



O risco da interpretação criativa dos tribunais no direito penal

The risk of creative interpretation of the courts in criminal law

 **Thaís Aline Mazetto Corazza**

Unicesumar

Doutoranda e Pesquisadora Capes em Ciências Jurídicas

Maringá, PR – Brasil

thaiscorazza@hotmail.com

 **Gustavo Noronha de Ávila**

Unicesumar

Doutor em Ciências Criminais

Maringá, PR – Brasil

gusnavila@gmail.com

Resumo: O presente artigo trata do risco da interpretação criativa dos tribunais no Direito Penal, que acaba interferindo nos direitos fundamentais e da personalidade. O método utilizado para a pesquisa é o hipotético-dedutivo, partindo-se de premissas gerais que possam ser aplicadas a situações concretas. Nesse prisma, se fará uma breve análise dos princípios penais constitucionais e da Teoria da Separação dos Poderes. Após, se discorrerá sobre o ativismo judicial no Brasil, se analisará a incompatibilidade entre o processo de criminalização primária e o Judiciário como legislador penal, e, por fim, serão abordadas as decisões manipulativas e o uso da analogia em matéria criminal. A abordagem de pesquisa será dedutiva e a técnica será bibliográfica. Como resultado verificou-se que o papel do Judiciário, em matéria criminal, deve ser o de mero aplicador da lei, com a adoção de uma postura de autocontenção judicial. Quando não houver tipo penal que criminalize determinados desvalores sociais, não deve o Judiciário decidir criativamente, pois o ativismo judicial e o processo de criminalização são institutos constitucionalmente incompatíveis.

Palavras-chave: princípios penais; ativismo judicial; incompatibilidade; criminalização primária; legislador penal.

Abstract: This article deals with the risk of creative interpretation of the courts in Criminal Law, that ends up interfering with fundamental and personality rights. The method used for the research is the hypothetical-deductive, starting from general premises that can be applied to concrete situations. In this perspective, will be done analysis of constitutional criminal principles and the Theory of Separation of Powers. After, will speak about the judicial activism in Brazil, will be analyzed the incompatibility between the primary criminalization process and the Judiciary as a criminal legislator, and, finally, will be addressed manipulative decisions and the use of analogy in criminal matters. The research approach will be deductive and the technique will be bibliographic. As a result, it was found that the role of the Judiciary, in criminal matters, must be the mere law enforcer, with the adoption of a posture of judicial self-restraint. When there is no criminal type that criminalizes certain social disvalues, the Judiciary should not decide creatively, because judicial activism and the criminalization process are institutes incompatible constitutionally.

Keywords: criminal principles; judicial activism; incompatibility; primary criminalization; criminal legislator.

Para citar este artigo
ABNT NBR 6023:2018

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; ÁVILA, Gustavo Noronha de. O risco da interpretação criativa dos tribunais no direito penal. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 322-348, jul./dez. 2022.
<http://doi.org/10.5585/prismaj.v21n2.21133>

Introdução

O presente artigo trata do risco da interpretação criativa dos tribunais, também chamado de ativismo judicial, mais especificamente em matéria de Direito Penal.

O tema se justifica no cenário de inércia dos órgãos dos poderes estatais, como o Supremo Tribunal Federal, que, com a finalidade de preencher as falhas legislativas que permeiam o ordenamento jurídico, passou a atuar como arena de decisões políticas, papel este constitucionalmente atribuído ao Legislativo e ao Executivo. E a esse cenário de desequilíbrio institucional, ensejador do protagonismo do Poder Judiciário, denomina-se ativismo judicial, e, especialmente na esfera criminal, afeta a estrutura de todo o sistema que deposita na legalidade o poder de resguardar os direitos fundamentais e da personalidade de eventuais arbitrariedades do Estado.

Nesse contexto, busca-se elucidar as seguintes indagações relacionadas ao problema que envolve a temática: O Direito Penal dá abertura ao Poder Judiciário para realizar interpretações criativas criminalizando condutas não tipificadas? O anseio de criminalizar desvalores sociais legitima a relativização do instituto estruturante do Direito Penal, qual seja, o princípio da legalidade?

Objetiva-se, com isso, demonstrar que a tutela pelo Direito Penal, de determinado bem jurídico, não pode se dar simplesmente pelo fato de haver previsão constitucional, mas sim em razão de que essa espécie de proteção seja concretamente considerada necessária para aquele bem. A criminalização opera em *ultima ratio*. E a separação dos poderes estatais não é apenas uma questão de divisão do trabalho na organização estatal. A ela cabe também uma função de garantia da liberdade. Portanto, importante se faz respeitá-la rigidamente, já que a invasão das searas acaba gerando o puro totalitarismo com uma Ditadura Política ou uma Ditadura do Judiciário.

Nesse prisma, se fará uma breve análise dos princípios penais constitucionais e da Teoria da Separação dos Poderes, essenciais para evitar omissões e violações estatais, além de assegurarem a supremacia constitucional. Após, se discorrerá sobre o ativismo judicial no Brasil, que passou a usurpar as competências do Legislativo e do Executivo, circunstância esta

que somente apareceu a partir da Constituição Federal de 1988, já que trouxe maior interação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes. E por fim, se analisará a incompatibilidade entre o processo de criminalização primária e o Judiciário como legislador penal, bem como as decisões manipulativas e o uso da analogia em matéria penal. A abordagem de pesquisa será dedutiva e a técnica será bibliográfica.

O método utilizado para a pesquisa será hipotético-dedutivo, partindo-se de premissas gerais que possam ser aplicadas a situações concretas. A abordagem de pesquisa será dedutiva e a técnica de pesquisa será bibliográfica.

1 Os princípios penais constitucionais e a separação dos poderes

Após a Constituição de 1988, diante da nova perspectiva organizacional adotada, o Estado tem o dever de agir como legítimo garantidor da ordem constitucional, buscando resguardar um contexto de efetivação concreta dos inúmeros núcleos de direitos reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico. Para isso, a Lei Maior estabelece os fundamentos do Estado Democrático de Direito e os objetivos da República Federativa do Brasil, como maneira de nortear a função estatal, com a finalidade de evitar abuso de direito e violações.

Destaca-se a necessidade de se estudar os princípios constitucionais aplicados, em especial ao Direito Penal, como o alicerce das garantias do indivíduo, a fim de evitar o arbítrio do Estado. Como dito, os princípios foram introduzidos na Carta Magna com o objetivo de fornecer uma direção, não somente ao aplicador do direito violado, mas também àquele responsável pela criação da tese defensiva, edificando, por consequência, uma trilha que possa ser percorrida e respeitada por todos.

Esse cenário possibilita a existência de segurança jurídica, tanto na atividade do legislador que elabora a norma penal, quanto na atividade do juiz de direito que aplica a lei penal ao caso concreto, assim como ao jurisdicionado que tem a segurança de ter seu direito fundamentais e da personalidade, bem como suas garantias resguardadas. A isso se dá o nome Estado Democrático e de Direito.

Nesse contexto, os princípios da legalidade e da segurança jurídica são intrínsecos ao Estado de Direito (CUNHA, 2016). É sabido que o sistema brasileiro se afastou do sistema francês e também da *Common Law*, encontrando seu próprio caminho, uma vez que colocou a lei como principal fonte do direito, abandonando de forma parcial os modelos alienígenas que nem sempre foram fáceis de se adaptar ao sistema positivo pátrio, conforme aduz Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2012, p. 96).

No Brasil, a legalidade foi o berço do Estado Democrático, constituindo uma das

principais garantias no que pertine aos direitos individuais. O citado princípio, *latu senso*, consiste na liberdade da autonomia da vontade e na proibição à insegurança jurídica, já que o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíbe, ou seja, a liberdade é a maneira de lapidar a segurança dos direitos naturais do homem e do cidadão como pertencente à sociedade, no uso e gozo de seus direitos, tendo como único limite a imposição de uma lei anterior que defina a sua conduta.

Percebe-se que, no âmbito penal, o princípio da legalidade tem o objetivo de proteger os cidadãos, de modo a evitar eventuais arbitrariedades que possam ser praticadas pelo Poder Público na utilização do *jus puniendi*. Logo, o aludido preceito, na seara penal, por ser um postulado essencial ao Estado Democrático de Direito, exige que a tipificação penal seja elaborada pelo Poder Legislativo, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente (BITENCOURT, 2019, p. 55).

Além disso, a legalidade deve ser compreendida por um aspecto substancial, que condiciona a adequação do conteúdo normativo aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais reconhecidos pela Carta Magna de 1988. No entanto, é preciso adotar uma técnica legislativa que possibilite a proteção dos bens jurídicos relevantes de maneira a evitar a utilização dos conceitos normativos gerais, uma vez que estes deixam lacunas ao delinear as condutas proibidas, tornando o espaço favorável para arbitrariedades. Daí a necessidade de se analisar o princípio da legalidade como sustentáculo do Direito Penal.

O movimento neoconstitucionalista se consolidou por meio da promulgação da Constituição Federal em 1988, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito, tendo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana. O texto constitucional resguarda os direitos fundamentais e inclui, nos seus principais objetivos, a tutela dos indivíduos diante de eventuais violações e omissões estatais, garantindo também a supremacia constitucional (BARROSO, 2018, p. 536).

Dessa forma, todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ser submetido à interpretação das normas constitucionais. Logo, nota-se que diversos ramos do Direito incorporaram esses princípios fundamentais previstos na Constituição, destacando-se, dentre eles, o princípio da legalidade. Não se pode deixar de lado a Carta Magna ao tratar do princípio da legalidade, e isso é percebido em matéria penal, já que o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, foi respeitado por esse ramo que previu no artigo 1º do Código Penal, que não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem a prévia cominação legal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) (BRASIL, 1940).

O referido princípio constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, sendo considerado um indispensável dispositivo para segurança jurídica e para a liberdade dos indivíduos contra abusos de poder e ilegalidades estatais (BITENCOURT, 2019, p. 54-55). É nesse sentido que Nilo Batista (2007, p. 230) leciona que “Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta em lei”. Portanto, deve a lei penal definir precisamente qual a conduta delituosa, evitando assim, ao máximo, normas vagas e ambíguas, uma vez que “Os tipos penais e suas consequências jurídicas devem conter não um mínimo, mas um máximo de determinação, de tal modo que permitam reconhecer as características da conduta punível, a espécie de pena e seus limites” (GIACOMOLLI, 2000, p. 230 e 245).

Diante do exposto, é explícita a necessidade do princípio da legalidade para o Direito Penal. As leis garantem a previsibilidade de intervenção estatal, de tal maneira que se apresentam como obstáculos às arbitrariedades e concedem segurança jurídica social. A Constituição Federal delega ao Poder Legislativo a criação de leis, no entanto, se percebe atualmente que, com a deficiência ou a ausência legislativa, o Judiciário acaba tomando essa função para si, caracterizando, assim, o ativismo judicial.

Apesar da intrincada teia da filosofia política, na qual se destacam textos clássicos sobre o tema, optou-se metodologicamente realizar o recorte teórico destacando apenas algumas das principais teorias acerca da separação de poderes. Não se objetiva esgotar o assunto neste artigo, propondo-se apenas um singelo passeio sobre o assunto.

Feitas as considerações iniciais, há de se destacar a contribuição de Aristóteles (382-322 a.C.) ao proclamar a injustiça do exercício do poder por uma só pessoa. Foi ele quem definiu os três tipos de atos estatais distintos, a saber: o ato executivo, o ato deliberativo e o ato judicial, deixando de tratar sobre a funcionalidade dessa separação (NANNI, 1999, p.29).

Séculos depois, a atuação de monarcas déspotas e tirânicos encontra respaldo na afirmação creditada a Luís XIV, *L'état c'est moi*¹, frase que explicita, de forma clara, o poder ilimitado que se encontrava nas mãos do rei. Foi nesta mesma época que Maquiavel escreveu sua obra mais importante, denominada “O Príncipe”. Em que pese se tratar de um manual para a manutenção e o crescimento do poder de um monarca, o título acabou por estabelecer uma espécie de sistematização do poder, já que o texto defende um parlamento (como um Poder Legislativo) que divide poderes com o rei (o Poder Executivo) e um Judiciário independente

¹ Em tradução livre, “o Estado sou eu”.

(CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 156-157).

O crescimento da burguesia, classe social surgida nos últimos séculos da Idade Média e ameaçada pela nobreza, foi transformando esse cenário exasperado do absolutismo real (CASTILHO, 2017, p. 83). A burguesia, cujo enriquecimento decorria do comércio, foi se infiltrando aos poucos na aristocracia, sendo que a partir da Revolução Francesa, passou a dominar a vida política, econômica e social. Veja-se que os burgueses não só acumulavam cada vez mais riquezas, mas também adquiriam mais poder e influência. Nesse sentido, não lhes era favorável a concentração de poderes nas mãos de um só, vez que isso acabava limitando sua expansão (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 157).

É assim que surge a Teoria da Separação dos Poderes, cuja finalidade foi assegurar a liberdade dos indivíduos. Foi Montesquieu que, no ano de 1748, instituiu a separação dos poderes da forma que se conhece até hoje, e apesar de não ser o fundador da teoria, foi seu divulgador (GUEDES, 2008, p. 06). Em verdade, foi Montesquieu quem a expressou com mais perfeição e clareza, trazendo uma contribuição pessoal que acaba por validar essa filiação estabelecida pela história (BASTOS, 1999, p. 153).

Assim, para Montesquieu (2000, p. 168), aquele que está no poder tem a tendência de sempre abusar dele e,

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Hodiernamente essa tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu é identificada nos organismos estatais existentes. O artigo 2º, da Constituição Federal do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), dispõe que os poderes da União são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si (COUCEIRO, 2011). Ademais, a separação de poderes é constitui-se em cláusula pétrea, não podendo ter a sua aplicabilidade afastada (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 158).

Os três poderes têm funções estabelecidas pelo legislador constituinte originário (FERREIRA FILHO, 2015, p. 164). Foi este quem as distribuiu, de maneira que cada um dos

poderes detivesse características predominantes referentes à sua esfera de atuação, sem contudo determinar exclusividade absoluta no exercício desses encargos. A prova disso é que a todo instante um poder acaba interpenetrando na esfera de atribuição de outro. Para refinar a ideia de Montesquieu, os federalistas norte-americanos instituíram uma solução, qual seja, a aplicação do mecanismo de freios e contrapesos, sendo um garantidor da harmonia entre os poderes (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 158).

Sobre o assunto, Paulo Henrique Borges da Rocha (2015, p. 137) assevera que,

Eles acreditam que um poder deve ter a possibilidade de “frear” o outro, impedindo que ele amplie seus poderes de forma exacerbada, essa foi uma das contribuições dos Publius para a teoria de Montesquieu, essa contribuição recebeu o nome de checks and balances. O checks and balances é um instrumento que garante que um poder regule outro, impedindo que ele extrapole seus limites, é um instrumento interno do próprio Estado. A base da exigência trazida pelos Publius é a de que o Executivo seja independente do Legislativo para que haja um efeito limitativo (para que o poder limite o poder) como ponto de programa político.

[...]

Para que um Estado efetive a separação dos poderes, impedindo um governo tirânico, se faz necessário que seja mantida a liberdade, é essencial que cada um dos poderes tenham vontade própria. Consequentemente, que eles sejam organizados de tal modo que aqueles que o exercitam tenham menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes. Ao admitir a necessidade de tal princípio, é necessário que as nomeações para as supremas magistraturas dos três poderes saiam do povo, por ser ele a fonte primitiva de toda a autoridade, por meio de canais que não tenham entre si nenhuma comunicação. Os funcionários públicos, encarregados do exercício dos poderes, devem ser tão independentes quanto possível dos que exercitam os outros poderes, isso pelo fato de que, se os funcionários públicos de um poder fossem dependentes de outro poder, sua independência seria ilusória.

Os órgãos exercentes das funções estatais necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais para serem independentes e conseguirem frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos (DIMOULIS, 2008, p. 146). E tais garantias não podem ser postergadas ou violadas, sob pena de acontecer um desequilíbrio entre os poderes, acabando por desestabilizar o governo. No momento em que o desequilíbrio agiganta o Executivo, se instala a ditadura, o despotismo, culminando no próprio arbítrio, como já afirmava Montesquieu ao realizar a análise da necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para um bom exercício das funções do Estado (MORAES, 2011, p. 127).

Verifica-se assim que deve haver um máximo e um mínimo de independência de cada órgão de poder estatal, sob pena de comprometimento do princípio da separação. Também deve existir uma delimitação máxima e mínima de instrumentos que beneficiem o exercício harmônico dos poderes, vez que, não existindo limites, um poderá se sobrepor ao outro (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 159).

No Brasil, as constituições anteriores à atual estabeleciam, de forma expressa, a vedação

a qualquer um dos poderes em delegar atribuições, de modo que aqueles que fossem investidos em um dos poderes não poderiam exercer as atribuições de outro, exceto se dentro das exceções previstas. A Constituição Federal atual, no entanto, já estabelece as incompatibilidades referentes ao exercício das funções dos poderes, à exemplo, a do artigo 84, IV (BRASIL, 1988), onde não haveria afronta ao princípio da separação dos poderes quando o chefe do Poder Executivo Federal elaborar decretos autônomos (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 160).

No que pertine à interpenetração de poderes estatais, cita-se, como exemplo, a nomeação, pelo Presidente da República, dos juízes de instâncias superiores, bem como a atuação legislativa exercida através das medidas provisórias. De igual forma, o Poder Legislativo exerce atribuições do Poder Judiciário quando realiza o julgamento o Presidente da República em crimes de responsabilidade. Também, o Poder Judiciário exerce funções legislativas ao elaborar os regimentos internos de seus tribunais e ao realizar o preenchimento das lacunas da lei (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 160).

Por outro lado, só se admite a interferência de um poder na esfera de atribuição de outro, em tese, quando necessário ao impedimento de abusos de poder, atuação esta que ocorre para proporcionar a real harmonia entre os poderes ou para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções específicas (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 160). Todavia, não se admitirá, em hipótese alguma, a interferência de um poder diretamente sobre o outro.

À exemplo, o Presidente da República não pode realizar interferências nos trabalhos legislativos para conseguir aprovação rápida de projetos de sua iniciativa. Porém, lhe é facultado solicitar urgência na sua apreciação, de acordo com o que dispõe o artigo 64, parágrafo 1º (BRASIL, 1988), sob pena de causar obstrução na pauta das votações das respectivas Casas Legislativas, conforme consta no parágrafo 2º do mesmo artigo, ambos da Constituição Federal de 1988 (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 160).

Em resumo, além de exercer suas funções precípuas (o Executivo, governar; o Legislativo, legislar; e o Judiciário, julgar), os poderes também têm funções atípicas, que dizem respeito à execução de funções inerentes à sua organização interna. Por isso, os três poderes são independentes e harmônicos entre si (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 160-161).

2 O ativismo judicial no Brasil

Não há que se falar em um Estado Democrático de Direito, sem a existência de Instituições e Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como sem a previsão de direitos fundamentais e da personalidade, e de instrumentos que permitam a

fiscalização desses requisitos. Os três poderes são intimamente ligados e a queda de um acarretaria na supressão dos demais, com o retorno da ditadura e do arbítrio (MORAES, 2011, p. 429).

De acordo com o artigo 2º da Carta Magna (BRASIL, 1988), os poderes que compõem a estrutura do Estado brasileiro são autônomos, por tal motivo não se submetem uns aos outros, devendo, de forma concomitante a isso, agir de maneira harmônica, obedecendo os parâmetros instituídos na Constituição, com o fito de que possam coexistir.

As funções típicas (aquelas inerentes à natureza dos órgãos), são fixadas da seguinte forma: o Poder Executivo exerce a atribuição de praticar e de administrar atos de chefia do governo e do Estado, ao Legislativo cabe a função de criar e editar leis e ao Judiciário é incumbida a função de julgar casos concretos aplicando o direito, de forma a diminuir os conflitos sociais existentes (LENZA, 2017, p. 535). No entanto, nota-se que na prática existem várias divergências.

Atualmente, é evidente a preponderância do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, que acaba atuando em matérias que estão fora de sua competência (BRASIL, 2019b). A Teoria da Separação dos Poderes concede ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário funções típicas e atípicas dentro do sistema denominado de *checks and balances* (freios e contrapesos). Esse sistema é inserido ao lado das funções, a fim de que haja fiscalização nas atuações, buscando evitar a interferência de um poder em outro (LENZA, 2017, p. 339).

Como o acúmulo de determinada função a somente um poder seria demasiadamente exaustivo, nasceu a função atípica, da teoria supracitada, como uma maneira de deixar os próprios poderes se organizarem. No entanto, essa atipicidade cedida legalmente não dá aos poderes a possibilidade de invasão da competência do outro (LENZA, 2017, p. 339). Essa função será aqui analisada dentro do que se denomina ativismo judicial, fruto da imoderada atuação do Poder Judiciário, diante das falhas cometidas pelas omissões e ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

A partir do instante em que se verifica a falta de desempenho daqueles que foram escolhidos para representar os interesses da sociedade, a população busca o Judiciário, a fim de que apresente soluções aos seus anseios e necessidades, muito embora essa conjectura acabaria em violação às competências dos demais poderes.

O Poder Judiciário caminha em terrenos incertos, vez que ainda não foram apresentados limites que dispõem como e quando ele deve agir. Assim, transgressões e arbitrariedades à legalidade e à constitucionalidade ocorrem sob a visão do ordenamento jurídico, não havendo parâmetro para apontar o que seria o certo e o errado.

Se faz importante aqui distinguir ativismo judicial de judicialização da política, tema recorrente nas discussões doutrinárias atuais, sendo conceitos comumente confundidos por tratarem de matérias parecidas. No entanto, há uma diferença muito específica entre os dois que é a maneira que eles são decididos (BARROSO, 2009, p. 14).

De forma bem clara, o Ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 14) mostra essa distinção:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Em suma, a judicialização é um fato e não representa tanto perigo à Teoria da Tripartição dos Poderes. Por outro lado, o ativismo é uma atitude, e nessa senda se iniciam as críticas e a sua razão de ser.

Partindo dessa premissa, sendo uma atitude, um fazer positivo, há de se concluir que não há como levantar fronteiras para saber até onde essas ações irão. Não há como prever se o Judiciário permanecerá dentro de sua alçada ou se invadirá efetivamente a competência de outro poder, justamente pela ausência de controle (em doutrina ou em texto de lei) do que o ativismo pode ou não pode fazer (BARROSO, 2009, p. 14-15).

Barroso (2009, p. 20) afirma ainda que o ativismo e a judicialização são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira recente. Embora sejam fenômenos próximos, se distinguem. A judicialização advém do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente que o Brasil adota, que possibilita que discussões de largo alcance moral e político sejam trazidas por meio de ações judiciais. Ou seja, a judicialização decorre da vontade do constituinte e não do Judiciário. Já o ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, uma maneira expansiva e proativa de interpretar a Constituição, aumentando o alcance e o sentido de suas normas, com o fito de ir além do legislador ordinário. É um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele se fez inerte, emperrado ou não foi capaz de trazer consenso. Os riscos da judicialização e do ativismo se referem a politização da justiça, a legitimidade democrática e a ausência de capacidade institucional do Judiciário para decidir matérias determinadas.

Apesar de ser um tema controvertido na doutrina pátria, o ativismo judicial ocorre diante

da recorrente inércia do Poder Executivo no que diz respeito às políticas públicas que protegem direitos fundamentais e do Poder Legislativo quando se verifica a falta de legislação em relação a diversos assuntos que demandam urgência para serem abordados e regulamentados.

Com a destruturação das instituições e de suas funções, ocorre também um desequilíbrio em todo o sistema jurídico e, conseqüentemente, na sociedade. Acusa-se o Judiciário de usurpar as competências dos outros poderes, e embora haja discussão de sua postura, ele o faz em razão da inércia dos demais poderes (CAMPOS, 2013, p. 19).

A citada circunstância somente apareceu a partir da Constituição Federal de 1988, já que trouxe maior interação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes. Nesse momento, o Poder Judiciário se tornou mais participativo, podendo até ser visto como protagonista onde antes era apenas submisso a um ato falho do Poder Executivo. Mas ainda que consiga balancear suas decisões com o que o clamor social pede, o STF ainda encontra impasses no meio legislativo, vez que ao mesmo tempo que agrada relevante parcela da população, causa descontentamento a outra (CAMPOS, 2013, p. 19).

Para o entendimento de maneira mais exemplificada a respeito da posição do Judiciário no ativismo, deve-se estudar a ideia de interpretação sistemática, muito trabalhado pela hermenêutica constitucional. Esse conceito se amolda a dinamicidade das relações sociais e o Direito. Nessa interpretação se tem a visão do ordenamento jurídico, não apenas do texto de um único dispositivo, ele encara o sistema como um todo, ainda que tenha suas incongruências. Descaracteriza-se, assim, a antiga função do juiz que era conhecido como “boca da lei”. Na interpretação sistemática o intérprete do Direito pode ir além da constatação da norma pura e simples, de modo a verificar como o sistema está intrincado e, diante da não resolução do conflito no texto normativo, toma a decisão com base naquilo que encontrou em sua pesquisa sistemática (KRELL, 2014).

Em que pese essa conceituação, deve-se entender o ativismo como uma condição distinta da interpretação sistemática, já que nesta o magistrado, ao realizar a interpretação, tem a finalidade de encontrar a solução dentro do próprio ordenamento, não excedendo sua função ou competência, enquanto o ativismo é entendido como uma excessiva atuação do julgador (CAMPOS, 2013, p. 19).

Sobre esse tema merece especial atenção o ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. Veja-se que o STF não é uma corte constitucional, poderia ser chamado de Corte Constitucional *sui generis*. Isso significa que ela não produz apenas decisões sobre matéria constitucional, é uma Corte extremamente ativa, julgando processos sobre as mais variadas temáticas, e apresenta, em diversas ocasiões, uma posição ativista. Levando-se em conta que o

ativismo é embasado em fundamentos religiosos e morais, o STF segue essa vertente ao se portar em certos casos (OLIVEIRA, 2016):

Aborda-se o conceito do ativismo judicial estrutural dialógico, tese utilizada na Corte Colombiana e pelo próprio STF no julgamento do Estado de Coisas Inconstitucional encontrado no sistema carcerário brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, caso que se refere à superlotação do sistema carcerário colombiano (CAMPOS, 2015).

A Corte Colombiana proferiu ordens rígidas para que fossem cumpridas a rigor e pudessem modificar o quadro das graves violações à dignidade humana. Porém, essas não surtiram o efeito desejado, pois de nada adianta ordenar algo quando não se detem o poder para adimpli-lo. O erro da Corte neste caso foi ter se apartado da fiscalização da execução de suas ordens, não no que diz respeito ao fato de ser a única que pode fazê-la, mas no sentido de demonstrar o intercâmbio de funções entre o órgão executor (seja ele pertencente ao Executivo ou ao Legislativo) e a Corte (CAMPOS, 2015).

O caso acima demonstra um quadro de falhas, onde houve um ativismo que adveio da Corte Colombiana, mas foi falho por não ser dialógico. Portanto, o fato de o STF ser ativista não muda muita coisa, já que apesar de ter o poder da decisão judicial na mão, não pode legislar ou executar de fato. Para haver uma mudança efetiva, é necessário que os poderes atuem de forma harmônica entre si (CAMPOS, 2015).

Nesse sentido, tem-se que o Supremo não só ultrapassa as barreiras da questão de conteúdo da matéria ou de competência. Ele abrange assuntos de extrema importância, outros que não possuem tanto interesse nacional e também pratica excessos ao modificar procedimentos formais (como na mutação constitucional, que não se modifica o texto, mas a norma), o alcance das decisões que ele toma (teria alcance *interpartes* e se tornam *erga omnes*) e, ao ter conhecimento de que é guardião da Carta Magna, defende que a sua relevância se justifica na postura ativista que adota (CAMPOS, 2013).

3 A incompatibilidade entre o processo de criminalização primária e o judiciário como legislador penal

A atuação do Judiciário que exorbita as competências designadas pela Constituição Federal, a fim de completar as lacunas da lei, o transforma em verdadeiro legislador. Essa usurpação da função típica do Legislativo para atender as necessidades da sociedade diante da falha ou falta de lei, ocasiona um desequilíbrio institucional e, na esfera penal, acaba afetando a estrutura de todo o sistema, que deposita na legalidade o poder de resguardar os direitos

fundamentais de eventuais arbitrariedades do Estado.

Levando-se em conta que a norma penal tem taxatividade manifesta, o alargamento da incidência de um dispositivo penal não se trata de uma interpretação sistemática, mas de evidente ativismo judicial, tendo em vista que o ordenamento jurídico não possibilita abertura para tipificações posteriores, o que pode ser feito somente pelo Legislativo. A flexibilização do preceito legalidade possibilita um cenário onde o aspecto político-ideológico do Judiciário intervém e faz cessar o caráter formal do processo de criminalização, trazendo insegurança jurídica.

A estrutura de poder de toda sociedade é fundada em postulados políticos de controle social que buscam monitorar o comportamento das pessoas que a integram, com objetivo de assegurar uma harmônica convivência. Sendo assim, as condutas que geram instabilidade à ordem social relevante são valoradas, de maneira a serem reguladas por órgãos formais e informais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

Tendo em vista que os atos que configuram crime, ou seja, aqueles que de forma considerável atentam contra os bens jurídicos de maior relevância social (BITENCOURT, 2019), formam um fato complexo, várias instâncias são provocadas para combatê-los, sendo que o principal aparato de controle formal da sociedade frente a manifestação desse fenômeno é o sistema penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015).

O sistema penal, como ponto central do controle punitivo institucionalizado da sociedade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015), engloba fundamentos, modelados pela realidade social, de seleção e definição de condutas que serão consideradas como crime, dispondo sanções penais com o fito de reprimir e prevenir essas condutas. Assim, através da coerção penal, concede ao Estado a legitimidade para o exercício do *ius puniendi*. Esse processo é chamado de criminalização primária (GONZAGA, 2018).

Ressalta-se, neste ponto, que o processo de criminalização se desdobra em três etapas, quais sejam, a primária, a secundária e a terciária (GONZAGA, 2018). No entanto, levando-se em conta o propósito central do presente artigo, será abordada somente a primeira fase desse processo de criminalização.

A criminalização primária é a ação de elaborar a lei penal incriminadora adequada à realidade social, de maneira a tutelar os bens jurídicos lesados gravemente por determinadas condutas. Portanto, a norma penal é edificada sobre o pilar da legalidade, operando, assim, na seara do Legislativo e passando também, em razão da necessidade, pelo paradigma da política criminal (GONZAGA, 2018).

Conforme já dito anteriormente, a Constituição Federal tem a legalidade como eixo

central estruturador do sistema de normas penais, cabendo à lei limitar a atuação do Estado (ROBERTO JUNIOR, 2019). Todavia, a inércia institucional dos poderes Legislativo e Executivo tem dado abertura para que, diante do protagonismo do Judiciário, questões de âmbito político, incluindo-se aqui as matérias penais, sejam decididas por este órgão (VIEIRA, 2015).

O ativismo judicial, como atuação jurisdicional que se alastra pela seara de competência dos poderes políticos, feito no âmbito criminal, acaba por violar, de forma profunda, a segurança que as normas penais estabelecem sob a égide da legalidade. A formulação de crimes, através da superinterpretação do texto penal, viola a soberania do legislador estabelecida pela Lei Maior, tendo em vista que a lei é a única fonte juridicamente legítima para a efetivação desse processo (ROBERTO JUNIOR, 2019).

Nesse sentido, não há outra conclusão senão a de que o papel do Judiciário em matéria criminal deve ser o de mero aplicador da lei, com a adoção de uma postura de autocontenção judicial. Quando não houver tipo penal que criminalize determinados desvalores sociais, o Judiciário não deve decidir criativamente, pois o ativismo judicial e o processo de criminalização são institutos constitucionalmente incompatíveis.

O exemplo mais clássico da atuação exorbitante do Supremo Tribunal Federal é a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 (BRASIL, 2019a) ao criminalizar a homofobia. Nos autos dessa ação, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que as chamadas condutas de homofobia ou transfobia são consideradas crimes de racismo, ao menos até que o Poder Legislativo crie norma específica a respeito do tema (D'AGOSTINHO; OLIVEIRA, 2019). Na ocasião, o STF afirmou que não se trata de uma inovação legislativa, mas de um mecanismo provisório de interpretação até que o Congresso Nacional legisle a respeito.

O grande problema é que a Lei nº 7.716/89, na dicção do artigo 1º, trata do racismo tão somente referente ao preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião (BRASIL, 1989), sendo um rol taxativo que não permite abertura a interpretações extensivas/análogicas. Deste modo, evidente que o preconceito referente à orientação sexual, à transexualidade ou à homossexualidade não se coaduna com nenhuma dessas hipóteses taxativas da lei.

No mais, deve-se ter prudência com a utilização da interpretação ampliativa para outros tipos de discriminação/preconceitos em equiparação com o racismo, ainda que por via legislativa. Isso porque em caso de uma excessiva ampliação, a tendência é que outros grupos pleiteiem o mesmo reconhecimento, gerando o que se chama de “Cultura da Vitimização” (SILVA, 2017).

A legalidade, no sistema penal, tem a finalidade de coibir arbitrariedades estatais. Assim, o legislador ao tipificar uma conduta, deve usar a forma objetiva, com o fito de tracejar o espaço de interpretação do julgador, de maneira a não possibilitar a criminalização de condutas não previstas em lei. É isso que diz a lógica da vedação à analogia *in mallam partem* no sistema penal (LEIRIA, 1981).

É certo que a Carta Magna considera ilegal qualquer forma de discriminação, conforme o artigo 3º, IV e artigo 5º., XLI (BRASIL, 1988). Não há dúvidas quanto à existência de um bem jurídico constitucional que deve ser tutelado pelo Direito interno. Entretanto, a existência desse bem jurídico é fator necessário, mas, por si só, não é suficiente para ser utilizada a via da proteção pelo Direito Penal, instrumento de *ultima ratio*.

Salienta Tavares (2000) que a própria origem do instituto do bem jurídico penal liga-se ao objetivo de limitar, e não de embasar, o *ius puniendi* estatal. Sendo assim, o fato de existir um bem jurídico constitucionalmente tutelado não impõe necessariamente a proteção pela via penal. A tutela de determinado bem jurídico pelo Direito Penal não pode se dar simplesmente pelo fato de haver previsão constitucional, mas sim em razão de que essa espécie de proteção seja “considerada concretamente necessária para aquele bem” (PASCHOAL, 2003, p. 148).

Nesse sentido, tem-se que a divisão de poderes deve ser rigidamente respeitada, pois havendo invasões de searas, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário, culmina-se ao final no puro totalitarismo com uma Ditadura Política ou uma Ditadura do Judiciário. Como bem advertiu Frankenberg (2018, p. 226.):

Segundo os paradigmas liberais, a separação dos poderes estatais não é apenas uma questão de divisão do trabalho na organização estatal; a ela cabe também uma função de garantia da liberdade. Isso se tornou inquestionável desde o Segundo Tratado sobre o governo de Locke e Do Espírito das Leis de Montesquieu. Desde a Declaração Francesa de 1789, a separação dos poderes – a par da garantia dos direitos do homem e dos cidadãos – é considerada elemento constituinte da Constituição democrática e elemento central da promessa de coerência e transparência da Modernidade.

Não há como negar que de fato a referida decisão do STF abrangiu uma necessidade jurídica de adequação do direito à dinâmica social. É sabido que o texto legal é defasado, vez que o atual conceito de racismo é mais amplo e complexo. No entanto, defender ampliação de lei penal não é constitucional, senão através da manifestação do legislador. Qualquer coisa ao contrário, levaria a uma grave violação à estrutura básica do sistema criminal que é embasado na Constituição pátria.

De acordo com o voto do Ministro Alexandre de Moraes, não é possível que o Supremo Tribunal crie leis, já que do contrário se estaria usurpando as competências do Legislativo e

também infringindo os princípios constitucionais de separação de poderes. É que, se isso fosse possível, o Poder Judiciário (que não tem função legislativa) passaria a desempenhar função diversa da atribuída constitucionalmente, usurpando, no conjunto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não é sua, com evidente infração ao princípio constitucional da separação de poderes. (STF, – Pleno – MS 22.690-1/CE – Rel. Min. CELSO DE MELLO, Diário da Justiça, Seção I, 7 dez. 2006, p. 36) (BADARÓ, 2019)..

Evidente que o STF não pode, em hipótese alguma, criar tipo penal, ainda que por analogia. De igual forma, o princípio da reserva legal não possibilita a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social, conforme já decidido pelo STF no sentido de que “Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma”. (STF – HC 92.626, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/3/2008, Primeira Turma, DJE, de 2/5/2008). No mesmo sentido: HC 95.398, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 4/8/ 2009, Primeira Turma, DJE, de 4/9/2009) (BADARÓ, 2019).

Neste diapasão, a decisão do STF soa dissonante, já que, em analogia, instituiu o tipo penal da homofobia, em contradição com a Constituição Federal e contra o princípio da reserva legal previsto no Código Penal e na Carta Magna, que prevê a necessidade da lei prévia para a criminalização do fato. Assim, não há legitimidade do Poder Judiciário para decidir o que é ou não crime, essa é a função constitucionalmente atribuído ao Legislativo. De outro forma, a ideologia que pressiona e mobiliza a política do STF poderia possibilitar que este órgão do Judiciário, diante da expansão de sua atuação, (des)criminalizasse também condutas através das superinterpretações baseadas em posicionamentos meramente políticos.

4 As decisões manipulativas e o uso da analogia em matéria penal

Alerta Fernandes (2018, p. 256) para o fato de que, na doutrina estrangeira, em especial a italiana, se costuma determinar uma proibição “de efeito manipulativo deletério ao réu em matéria penal”. No Brasil, essa reserva a respeito das decisões manipulativas em matéria penal *in mallam partem*, adquire contornos ainda mais radicais,

“Todavia, no direito brasileiro, além da reserva legal qualificada comum a outros ordenamentos jurídicos, há um argumento de reforço à vedação de sentenças manipulativas no âmbito penal: a proibição constitucional de medidas provisórias sobre matéria penal aponta para a especial relevância dessa temática a obstar a atuação do Executivo e exigir a exclusividade da atuação do legislador, por meio de lei formal. (FERNANDES, 2018, p. 258).

Cumpra aqui mencionar o problema gerado com essas decisões que criam condutas

criminosas através do judiciário, no que diz respeito à devida aplicação do Princípio da Anterioridade e do Princípio da Proibição da Retroatividade de Lei Penal que prejudique o réu. Isso porque uma decisão judicial não se faz como uma lei, que tem os trâmites de publicação e de *vacatio legis* estabelecida ou ainda expressa previsão de que entrará em vigor na data de sua publicação. O órgão colegiado forma uma maioria e, assim, já se sabe de antemão o fim do julgamento que é dirigido para a criminalização da conduta em tela.

Questiona-se: A partir do ponto em que se forma a maioria, a criminalização já ocorre e aí está o marco da irretroatividade? Ou a efetiva criminalização somente ocorre com a decisão final (ainda que meramente formal) e seu trânsito em julgado? Fala-se meramente formal levando-se em conta que com a maioria já estabelecida, dificilmente haverá alteração no quadro. Diante da baixa probabilidade dessa situação ocorrer, provavelmente a criminalização efetiva somente seria válida após a decisão final transitada em julgado. No entanto, existe um vácuo entre a formação da maioria e a finalização formal do julgamento, situação que, no mínimo, gera insegurança jurídica e perplexidade.

Fato é que houve um truque ilusionista no julgamento, pois o Ministro Celso de Mello que começou seu voto destacando a impossibilidade de o Poder Judiciário se sobrepor ao Legislativo, acaba ao final, afirmando que não se pode “criar” um novo tipo penal através via jurisprudencial, mas é possível utilizar um tipo penal já previsto em lei “para considerar como crime algo que nele não está descrito” (BADARÓ, 2019).

Ora, isso nada mais é do que a institucionalização, através da via judicial que se utiliza de um jogo de palavras, da utilização da analogia *in mallam partem* no Direito Penal. E essa não foi a primeira vez, inclusive sobre o mesmo tema. Veja-se que o STJ, indevidamente, já equiparou o crime de injúria preconceito (artigo 140, § 3º, CP) ao de racismo, e quando o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, este se omitiu, alegando que a matéria tratava de interpretação de lei federal e não havia questão constitucional a ser discutida (CABETTE, 2016)

Cabe aqui distinguir analogia de interpretação analógica. A analogia é um processo de autointegração, se estendendo uma norma penal aonde, de forma originária, não existe. Integrar o sistema nada mais é do que completá-lo ou preenchê-lo, de modo a se tornar coerente e satisfatório. No campo jurídico, o sistema normativo tem a pretensão de solucionar todo e qualquer conflito emergente, mas surgem lacunas, casos concretos para os quais não há uma norma específica. Assim, se utiliza, então, acertadamente, a analogia. Ou seja, se vale de uma norma correlata para a sua aplicação em uma situação similar. Nesse sentido, não se trata a analogia de criação de norma e, sim, de integração de normas que já existem para incidir sobre fatos semelhantes ao regulado, diante a falta de lei que regule o fato a ser julgado (NUCCI,

2018).

Já a interpretação analógica é um método de interpretação, que diferentemente da analogia, naquela há uma lei a ser aplicada e interpretada e, então, não há lacuna ou omissão legislativa ou normativa. Nesse sentido, existe a necessidade da aplicação desse método interpretativo quando, em parte do próprio texto da lei, há um conceito genérico ou uma fórmula que necessita ser interpretada e ter sua norma revelada a partir do mesmo texto legal. Não são utilizadas outras leis para tal interpretação, se extraem conceitos análogos do próprio texto, o qual se procura interpretar (NUCCI, 2018).

Ocorre que, diante do princípio da legalidade em matéria penal, se torna complexa a utilização da analogia, pois não se podem usar critérios de semelhança para alcançar condutas, ainda que correspondentes, não tipificadas em lei. É necessário que a lei preveja, com precisão, o comportamento praticado pelo sujeito para que ele possa ser responsabilizado penalmente. No Direito Penal, não se pode aplicar a analogia para criar um delito que não tenha previsão expressa ou uma sanção penal que o legislador não estatuiu. Isso porque o princípio da reserva impede a elaboração de figuras típicas pelo processo analógico (NUCCI, 2018).

E como tudo no Direito tem uma razão de ser, o fundamento para não se aplicar a analogia em matéria penal, está, inicialmente, na existência dos direitos e garantias fundamentais de liberdade e na proteção do indivíduo perante o Estado. Não se faz ao acaso o uso da analogia, por puro arbítrio do intérprete, vez que há uma lógica e um significado em sua utilização.

Quando a Constituição Federal estatuiu que não haveria crime sem lei anterior que o definisse, exigiu que a lei descrevesse a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, com a finalidade de que, somente no caso de integral correspondência entre a conduta e a lei incriminadora, o sujeito pudesse ser punido. Por esta razão, o princípio da reserva legal veda completamente o emprego da analogia em matéria de norma penal incriminadora (CAPEZ, 2019).

Assim, é proibido o uso da analogia *in malam partem*, que, por semelhança, amplia o rol das infrações penais e das penas. Por outro lado, é admitida, na seara criminal, a analogia *in bonam partem*, já que favorece o direito de liberdade, tanto por exclusão da criminalidade, como pelo tratamento favorável ao réu.

No sistema penal, o princípio da legalidade tem a função de coibir arbitrariedades do Estado. A lógica da vedação à analogia *in malam partem*, na seara criminal, diz que o legislador, ao tipificar uma conduta, o faz de forma objetiva, com a finalidade de restringir e limitar o espaço de interpretação do julgador, de forma que não possibilite criminalização de

condutas não previstas em lei.

Na decisão citada que gerou polêmica, o autor da ação busca o reconhecimento formal, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, com a cientificação do Congresso Nacional para que adote as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (CF/88 art. 5º, XLI e XLII), trazendo ainda estabelecido prazo razoável para esse fim. Ainda, postula que a Corte confira interpretação conforme às disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, e explicita que os atos de discriminação praticados, em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero dos integrantes da comunidade LGBT, se encontram compreendidos na definição ampla de racismo (BRASIL, 2019a).

Veja-se que, se em seu voto o Ministro nega a utilização da analogia e compartilha o entendimento de que a Lei do Racismo (Lei nº 7716/89) já abrange o conceito de homofobia em seu conteúdo, por qual motivo então decretaria a mora do Congresso Nacional? Se a lei já existe, o que deveria ser aplicado seria apenas a interpretação do Supremo Tribunal sobre o texto legal supramencionado, incluindo em sua nova interpretação os comportamentos discriminatórios homotransfóbicos. Nesse caso, o mais lógico seria julgar improcedente o pedido de declaração de mora legislativa, bastando reconhecer o mandado de criminalização e o seu cumprimento desde a Lei nº 7716/89, mesmo que eventual falha estivesse na forma equivocada pela qual os aplicadores do direito interpretavam a lei até então.

No entanto, ao julgar procedente a referida ação, com a decisão de que seja aplicado ao caso concreto a Lei do Racismo, e decretar a mora legislativa, ao que parece o Ministro está a se utilizar da analogia, que tanto foi negada pelo mesmo durante toda sua fundamentação, já que aplica uma lei a um fato semelhante, porém não regulado, ante o reconhecimento da mora legislativa, ou seja, da falta de lei que criminalize o preconceito homotransfóbico.

No mesmo julgamento da ADO 26, o Min. Ricardo Lewandowski, que teve seu voto vencido, alertou para a necessidade de lei para se criminalizar a homofobia (BRASIL, 2019a).

Em que pese a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, certo é que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível uma lei em sentido formal para tal. Efetivamente, o princípio da reserva legal expresso no artigo 5º, XXXIX, da Constituição (BRASIL, 1988), dispõe que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem cominação legal prévia. A Constituição é clara ao afirmar que apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.

A Primeira Turma do STF, em acórdão unânime, no Inquérito 3.590/DF, que analisou o recebimento de denúncia contra o deputado federal Marco Antônio Feliciano em razão da

suposta prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989, entendeu pela procedência da defesa no que articula a atipicidade, já que não se teria, no caso, a discriminação em virtude da opção sexual. Isso porque o artigo 20 da Lei 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a discriminação decorrente da opção sexual do cidadão. Afirma ainda que é claro o ditame constitucional de que não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (inciso XXXIX do artigo 5º). Diante deste fato, deixou-se de receber a denúncia, com fundamento no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, considerando que não constitui o fato infração penal, havendo, portanto, a absolvição do réu, o que na fase em que estava o processo gerou apenas a ausência de instauração da ação penal.

Nesse sentido, nota-se que no âmbito da própria Corte Suprema, a minoria vencida já alertava que o acolhimento do pedido, em relação a parte que pleiteava interpretação conforme, estaria desafiando o princípio da reserva legal. Tanto é que foi invocado precedente do Pretório Excelso que arquivou inquérito policial promovido contra deputado federal acusado de praticar crime de preconceito homotransfóbico, por considerar o fato como atípico, isto é, não previsto em lei, nem mesmo na chamada Lei do Racismo (BRASIL, 2014).

Em 2016, antes mesmo do julgamento do caso discutido no presente artigo, Ives Gandra Martins já alertava para o protagonismo exagerado do STF e via mudança em seu papel, postulando que esse protagonismo estaria a gerar instabilidade institucional e insegurança jurídica (MARTINS, 2016). Já Cabette (2019) foi duro na crítica, ao afirmar ter havido uma clara invasão da seara do Poder Legislativo, o que chama de totalitarismo e de Ditadura do Judiciário.

Assim, levando-se em conta que a norma penal tem taxatividade manifesta, o alargamento da incidência de um dispositivo penal não se trata de uma interpretação sistemática, mas de evidente ativismo judicial, tendo em vista que o ordenamento jurídico não possibilita abertura para tipificações posteriores, o que pode ser feito somente pelo Legislativo. E essa flexibilização do preceito legalidade possibilita um cenário onde o aspecto político-ideológico do Judiciário intervém e faz cessar o caráter formal do processo de criminalização, trazendo insegurança jurídica.

Veja-se que os atos que configuram crime são aqueles que de forma considerável atentam contra os bens jurídicos de maior relevância social, e várias instâncias são provocadas para combatê-los, sendo o sistema penal o principal aparato de controle formal da sociedade diante disso. Esse sistema engloba fundamentos, modelados pela realidade social, de seleção e definição de condutas que serão consideradas como crime, dispondo de sanções penais para

reprimir e prevenir essas condutas. Através da coerção penal, se concede ao Estado a legitimidade para o exercício do *ius puniendi* e esse processo é chamado de criminalização primária.

A criminalização primária é a ação de elaborar a lei penal incriminadora adequada à realidade social, de maneira a tutelar os bens jurídicos lesados gravemente por determinadas condutas. Portanto, a norma penal é edificado sobre o pilar da legalidade, cabendo à lei limitar a atuação do Estado.

A função de criar crimes é típica do legislador e somente a ele cabe o papel de criminalizar determinados atos, tais como os homofóbicos e transfóbicos. O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem grande relevância ao resguardar o texto da Lei Maior e se atentar para a sua incidência em relação ao ordenamento jurídico, mas não é sua função criar leis, em especial aquelas que se referem a um tema tão sensível quanto a criação de tipos penais, tendo em vista que estão diretamente ligadas ao cerceamento da liberdade dos indivíduos.

De todo o exposto, parece realmente que para o STF, a Tripartição dos Poderes e o Princípio da Legalidade Penal não são matérias que possuem dignidade constitucional. O ativismo judicial não faz parte da atuação jurisdicional legítima, haja vista que o fundamento do Estado-juiz aqui não seria a lei e sim concepções político-ideológicas. E isso não pode prosperar em um Estado que se diz Democrático de Direito. Quanto mais preservada a legalidade, mais firme e durável é a segurança do sistema jurídico penal e, conseqüentemente, maior é a efetividade da tutela dos direitos fundamentais. Ao contrário disso, torna-se um espaço para arbitrariedades estatais.

Conclusão

A posição de destaque do judiciário em nenhum momento foi tida pela Carta Magna como válida. A postura ativista vai além da linha que separa os poderes e suas funções, cuja principal justificativa é a garantia de direitos fundamentais. E isso pode significar um risco ao ordenamento jurídico, com base nas perspectivas de normas e regras estabelecidas com o fito de controlar e resguardar o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Extrapolar os limites fixados pela divisão dos poderes, pode traçar um cenário de concentração de poder que leva ao autoritarismo e domínio do Poder Judiciário em relação aos demais poderes. Ir além e adentrar a esfera de competência de outros poderes, pode levar a ideia de que o Poder Judiciário quer menosprezar a capacidade que estes possuem de desempenhar o seu papel que foi validado de forma democrática, por meio da vontade popular.

O fenômeno deve ser analisado minuciosamente, com o fito de impedir a

desconfiguração do Poder Legislativo. Ademais, o ativismo judicial pode trazer danos ao próprio Poder Judiciário, que sobrecarregado, fica incumbido de interpretar as mudanças da sociedade e a criação do direito, sobrecarregando também a atividade deste poder.

Assim como a Constituição Federal de 1988, o sistema jurídico-penal brasileiro é também estrutura basilar para garantia dos direitos fundamentais e da personalidade, da pacificação da convivência e do impedimento de arbitrariedades estatais. O referido sistema é lastreado pelo princípio da legalidade, que define que não haverá crime ou pena sem a prévia cominação legal. Portanto, não há possibilidade de existência de outro poder, que não o Poder Legislativo, para a função de criação de tipos legais criminais.

Em que pese toda essa conjuntura seja positivada pela própria Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a prática do ativismo judicial, consistente em decidir com fundamento em convicções políticas e morais, deixando de lado ou alterando normas procedimentais que consolidam a seriedade e a imparcialidade do Poder Judiciário.

A maior crítica que se faz a postura do STF, e ao Poder Judiciário como um todo, é que ele entra nas esferas de poder das outras funções, tomando decisões de maneira mais opinativa que jurídica. No presente artigo, a análise que se faz é específica em relação ao Judiciário e ao Legislativo, já que se trata da problemática do STF na atuação como legislador em âmbito penal, ao estabelecer, em sede de decisão judicial, que condutas, como as de natureza homofóbica e transfóbica, devem ser criminalizadas, em equiparação, no exemplo citado, aos crimes de racismo.

Sem entrar nas questões relativas à distinção entre homofobia e racismo, deve se atentar ao momento em que a atuação do Supremo é exorbitante e beira à ruptura da tripartição de poderes. Embora exista a necessidade de uma legislação que trate dos direitos e garantias dessa comunidade, esta maneira não é a mais adequada para atingir tal finalidade, vez que retira a legitimidade da decisão.

Também, em matéria penal, não é permitido a utilização da analogia *in malam partem*, que, por semelhança, amplia o rol das infrações penais e das penas. O princípio da legalidade tem a função de coibir arbitrariedades do Estado, e a lógica da proibição à analogia *in malam partem* aqui, está no fato de que o legislador, ao tipificar uma conduta, o faz de forma objetiva, com a finalidade de restringir e limitar o espaço de interpretação do julgador, de forma que não possibilite criminalização de condutas não previstas em lei.

A função de criar crimes é típica do legislador e somente a ele cabe o papel de criminalizar determinados atos, tais como os homofóbicos e transfóbicos. O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem grande relevância ao resguardar o texto

da Lei Maior e se atentar para a sua incidência em relação ao ordenamento jurídico, mas não é sua função criar leis, em especial, na seara penal, que atinge a liberdade dos sujeitos.

Ocorre que a inércia institucional dos poderes Legislativo e Executivo tem dado abertura para que, diante do protagonismo do Judiciário, questões de âmbito político, incluindo-se aqui as matérias penais, sejam decididas por estes órgãos. Essa atuação, no entanto, acaba por violar, de forma profunda, a segurança que as normas penais estabelecem sob a égide da legalidade. A formulação de crimes, através da superinterpretação do texto penal, viola a soberania do legislador estabelecida pela Lei Maior, já que a lei é a única fonte juridicamente legítima para a efetivação desse processo.

É importante também ter prudência ao utilizar-se da interpretação ampliativa para outros tipos de discriminação/preconceitos em equiparação ao tipos penais já existentes, ainda que por via legislativa, tendo em vista que diante do excesso na ampliação, a tendência é que outros grupos também pleiteiem o mesmo reconhecimento, o que acaba gerando uma “Cultura da Vitimização”.

O papel do Judiciário, em matéria criminal, deve ser o de mero aplicador da lei, com a adoção de uma postura de autocontenção judicial. Quando não houver tipo penal que criminalize determinados desvalores sociais, não deve o Judiciário decidir criativamente, pois o ativismo judicial e o processo de criminalização são institutos constitucionalmente incompatíveis.

Nesse contexto, deve ser rigidamente respeitada a divisão de poderes, já que a invasão da seara dos demais poderes gera, ao final, puro totalitarismo com uma Ditadura Política ou uma Ditadura do Judiciário. Defender ampliação da lei penal é inconstitucional, já que isso somente pode ser feito através da manifestação do legislador. Qualquer ação ao contrário, levaria a uma grave violação à estrutura básica do sistema criminal, que é fundamentado pela Constituição Federal de 1988.

Referências

BADARÓ, Gustavo. **Legalidade penal e homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionismo**. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOIZfe5hGph1ITje5PT4QLZw. Acesso em: 28 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 out. 2021.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Casa Civil. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os Crimes Resultantes de Preconceitos de Raça de Cor. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF: Data de Julgamento: 13 jun. de 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Institucional**. Brasília, 25 jan. 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Inq: 3590 DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/08/2014, Data de Publicação: acórdão eletrônico dje-177 divulgado 11-09- 2014, publicado 12-09-2014.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. **JusBrasil**. 2019. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/717783998/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-uma-aberracao-juridica>. Acesso em: 23 maio 2022.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Para o STJ, injúria é crime de racismo**. Será?, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52141/paraostj-injuriaecrime-de-racismo-sera>. Acesso em: 28 out. 2021.
- CAMARGO, Maria Lucia Miranda de Souza; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O

ativismo judicial e a tripartição de poderes. E-Civitas - **Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH** - Belo Horizonte, v. IX, n. 2, p. 153-174, 2016. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/2034>. Acesso em: 23 out. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 15 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COUCEIRO, Júlio Cesar da Silveira. Princípio da Separação dos Poderes em Corrente Tripartite. **Revista Ambito Jurídico**, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/>. Acesso em: 15 out. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971601/>. Acesso em: 15 out. 2021.

D'AGOSTINHO, Rosanne, OLIVEIRA, Mariana. **Maioria do STF vota por enquadrar homofobia como crime de racismo**; julgamento é suspenso. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/23/stf-forma-maioria-para-enquadrar-homofobia-como-crime-de-racismo.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. *In*: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coord.). **Constitucionalismo**: os desafios do terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro** – possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANKENBERG, Günter. **Técnicas de Estado**. Trad. Gercelia Mendes. São Paulo: UNESP, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da legalidade. **Revista Ajuris: Doutrina e Jurisprudência**, Porto Alegre, v. 26, n. 78, p. 230-245, jun. 2000.

GONZAGA, Christiano. Prevenções e criminalizações. In: GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUEDES, Juliana Santos. Separação dos Poderes? o poder executivo e a tripartição de poderes no Brasil. Monografia - Universidade de Rio Verde (UniRV). **Revista eletrônica mensal. Direito Unifacs – Debate Virtual**, Unifacs, Salvador, n. 92, fev. 2008.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito Getúlio Vargas**, São Paulo, p. 295-320, jan./jun.2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ZcsRkX8WpbVvtctNgzQCC8r/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 09 out. 2021.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Teoria e aplicação da lei penal**. São Paulo: Saraiva, 1981.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, 12/07/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente>. Acesso em: 23 maio 22.

MONTESQUIEU, C. L. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 2. ed, 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito penal – Parte Geral**. Vol 1, 2 ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

OLIVEIRA, Eluã Marques de. Supremo Tribunal Federal: uma Corte Constitucional sui generis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 95, n. 24, p. 15-339, jun. 2016.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

ROBERTO JUNIOR, Delmanto. Garantismo, Legalidade e interpretação da Lei Penal. **Revista dos Tribunais Online**, v. 2, jan. 2019.

ROCHA, Paulo Henrique Borges. Faces da política e faces da constituição: exploração das relações entre poderes republicanos no sistema constitucional brasileiro. 2015. 137 p. **Dissertação** (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre (MG), 2015.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. **Microagressões e a cultura da vitimização**. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hOA7L1a54d4>. Acesso em: 28 out. 2021.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; ÁVILA, Gustavo Noronha de. O risco da interpretação criativa dos tribunais no direito penal

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIEIRA, Renato Stanziola. Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, v. 7, p. 1447 - 1478, ago. 2015. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/dbc053_85fe2b490f4543ad818d58c00431f942.pdf. Acesso em: 25 out. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Controle social, sistema penal e direito penal. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.