódica estruturante, alcançar na ciência jurídica o máximo de especificidade possível no caso concreto:

A norma não é simplesmente aplicável; mas a sua concretização também não pode ser levada a termo como jogo planejado de atos individuais meramente valorativos e atos individuais apenas racionalmente excludentes. Justamente por isso se faz necessárias, à guisa de pontos de vista auxiliares, uma pluralidade de “métodos” relativos, limitadamente racionalizadores, mas em contrapartida sempre verificáveis em espaço reduzido; justamente a objetividade [...] como clareza de métodos, deve produzir o que é possível à ciência jurídica sem que ela sucumba a uma autoilusão (MÜLLER, 2011, p. 91-92).

Não obstante, conforme proposto, será visto um outro fenômeno, um paradoxo existente entre o que exposto anteriormente, uma outra consequência do “decisionismo”: a usurpação do poder de legislar.

Lopes (2014) diz que o termo supramencionado se refere à liberdade dada aos juízes no momento de tomada de decisões judiciais e se consta efetivamente no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas, quando se conclui que o Direito é passível de discricionariedade em sentido forte.

Decisionismo discricionário - ou discricionariedade judicial - configura o comportamento do intérprete-juiz que, ao proferir suas decisões, não atua de forma comprometida com paradigmas constitucionais limitativos. Ao contrário, exerce suas funções de forma a emitir sentimentos pessoais e extralegais. Portanto, não há efetivamente diferença entre discricionariedade judicial e arbitrariedade. Ademais, determinadas posturas doutrinárias e jurisprudências admitem tal comportamento judicial e reforçam a atuação judicante como ato de vontade, de forma discricionária (LOPES, 2014, p. 96).

Contudo, tem-se que a linha que separa a discricionariedade da arbitrariedade é quase imperceptível. Isso se dá pelo fato da dificuldade diferenciar uma adequada intervenção dos juízes via jurisdição constitucional e decisionismo judicial por parte dos magistrados.

A crise no judiciário não ocorre quando o Poder legitimamente interfere na esfera pública para garantir a efetividade de direitos previstos na Constituição. Neste caso, o Judiciário cumpre uma tarefa institucional. O problema se dá quando os juízes contrariam a Constituição e impõem suas vontades e convicções pessoais.

Um contraponto à teoria trazida por Friedrich Müller é o decisionismo do filósofo Carl Schmitt. Seu entendimento é no sentido de que as leis e ordenamentos não possuem sua fonte

apenas no comando enquanto comando, mas na autoridade ou soberania de uma decisão final que vem tomada junto com o comando, ou seja, a decisão do julgador é condição de maior relevância. Ele – o intérprete – a quem Schmitt se refere como soberano, tem autoridade para suspender direitos a fim de concretizá-los (SCHMITT, 2007). Nesse contexto, o decisionismo jurídico schmittiano foi aplicado largamente dentro do Estado Nazista. Lozano argumenta no sentido que, para o regime, não era importante novas leis e sim, que os juízes aplicassem a ideologia do partido:

Ao nacional-socialismo não servia, portanto, uma total renovação legislativa; bastava-lhe uma classe de juízes condescendentes, que interpretassem de modo novo as normas preexistentes. O problema da aplicação do direito e da interpretação da norma esteve, por isso, no centro de um debate jurídico que na realidade era a expressão setorial de um violento confronto político geral. Com o direito nacional-socialista, não apenas se vai além do debate sobre a sistematicidade do direito, mas se ultrapassam também os extremos limites traçados pelo jusliberalismo: o espaço de movimento é o de não-norma politicamente cogentes, ou de normas não necessariamente vinculantes para o juiz. Atingira-se, assim, não o objetivo do jusliberalismo mais exacerbado, mas seu contrário: o juiz era desvinculado da lei unicamente para poder ser absolutamente subjugado à ideologia do partido no poder. (LOZANO, 2011, p. 188).

Em um debate entre Schmitt e Kelsen sobre a quem incumbe o dever de ser o guardião da Constituição se ao Poder Judiciário ou ao poder político, Kelsen (2003) trouxe que a elaboração de mecanismos jurídicos voltados para a defesa da supremacia da Constituição era extremamente relevante para a efetividade do princípio da legalidade da função estatal, presente no Estado de Direito. Assim, se a função da Constituição era estabelecer limites ao exercício do poder, ele afirmava que essas ferramentas não poderiam ser confiadas a um órgão estatal, uma vez que, ninguém poderia ser juiz em causa própria (LIMA, 2013).

Carl Schmitt (2007), ao contrário, relativiza o conceito de constituição, o separa do movimento político do fim do século XVIII, em que cada partido só entende como válida aquela constituição que condiz com seus ideais políticos.

Em se tratando de reconhecimento das decisões e leis aplicadas na seara política e tão somente como caso real utilizado para análise do tema agora abordado, não é possível deixar de mencionar o processo oriundo das investigações da operação Lava Jato, que resultou na condenação do ex-presidente da república Luís Inácio Lula da Silva, mais especificamente, a do caso triplex do Guarujá.

A história deste grande caso começa em 26 de agosto de 2016, quando o ex-presidente Lula foi indiciado no relatório final do inquérito policial nº 1048/2016, oriundo das investigações da Operação Lava Jato.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em relação ao ex-presidente, atribuindo-lhe a prática dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. O ex-presidente fora acusado de liderar um suposto macro contexto criminoso na Petrobrás, através da nomeação de diretores realizada entre 2003 e 2004 e da manutenção de tais postos na administração pública (até 2012). Assim, teria beneficiado a Construtora OAS. Como forma de recompensa, Lula teria recebido vantagens indevidas na forma de um apartamento triplex, reformado e mobiliado, na cidade do Guarujá/SP.

O primeiro ponto controverso no processo foi a determinação de sua prisão antecipada, mesmo com sua condenação ainda estando *sub judice*. Somente após revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução antecipada da pena, o ex-presidente foi colocado em liberdade, ou seja, a ordem das coisas fora alterada.

Ato contínuo, deu-se a alegação de violação da legalidade, impessoalidade, moralidade em razão da convocação da “Coletiva do *Powerpoint*”, transmitida em rede nacional, o que fez com que a presunção de inocência do ex-presidente fosse totalmente desconsiderada, caracterizando-o como culpado desde o início da ação penal, com a utilização do Direito Penal do inimigo e declarações desmoralizadoras desde a fase mais inicial da ação penal.

Ainda, o portal *The Intercept* Brasil divulgou diálogos travados no aplicativo Telegram, entre procuradores da república e o então juiz federal Sérgio Moro que deram conta da suspeição, não só dos membros MPF, mas como do juiz do caso que revelaram uma combinação prévia entre juiz e procuradores sobre os atos da persecução penal.

A sentença de Lula, na qual é exarada uma condenação de nove anos e seis meses, foi fundamentada em grande medida – para não dizer totalmente – em uma única fonte de prova: a segunda delação de Léo Pinheiro, ex-presidente da OAS [...] Esse único dado da sentença do Lula por si só demonstra que a Operação Lava Jato, se contraposta ao Direito Inquisitorial Ibérico, é em certa medida menos criteriosa ao aplicar a legislação e seus procedimentos, faltando um embasamento de provas mínimas para condenar um ex-Presidente da República, tendo em vista que não há qualquer registro que comprove que o triplex seja propriedade de Lula. Em suma, a falta de critérios deixa essa sentença distante até mesmo do Direito Inquisitorial. (CORBY; MIRANDA, 2017, p. 174)

Por tudo, as limitações legais nas quais o Direito e Processo Penal brasileiro estão contidos, mesmo que claras as arbitrariedades hermenêuticas do agente da condenação, devem ser repensadas em todo seu contexto. A modificação do desenho político criminal do Brasil na atualidade passa pelo enfrentamento de vários problemas estruturais. Morais da Rosa (2014) classifica esses problemas como sendo uma baixa constitucionalidade e ausência de uma cultura democrática no Direito.

O ponto nodal da condenação foi a corrupção passiva (o triplex do Guarujá recebido como vantagem indevida do Grupo OAS em recompensa pelos contratos com a Petrobras) e lavagem de dinheiro (pela ocultação da titularidade do triplex).

De uma análise sucinta dos tipos penais, temos a de corrupção passiva no art. 317 do Código Penal:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Ainda:

[...] no crime de corrupção passiva, a “vantagem indevida” é elemento normativo especial do tipo de injusto, “sendo considerada “indevida” justamente pelo fato de ser ilícita, ilegal, injusta ou contra lege, isto é, não amparada pelo ordenamento jurídico”. (BITENCOURT, 2012, p. 144-45)

O exame da imputação de corrupção passiva compreende a análise objetiva do fato punível que se dá através da relação de causalidade entre ação e resultado e a subjetiva examinada do viés do dolo (SANTOS, 2017). “Para que se possa falar em crime de corrupção passiva, cujo bem jurídico tutelado é a Administração Pública”, é indispensável a demonstração de que o “funcionário público, visando ‘vantagem indevida’, praticou, dolosamente, atos que não condizem com seu dever funcional” (RODRIGUES; KHOURY, 2017, p. 124).

Abre-se, assim, uma imensa margem para discussão acerca da ilegalidade em nomear diretor ou gerente da Petrobras e se isso está em desacordo com suas atribuições, bem como se isso o torna partícipe dos crimes que estes vierem a praticar em detrimento da empresa.

Cirino (2017) defende que não houve uma descrição das ações imputadas com todas as suas circunstâncias, mas que somente se copiou as palavras da lei, o que fere o art. 41, do Código de Processo Penal.

O juiz, na sentença, deve indicar os motivos nos quais a decisão foi baseada, conforme art. 381, III, do Código de Processo Penal, entretanto, não demonstrou em relação às condutas típicas de solicitar, ou de aceitar promessa, ou de receber (para si ou para outrem) vantagem indevida, em razão do cargo, violando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, presentes no art. 5º, LV da Constituição Federal (SANTOS, 2017).

Ou seja, a sentença não esclareceu se o crime de corrupção passiva se deu com a exigência/solicitação, pela aceitação de promessa ou pela ação de receber vantagem indevida em função do cargo. Assim, criou-se um tipo genérico do crime de corrupção genérica, o que

é o mesmo que dizer que foram inseridas hipóteses antes não existentes na norma e, por conseguinte, o afastamento da *mens legis*. Lembremos que Fragoso (1985) ensina ser perfeitamente possível uma interpretação extensiva em matéria penal, mas tão somente para que o intérprete alcance a plenitude da lei, sem, contudo, criar, novo tipo penal.

Quanto ao tipo penal lavagem de dinheiro, tipificado na Lei nº 9.613 de 1998:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Cinge-se a controvérsia, uma vez que a condenação se deu pelo suposto recebimento de um apartamento. Diz-se suposto recebimento, pois este nunca fora transferido para o nome do réu, este, também, não teve nem a posse e nem a propriedade do imóvel; não houve valor acrescido em seu patrimônio; o bem continua(va) – flexibilização do verbo, pois não se sabe a atual situação do bem – em nome da OAS a que, inclusive, cabia embargos de terceiro pela constrição patrimonial.

Lula foi condenado por receber o que não recebeu e por lavagem de dinheiro que não lhe foi dado... Vale dizer, não teve o seu patrimônio acrescido sequer de um centavo!!! Não recebeu nenhum benefício patrimonial e por isso não tinha mesmo o que "lavar"[..]. (JARDIM, 2017, p. 20)

Amaral e Martins, neste mesmo sentido, dizem que “além de inovar no tipo do art. 317 do CP”, o julgador criou uma “nova modalidade do delito de lavagem de dinheiro”, agora sem dinheiro:

“Lavagem”, segundo sua narrativa, porque o réu visitou um imóvel que poderia ser no futuro adquirido, mas não sem antes cometer “corrupção passiva”, mesmo estando ausente qualquer comprovação de que tenha solicitado, recebido ou aceito qualquer vantagem indevida. (AMARAL; MARTINS, 2017, p. 62)

Ora, com a inovação do tipo penal – art. 317 do CP-, bem como com a criação de uma nova modalidade de lavagem de dinheiro, mais uma vez, restaram violadas as condições para aceitação da interpretação extensiva em matéria penal: a não criação de condutas antes inexistentes e o fim, apenas, de buscar o alcance máximo da lei.

Nesse sentido, segue trecho da sentença condenatória:

[...] **A atribuição a ele de um imóvel**, sem o pagamento do preço correspondente e com fraudes documentais nos documentos de aquisição, **configura condutas de ocultação e dissimulação aptas a caracterizar crimes de lavagem de dinheiro**. (PARANÁ, 2017, grifo nosso)

894. **A manutenção do imóvel em nome da OAS Empreendimentos**, entre 2009 até pelo menos o final de 2014, ocultando o proprietário de fato, **também configura conduta de ocultação apta a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro**. (PARANÁ, 2017, grifo nosso)

Dos destaques, verifica-se a inovação do tipo penal. Há inserção de condutas novas na letra da lei, vale lembrar que nas descrições dos tipos “corrupção passiva” (art. 317 do Código

Penal) e “lavagem de dinheiro” (art. 1º da Lei Nº 9.613 de 1998), são inexistentes as condutas de atribuir alguma coisa à alguém e imóveis em nome de terceiros, visto que não existe prova cabal de que o apartamento pertencia ao réu.

3.1 “Decisionismo”: julgados do Supremo Tribunal Federal se utilizando da interpretação extensiva em matéria penal

Conforme vimos anteriormente, a hermenêutica é uma importante ferramenta utilizada na atividade de compreensão e aplicação das normas jurídicas que visa garantir que o intérprete alcance a máxima efetividade da aplicação da norma.

Pois bem. Não obstante a teoria acima, há que se chamar a atenção para uma abordagem relacionada à questão das arbitrariedades interpretativas presentes no Poder Judiciário brasileiro, isso, porque, por vezes, tem-se a utilização do direito como meio de aplicação das vontades e convicções pessoais do magistrado.

Para uma melhor compreensão do assunto e como ele se concretiza no campo prático do direito, primeiro, buscar-se-á entender o conceito de decisionismo. Lopes (2014) diz que a expressão diz respeito à liberdade conferida aos juízes quando do proferir das decisões judiciais e se consta efetivamente no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas, quando se conclui que o direito é passível de discricionariedade em sentido forte. Traz, ainda, em sua definição, que decisionismo discricionário se dá quando o juiz, ao proferir suas sentenças, deixa de atuar de forma comprometida com as limitações constitucionais, mas antes, exerce suas funções de maneira a emitir seus sentimentos pessoais e, por assim serem definidas, extralegais.

Sito entende que a linha que separa a discricionariedade da arbitrariedade se revela tênue, quase invisível. Nesse sentido, decisionismo, voluntarismo, discricionariedade, solipsismo, ativismo e arbitrariedade seriam derivativos de um mesmo fenômeno: a subjetividade e o “paradigma filosófico (metafísica moderna) que o sustenta, ao qual a magistratura ainda se encontra presa” (SITO, 2012, p. 106).

É importante, contudo, observar que o problema do decisionismo não é a intervenção do Poder Judiciário na esfera pública para garantir a efetividade de direitos previstos na Constituição. Neste caso, o Judiciário está desempenhando sua função típica institucional que está inserida num modelo de Estado ordenador, promovedor, e que assumiu a função de transformar as estruturas sociais. Os desvios judiciais ocorrem, na verdade, quando os juízes impõem suas vontades contra a Constituição, permitindo que a política seja superior ao

direito. E a discricionariedade judicial deve ser entendida aqui como sinônimo de arbitrariedade, uma vez que se trata de uma permissão para que, mais uma vez, a política se sobreponha ao direito, com o diferencial de que, no passado, isso ocorria com maior intensidade pelas mãos dos governos autoritários e, atualmente, ela pode ocorrer por meio da discricionariedade judicial (LIMA, 2012).

Tendo já uma visão mais teórica do que é o decisionismo jurídico, de forma a complementar, faz-se importante trazer à baila alguns casos práticos. Um bom exemplo para entender o decisionismo: o Congresso Nacional, em 2003, alterou a Lei de Execuções Penais e, dentre outras coisas, suprimiu a obrigatoriedade do “exame criminológico” como condição para progressão de regime prisional. Com isso, fica modificado o art. 112 desta lei, estabelecendo como requisito subjetivo para a progressão a ostentação pelo preso de “bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”.

Contudo, em 2017, em decisão proferida no *habeas corpus* 405.691, a Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, negou liminar a um preso que teve revogada sua progressão de regime sob o argumento da necessidade de realização de exame criminológico. Ou seja, a lei não mais prevê a realização do exame, mas a ministra entendeu pela necessidade do exame e afirmou que a decisão do tribunal de origem estaria em consonância com a posição do Superior Tribunal de Justiça, admitindo o exame criminológico no caso pela “ausência de elementos suficientes para a aferição do requisito subjetivo, considerando, sobretudo, a periculosidade apresentada pelo apenado”. A Súmula 439 do STJ invocada na decisão traz que: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. Surge, então, um questionamento quanto ao que motivaria a necessidade do exame, uma vez que nem a própria lei dispõe mais acerca da necessidade da realização do exame.

Ainda, no *habeas corpus* 406.217, foi concedida liminar a outro preso que teve seu pedido de indulto condicionado à realização de exame criminológico. Neste caso, ficou determinada a reforma da decisão do juiz de origem, no sentido de que deveria proceder a nova análise do requerimento de indulto, vez que “o Juízo de origem exigiu o cumprimento de requisito não veiculado no Decreto n.º 8.615/2015, submetendo o Paciente à flagrante constrangimento ilegal, tendo em vista a vinculação da concessão do indulto à realização de exame criminológico sem qualquer amparo normativo”. O argumento é o mesmo nos dois casos – a ausência de previsão legal para a exigência do exame -, entretanto, com resultados adversos: prisão para um, liberdade para outro.

Vencida a fase de análise do que seria o decisionismo jurídico, será feito agora, de forma breve, uma análise de como, em sede de Supremo Tribunal Federal - STF, tem sido aplicada a interpretação extensiva em matéria penal.

3.1.1 Aplicação da Lei Maria da Penha às contravenções penais

Como já discutido, a interpretação extensiva em lei penal é possível, desde que observada a intenção de alcançar o real sentido da norma, isto é, desde que não haja a desvirtuação da *mens legis* (vontade da lei).

Um exemplo é o art. 159, do Código Penal, que tipifica o crime de extorsão mediante sequestro e, em razão da interpretação extensiva, abrange a extorsão mediante cárcere privado.

Interessante foi a problemática do caso da aplicação da Lei Maria da Penha às contravenções penais. Com a edição da Lei nº 11.340/06 (Maria da Penha) buscou-se aplicar máximo rigor às práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo esta lei, portanto, um obstáculo aos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.

A própria Lei nº 11.340/06 estabelece que a violência doméstica e familiar contra a mulher é considerada uma “violação dos direitos humanos” (artigo 6º.), norma esta, por sua vez, em harmonia com tratados internacionais firmados pelo Brasil a respeito do tema (v. G. Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher – CEDAW e Convenção de Belém do Pará). Por isso, seria um despropósito imensurável determinar que uma forma de violência viola os direitos humanos e, simultaneamente, tratá-la como infração de menor potencial ofensivo.

O artigo 41 da Lei 11.340/06 proíbe expressamente a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Assim sendo, o artigo 41 da Lei Maria da Penha traz de forma clara que mesmo nos crimes com penas máximas não superior a dois anos, não serão aplicados os dispositivos de beneficência da Lei 9.099/95 em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A controvérsia de tal vedação chegou ao STF, que por sua vez, firmou posição pela constitucionalidade do dispositivo, seja na Ação Direta de Constitucionalidade 19, seja na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424, demarcando o alcance da norma, uma vez que

inexistindo lei que verse sobre alguma exceção ou reserva, entende-se que a Lei 9.099/95 é vedada aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher em sua totalidade.

Pela mesma razão, inclusive, a discussão relacionada à ação penal nos crimes de lesões corporais leves em que se pleiteava, excepcionalmente, a aplicação do artigo 88 da Lei 9.099/95 aos casos de violência contra a mulher, chegou ao fim com a decisão do STF no sentido de que a ação penal é pública incondicionada de acordo com as normas do Código Penal, sem incidência do dispositivo do artigo 88 da Lei 9.099/95, exatamente por força do artigo 41 da Lei 11.340/06.

O Enunciado n. 002/2011 da COPEVID – Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Ministério Público aponta que o artigo 41 da Lei Maria da Penha aplica-se de forma indeterminada aos crimes e contravenções penais. Nesse sentido, tem-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

Percebe-se que tanto o STJ como o STF preferiram uma interpretação teleológica da norma a uma mera interpretação literal, o que ensejou sua interpretação extensiva, reconhecendo-se que a lei disse menos do que desejava (*lex minus dixit quam voluit*). A interpretação extensiva é admissível mesmo na seara penal, desde que fique claro e evidente que o legislador foi avaro com as palavras, mas que a teleologia da normativa, sua finalidade reconhecível, aponte para a necessidade de ampliação do significado de certas palavras. Portanto, assim entenderam os tribunais superiores neste caso, concedendo à palavra “crime” uma acepção ampla em sinonímia à expressão ‘infrações penais’, abrangente tanto de “crimes propriamente ditos”, como de “contravenções penais (ÂMBITO JURÍDICO, 2015).

Tem-se como importante lembrar que a interpretação extensiva da palavra “crime” não ensejou no desprezo da interpretação gramatical quando o STF aplicou a interpretação sistemática, pois o artigo 41 da Lei 11.340/06 passou a ser aplicado em harmonia com o artigo 4º. Segue:

Art. 4º. Na interpretação desta lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

3.1.2 Recurso ordinário em *habeas corpus*: RHC 106481

Ainda, como exemplo de utilização da técnica da interpretação extensiva pelo STF, temos a decisão proferida ao ser analisado o recurso ordinário em *habeas corpus*: RHC 106481. Trata-se de HC interposto pela Defensoria Pública da União contra acórdão da quinta turma do STJ que entendeu que estar de posse de acessórios, carcaça ou armação de aparelho telefônico celular constitui falta grave e, portanto, interrompeu o lapso temporal necessário à

progressão do regime carcerário. Para a decisão, embasou-se na Lei nº 11.466/2007 que inseriu o inciso VII ao art. 50 da Lei de Execuções Penais.

Em suas razões, aduziu a DPU que a decisão proferida pelo STJ submeteu o paciente a constrangimento, bem como contrariou o entendimento do STF que estabeleceu ser impossível interpretação extensiva às hipóteses que ensejam prejuízo ao réu. Ainda, anotou que o inciso VII, do art. 50, da Lei nº 7.210/84 não dispõe que a simples posse de carcaça de aparelho celular configure falta grave.

O voto proferido pela 1ª turma, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, entendeu que a proibição à posse de aparelho telefônico ou similar estende-se à conduta de ter acessórios ou partes integrantes desses dispositivos de comunicação. E, no caso em análise, os acessórios encontrados em posse do paciente se mostraram essenciais à utilização do aparelho celular. Portanto, entender de forma diversa, seria contrariar a vontade da lei que é coibir, de forma mais severa, a comunicação irregular dos presos com o mundo exterior. Ora, se a lei proíbe o uso de telefones, veda, também, a posse dos componentes que juntos possibilitam o seu funcionamento.

Não há que se falar, nesse caso, em afronta à reserva legal e à taxatividade, já que a interpretação extensiva utilizada para chegar a esse entendimento, não insere hipóteses antes não existentes na norma, mas antes não se distancia da *mens legis*. E isso pode ser afirmado pelo fato de não ter sido criado um novo tipo penal. O que aconteceu foi dar um dimensionamento devido ao tipo já existente, uma vez que a proibição de portar aparelho celular, por dedução, alcança seus componentes. Revelou-se, portanto, a verdadeira vontade do legislador. É o que ensina Heleno Cláudio Fragoso:

A interpretação extensiva é perfeitamente admissível em relação à lei penal, ao contrário do que afirmavam autores antigos. Nestes casos não falta a disciplina normativa do fato, mas, apenas, uma correta expressão verbal. Há interpretação extensiva quando se aplica o chamado argumento a fortiori, que são casos nos quais a vontade da lei se aplica com maior razão. É a hipótese do argumento a *maiori ad minus* (o que é válido para o mais, deve necessariamente prevalecer para o menos) e do argumento a *minori ad maius* (o que é vedado ao menos é necessariamente no mais). Exemplo deste último argumento: se o Código Penal incrimina a bigamia, logicamente também pune o fato de contrair alguém mais de dois casamentos (Manzini). (*apud* FRAGOSO, 1985, p.86)

Por fim, como resultado do entendimento aplicado ao caso, negou-se provimento ao recurso e como punição imposta ao condenado pela falta grave cometida, a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9. Segue:

CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA.

INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. **INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.**

1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional.

2. **A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis.**

3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a conseqüente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime.

4. Negar provimento ao recurso.”

(RHC 106481, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, grifo nosso).

3.1.3 A criminalização da homofobia

Como mais um exemplo de aplicação extensiva em matéria de direito penal, vê-se o caso no qual o STF considerou a homofobia como sendo um crime equiparado ao de racismo, previsto no art. 20 da lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Num primeiro momento, é necessário nos atermos ao conceito de racismo utilizado para depois entender o porquê da sua extensão à homofobia.

Na tese fruto do julgamento que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo (ADO 26 e MI 4.733), o Supremo conceituou racismo da seguinte forma:

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (ADO 26, Relator: Celso de Mello - Julgamento: 13/06/2019)

Extrai-se que o racismo não ficaria restrito ao aspecto “cor da pele”. Justifica-se como ato que fere a dignidade da pessoa humana que está às margens da sociedade não só geograficamente falando, mas também quanto à sua posição econômico-social e, também, de hegemonia, isto é, são considerados estranhos e reduzidos à condição de marginal e, não

sendo o bastante, excluídos da proteção do direito. O STF chamou essas pessoas de “grupo vulnerável” e nele, pela sua definição, está incluída a comunidade LGBTI+.

Com a decisão, vê-se, e é importante destacar que não há que se falar em intenção de apagar a pessoa negra da Constituição Federal, essa fala não prospera não só pela falta de argumentos que possam baseá-la, mas também por ter agido o STF em estrita concordância com o que preceitua o cabimento da aplicação da interpretação extensiva: é cabível, desde que para alcançar a máxima vontade da lei, sem, contudo, inserir condutas antes inexistentes na norma.

Não houve qualquer conduta nova inserida no tipo penal de racismo. Noutro caso, o então Ministro Nelson Jobim, ao proferir seu voto na análise do HC 82.424- 2/RS, acertadamente, lembrou que a proteção deve ser ampla contra toda e qualquer forma de discriminação, inclusive, contra os homossexuais:

[...] nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembleia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano de 2000”. (STF, HC 82.424- 2/RS, voto do Ministro Nelson Jobim, p. 2-4).

Ora, o que teria acontecido, nesse caso, senão uma perfeita análise todos os fatos que compõem o caso, bem como, a utilização, simultânea, do método teleológico - cuja intenção é realizar uma adequação da finalidade das normas jurídicas com os requisitos atuais – e sociológico - a razão dele, bem como a sua finalidade são ditadas pelas necessidades sociais que se moldam de tempos em tempos.

Após essa análise conceitual e metodológica, ainda, é importante entender o que fez com que uma conduta fosse equiparada à outra. Isso se justifica pela *ratio decidendi*, que segundo o conceito trazido por (GLEZER, 2017), pela enciclopédia jurídica da PUC, a noção de *ratio decidendi* diz respeito à identificação dos fundamentos centrais de certa decisão judicial. Pois bem. Paulo Roberto Iotti Vecchiati, patrono do partido político autor da ação, explica o termo homofobia da seguinte maneira:

Embora originalmente destinado a significar discriminação contra homossexuais, é hegemonicamente usado de maneira mais ampla, para significar a discriminação por orientação sexual, real ou presumida, da vítima, abarcando assim as opressões contra lésbicas, gays, bissexuais, pansexuais e assexuais. (VECCHIATI, 2020, p. 5).

Um dos tristes casos que exemplificam a *ratio decidendi* é o assassinato de Jenilson José da Silva, identificado por Kelly, seu nome social, ocorrido em 21 de janeiro de 2019, na cidade de Campinas, Estado de São Paulo. O crime foi cometido por Caio Santos de Oliveira, que desferiu diversos golpes de faca e garrafa quebrada na cabeça e pescoço da vítima. Após

o óbito, o assassino retirou o coração de Kelly e o levou para sua casa. Fica patente que o crime ocorreu devido a razões odiosas e discriminatórias. O crime fora cometido por motivo torpe, justificado pelo ódio de alguém que não aceita a diferença do outro e em razão de considerar-se “classe dominante ou modelo” exclui o outro da proteção do direito, inclusive, do direito à vida.

Sobre a postura do Supremo Tribunal Federal, essa tem sido alvo de críticas e elogios, o que gera discussão quanto à eventual atuação fora de suas funções institucionais adentrando àquelas atribuídas ao Poder Legislativo.

O julgamento da ADO nº 26/DF é paradigmático ao equiparar condutas homotransfóbicas àquelas que configuram o crime de racismo, denota a tendência de progressiva aproximação da interpretação jurídica realizada pelo Pretório Excelso à política e à moral.

3.1.4 A criminalização do não recolhimento do ICMS

Em dezembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao analisar e julgar o RHC 163334/SC, firmou o entendimento de que é conduta criminosa o não recolhimento do ICMS próprio ainda que declarado, embasando a conduta no art. 2º, II, da lei nº 8.137/90.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

[...]

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

[...]

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A conduta prevista no artigo supracitado tutela a ordem tributária, uma vez que a arrecadação tributária é receita indispensável e que permite ao Estado que cumpra suas finalidades. o ICMS é tributo que incide sobre o consumo e assim deve ser pago por empreendimentos de todos os portes.

O início desse caso se deu quando Robson Schumacher e Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher, comerciantes, foram denunciados na comarca de Brusque/SC pela prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. O juiz de primeiro grau os absolveu sob o argumento de que a conduta era atípica. Inconformado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), o qual reformou a decisão de

primeiro grau por entender ser impossível a absolvição sumária, haja vista ser abstratamente típica a conduta.

Os réus então impetraram *habeas corpus* (HC) perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). No referido julgamento, firmou-se a tese de ser típica a conduta daquele contribuinte que deixa de recolher aos cofres públicos ICMS próprio ainda que declarado, conforme a ementa a seguir:

HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS “DESCONTADO E COBRADO”. ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária -tal qual se dá com a apropriação indébita em geral -o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade. 2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial. 3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão “descontado ou cobrado”, o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que “descontam” ou “cobram” o tributo ou contribuição. 4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo “descontado” é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo “cobrado” deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito. 5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal. 6. Habeas corpus denegado. (BRASIL, HC 399.109/SC, 2018)

Não satisfeitos com o acórdão que denegou a ordem ao HC, os réus interpuseram recurso ordinário em *habeas corpus* (RHC) perante o Supremo Tribunal Federal. O julgamento do recurso iniciou-se em 12 de dezembro de 2019 e fora realizado pelo Plenário do STF. Restou fixada a tese de que “O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990” (BRASIL, RHC 163334/SC, 2019b), ou seja, manteve-se o entendimento do STJ.

A *ratio decidendi* da tese foi fixada em cinco argumentos:

O primeiro consiste no fato de que haver a declaração devida do tributo, bem como o cumprimento das obrigações tributárias acessórias, não implica na atipicidade da conduta. Esse entendimento diz que, em razão do *nomen iuris* do delito previsto no art. 2º, II, da lei nº 8.137/90 ser “apropriação indébita tributária” deverá haver uma similitude com o crime de apropriação indébita previsto no art. 168 do Código Penal: "Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena -reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

Assim, uma vez que a consumação do crime de apropriação indébita não exige fraude ou clandestinidade, vez que o agente detém a posse lícita do bem, os Ministros defenderam que o crime de apropriação indébita tributária prescinde da fraude ou clandestinidade para a sua consumação.

O segundo argumento versa sobre a interpretação dada aos termos “descontado” e “cobrado” presentes na redação do tipo penal. Há consenso entre os Ministros quanto à má redação legislativa do dispositivo, o que abre margem para discussões como a presente. Dessa forma, ante a inexatidão dos termos mencionados, compete ao julgador fazer a melhor interpretação e aplicação possíveis.

Em seu voto, o Min. Rogério Schietti afirma que:

[...] Malgrado os termos "descontado ou cobrado" não reflitam, sob a ótica da dogmática tributária, significados linguísticos compatíveis com o sujeito passivo da obrigação tributária de que trata o delito de "apropriação indébita tributária", isso não implica a impossibilidade de imprimir-lhes significado penal que, neste caso, não poderá se subsidiar em conceitos tributários. (HC Nº 399.109 - SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, julgamento: 22/08/2018).

Ou seja, trata-se de crime contra ordem tributária, mas os elementos do tipo “descontado” e “cobrado” devem ser interpretados de maneira separada à doutrina tributária, aplicando a eles significados penais. Contudo, é importante destacar que a utilização de uma interpretação não sistêmica dos elementos constitutivos do tipo penal, ainda mais tratando-se de uma área interdisciplinar como a dos crimes tributários, pode trazer prejuízos e dar causa a conclusões equivocadas. Ademais, a interpretação sustentada pelos votos majoritários vai de encontro com os princípios da intervenção mínima e fragmentariedade penal do direito penal.

Dessa forma, o termo “descontado” diz respeito aos tributos diretos quando houver a substituição tributária. O termo cobrado, por sua vez, aplica-se aos tributos indiretos, como o ICMS, cuja incidência se dará nos casos de tributo próprio ou quando houver substituição

tributária. Isso quer dizer que os julgadores entenderam que cobrar é o mesmo que embutir o valor do tributo no preço da mercadoria.

Ora, observa-se, portanto, que a interpretação dada ao termo “cobrado” foge da dogmática tributária e isso se justifica pelo fato de que mesmo que o contribuinte não possa ser considerado sujeito passivo da obrigação tributária – portanto, impossível que lhe seja exigido o pagamento do tributo, pelo fisco – os ministros entenderam que o comerciante, contribuinte de direito, cobra do consumidor final o valor do tributo quando está inserido no preço do produto.

O terceiro argumento usado pela corrente majoritária é oriundo de interpretação histórica baseada no projeto de lei nº 4.788/90 que deu origem à lei nº 8.147/90. Defenderam que a análise dos dispositivos legais do texto original permite perceber a vontade do legislador ao criar o tipo penal. Ou seja, chegou-se à conclusão que a interpretação atual do tipo penal deve considerar o processo legislativo que lhe deu origem, mesmo que o texto final aprovado tenha sido da intenção de criminalizar o não recolhimento dos tributos indiretos próprios.

O quarto argumento trazido pela corrente majoritária foi embasado no julgamento RE 574.706 (Tema 69 da repercussão geral) onde ficou decidido que o ICMS não constitui o patrimônio do sujeito passivo tributário e, assim, não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS. Partindo do referido julgamento, o Min. Roberto Barroso sustentou “que o valor do ICMS cobrado em cada operação não integra o patrimônio do comerciante, que é depositário desse ingresso de caixa”.

A partir dessa perspectiva, quando o valor do ICMS é embutido nos produtos, parte do valor oriundo do lucro da venda não é propriedade do contribuinte de direito e, portanto, ele configura como mero depositário de coisa alheia – nesse caso, o valor do tributo- de modo que o seu não recolhimento aos cofres públicos acarreta a prática do crime de apropriação indébita tributária.

Por fim, o quinto argumento reside no bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 2º, II, da lei nº 8137/90: a ordem tributária. Destacou-se como a sonegação fiscal traz efeitos, talvez, irreparáveis para a coletividade já que os tributos são de extrema importância e responsáveis por financiar os serviços que o Estado presta à coletividade. Constatou, ainda, nos votos, que o ICMS é a maior fonte de renda própria dos Estados da Federação, de modo que

manter tal conduta como atípica, de permitir que as pessoas possam sonegá-lo, causaria um grande prejuízo aos cofres públicos estaduais.

Pois bem. Feitas essas considerações, tem-se como importante destacar o problema do entendimento do STF. Ou seja, os argumentos contrários ao entendimento firmado. A decisão proferida no RHC 163334, na prática, implica em autorização da prisão por dívida, o que é vedado, em regra, no ordenamento jurídico brasileiro. Tal proibição é clara no art. 5º, LXVII, da CR/88 que diz “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Ainda, a utilização do direito penal em matéria tributária, como já disposto, fere o princípio da *ultima ratio* daquele, ao entender que o contribuinte que declarar sua dívida tributária possa ser processado criminalmente por apropriação indébita tributária, trata-se de uma interpretação defendida como inconstitucional do tipo previsto no art.2º, II, da lei 8.137/90. Para além disso, se configura como uma analogia *in malam partem*, vedada no Direito Penal.

4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO, COMO FREIO À ATUAÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Será analisado agora o princípio da legalidade e a teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli, que tem como objetivo a limitação do poder punitivo estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário.

Para além de respaldo à proteção das garantias do cidadão, especialmente falando da liberdade, com base na obra *Direito e Razão* (2010), buscar-se-á, num primeiro momento, entender o que seria essa teoria e ver de forma breve os dez axiomas que compõem a teoria, para, após, entender o princípio da legalidade sob o prisma do garantismo penal.

4.1 A teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Ferrajoli apresenta a teoria como sendo:

[...] um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786).

Tem-se, portanto, a necessidade de uma análise a partir de três vieses: o primeiro deles, como sendo o garantismo um sistema que visa conferir um controle do poder oriundo do direito penal. Após, configura-se como uma ferramenta que garante a minimização da violência – através do arcabouço existente no direito penal, de tipificação como crime de certas condutas, bem como as sanções previstas para cada uma delas, como uma técnica de prevenção – assim como a maximização da liberdade. E, por fim, sob o viés jurídico, como um sistema vinculante que recai sobre o poder – dever de punição conferido ao Estado.

Ainda, seguindo na leitura, o professor explica o objetivo do garantismo:

[...] designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2010, p. 786)

Esse significado, em verdade, trata-se de uma visão crítica do ordenamento, explicitando que na teoria até poderá haver um discurso garantista, mas que na prática mostra-se como força diversa. Sergio Cademartori (2006, p. 103) explica que isso se dá pelo fato de que o garantismo é dotado de características próprias, apesar de poder ser enquadrado no positivismo. A diferença entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes” é denominada pelo próprio Ferrajoli (2010) como “juspositivismo dogmático”.

De uma abordagem externa do garantismo, Ferrajoli continua tecendo críticas ao modelo, mas dessa vez, não ao modelo jurídico e do conflito de normas, mas uma crítica filosófica e pautada na finalidade da teoria garantista:

‘Garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2010, p. 787)

Trata-se, em uma apertada síntese, da teoria que defende a política criminal da mínima intervenção do Estado e da máxima validade da norma e da sua efetividade, ou seja, o garantismo vai funcionar como um freio para a atuação arbitrária do Estado.

4.2 Os axiomas da teoria garantista

Em sua obra, o autor elenca dez axiomas que tutelam valores como direitos e liberdades políticas, proteção pessoal contra arbitrariedades, controle e certeza jurídica e outros. São eles:

A1 - Nulla poena sine crimine: também, pode ser denominado como o Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;

A2- Nullum crimen sine lege: princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;

A3-Nulla lex (poenalis) sine necessitate: princípio da necessidade ou da economia do direito penal;

A4- Nulla necessitas sine injuria: princípio da lesividade ou ofensividade do evento;

A5- Nulla injuria sine actione: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

A6- Nulla actio sine culpa: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

A7- Nulla culpa sine iudicio: princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito;

A8- Nulla iudicium sine accustone: princípio acusatório ou da separação ente o juiz e a acusação;

A9- Nulla accusatio sine probatione: princípio do ônus da prova ou da verificação;

A10- Nulla probatio sine defensione: princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Nos dizeres do professor, esses princípios são separados em grupos, da seguinte forma: os princípios A1, A2 e A3 explicam quando e como punir e as garantias relativas à pena; o grupo formado pelos princípios A4, A5 e A6 dizem quando e como proibir e as garantias relativas ao delito e os princípios A7, A8, A9 e A10 respondem às perguntas quando e como julgar e trazem as garantias relativas ao processo.

Quanto à questão de quando e como punir (A1, A2 e A3), Ferrajoli explica:

O problema do quando (ou do que) punir é aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal. A resposta que geralmente é dada a esta pergunta por parte do pensamento jurídico-filosófico está expressa na máxima *nulla poena sine crimine*, que constitui o axioma A1 do nosso sistema SG. A pena, segundo este princípio formulado nitidamente nas célebres definições de Grócio, Pufendorf e Thomasius, é uma sanção cominada *ab malum actionis*, ou *antegressi delicti*, ou *propter delictum*, isto é, aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica. Trata-se do princípio de retribuição ou do caráter de consequência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, como escreve Hart, expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum* (FERRAJOLI, 2010, p.297)

Insta lembrar, ainda, que o cometimento do ilícito não é, por si só, suficiente para a aplicação da pena, mas apenas uma das condições necessárias. Pode-se exigir o preenchimento de requisitos ulteriores, tais como a ausência de excludentes de ilicitude e culpabilidade, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.

A garantia que o princípio do caráter retributivo da pena - em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) - visa excluir a punição do inocente, que se ele seja considerado mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito.

Para responder à pergunta de quando proibir (A4, A5 e A6), Ferrajoli (2010) cita Montesquieu para explicar que a liberdade do cidadão depende da bondade das leis e

complementa trazendo que a bondade das leis está relacionada às definições do delito, que deve ser compatível com as descrições formais e que não comprometam o princípio da legalidade, ou seja, consideradas como meras recomendações sobre o conteúdo das proibições legais:

[...] as descrições formais dão resposta à questão axiológica de ‘quando proibir’ e à subquestões de ‘quando proibir penalmente melhor do que civil ou administrativamente’ e ‘quando proibir como delito e quando contravenção’; questões todas de legitimação predominantemente externa, diferentemente da questão de ‘quando castigar’, que nos ordenamentos que incorporam os princípios da retribuição e da legalidade é exclusivamente de legitimação interna (FERRAJOLI, 2010, p. 368).

Quando se fala em prática de condutas tipificadas como ilícitas, abre-se um campo de discussão (que não se aprofundará, haja vista não ser objeto do estudo), tais como o direito, a moral e os costumes. Contudo, destaca-se que, para além da classificação da conduta- se crime, pecado ou necessidade da prática da mesma- há que se observar a lesividade causada pelo ato praticado, vez que o resultado da conduta, seja ela qual for, é indispensável e condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela.

Palavras como ‘lesão’, ‘dano’ e ‘bem jurídico’ são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um ‘bem jurídico’ e que sua lesão é um ‘dano’ é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um ‘bem penal’ significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena (FERRAJOLI, 2010, p. 374).

As garantias conferidas em razão do terceiro grupo de axiomas (A7, A8, A9 e A10) condicionam a pena aos pressupostos substanciais dos crimes: a lesão, a conduta e a culpabilidade. Além disso, asseguram, ao máximo, a imparcialidade, a verdade e o controle. Ferrajoli (2010) nomeia as garantias processuais que disciplinam a jurisdição como "instrumentais" e as garantias e as normas penais, por sua vez, de "substanciais".

Como visto, Ferrajoli (2010) calçou sua teoria em dez axiomas, dentre eles, o princípio da legalidade como sendo o principal orientador desse jogo. Isso se deve ao fato de que o direito é baseado não só em normas, mas também em princípios que norteiam a conduta humana.

4.3 Princípio da legalidade sob o prisma do garantismo penal

Indiscutivelmente, os princípios são dotados de grande importância no mundo jurídico e, para entendermos melhor o porquê dessa atuação indispensável, é necessário, primeiro, entender o conceito do direito e sua composição. Osvaldo Ferreira de Melo traz que:

O direito, de fato, exerce um forte papel controlador por vários meios. Um deles é pela sua capacidade intrínseca de decidir conflitos [...]. Outra forma habitual de controle é pela prescrição de condutas [...]. (MELO, 1994, p. 94)

Como dito anteriormente, o direito é composto por normas e princípios. Nesse sentido, Eros Grau ensina:

Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais do direito. (GRAU, 2005, p. 49)

Destoa da finalidade tecer comentários acerca dos princípios implícitos e explícitos. Importa, lembrar, contudo, que independente da forma como o princípio se apresenta, sua importância e eficácia constitucional são indiscutíveis.

Como muito bem está disposto na obra *El derecho ductil. Ley, derechos y justicia* de Zagrebelsky (1995), é inaceitável que as constituições se mostrem rígidas quanto aos seus valores e princípios e que estes devem conviver harmonicamente, uma vez que não é possível acolher conceitos absolutos. Uns têm que ter vida junto aos outros.

Eros Grau não nos deixa dúvidas quanto à importância constitucional dos princípios:

A importância dos princípios é enorme. Tamanha, que da sua inserção no plano constitucional resulta a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios, como veremos mais adiante (GRAU, 2005, p. 158).

Hans Kelsen em teoria pura do direito (1995, p. 224) lembra que a Constituição é a norma máxima do ordenamento jurídico e, sobretudo, no Estado Democrático de Direito e, por isso, todas as demais espécies legislativas devem submeter-se a ela. Na hierarquia de normas, a Constituição está no topo.

O professor Alberto Jorge explicita a predominância dos princípios constitucionais sobre as demais regras:

Todavia, entre as normas constitucionais, podemos afirmar, os princípios são as linhas mestras, os núcleos fundamentais da Constituição, havendo uma superioridade deles em face das regras. É que o subsistema constitucional estrutura suas normas, hermeneuticamente, de forma escalonada. Mas a hierarquia, aqui, é tomada axiologicamente. Por veicularem valores jurídicos mais importantes, os princípios são normas que ocupam posições privilegiadas na Constituição (LIMA, 2012, p. 53-54).

Pelo exposto, conclui-se que os princípios são fonte normativa que funcionam como a coluna mestra que sustenta o sistema normativo e, ainda, considerando o poder hierárquico dos princípios, atuam como legitimador das normas derivadas, servindo à função prevista na teoria do garantismo penal.

Assim, nesse momento, veremos a importância dos princípios do Direito Penal, sobretudo, do princípio da legalidade para o garantismo de Ferrajoli. Antes, destaca-se que este não atua através de regras taxativas, mas por meio de uma ferramenta idealizada de todo o ordenamento: os princípios. Em especial, o princípio da legalidade que, reitera-se, além de viga principal para o garantismo, é o freio para *jus puniendi* do Estado.

Muito se fala em princípio da legalidade e sua importância, mas sua origem – e sabê-la contribuiria para um melhor entendimento deste – é desconhecida, mas há duas suposições acerca da origem e de início de aplicação desta garantia. A primeira delas é a defendida por Nelson Hungria, vincula às *questiones perpetuae* e a *ordo judiciorum publicorum*:

O surgimento das *questiones perpetuae*, instituídas no tempo de Silla, e a vigência da *ordo judiciorum publicorum* a analogia foi vedada e os magistrados foram obrigados a observar a previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas quanto aos *crimina publica* em face das denominadas *lege Corneliae e Juliae*. [...] (HUNGRIA, 1977, p. 35-36).

A segunda, apresentada por Maurício Antônio Ribeiro Lopes em princípio da legalidade penal (1994, p. 17), vincula a origem do princípio da legalidade à Inglaterra, quando da alteração do Estado absolutista para o Estado de Direito, e, em 1215, foi formalizado o artigo 39 da *Charta Libertatum*, imposta ao Rei João Sem Terra pelos barões ingleses.

Contudo, a falta de um consenso da doutrina acerca da sua origem não reduz a sua importância e nem a necessidade de sua utilização como base para o ordenamento penal, vez que aquele está disposto logo no primeiro capítulo do código, bem como no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, se constituindo como direito fundamental e guardado como cláusula pétrea.

Ferrajoli separa o princípio da legalidade em dois vieses, quais sejam: princípio da legalidade ampla e princípio da legalidade estrita. A legalidade ampla, “como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal” (FERRAJOLI, 2010, p. 348).

O princípio da estrita legalidade, por sua vez, funciona

como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados verdadeiros dos fatos processualmente comprovados. (FERRAJOLI, 2010, p.348).

Ainda, pode-se dizer que a primeira é voltada ao juiz enquanto aplicador da lei; a segunda, por sua vez, ao legislador que deve embasar seu poder de legislar segundo a visão garantista.

O professor, em sua obra, explica aquele como sendo uma forma de condições de existência e vigência da lei e este segundo, como uma condição de validade da lei:

Com tal concepção pode ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido.

[...]

O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como ‘tipos objetivos’ de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de ‘tipos subjetivos’ de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas. (FERRAJOLI, 2010, p. 40)

Para além disso, entende que o princípio da legalidade garante a estrutura das leis penais que “[...] diferencia o direito penal no Estado ‘de direito’ do direito penal dos Estados simplesmente ‘legais’, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei.” (FERRAJOLI, 2010, p.349)

Na busca pelo que chama de certeza do direito penal, relaciona ao princípio da legalidade, duas garantias: a irretroatividade das leis penais e a proibição da utilização da analogia em norma penal. A primeira delas, ligada à ampla legalidade, ou seja, a lei penal deve ser aplicada para o futuro, não podendo ser aplicada às condutas anteriores à sua vigência e validade, sendo um corolário da mera (ou ampla) legalidade – *nullum crimen sine praevia lege poenali*.

Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa não se consideram mais necessários – determina que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação a mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova. (FERRAJOLI, 2010, p. 351).

A segunda garantia, por sua vez, é oriunda da legalidade estrita.

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de formas elásticas ou carentes de denotação determinada permita a chamada “analogia antecipada. (FERRAJOLI, 2010, p. 351).

Entretanto, é cediço na doutrina que eventual uso da analogia não fere a estrita legalidade se não implicar em prejuízo ao acusado no processo penal, ou seja, ela deve ser *in bonam partem*. Logo, via de regra, tem-se como proibido o uso da analogia no direito, contudo, há exceção se ela vier em benefício do réu, havendo uma autorização garantista.

Assim, no mesmo sentido, vê-se que a técnica de interpretação extensiva não poderia ser usada em matéria penal caso acrescentasse condutas ao tipo penal, ou modificasse seu sentido, isto é, não poderia ferir a *mens legis*. Contrário senso, não haveria óbice ao uso de tal técnica, se esta se prestar a alcançar o sentido máximo da lei. Isto, porque, utilizando-se da interpretação extensiva, o julgador estenderia o conceito disposto na norma, a outro objeto ou fato semelhante, desde que esteja presente na ordem social e também secundária, sem perder de vista que o objeto não regulado tem que estar dentro e no conceito daquele outro indicado na lei.

Aqui, mais uma vez, percebe-se a atuação do princípio da legalidade como um freio à atuação arbitrária do poder-dever do Estado, vez que o *jus puniendi* é exclusivamente estatal e a utilização da própria força na produção e condução da justiça é proibida. Assim, a teoria do garantismo penal, neste ínterim, busca impor limites à punição estatal, prevalecendo, sempre, a liberdade do indivíduo.

4.4 O garantismo como freio à arbitrariedade estatal

Para além do princípio da legalidade, como sendo um dos axiomas da teoria garantista, observa-se que muito mais do conteúdo de tal teoria serve como freio às arbitrariedades estatais, notadamente o decisionismo discricionário.

O contraponto discutido até agora entre o garantismo e a arbitrariedade no direito penal equivale a uma alternativa entre duas epistemologias diferentes, a saber: entre cognitivismo e decisionismo ou razão e vontade. “ Se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade” (FERRAJOLI, 2010, p. 38).

De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal - como ademais toda atividade judicial é um ‘saber-poder’, quer dizer, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa. No modelo ideal da jurisdição, tal como foi concebido por Montesquieu, o poder é "nulo"; na prática costuma ocorrer que nulo é o saber. Existe, além disso, um nexó indissolúvel entre o esquema epistemológico de tipo convencionalista e cognitivista e o sistema das garantias penais e processuais: no sentido de que os vínculos metodológicos, assegurados pelo primeiro à definição e à comprovação do desvio punível como condições de verdade, correspondem aos

limites normativos impostos pelo segundo ao abuso potestativo, como condições de validade (FERRAJOLI, 2010, p. 39).

Ora, há, portanto, uma situação inversa: o autor explica que o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, é dotado de um “saber-poder” que sugere uma combinação de conhecimentos científicos/acadêmicos e poder. Essa equação, conforme explica, deveria ser composta de mais saber e menos poder ou quase nenhum poder - e aqui, como poder, entendam como a prerrogativa que o juiz tem de aplicar as penas e sanções que julgar, segundo sua vontade, adequadas -, pois assim, o resultado seria uma sentença aplicada, exclusivamente, com base na avaliação do caso concreto e utilização das técnicas interpretativas que já visto nos capítulos anteriores, ou seja, sem intervenção de sua vontade pessoal, sem decisionismos.

Não obstante, o cenário é de inversão dessa ordem, vez que, na prática, o saber tem sido nulo em relação ao poder. Ocorre, então, a incidência do brocardo “a ordem dos fatores altera o produto”.

Nesse sentido:

Inversamente, o despotismo penal é sempre produto do decisionismo, quer dizer, do arbítrio dos juízes e dos critérios substanciais considerados subjetivamente por eles na identificação dos pressupostos da pena, tanto se aquele procede do caráter indeterminado e/ou valorativo da definição legal do desvio, quanto se, ao revés, provém do caráter incontrolável de sua comprovação judicial (FERRAJOLI, 2010, p. 39).

Essa relação entre o garantismo, o convencionalismo legal e o cognitivismo jurisdicional, de um lado, e entre despotismo, substancialismo extralegal e decisionismo valorativo, de outro, é oriunda do pensamento iluminista penal (FERRAJOLI, 2010). Esse modelo que preceitua uma perfeita correspondência entre as normas positivadas, o fato sob análise e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma tese filosófica viciada pela realidade jurídica, vez que, como vimos anteriormente, em que pese haja um consenso acerca da possibilidade da interpretação extensiva em matéria de direito penal - pode se dar desde que para o alcance máximo da vontade da lei, sem que haja introdução de fatos novos na norma - observa-se que em alguns casos - a sentença que condenou o ex-presidente Lula, por exemplo- essa técnica de interpretação se dá sem que os critérios sejam considerados.

Contudo, essa teoria da correspondência não é no todo invalidada pela realidade dos fatos, uma vez que para concretizá-la, faz-se necessário a (re)definição de modelo limite. Mesmo que esta não seja plenamente alcançável, se ficarem esclarecidas as condições nas quais esta definição de limites pode ser satisfeita, poderia ser aplicada de forma aproximada.

Na verdade, ainda que se esse controle de procedimentos probatórios e interpretativos, nos quais consiste a aplicação da lei, encontre barreiras intransponíveis, ao menos vai se tornar assegurado nos limites do sistema normativo das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade e de seu grau de efetividade.

De acordo com isso, diz-se que as garantias legais e processuais, além de garantias de liberdade, são também garantias de verdade; e que "saber" e "poder" concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas (FERRAJOLI, 2010, p.39).

Tal indicação de garantia de verdade abre, necessariamente, um campo de discussão sobre o conceito de verdade processual no plano epistemológico que é uma verdade construída socialmente (FOUCAULT, 1998). Contudo, não é esse o conceito de verdade jurídica que se extrai da leitura da doutrina processual brasileira, que busca descobrir, pela via processual, a “verdade real”, que deve estar em algum lugar esperando para ser descoberta.

Ora, disso se depreende que o conceito de verdade se subdivide em verdade dos fatos e verdade jurídica, sendo a primeira aquela comprovável pela prova da ocorrência do fato; a segunda, por sua vez, é uma verdade jurídica, ou seja, aquela que é resultado de uma interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito. Theodoro Júnior (1995) corrobora com esta visão, pois afirma que a prova produz a certeza do julgador a respeito dos fatos litigiosos. É assim que as provas se tornam ato do juiz. Vale destacar que o fato de que o cidadão – seja ele autor ou réu, a parte interessada na prestação jurisdicional, direito de cidadania de 1ª geração (BOBBIO, 1999) – se torna coadjuvante, frente ao papel do julgador, o que se justifica pela missão que lhe é atribuída de descobridor da verdade real.

Do meu modo de ver, pode-se deduzir uma caracterização semântica adequada destes dois conceitos dentro de um modelo ideal de jurisdição penal rigidamente cognitivo da definição de "verdade", elaborada por Alfred Tarski, que é também uma estipulação geral das condições de uso do termo "verdadeiro". Segundo esta definição, "uma proposição P é verdadeira se, e somente se, p\ onde "P" está para o nome metalingüístico da proposição e "p" para a própria proposição: por exemplo, "a oração 'a neve é branca' é verdadeira se, e somente se, a neve é branca". Se aplicarmos esta equivalência ao termo "verdadeiro", tal como é predicável da proposição fática e da jurídica, nas quais pode ser decomposta a proposição "Tício cometeu culpavelmente tal fato definido na lei como delito", obteremos, por substituição, as duas seguintes equivalências: a) "a proposição Tício cometeu culpavelmente tal fato é verdadeira se, e somente se, Tício cometeu culpavelmente tal fato"; e b) "a proposição tal fato está definido na lei como delito é verdadeira se, e somente se, tal fato está definido na lei como delito". Estas duas equivalências definem, respectivamente, a verdade fática e a verdade jurídica, a respeito das quais servem para esclarecer as diversas referências semânticas, que no primeiro caso são

os fatos ocorridos na realidade e no segundo as normas que a eles se referem. E definem, conjuntamente, a verdade processual (ou formal). (FERRAJOLI, 2010, p.41).

Assim, uma assertiva será verdadeira se, e somente se, for verdadeira tanto fática quanto juridicamente, no sentido assim definido. Há, portanto, aqui, uma relação de correspondência entre o que alegado e o que comprovado. E, assim, Ferrajoli (2010, p. 41) defende que a verdade “não se trata, em suma, de uma definição real, mas uma definição nominal”.

E, mais uma vez, destaca-se a importância do garantismo penal como instrumento que, calcado no princípio da legalidade, impõe limites à atuação do poder estatal na busca pela verdade mesmo que a processual, tendo em vista que as razões que fazem da verdade processual uma verdade inevitavelmente “aproximada” não podem ser dotadas de indução, mas devem ser baseadas nos limites intrínsecos aos procedimentos de controles e técnicas de interpretação das provas apresentadas.

Diferentemente do que ocorre em qualquer outra atividade cognitiva, tanto a verdade fática das teses de fato e das alegações probatórias quanto a verdade jurídica das teses de direito e das interpretações das leis são predicáveis jurisdicionalmente sob a condição de que se observem regras e procedimentos que disciplinam sua comprovação e que imprimem a ambas um caráter autoritativo e convencional, em contraste com o da mera correspondência (FERRAJOLI, 2010, p. 49).

Nesse diapasão, é cediço que as regras do processo penal moderno são muito menos rígidas do que no processo medieval, onde havia espaço para as conhecidas "provas legais"- a confissão ou as declarações coincidentes de duas testemunhas oculares, às quais se costumava assinalar valor probatório *de jure*, por exemplo-. Hoje, no atual Código de Processo Penal, permanece a disciplina do método de investigação e de formação da verdade processual disposto no ordenamento, a saber, de forma exemplificativa: termos preclusivos (art. 173 do novo Código de Processo Penal); formas e condições de admissão das provas e nas nulidades dos atos processuais por vícios formais (arts. 177-186); testemunhos inadmissíveis (arts. 196 e 197); inutilidade das provas ilegitimamente adquiridas (arts. 191 e 526), nas exclusões interpostas nas investigações em face de segredo de Estado ou por outras modalidades de sigilo (arts. 200-203) ;e redução potestativa das listas de testemunhas por parte do juiz (art. 468, inciso 2).

Ainda, nas regras epistemológicas: como as modalidades das investigações instrutórias, sobre a interpretação da lei penal e sobre a proibição de analogia, a presunção de não-culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova atribuído à acusação, o princípio *in*

dúbio pro reo e a presunção legal de verdade das teses contidas em sentenças transitadas em julgado.

Essa é a equação que tem como resultado a garantia de verdade e validade da sentença proferida.

Muitas destas normas sobre a (formação da) verdade se dirigem a garantir contra o abuso e as prevaricações das partes, o desenrolar das investigações e do contraditório entre acusação e defesa. Outras, como a do favor rei no caso de dúvida, têm a função de elevar as margens de incerteza, em todo caso intrínsecas à verdade processual. Outras, ainda, têm a finalidade de vincular o juízo, exclusiva e exaustivamente, ao *thema decidendum*, proibindo o juiz de se afastar das investigações sobre o "fato", tal como exatamente enunciado na imputação (arts. 65 e 521, inciso 2, do Código de Processo Penal) e prescrevendo à acusação pública 'desenvolver outras comprovações sobre os fatos e circunstâncias a favor da pessoa submetida às investigações' (arts. 358). Outras, enfim, servem para prevenir ou reduzir a excessiva subjetividade do juízo ou de suas fontes de prova, como as normas sobre a abstenção ou a recusa do juiz (arts. 36 e 37 do Código de Processo Penal), sobre a incompatibilidade com a função de testemunha (art. 197), contra o suborno e a falsa perícia ou o falso testemunho (arts. 377, 372 e 373 do Código Penal)[...] (FERRAJOLI, 2010, p. 49-50)

Diferentemente do que acontece nas investigações científicas ou históricas, essas regras além de serem obrigatórias, devem ser aplicadas de forma cumulativa no procedimento judicial, porque ao juiz é conferido o poder de decidir também os casos nos quais haja incerteza, sobretudo por que na ciência das comprovações infundadas e arbitrárias, costumam ser inócuas ao serem descartadas sem necessidade de estatutos metodológicos constritivos, enquanto na jurisdição devam ser previamente impedidas.

É inegável, portanto, que as normas jurídicas em matéria de verdade e de provas, substituem os critérios próprios da livre investigação e do livre convencimento do juiz por critérios autorizados de aquisição e de controle da verdade processual.

Contudo, não obstante o garantismo não seja uma imposição – por tratar-se apenas de uma teoria- sua aplicação no Brasil é dotada de consistência constitucional e isso se justifica pelo fato de que um dos axiomas garantistas, qual seja, o princípio da legalidade, está expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, depreende-se que o garantismo penal de Ferrajoli, notadamente seu conteúdo no que se refere ao princípio da legalidade, se presta a servir como freio a eventuais arbitrariedades do poder estatal, como nos casos em que o uso de interpretação extensiva se dá sem observar o real sentido da norma, pois, como visto, essa interpretação pode ocorrer desde que não haja a desvirtuação da *mens legis*.

5 CONCLUSÃO

De uma análise que tudo que foi estudado, chega-se à conclusão de que o garantismo penal além de se tratar de uma teoria, pode ser conceituado como um instrumento de mudança jurídica e democracia direta.

Se, por um lado, as lutas pelos direitos são as formas de afirmação das insatisfações relativas às necessidades sociais, por outro lado, são, também, ferramentas por meio das quais se alcançam as mudanças objetivadas na esfera do direito: do reconhecimento de novos direitos fundamentais à fixação de novas garantias constitucionais para os direitos já conquistados, das evoluções da jurisprudência às solicitações de responsabilidade política pela violação dos direitos já adquiridos.

A democracia é o meio que torna possível o desdobramento pacífico dos conflitos e por meio destes, as transformações sociais objetivadas. Legitima e valoriza de igual modo os pontos de vista diversos e as dinâmicas sociais que os exprimem. Legitima a mudança por meio do descontentamento e do conflito. O nexo existente entre a democracia e o conflito é uma via de mão dupla: não só a democracia torna possível a luta pelos direitos, mas estes garantem, por sua vez, a democracia.

Contudo, um outro viés deve ser considerado quando se estuda os conflitos: o poder conferido a quem o analisa, logo, o Estado. Esse é o campo de atuação da teoria do garantismo penal de Ferrajoli: o poder estatal.

O cuidado com o poder punitivo conferido a ele é o objetivo direto da Teoria ou melhor dizendo: o cuidado com a aplicação prática do poder punitivo do Estado. Tal preocupação se justifica pelo fato de que o *jus puniendi* é prerrogativa exclusiva sua e nesse ponto, o garantismo orienta o meio e a forma de sua aplicação já que valer-se da própria força na produção do processo e conclusão do resultado é vedado.

Tanto é evidente sua utilização no direito penal brasileiro que um dos principais axiomas garantistas - o princípio da legalidade – está expresso no ordenamento jurídico e sua importância para sistema penal, como sendo indispensável para dar validade, eficácia e vigência constitucional às normas e para a proteção do cidadão frente ao Estado, que sua previsão está contida tanto no Código Penal em seu artigo 1º, quanto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX. Para além disso, serve o princípio em questão para determinar que uma lei só possa ser criada quando necessário e, ainda, que o julgador só

proceda com a aplicação do direito, quando previsto, de forma expressa, na legislação, funcionando, assim, como um instrumento capaz de frear a atuação arbitrária do Estado.

Nesse diapasão, verificou-se, ao longo desta pesquisa, como funciona o freio do garantismo, a saber, quando da utilização da interpretação extensiva em matéria penal. Ora, sabe-se que esta é possível desde que tenha, como intuito, alcançar a plenitude da norma/lei e desde que, como visto, não insira nesta, fatos novos. Em outras palavras, deve-se observar a *mens legis*.

Portanto, tem-se que o núcleo do fato secundário – e por fato secundário, tem-se aquele que não foi abarcado pela lei - analisado deve ser o mesmo da conduta primária – aquela tipificada o texto da norma- para que, assim, o fenômeno da interpretação extensiva não venha a ferir o Princípio da legalidade ampla que “como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal” (FERRAJOLI, 2010, p. 348).

É, nesse cenário, que se entende que o problema do decisionismo não é a intervenção do Poder Judiciário na esfera pública para garantir a efetividade de direitos previstos na Constituição, vez que, neste caso, essa intervenção, por si só, não pode ser considerada como uma aberração, pois, a depender do caso concreto, pode configurar o desempenho da sua função típica institucional e constitucional. Por outro lado, os desvios judiciais ocorrem quando os juízes impõem suas vontades contra a Constituição Federal, permitindo que aquela esteja acima das normas estabelecidas.

Ainda, a discricionariedade judicial deve ser entendida aqui como sinônimo de arbitrariedade, uma vez que se trata de uma permissão para que, mais uma vez, a política se sobreponha ao direito, com o diferencial de que, no passado, isso ocorria com maior intensidade pelas mãos dos governos autoritários e, atualmente, ela pode ocorrer por meio da discricionariedade judicial (LIMA, 2013).

É que, em que pese a norma contenha, em si, uma generalidade, é abstrata e pode alcançar uma série de casos indefinidos (DINIZ, 2012), essa aplicação não deve ser feita segundo a vontade do julgador, mas o juiz como um intermediador, precisa adaptar a norma ao caso concreto através das técnicas de interpretação disponíveis. Ao concretizar a subsunção – aplicação do direito ao fato-, há que se observar se os fatos se amoldaram à descrição contida na norma.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do; MARTINS, Fernanda. **O que do cinismo jurídico vem ao caso?** In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (org.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017. Ebook. (1038 p.). ISBN e-book 978-85-7917-440-7.

AZEVEDO, Igor Nóvoa dos Santos Velasco. **A criminalização da homotransfobia e a judicialização da política no STF como forma de concretizar direitos fundamentais**.

Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/92013/a-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-judicializacao-da-politica-no-stf-como-forma-de-concretizar-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25/10/2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6ª edição. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília: Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em 01/06/2022.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito**. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Brasília: Planalto. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 10/06/2022.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil de 2015**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 15/06/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 405.691**, Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 03.07.2017. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/484029965>. Acesso em: 25/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 106.481**, 1ª Turma. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 08.02.2011. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619969>. Acesso em: 25/10/2022.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 14/11/2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 686.965, julgado em 18/08/2015. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1954885&tipo=0&nreg=201903483924&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200623&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 14/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Íntegra da tese. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 25/10/2022.

CITTADINO, Gisele. **Os múltiplos e perversos significados da sentença do juiz Sérgio Moro**. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (org.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017b. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf. Acesso em: 18 /08/2022.

CARNELUTTI, Francesco. **El Problema de La Pena**. São Paulo: Editora Pilares. 2015.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A sentença ilegal do juiz Moro contra Lula**. In PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (org.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017. Ebook. (1038 p.). ISBN e-book 978-85-7917-440-7.

CORBY, Isabela de Andrade Pena Miranda; MIRANDA, Daniel Gonzaga Miranda; **Sentença de Lula e Lava Jato à luz do Direito Inquisitorial no Brasil no século XVIII**. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (org.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017. Ebook. (1038 p.). ISBN e-book 978-85-7917-440-7.

CRIVELLARI, Thiago Fernando Miranda. **DECISIONISMO JUDICIAL BRASILEIRO: DA TEORIA AO CASO LULA-TRIPLEX**. Dissertação (mestrado) — Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto – MG. 2020

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 29ª edição. São Paulo. Saraiva, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 8^a edição. São Paulo. Editora Atlas, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3^a edição. Curitiba. Editora Positivo. 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 6^a edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade Método Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3^a edição. Rio de Janeiro. Editora Vozes. 1999.

HERKENHOFF, João Batista. **Como Aplicar o Direito**. 2^a edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1986.

JARDIM, Afrânio Silva. **Breve análise da sentença que condenou o presidente Lula e outros**. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (org). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6 Editora, 2017b. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf. Acesso em: 30/07/2022.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8^a edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Alaor; Borges. Ademar. **Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio**. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/parametros-interpretativos-para-a-criminalizacao-do-naorecolhimento-de-icms-proprio-17122019#:~:text=Par%C3%A2metros%20interpretativos%20para%20a%20criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20do%20n%C3%A3o%20recolhimento%20de%20ICMS%20pr%C3%B3prio,-Configura%C3%A7%C3%A3o%20t%C3%ADpica%20e&text=I.,os%20valores%20aos%20cofres%20p%C3%ABlicos>. Acesso em: 29/07/2022.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **A (In)adequada recepção da ponderação Alexyana pelo direito brasileiro**. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Juízes pagos para condenar jovens: quem aplaude ou se omite também prende**. Sessão Limite Penal, Conjur, 23.12.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-23/limite-penal-juizes-pagos-condenar-jovens-quem-aplaude-ou-omite-tambem-prende> . Acesso em: 21 /08/2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Lógica de Lampedusa precisa ser repensada no Processo Penal**. Sessão Limite Penal, Conjur, 12.09.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-12/limite-penal-logica-lampedusa-repensada-processo-penal> . Acesso em: 21/08/ 2022.

MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II**. Joinville. Bildung Editora, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2014.

PINHEIRO, Johnattan Martins; AGUIAR, Denison Melo de. **Inadimplência fiscal e a apropriação indébita tributária no RHC 163.334/SC**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 7, n. 01, e 287, jan./jun. 2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.287>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/287>. Acesso em: 29/07/2022.

PLENO – **Não recolhimento intencional de ICMS** - com audiodescrição, 2019. Vídeo (1h21min20seg). Publicado pelo canal STF. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=O93_DSMYbxo. Acesso em: 29/07/2022.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4a Região. **Sentença. Processo no 5046512 94.2016.4.04.7000/PR**. 13a Vara Federal de Curitiba. 12.07.2017. Disponível em:

http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf?_ga=2.71069267.2107722212.1584824914-178708899.1580853704. Acesso em: 29/07/2022.

RODRIGUES, Ellen.; KHOURY, Eduardo. **Breves apontamentos sobre a condenação em primeira instância do presidente Lula ou sobre a luta para que a Justiça prevaleça ante o arbítrio**. In: PRONER, C.; CITTADINO, G.; RICOBOM, G.; DORNELLES, J. (org). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017.

Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 16 | n. 31 | Jan./Jun. 2014.

SILVA, Diplácido e. **Vocabulário Jurídico**. 32ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016.

SITO, Santiago Artur Berger. **Entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação no direito: da cisão à *applicatio*: um olhar a partir da crítica hermenêutica do direito** / Santiago Artur Berger Sito. – 2012.171 f.; 30 cm. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

SIMÃO, Edna; RIBEIRO, Mariana. **Carga tributária em 2019 foi de 33,17% no Brasil**. **Valor Econômico**, 30 de março de 2020. Disponível em:

<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/03/30/carga-tributaria-em-2019-foi-de3317percent-no-brasil.ghtml> . Acesso em: 20 jun. 2022.