

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Eduardo Henrique da Silva Santos¹

Bárbara de Souza Nazareth²

RESUMO: O presente artigo analisa o ativismo jurídico em matéria de Direito Penal por parte dos Tribunais Superiores, apontando as complicações geradas frente ao Princípio da Reserva Legal e a criminalização de condutas não previstas expressamente em lei. Para tanto, partindo da premissa de previsão constitucional do Princípio da Reserva Legal, fizemos uma análise da atuação do Poder Judiciário no caso concreto, com base em pesquisas bibliográficas e descritivas, sendo estas, pautadas na doutrina, na lei e na jurisprudência. Assim, a partir da aplicação e estudo dessas fontes secundárias, comprovamos que o desrespeito a este princípio constitucionalmente garantido, logicamente, leva à inconstitucionalidade da criminalização de condutas pelo Poder Judiciário, sob pena de ferir direitos e garantias fundamentais do cidadão.

PALAVRAS-CHAVES: Reserva Legal; Ativismo judicial; Interpretação extensiva; aplicação da lei; Criminalização de condutas

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, no Brasil, o Poder Judiciário tem se mostrado bastante presente. Nunca antes se ouviu falar tanto de nossos tribunais como nos tempos atuais. Tudo isso, logicamente, advém de uma atuação mais intensa ante aos problemas sociais enfrentados pelos brasileiros que, por sua vez, têm buscado cada vez mais soluções por meio da via judicial.

No entanto, para solucionar as demandas da sociedade no tocante à matéria penal, o Poder Judiciário tem se utilizado do ativismo judicial e da interpretação extensiva, criando tipos penais antes inexistentes ou até mesmo aferindo um tratamento mais gravoso a outros já tipificados em lei. Por consequência, essa postura assumida pelos nossos tribunais tem sido alvo de duras críticas pela doutrina, afinal, fere diretamente o princípio constitucionalmente garantido da Reserva Legal.

A partir dessa perspectiva, o objetivo desse trabalho é analisar o ativismo judicial em matéria de Direito Penal por parte dos Tribunais Superiores, apontando as complicações

¹ Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). *E-mail:* eduardo_mg2013@yahoo.com.

² Professora do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). Mestre em Direito das Relações Sociais e Econômicas pela Faculdade Milton Campos. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 2014. *E-mail:* barbara.nazareth@uniptan.edu.br.

geradas frente ao Princípio da Reserva Legal e a criminalização de condutas não previstas expressamente em lei. Para tanto, identificamos o que é o Princípio da Reserva Legal ou Estrita Legalidade e sua relevância. Apontamos, ainda, a relação entre o ativismo judicial e a interpretação extensiva, destacando seus limites perante à matéria penal. Ademais, identificamos o papel institucional do Poder Judiciário e a consequência da criminalização de condutas pelos Tribunais Superiores.

A fim de atingirmos nosso objetivo, aplicamos o método de abordagem dedutivo, segundo o qual partimos da premissa de que o princípio da reserva legal é constitucionalmente garantido, diante do qual observamos que os Tribunais Superiores têm, como guardiões da Constituição, o dever de zelarem pelas normas e princípios constitucionais.

Para isto, realizamos um tipo de pesquisa bibliográfica e descritiva, baseando-nos em doutrinas escritas por notáveis penalistas do Direito, de modo a melhor descrever a relação entre o ativismo judicial e a interpretação extensiva em matéria penal ao tomarmos como base o Princípio da Reserva Legal. Assim, por meio de fontes secundárias, buscamos em artigos e jurisprudências aspectos que, no fim, deixassem claras as complicações resultantes da dicotomia entre a criminalização de condutas e a Estrita Legalidade quando aplicada ao caso concreto.

De antemão, é possível afirmar que o presente estudo conclui que a criminalização de condutas pelo Poder Judiciário, seja ela por qualquer motivação, fere diretamente o Princípio da Reserva Legal. Trata-se de uma das formas mais graves de inconstitucionalidade. Pelo fato do Princípio da Reserva Legal estar explícito entre os direitos e garantias fundamentais, implica ofensa a todo um sistema estruturado por ele, colocando à prova valores essenciais para qualquer sociedade, tais como, a democracia e a liberdade.

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Os Tribunais Superiores como instituições precípuas do Poder Judiciário devem primar pela lei e, acima de tudo, pelo cumprimento das normas constitucionais.

Nesse sentido, Rogério Greco (2016) ensina que as normas infraconstitucionais devem, obrigatoriamente, ser analisadas pelos Tribunais à luz dos princípios constitucionais, não podendo de maneira alguma afrontá-los.

O autor ainda afirma que, dentre estes princípios e normas constitucionais, temos aqueles que são tratados como Direitos e Garantias Fundamentais. Destaca-se para o tema em questão, o Princípio da Reserva Legal que, por sua vez, de modo algum deve ser ignorado.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2012), o Princípio da Reserva Legal foi consagrado no início do século XIX pelo filósofo alemão Ludwig Feuerbach por meio da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Bitencourt ratifica que é um princípio fundamental norteador do Direito Penal.

Nessa lógica, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) tutela o referido princípio em meio às suas cláusulas pétreas por intermédio do art. 5º, inciso XXXIX, que diz o seguinte: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

De igual modo, a fim de não deixar dúvidas a respeito da importância deste princípio para o Direito Penal, o Código Penal Brasileiro inaugura seu texto normativo com os mesmos dizeres em seu art. 1º, deixando-nos bem claro que a aplicação da lei penal deve total obediência ao princípio em epígrafe.

Trazendo à baila o tema, Bitencourt (2012) explora a ideia de dupla função do Princípio da Reserva Legal. A primeira função atua como um efetivo limitador do *ius puniendi* estatal. Trata-se de uma garantia individual em face às possíveis arbitrariedades do Estado.

Por outro lado, a segunda função atribuí ao Estado a legitimação do direito de punir aquelas condutas que vão de encontro ao que é expresso em lei. Logo, temos que ter em mente que o Poder Judiciário deve, enquanto instituição de Estado, atuar dentro das exigências pautadas por este princípio.

Coadunando da mesma ideia de Rogério Greco, Bitencourt (2012) reforça que este princípio é um imperativo que não admite exceções, além de representar uma conquista da consciência jurídica no que se refere a justiça, diante da qual somente os regimes totalitários têm negado.

Isto posto, Mirabete (2008) assevera que o Princípio da Estrita Legalidade ou Reserva Legal surgiu com a finalidade de efetivamente limitar a intervenção desmedida do Estado e regular seu poder punitivo ante ao cidadão, a exemplo do que foi observado no passado.

O autor aduz ainda que, desde tempos imemoráveis até um passado recente, o poder do Estado era apenas uma extensão da vontade do governante que, por sua vez, condicionava a população à sua arbitrariedade na aplicação da lei, em especial ao direito de punir, atinente ao próprio Estado.

Ao considerarmos as ideias trazidas por Bitencourt e Mirabete, faz-se necessário um breve estudo da gênese histórica do Princípio da Reserva Legal, de modo a melhor entender a

sua aplicação e relevância no Direito, além de destacar outros institutos que desdobram-se a partir deste pressuposto.

GÊNESE HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Heleno Fragoso, um dos mais destacados juristas criminais do Brasil, em 1971 publicou na “Revista de Direito Penal” um artigo intitulado “Observações sobre o Princípio da Reserva Legal”. Neste artigo, o renomado jurista faz uma síntese histórica elucidando a aplicação e relevância do Princípio da Reserva Legal ou Estrita Legalidade.

Fragoso (1971) aduz que no direito romano, bem como na idade média, prevalecia um grande arbítrio judicial, principalmente, no que tange ao Direito Penal. A aplicação da lei penal naquele tempo era realizada de forma extraordinária (*cognitio extraordinem*), na qual era dispensada a acusação formal. Diante disso, o Estado atuava com extrema liberdade para apreciar e punir os delitos, mesmo sem ter lei anterior. Eram os chamados crimes extraordinários.

Indo mais adiante, o autor aponta que a *Magna Carta* imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, no ano de 1215, estabelecia por meio de seu art. 39 que “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.*”

Traduzindo livremente o artigo supracitado, verificamos que a Magna Carta de 1215 assegurava que nenhum homem livre seria submetido a penas, sejam elas de qualquer natureza, sem o devido processo legal ou de acordo com as leis da terra. Logo, podemos verificar que, embora este dispositivo, de acordo com Fragoso (1971), seja o primeiro antecedente histórico notável do Princípio da Reserva Legal, parece-nos que não representa a garantia de direito material, mas apenas processual.

Passando agora ao direito moderno, já à época do Iluminismo, Heleno Cláudio Fragoso (1971), ao citar as obras *L'esprit des lois*, de 1748, e *Dei delitti e delle pene*, de 1764, escritas respectivamente por Montesquieu e Beccaria, afirma que com a teoria da tripartição dos poderes, o juiz não pode estabelecer crimes ou sanções, pois se assim o fizer, estará usurpando a competência do poder legislativo. Como consequência, o juiz passa a dever total obediência à lei, sendo vedado aos magistrados a sua interpretação.

Em virtude destes ensinamentos, Heleno Fragoso (1971) destaca que as grandes correntes de direito natural que remontavam ao século anterior firmaram as bases políticas

desse princípio, pois, conforme estas correntes de pensamento, enquanto a lei não é editada pelo Estado, subsiste a liberdade natural atinente ao homem.

Mais tarde, já caminhando para o fim do século XVIII, o Princípio da Reserva Legal foi introduzido nos *Bill of Rights* (declaração dos direitos) e Constituições das colônias inglesas à medida que declaravam independência. A fim de ilustrar, Fragoso (1971) diz que a vedação à leis pós-fato aparece nos *Bill of Rights* da Virgínia e na Constituição de Maryland, no ano de 1776. De acordo com o autor, tais diplomas asseveram que as leis que estabelecem punição a fatos praticados antes de sua própria existência, são injustas, opressivas e incompatíveis com a liberdade. Portanto, nenhuma lei pós-fato deve ser editada.

Como é possível notar, ao longo da história, o Princípio da Reserva Legal apareceu em muitos momentos. Porém só começou a realmente ganhar força nos *Bill of Rights* dos Estados norte-americanos. Contudo, Mirabete (2008) leciona que foi a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada do ano de 1789, que realmente trouxe esse princípio a voga. Em outros termos, foi este diploma que serviu como pedra fundante do referido princípio.

Assim, o art. 8º do diploma acima citado preconizou que ninguém poderia ser punido, salvo em virtude de lei previamente estabelecida e legalmente publicada. Como bem destaca Cezar Roberto Bitencourt (2012), a máxima trazida pelo artigo supracitado passou a irradiar pelos mais diversos Estados, passando a integrar seus respectivos diplomas legais.

No Brasil, Heleno Cláudio Fragoso (1971) alude que todas as nossas cartas constitucionais, a partir da “Constituição Política do Império do *Brazil* de 1824”, assim como todos os nossos códigos penais, já asseguravam expressamente o Princípio da Reserva Legal.

Materializando a afirmação de Fragoso, a respeito do acolhimento do princípio em epígrafe pelo Brasil, vejamos o que previa o art. 179, inciso I da Constituição de 1824, *in verbis*:

Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. (BRASIL, 2019)

Ratificando esta ideia, o Código Criminal de 1830 garante, por meio de seu art. 1º, que “não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique”.

De igual modo, mais tarde o Código Penal de 1890 assegurava em seu art. 1º que “ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas”.

Com a declaração da república e por conseguinte a edição da Constituição da República de 1891, o princípio da reserva legal foi mantido pelo art. 72, § 15 deste diploma legal. Vejamos o que dizia tal artigo:

Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 15 – Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada. (BRASIL, 2019)

Uma observação pertinente é que mesmo com a edição Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que veio a alterar diversos artigos da Constituição de 1891, inclusive o artigo acima referenciado, o Princípio o qual estamos enfatizando não foi suprimido.

Desta feita, Heleno Fragoso (1971) atesta que o Princípio da Reserva Legal é hoje universalmente reconhecido como garantia essencial do cidadão em face do *ius puniendi* do Estado, sendo consagrado definitivamente pela Declaração Universal do Direitos e Deveres do Homem (art. XI, 2) e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (ar. XXV). Ocorrendo o mesmo com a Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, datada do ano de 1950 que, por sua vez, de acordo com Fragoso, é direito positivo em vários países.

Quando contrapomos o Princípio da Reserva Legal frente a regimes totalitários, percebemos que sua supressão é fundamental para que o totalitarismo se estabeleça. Fragoso (1971) comenta que em 1935, na Alemanha nazista, o § 2º do Código Penal alemão foi alterado a fim de permitir a interpretação analógica da lei penal sempre que ocorresse um fato não previsto expressamente em lei, sendo então este princípio ignorado em detrimento do que os nazistas chamavam de “o sentimento do povo”. Findando a 2ª Guerra Mundial as forças de ocupação Aliadas revogaram este dispositivo.

No Brasil não foi muito diferente. Bonavides (2005) salienta que a década de 1960 marcou o país por uma maciça atmosfera de repressão resultante de um regime ditatorial,

momento no qual houve grande desrespeito às instituições democráticas e, conseqüentemente, o esquecimento do princípio aqui abordado.

Ante ao cenário deixado pela ditadura no Brasil, o legislador constituinte originário mostrou-se bastante preocupado em relação às garantias e direito individuais, abarcando em meio a estes, o Princípio da Reserva Legal.

Diante disso, ao promulgar o novo texto constitucional, o legislador cria o que a doutrina chama de “cláusulas pétreas”, dispostas na CRFB pelo art. 60, § 4º. Em harmonia com o texto constitucional, Bonavides (2005) assevera que estas cláusulas são dispositivos que não podem ser alterados, nem mesmo por força de Emenda Constitucional. Na concepção do autor, o legislador constituinte, ao criar estes dispositivos, inaugura uma ordem legal pautada no garantismo constitucional.

Neste arcabouço legal, então, o princípio da reserva legal aparece expresso de forma clara e precisa no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB, que prega o seguinte: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Ao aprofundar nos estudos que envolvem o Princípio da Estrita Legalidade, Rogério Grego (2016), menciona que o princípio em pauta possui quatro funções ou desdobramentos fundamentais.

A primeira função destacada pelo autor é proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). Segundo ele, essa vertente do Princípio da Reserva Legal tem por fim assegurar que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de lei penal tipificando-o.

A segunda consiste em proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). O autor assevera que a certeza da proibição decorre apenas de lei escrita. Ao contrário do que ocorria no direito romano e medieval, é vedado a invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravamento da sanção, como corolário, a lei é a fonte de conhecimento imediata do Direito Penal, sem a qual não se pode impor ou proibir condutas sob ameaça de pena.

Outra função é a de proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). Rogério Greco (2016) preleciona que é vedado ao intérprete da norma utilizar-se da analogia para abranger hipóteses similares às legisladas em prejuízo do agente, seja a fim de criar novos tipos penais ou agravar condutas previstas pelo legislador.

A quarta e última função do Princípio da Reserva Legal é proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Diante disso, Greco (2016) explica que o tipo penal incriminador deve ter uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo afastada a criação de leis que contenham conceitos vagos ou imprecisos. A lei penal deve apresentar suas condutas de forma taxativa.

Nesse sentido, de modo a deixar-nos bem claro este entendimento, Paulo Souza de Queiroz (2001) indica que o Princípio da Estrita Legalidade ou Reserva Legal implica a máxima taxatividade dos tipos penais. Desse modo impõe-se ao Poder Legislativo que redija tipos penais com a devida precisão de seus elementos. Por sua vez, ao Poder Judiciário, que as interprete restritivamente de modo a preservar a efetividade deste princípio.

O ATIVISMO JUDICIAL

Conforme vimos na seção anterior, o Princípio da Reserva Legal ou Estrita Legalidade impõe limites a atuação do Poder Judiciário, servindo de base para sua atuação, particularmente, no que tange a aplicação da lei penal

No entanto, o que se percebe nos últimos anos é uma forte atuação do Poder Judiciário na vida institucional brasileira. Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso (2009) pontifica que a postura assumida pelas Cortes Superiores tem gerado aplausos e críticas, exigindo, de todo modo, uma reflexão cuidadosa. A este fenômeno é dado o nome de ativismo judicial. De acordo com o próprio Ministro Barroso (2009), consiste na ideia de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais por meio de uma maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Ao abordar o tema, Elival da Silva Ramos (2008) registra que este fenômeno não é uma particularidade do Brasil. Segundo ele, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se um avanço da justiça sobre a política feita pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Complementando o conceito de ativismo judicial, Roberto Barroso (2009) sustenta que trata-se de uma escolha específica e proativa de interpretar a Constituição a fim de expandir seu sentido e alcance. Surge de situações em que há uma retração do Poder legislativo, um descompasso entre a atuação da classe política e os anseios da sociedade civil impedindo, de tal modo, que as demandas sociais sejam atendidas efetivamente.

Barroso (2009), tempestivamente, assegura que a postura ativista se manifesta por diferentes condutas, sendo elas: (i) a aplicação direta da norma constitucional a situações não contempladas pelo legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do Poder Legislativo baseados em critérios que violam a Constituição; e, (iii) a

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, referentes à matéria de políticas públicas.

Como é notório, em nenhum momento Luís Roberto Barroso ressalta a criminalização de condutas ou tratamento mais gravoso a tipos penais já tipificados, dentre as formas de manifestações de ativismo judicial.

Para Elival da Silva Ramos (2008), o ativismo judicial está ligado ao fenômeno de judicialização do sistema político. Dentre outros fatores, resulta da inefetividade das instituições políticas e do uso dos tribunais por grupos de interesse que transferem ao Judiciário o poder de decisão atrelado a matérias que, à luz da Teoria da Separação dos Poderes, caberiam ao Poder Legislativo.

Entretanto, Ionilton Pereira do Vale (2014, apud MARSHALL, 2002, p. 37) define que o ativismo judicial é conceituado como a repulsa dos Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de sua competência constitucional.

Diante desse impasse em torno de como se define ativismo judicial, Luiz Flávio Gomes (2009) discorre que é preciso dividir o ativismo judicial em duas espécies: o ativismo judicial inovador, que consiste na criação de uma nova norma pelo juiz, e a outra chamada de ativismo judicial revelador que, por sua vez, equivale-se a criação, pelo juiz, de uma norma a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma lei omissa.

Em outras palavras, ao confrontarmos os conceitos trazidos por Luiz Flávio Gomes (2009), podemos entender que no ativismo judicial inovador o juiz cria uma norma inexistente anteriormente, o que de fato é vedado no Direito Penal pelo Princípio da Estrita Legalidade. Já no ativismo judicial revelador o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não criando leis, e sim complementando o entendimento de uma norma lacunosa ou de um princípio constitucional sendo, nesse caso, admissível no Direito Penal.

Isto posto, Elival da Silva Ramos (2008) prega que o ativismo judicial está diretamente relacionado às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da lei. Logo, nos é inevitável afirmar que a definição de ativismo judicial revelador, trazida por Luiz Flávio Gomes, tem direta relação com a interpretação da lei penal, obrigando-nos a realizar um breve estudo acerca do tema.

A INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

Por óbvio, neste artigo, o nosso objetivo não é esgotar o estudo que gira em torno da interpretação da lei penal. Porém, é necessário salientar alguns pontos relevantes deste

arcabouço, a fim de melhor compreendermos a postura assumida pelos nossos Tribunais Superiores ao tratarmos de Princípio da Reserva Legal e ativismo judicial.

Para Rogério Greco (2016), interpretar *latu sensu* é buscar o efetivo alcance da lei. Em outras palavras, é desvendar aquilo que ela tem a dizer com a maior precisão possível.

Ao falar de interpretação no âmbito penal, Hungria (1958) esclarece que como toda norma jurídica, a norma penal não pode abrir mão do processo interpretativo tendente a explicar-nos o seu verdadeiro sentido, pois a real vontade do legislador quase nunca é expressa devidamente com todas as letras.

Diante dessa acepção trazida por Hungria, Rogério Greco (2016) subdivide a interpretação em objetiva e subjetiva. A primeira busca descobrir a suposta vontade da lei e a segunda procura esclarecer a vontade do legislador.

Contudo, essa distinção sofre severas críticas pela doutrina no que diz respeito à vontade do legislador. Conforme explica Grego (2016, apud MATEU, 1999, p. 244), se em outros ramos do direito faz-se importante a busca da vontade do legislador, no Direito Penal, em virtude do Princípio da Estrita Legalidade, tal busca resulta rechaçável, pois, seria um tanto quanto quimérico se referir à vontade do legislador como se este fosse apenas um indivíduo, quando na verdade o processo legislativo engloba um enorme cúmulo de vontades.

Ao tratar do assunto, Guilherme de Souza Nucci (2014) reitera que a interpretação é admitida no Direito Penal sob qualquer forma. Contudo, faz questão de salientar que é um processo pelo qual objetiva-se descobrir o conteúdo da lei e não a criação de normas. Segundo o próprio autor, as várias espécies de interpretação, de modo geral, não despertam polêmica. O ponto de colisão fica circunscrito às formas extensiva e analógica.

Trazendo-nos o conceito de interpretação extensiva, Bittencourt (2012) apregoa que nessa hermenêutica o exegeta amplia o sentido ou alcance da lei examinada, haja vista o texto dizer menos do que efetivamente pretendia (*lex minus dixit quam voluit*).

A título de exemplos de interpretação extensiva encontrados no Código Penal Brasileiro, podemos citar e analisar os seguintes artigos:

- a) O art. 172, que versa sobre duplicata simulada, tipifica ser crime “emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado”. Ora, analisando este artigo sob a égide de Guilherme de Souza Nucci (2014), podemos dizer que é natural considerar que a emissão de duplicata pelo comerciante sem efetuar venda alguma também é crime, pois, logicamente, seria inconsistente punir aquele que emite documento em desacordo com a venda e não fazer o mesmo com aquele que emite a duplicata sem nada ter

comercializado. Desta feita, o autor destaca que onde se lê no texto “venda que não corresponda à mercadoria vendida”, deve-se também ler “venda inexistente”;

- b) No crime de bigamia, trazido pelo art. 235 do CP, é fato delituoso a conduta de casar-se duas vezes. Diante disso, valendo-nos dos ensinamentos trazidos por Nucci (2014), o indivíduo que casar-se três ou mais vezes (poligamia), por uma questão de lógica, também deve ser punido à luz deste artigo, afinal, de todo modo estará ofendendo o bem jurídico tutelado neste artigo;
- c) No caso do art. 176 do CP, é punível a conduta do agente que “tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento”. Contudo, ao realizar uma interpretação extensiva deste artigo, Nucci (2014) certifica que o termo “restaurante” deve ser interpretado de modo a abranger outros estabelecimentos, tais como, boates, bares, pensões e outros mais. Desta feita, evita-se a punição por estelionato de um sujeito que, sem dispor de recurso, vier a consumir refeição em uma pensão.

Após esta breve análise, verificamos então que, nas hipóteses elencadas nos itens “a” e “b”, a interpretação extensiva é prejudicial ao agente infrator, ao passo que no exemplo da letra “c”, esta hermenêutica pode favorece-lo, afinal de contas, a pena cominada ao crime de estelionato é mais elevada. De qualquer forma, sob a ótica de Nucci (2014), o fato de beneficiar ou não o réu nesse caso é indiferente, pois a tarefa do exegeta é conferir aplicação lógica à lei, afastando injustiças e contradições.

Já no que tange a interpretação analógica, conforme Rogério Greco (2016), devemos defini-la como processo de conhecimento do conteúdo da lei por meio de um procedimento de comparação entre seu texto de forma casuística, ampliando seu alcance conforme critérios previstos pela própria norma penal.

Vejamos como exemplo o disposto pelo art. 121, § 2º, III do CP, cujo homicídio é qualificado quando o agente comete o crime “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura *ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*” (grifo nosso).

De acordo com Rogério Greco (2016), no instante em que o legislador insere as expressões *ou por outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum* (grifo do autor), ele quer nos dizer que qualquer outro meio que cause excessivo sofrimento à vítima, assim como as formas já citadas (emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura), deve ser abrangido para qualificar o crime de homicídio.

Elucidando ainda mais, o autor explica que o hermeneuta, ao interpretar analogicamente, utiliza-se da fórmula casuística contida na primeira parte do próprio inciso, para esclarecer a fórmula genérica trazida por sua segunda parte.

Paralelamente ao emprego das formas de interpretações extensiva e analógicas, temos o instituto da analogia. Contudo, este não se confunde com as formas hermenêuticas aqui abordadas. Assim, Bittencourt (2012) crava que a analogia não é forma de interpretação propriamente dita, mas uma forma de integração da norma jurídica. Para o autor, ao contrário do que ocorre com a interpretação, nessa hipótese, não há um texto legal obscuro ou incerto a ser esclarecido, e sim a ausência de norma que tipifique determinada situação.

Compartilhando do mesmo entendimento, Nucci (2014) diz que a analogia é um processo de autointegração por meio do qual *cria-se uma norma penal onde, originalmente, não existe* (grifo nosso). Entretanto, o emprego deste recurso não é feito por acaso ou por puro arbítrio do intérprete. Trata-se de uma relação qualitativa entre um fato e outro, devendo existir lógica para o preenchimento das lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Posto isso, Nucci (2014) ressalva que, se em outros campos do Direito a analogia é perfeitamente aplicável, no campo Direito Penal ela deve ser cuidadosamente ponderada, sob pena de ferir o princípio constitucional da estrita legalidade. Nessa lógica, Bittencourt (2012) anuncia que o emprego da analogia não é ilimitado, sendo afastado nas hipóteses em que se tratar de leis penais incriminadoras, leis excepcionais e leis fiscais.

De forma categórica, Rogério Greco (2016) leciona que, em virtude do Princípio da Reserva Legal, é proibido utilizar-se da analogia de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando os tipos penais incriminadores abarcando hipóteses não previstas expressamente pelo Legislativo.

Nessa perspectiva a lição de Fabricio Leiria (1981) esclarece-nos que no Direito Penal, por força do Princípio da Estrita legalidade, não é permitido, por analogia, tipificar condutas que se encontrem fora do raio de incidência da lei elevando-as à categoria de crimes. O autor salienta ainda que, no tocante às normas penais incriminadoras, as lacunas existentes devem ser consideradas como vontade negativa da lei, sendo, de todo modo, incabível o processo analógico nestas hipóteses.

Ajustado com o exposto acima, o Ministro do STJ Napoleão Nunes Maia Filho, ao proferir seu voto como relator do REsp 956.876/RS, decidiu o seguinte:

Não cabe ao julgador aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição a outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou; não se pode, por analogia, criar sanção que o sistema legal não haja determinado, sob pena de violação do princípio da reserva legal. (REsp 956.876/RS, Recurso Especial 2007/0124539-5, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 10/09/2007).

Assim sendo, Nucci (2014) fixa que não é admitida analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu. Por outro lado, o autor adverte que somente em caráter excepcional a analogia *in bonam partem* (para beneficiar o réu) deve ser utilizada, pois, o Princípio da Estrita Legalidade é a regra, e não a exceção. Para ele, não pode o magistrado disseminar o uso indiscriminado da analogia para absolver o réu, visto que, colocaria em risco a segurança idealizada pelo direito penal.

O PAPEL INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS PELOS TRIBUNAIS

Após tratarmos a respeito do Princípio da Reserva Legal e, ainda, sobre o ativismo judicial e a interpretação da lei penal, cabe-nos agora destacar o papel do Poder Judiciário no nosso estado democrático de direito, bem como, sua postura assumida no tocante à criminalização de condutas não expressas em lei.

De imediato, a CRFB de 1988 concretiza por meio de seu art. 2º o modelo de tripartição de poderes. De acordo com Paulo Bonavides (2015), foi traçado por Montesquieu em sua consagrada obra *L'esprit des lois*.

Nesse arcabouço, Montesquieu (2007) adota uma organização orgânico-formal em que o Estado tem seus poderes divididos e vinculados a um órgão específico. São estes: o Poder Executivo, cuja responsabilidade é a administração do Estado e seus serviços prestados; o Poder Legislativo, responsável por criar o Direito Positivo; e o Poder Judiciário que, por sua vez, é o que tem a prerrogativa de julgar e aplicar o Direito nas hipóteses de conflito.

Nada obstante, Barroso (2009) sentencia que por mais rígido que a divisão de poderes pareça, não há que se falar em individualização e independência absoluta. Segundo ele, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre a atividade de cada um, impedindo a hegemonia de um sobre o outro. É o chamado *checks and balances*, conhecido no Brasil como sistema de freios e contrapesos dos poderes constitucionais.

Completando o raciocínio em conformidade com o arranjo constitucional vigente, o autor é categórico ao afirmar que os três Poderes têm o papel de interpretar a constituição, e

sua atuação deve primar pelo respeito aos valores e promover os fins nela previstos. Contudo, em caso de divergência no entendimento das normas constitucionais, o Poder Judiciário deve proferir a palavra final o que, todavia, não significa que um tribunal deva decidir toda e qualquer matéria, muito menos legítima a arrogância judicial.

Conforme o Ministro Barroso (2009), ao analisarmos o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, notamos em diferentes situações a morosidade e retração do Poder Legislativo ante os anseios da sociedade civil. Este fato, corrobora uma atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, inclusive em matéria de Direito Penal.

Recentemente, diante da omissão do legislador ordinário em proteger a população LGBTQI+³, o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu por oito votos a três, criminalizar a homofobia, equiparando esta conduta às tipificadas pela Lei nº 7716/89, conhecida popularmente como “lei do racismo”.

Acerca do tema, Luiz Augusto Rutis Barreto (2019) opina que é injustificável a omissão do Estado brasileiro em estabelecer medidas que coíbam ações contra a comunidade LGBTQI+ a fim de protegê-la. Contudo, mesmo para a proteção desta comunidade, não se pode flexibilizar o processo de criminalização de condutas, haja vista o Princípio da Estrita Legalidade ser imponderável.

Ora, após estudarmos e constatarmos a relevância do Princípio da Reserva Legal, bem como discernirmos o quão cara foi sua conquista para o Estado Democrático de Direito, devemos encara-lo como o primeiro obstáculo à criminalização, não só da homofobia mas, de qualquer conduta sem o crivo do legislador ordinário.

Segundo Barreto (2019), outro obstáculo se coloca à frente da normatização da homofobia. O autor salienta que a tese sustentada pelo STF se pauta no “dever constitucional de criminalização” da conduta. Contudo, este dever o qual o STF se refere (art. 5º, XLII da CRFB), diz respeito ao crime de racismo. Logo, para abranger discriminações relacionadas à identidade de gênero, o egrégio Tribunal expandiu o conceito de racismo trazido pela Lei

³ Isabella Otto (2019) divide a sigla LGBTQI+ em duas partes a fim de explicar seu significado. A primeira, LGB, diz respeito à orientação sexual do indivíduo. A segunda, QI+, diz respeito ao gênero. L: lésbica; é a mulher que se identifica como mulher e têm preferências sexuais por outras mulheres. G: gays; é o homem que se identifica como homem e têm preferências sexuais por outros homens. B: bissexuais; pessoas que têm preferências sexuais por dois ou mais gêneros. T: transexuais, travestis e transgêneros; pessoas que não se identificam com os gêneros impostos pela sociedade, masculino ou feminino, atribuídos na hora do nascimento e que têm como base os órgãos sexuais. Q: queer; pessoas que não se identificam com os padrões de heteronormatividade impostos pela sociedade e transitam entre os “gêneros”, sem também necessariamente concordar com tais rótulos. I: intersexuais; antigamente chamadas de hermafroditas, são pessoas que não conseguem ser definidas de maneira distinta em masculino ou feminino. +: engloba todas as outras letras de LGBTT2QQIAAP, como o “A” de assexualidade e o “P” de pansexualidade.

7,716/89. Entretanto, a equiparação da homofobia ao crime de racismo é resultante de analogia *in malam partem*, o que de fato é vedado ao Direito Penal.

Outro ponto de incongruência que o autor esclarece em relação à tese do STF, é a flexibilização do Princípio da Estrita Legalidade (art. 5º, XXXIX da CRFB) sustentada na teoria da ponderação dos princípios. Em se tratando de norma penal incriminadora, isso não é possível.

Em virtude disso, para defender a imponderabilidade de princípios no caso de legalidade penal, devemos seguir a lição trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello (1999). Segundo ele, ignorar um princípio é muito mais grave que violar uma lei qualquer, haja vista que a desatenção ao princípio implica ofensa de todo o sistema normativo. Em outras palavras, conforme o escalão do princípio violado, torna-se a forma mais grave de inconstitucionalidade, tendo em vista representar insurgência contra todo o sistema jurídico e seus valores fundamentais, abalando assim, todas as vigas que o sustentam.

Por derradeiro, Luiz Augusto Rutis Barreto (2017) apregoa que no art. 5º, XXXIX da CRFB não há qualquer mandamento de otimização, ou seja, a sua aplicação não está sujeita às possibilidades fáticas encontradas em cada caso concreto. Para ele, a estrita legalidade a qual a lei penal está sujeita não admite ponderação, devendo ser aplicada a lógica do “tudo ou nada”. Nestes termos, ou a lei penal incriminadora foi previamente escrita, seguindo todas as formalidades legislativas e, por tudo isso, é legítima; ou, não obedecendo o rito legislativo, a criminalização será inconstitucional.

Assim sendo, cabe-nos destacar que, conforme a concepção teórica lecionada por Robert Alexy (2008), os princípios fundamentais devem ser considerados “regras” no Direito Penal. Portanto, expressões como, “não há crime sem culpabilidade”; “contraditório e ampla defesa”; e “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”, perfazem mandamentos absolutos no direito penal.

Desta feita, por mais necessária e justa que seja a proteção à comunidade LGBTQI+, não cabe ao STF ponderar o Princípio da Reserva Legal com o resto do ordenamento constitucional. Afinal, conforme defende Barreto (2019), em harmonia com o nosso ordenamento, só é constitucionalmente aceitável a criminalização de condutas proveniente do Poder Legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao explorarmos o tema por meio da doutrina, podemos aferir que o Princípio da Reserva Legal ou Estrita legalidade exerce influência obrigatória em todo ordenamento

jurídico, além de servir como norte para a aplicação da lei penal em um Estado de Direito. Funciona, de tal forma, como um efetivo limitador das arbitrariedades do Estado em face de seus cidadãos.

Vimos, ainda, que a Constituição da República Federativa do Brasil, por entender a importância e relevância desse princípio, tutelou-o de forma clara e precisa em meio às suas cláusulas pétreas, conferindo-o um status que o torna imponderável ante a tantos outros princípios que compõem o nosso ordenamento.

Mais adiante, diretamente atrelado à interpretação da lei, verificamos que o ativismo judicial externa a postura hermenêutica do Poder Judiciário de modo proativo e extensivo em relação a apatia do Poder Legislativo em tratar de determinadas matérias. Contudo, cabe-nos frisar que essa postura assumida pelo Judiciário deve obedecer os limites impostos pela Constituição. Sob pena de não apenas ferir o Princípio da Reserva Legal, mas também oferecer risco para a legitimidade democrática, haja vista, ministros, desembargadores e juízes não serem agentes públicos submetidos ao sufrágio, o que de fato, junto à previsibilidade legal de suas atribuições, não os legitima a normatizar condutas não previstas pelo legislador, afinal de contas, são estes que representam os anseios da sociedade.

Nessa perspectiva, outro fator colocado à prova pelo ativismo judicial dos Tribunais é a tripartição dos Poderes Constitucionais que, embora exista mecanismos de controle recíproco entre eles, sua atuação deve ser pautada pelos valores e fins constitucionais, impedindo a sobreposição de um em relação ao outro e, ao mesmo tempo, respeitar a função precípua de cada um destes.

Diante disso, após compreendermos a magnitude do Princípio da Estrita Legalidade, bem como os limites em que o ativismo judicial e a interpretação da lei se esbarram ao tocar matéria penal, não é razoável admitirmos a criminalização de condutas atípicas, seja pela sua tipificação nos termos formais indevidos, ou pela equiparação ou analogia à condutas já existentes. Afinal, por várias ocasiões a história já nos mostrou que a supressão ou mitigação de princípios fundamentais, tais como o Princípio da Reserva legal, levou os direitos e garantias fundamentais e a democracia a um verdadeiro colapso, sujeitando nações inteiras a regimes totalitários.

Logo, mesmo que seja justa a criminalização de determinada conduta a fim de atender a necessidade de um grupo, como vimos no exemplo da homofobia, não pode o Poder Judiciário legislar matéria penal. Caso assim o fizer, estará lesionando não só o princípio da Reserva Legal, mas todo um sistema estruturado por ele e, por consequência, estará colocando em risco um dos bens jurídicos mais valiosos que um cidadão pode ter, qual seja, a liberdade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, Luiz Augusto Rutis. A rigidez normativa dos princípios penais em Alexy. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 136, p. 35-67, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/472613>. Acesso em: 08 set. 2019.

BARRETO, Luiz Augusto Rutis. **Apenas o Poder Legislativo Pode criminalizar a homofobia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/luiz-rutis-apanas-legislativo-criminalizar-homofobia>. Acesso em: 08 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**. Rio de Janeiro: n. 13, p. 71-91, jan/mar. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**. vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. **Revista de direito penal**, n. 1, p. 1-12, 1971. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003011220-principio_reserva_legal.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes. **Jus Navigandi**. Teresina: v. 13, p. 2, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 15 set. 2019.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. vol. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OTTO, Isabella. **Você sabe o que significa a sigla LGBTQI+?**. Disponível em: <https://capricho.abril.com.br/vida-real/voce-sabe-o-que-significa-a-sigla-lgbtqi/>. Acesso em 17 nov. 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal** – Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação**. Disponível em: <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismojudicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>. Acesso em 05 set. 2019.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 956876 RS 2007/0124539-5. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 23 ago. 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8889045/recurso-especial-resp-956876-rs-2007-0124539-5/inteiro-teor-14001506>. Acesso em: 08 set. 2019.