



**CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS**

Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 1.162, de 13/10/16, D.C.U. nº 198, de 14/10/2016  
AELBRA EDUCAÇÃO SUPERIOR - GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO S.A.

CURSO DE DIREITO

BRUNO PAZ DOS SANTOS

# **RELATIVIZAÇÃO DA LEGALIDADE PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Palmas – TO

2020

BRUNO PAZ DOS SANTOS

**RELATIVIZAÇÃO DA LEGALIDADE PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Cesar Mello

Palmas – TO

2020

BRUNO PAZ DOS SANTOS

**RELATIVIZAÇÃO DA LEGALIDADE PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Cesar Mello

Aprovado (a) em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Antônio Cesar Mello  
Centro Universitário Luterano de Palmas

---

Prof. Marcelo Amaral da Silva  
Centro Universitário Luterano de Palmas

---

Prof. Thiago Perez Rodrigues da Silva  
Centro Universitário Luterano de Palmas

Palmas – TO

2020

Dedico este trabalho a Deus, que me possibilitou essa árdua e gratificante caminhada, que me protege e guia pelo bom caminho. À minha família, por acreditar e investir nos meus sonhos e propiciar que eu continue a crescer no meio profissional. Mãe, sua ajuda e dedicação foram o que deram, em vários momentos, a força para vencer os desafios de forma tênue. Pai, seu incentivo e esperança me deram um caminho para trilhar e a certeza de que não estou sozinho nessa caminhada. Gratidão a todos aqueles que me apoiaram nesta jornada.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Antônio Cesar Mello, por acompanhar ao longo do 10º semestre o presente projeto, e por levar adiante o trabalho apresentado com tamanha presteza.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo, contribuir dissecando informações doutrinárias e legais sobre a violação e a relativização da legalidade penal, muitas das vezes cometida se desatentando para a gravidade dos reflexos, quer sejam em forma de agravamento da conduta delitiva, quer seja pelo risco de se prejudicar direitos e garantias fundamentais ou ainda o cometimento de qualquer ato ilícito cível ou penal por parte do Estado, causando sofrimento desproporcional ao acusado desrespeitando os limites punitivos e os efeitos resultantes da prática delituosa.

O Direito Penal é ramo ainda em constante transformação, cuja importância no cenário mundial vem aumentando de forma astronômica, visto que as relações interpessoais e o choque cultural causado pela globalização necessitam de uma rigidez no que tange ao processo e as normas preestabelecidas na prevenção de lesões a direitos nestas relações.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o principal guardião da Constituição Federal, assim como do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito, sendo então adstrito à legalidade, esta por sua vez que é imprescindível à segurança jurídica, logo igualmente necessária à credibilidade das instituições democráticas.

Portanto, a busca por um sistema garantista e justo não pode ser alvo de uma relativização exacerbada colocando em risco todo o trabalho e desenvolvimento sócio-jurídico conquistado ao longo de séculos de lutas e manifestações, evitando-se assim um provável retrocesso social.

Palavra-Chave: Legalidade Penal; Relativização; Tipificação de condutas pelo Judiciário.

**LISTA DE ABREVIATURAS SIGLAS**

ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão
Art.	Artigo
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CN	Congresso Nacional
CPB	Código Penal Brasileiro
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inc.	Inciso
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MI	Mandado de Injunção
R.	Referido
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>11</b>
<b>1 A LEGALIDADE PENAL E SUA ORIGEM .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 A Separação Dos Três Poderes.....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 Previsão Legal No Direito Brasileiro .....</b>	<b>15</b>
1.2.1 Vedações constitucionais e impossibilidade de arguir exceções.....	18
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>21</b>
<b>2 AS DECISÕES CONFLITANTES DO STF .....</b>	<b>21</b>
2.1 a vedação a analogia no direito penal.....	26
2.2 o advento do sistema de garantias constitucionais .....	28
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>31</b>
<b>3 OS EFEITOS DA RELATIVIZAÇÃO .....</b>	<b>31</b>
<b>3.1 A Insegurança Juridica No Sistema Processual Penal Brasileiro .....</b>	<b>34</b>
<b>3.2 A Difusão Das Relativizações Da Legalidade Penal .....</b>	<b>36</b>
3.2.1 Nos Órgãos Jurisdicionais.....	38
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>45</b>



## INTRODUÇÃO

Para a realização deste trabalho fez-se necessário abordar o desenvolvimento dos direitos fundamentais e humanos a fim de analisar a origem do positivismo e do Estado de direito, bem como a criação do conceito de Legalidade em *lato sensu*, permeando temporalidade de eventos internacionais como o movimento iluminista disseminado em toda Europa nos séculos XVII e XVIII.

A análise se remete ao âmbito extrínseco do sistema jurídico pátrio reafirmando a necessidade da divisão tripartite dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, combatendo a parcialidade jurisdicional e das práticas administrativas e cíveis, como o nepotismo e da concentração de poder em uma única figura, por exemplo.

A medida que este projeto de conclusão de curso de Direito decorreu, defrontou-se com mais perguntas do que respostas ao referido impasse, evidenciando que toda teoria abordada e discutida tem viés científico e de finalidade acadêmica no estudo e desenvolvimento de uma verdadeira aplicação legal sem quaisquer interferências de interesses individuais.

Este estudo foi dividido em três capítulos, apresentando subsequentemente a seguinte sequência: 1) a origem da legalidade penal e sua implementação no direito pátrio; 2) as decisões do STF que afligem o citado princípio e, 3) os efeitos provenientes das referidas decisões, adentrando ainda nas consequências das referidas relativizações jurídicas.

O primeiro capítulo aborda de forma contextualizada a origem do termo liberdade, igualdade e fraternidade como um divisor de águas entre o Estado com poder concentrado na figura de uma única pessoa até o dado momento em que ocorreu a divisão de poderes desenvolvida por Montesquieu, enfatizando o motivo da criação da legalidade penal na história da sociedade moderna, a importação desta ao direito brasileiro, sua implementação e a impossibilidade da relativização sem prejudicar os direitos e garantias fundamentais e os princípios do arcabouço penalista.

Prontamente, o segundo capítulo, por seu turno, cuida das recentes decisões da Suprema Corte que colocaram em xeque o sistema garantista difundido ao longo dos séculos, analisando a fundo a criminalização da homofobia e a equiparação da injúria racial ao racismo, além de destrinchar sobre os institutos do direito que foram secundarizados ou desconsiderados nesses julgamentos, abordou-se a impossibilidade da analogia no direito penal para prejudicar o réu evidenciando a necessidade da descrição consistente da conduta delituosa, apresentando-se ao final do capítulo uma sistemática dos princípios fundamentais conquistados e protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil norteadores, também, do direito processual penal.

Por fim, o terceiro e derradeiro capítulo se trata de uma análise dos efeitos principais da relativização da legalidade penal e suas consequências com tratativa minuciosa sobre a perspectiva dos danos a curto e longo prazo, subtulado pelos tópicos: a insegurança jurídica e a difusão dos efeitos no universo jurídico e social, apontando as controvérsias encontradas no cotidiano dos operadores do direito e dos submetidos ao processamento pelas novas regras impostas revestidas de inconstitucionalidade formal.

## 1 A LEGALIDADE PENAL E SUA ORIGEM

O Princípio da Legalidade surge intrínseco ao conceito de Estado de Direito, onde todos são submissos às leis e normas preordenadas, o surgimento da mesma denotava ainda a tentativa de delimitar o poder dos monarcas que detinham todo o poderío da organização estatal em suas mãos, poder de julgar, legislar e administrar.

O inconformismo com o poder absoluto dos monarcas surgiu e se desenvolveu por gerações, autoridade essa caracterizada pela hereditariedade que ainda se encontra em formas de governos a exemplo da Inglaterra, todavia com conceito mais moderno (parlamentarista) e complexo do que o encontrado na idade média (poder irrestrito e inquestionável).

Os poderes dos reis apresentados como ilimitados perduraram pelos séculos, gerando ao mundo sofrimento e por consequência deste, grandes revoluções em massa daqueles considerados plebeus, justificadas pelos abusos sofridos na maioria dos países com regime autocrático, neste cenário brilham no horizonte das organizações das nações os primeiros feixes de luz do que seria hoje o Estado de Direito, a positivação dos textos contendo regras de julgamento e de direitos básicos, agora impostos a todos.

Vale ressaltar que mesmo mediante a edição da Carta Magna na Inglaterra no ano 1.215, não houve uma real quebra do sistema de desigualdades advindas do monarquismo, para Greco:

[...] foi com a Revolução Francesa que o princípio atingiu os moldes exigidos pelo Direito Penal, conforme se pode verificar pela redação dos arts. 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. (GRECO, 2017, p. 175).

O molde atingido se retrata ao sistema normativo de garantias que finalmente teve êxito em defender o direito de liberdade e propriedade particulares, a despeito de situações de relações verticais, como aquelas em que colidiam o poder absoluto do monarca com o direito privado de um súdito, o qual cederia às vontades de seu “superior”.

A quebra de uma cultura e sociedade fundada em classes e desigualdades foi corroborada pela consolidação de novos costumes, estes que não mais aceitavam sustentar tais regimes autoritários, conforme dispõe Paulo Grossi:

É evidente a consciência da mudança, a dinâmica cada vez maior da sociedade que o antigo prelado não compreende de todo, teme, por ser precursora de transformações. O que nos importa é que ele aprendeu nas *leges* (...), o mais importante elemento consolidador da *pax*, da ordem social, que ele colocou em estreita conexão a mudança dos mores, dos costumes, com a mudança do *ordo*, ou seja, da estrutura estável da sociedade. (GROSSI, 2014, p. 108)

As mudanças nos costumes pressupõem uma mudança social em ampla escala, pilar do idealismo difundido pelo iluminismo, a aparição de outros influenciadores sociais que não o clero e nem o rei, detentores do interesse direto no controle social, começaram a aparecer nas academias estudantis com a ideia da libertação, dos direitos mínimos e de um arraçoamento social.

Nas palavras de Rogério Greco:

Até basicamente o período iluminista, as penas possuíam caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Os olhos eram arrancados, os membros mutilados, o corpo esticado até se destroncar, sua vida esvaía-se numa cruz, enfim, o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso. (GRECO, 2017, p. 54)

A Revolução Francesa, abordada por Greco, teve como ideais a liberdade, igualdade e fraternidade, termos emprestados do movimento Iluminista que se espalhava por toda Europa, o mesmo em seu clímax buscou uma forma de movimentar as massas desfavorecidas da sociedade em busca de objetivos comuns como o da limitação da atuação dos monarcas que detinham a totalidade dos poderes da entidade estatal.

Para o jurista Paulo Grossi a Igreja se se misturou com a sociedade e o governo ao ponto de transparecer uma fundição e formação de uma única peça:

A igreja inseriu-se no costume, absorveu-o, mas também o plasmou. Como sociedade religiosa, num mundo ávido do sagrado, conseguiu alojar-se no coração de toda a sociedade civil e quase identificar-se com ela numa fusão bastante singular e harmônica entre sagrado e profano, entre dimensão civil e religiosa. (GROSSI, 2014, p. 135)

O comportamento da Igreja em oferecer ao homem aquilo que ele buscava em seus mais íntimos anseios no desejo de conhecer a si, ao próximo e ao mundo, respostas sobre a criação, propiciou certa credibilidade a tudo pronunciado por ela, facilitando a disseminação das vontades e interesses não da instituição em si, mas dos seus representantes.

O sistema de julgamento antes do advento do sistema acusatório, adotado pelo Código Penal brasileiro, era o inquisitório caracterizado na acumulação de diversas práticas notadamente dotadas de ilegalidades e inconstitucionalidades se opondo a ampla defesa, ao contraditório, ao juiz natural, ao devido processo legal e demais princípios, posto que o rei julgava, legislava e administrava o seu território e todos dentro dele.

Insurgindo ao exposto, hodiernamente alega o jurista Fernando Capez que:

Adotando declaradamente o sistema acusatório de persecução penal, cuja principal

característica é a nítida separação das funções de acusar, julgar e defender, colocando-se, assim, em franca oposição à concepção que informou as legislações processuais anteriores, a nova Constituição da República atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, seja ela incondicionada ou condicionada (CF, art. 129, I). A propósito, também os arts. 25, III, da Lei n. 8.625/93 (LONMP) e 103, VI, da Lei Complementar n. 734/93 (LOEMP). (CAPEZ, 2011, p. 567)

Posteriormente, na seguir da história e da evolução organizacional do Estado se sucedeu a escolha dos juízes pelo rei como forma de limitar seu poder e dar imparcialidade aos julgamentos, medida inexitosa em razão do julgador ser nomeado e exonerado pelo próprio monarca, o qual poderia perseguir julgadores que contrariassem as suas vontades.

A maior dificuldade em se opor ao rei na Idade Média encontrava-se na represália do exército, grupo que fazia parte dos socialmente favorecidos por privilégios concedidos por aquele, vez que como não havia direitos mínimos ou a responsabilização pelos atos praticados por ordem real, ainda que manifestamente ilegal, todos ficavam aquém da justiça, os insurgentes e revolucionários eram cruelmente mortos em diversos eventos sabidos da história, a título de exemplo se tem o “Domingo Sangrento”, ocorrido em 22 de janeiro de 1905 na Rússia, a mando do Czar Nicolau II, ocasião em que foram fuzilados mais de mil trabalhadores que aderiram a uma greve pacífica e desarmada por seus direitos.

No contexto da história do direito brasileiro, a legalidade penal sofreu grande reviravolta histórica, hora sendo colocada em vigor, hora suspensa por regimes autoritários, sabidamente à época como medida de represália a disseminação das ideias socialistas.

A legalidade foi implantada, ainda no período do Brasil império, em 1830 e continua constituindo pilar de sustentação do positivismo jurídico brasileiro, vigorando identicamente hoje no Código Penal de 1940.

## 1.1 A Separação Dos Três Poderes

Preliminarmente, antes de aprofundar os estudos referentes à legalidade penal, importa discorrer sobre a mudança da primazia dos sistemas garantistas positivados na CRFB de 1988, responsável pela fundamentação da forma de governo republicana, a qual instituiu a *Res Publicae*, literalmente interpretada como “coisa do povo”, que conjuntamente com o regime Democrático de governo, estabelecem os princípios norteadores do direito brasileiro.

A República tem um sentido mais profundo do que simplesmente uma forma de governo, prediz o doutrinador José Afonso Da Silva:

Talvez fosse melhor até considerar República e Monarquia não simples formas de governo, mas formas institucionais do Estado. Aqui ele se refere, sim, a urna determi-

nada forma de governo, mas é, especialmente, designativo de uma coletividade política com características da res publica, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do povo e para o povo (...). (SILVA, 2014, p. 104)

Notoriamente o conceito republicano como princípio fundamentador da Constituição brasileira não tem um significado tão sublime a ponto de ser entendido por uma tradução literal.

A separação dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário enraizasse na teoria de Montesquieu, dividindo-os entre pessoas diversas com competências específicas e possíveis de serem responsabilizadas pelos atos praticados desconstruindo o sistema hierárquico e a prática de nepotismo, já sendo uma forma de submeter os detentores dos poderes a própria lei.

A tripartição constitucional dos poderes tem papel fundamental no Direito Penal brasileiro, “A Teoria da Separação dos Poderes, preconizada por Montesquieu, contribuiu decisivamente para impedir que o juiz, usurpando função própria do Legislativo, considerasse condutas assim não contempladas pelo legislador”. (CAPEZ, 2011, p. 58)

A legalidade tem ligação direta com outros princípios constitucionais, conforme afirma a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] o conceito de Estado Democrático de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. (Di Pietro, 2017, p. n.p.)

O assunto versado traz um equilíbrio denominado de Sistema de Freios e Contrapesos, o qual garante que quando um poder se excede no exercício de sua atribuição ou exerce a função de outro ele seja contido e responsabilizado por possíveis danos causados à harmonia da atuação tripartite.

Existe uma ordem cronológica na consolidação dos direitos e fundamentos provenientes da CRFB de 1988, ao passo, inclusive, que abrangem o Estado de Direito trazendo-lhe no mundo conceitual o *status* de gênero, *a priori* de todo o sistema.

Nesse ínterim escreve o jurista Paulo Bonavides:

O primeiro Estado de Direito pertenceu à separação de poderes; o novo Estado de Direito pertence aos direitos fundamentais e primacialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o Estado da legitimidade do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica. Um Estado em busca de meios com que aparelhar fins. (Bonavides, 2004, p. 20)

Dentre a repartição dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário existem funções típicas e atípicas, em se tratando do Poder Judiciário recai à função típica de julgar e atipicamente legislar e administrar internamente como se verá, pois a de legislar não se remete ao ambiente extrínseco e sim intrínseco, ou seja, o poder judiciário legisla editando normas e portarias validas no âmbito do tribunal, não há a possibilidade do poder judiciário editar leis ordinárias ou complementares o que remete a sua incapacidade de tipificar crimes ou agravar condutas.

O princípio da legalidade na esfera constitucional veio com diversas proibições podendo se encaixar nas relações verticais e horizontais de poder, ou melhor, na relação Estado e particular e de um particular para outro, limitando o Estado a agir somente restrito ao que a lei permite e garantindo ao particular a possibilidade de ação em tudo aquilo que a lei não o proíba, conforme a doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro aborda:

O conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. (Di Pietro, 2017, p. n.p.)

Os direitos e garantias fundamentais são aplicáveis em relações individuais e públicas, dessa forma apliando a eficácia desse dispositivo e suscitando uma real ideia de harmonia jurídica e processual, estabelencendo integração desse direito que sobreveio pela consagração do Estado de Direito e a implementação da legalidade.

## **1.2 Previsão Legal No Direito Brasileiro**

No direito brasileiro, a legalidade toma proporções diferenciadas como princípio de diversos ramos da matéria, no apogeu da CRFB de 1988, em seu art. 5º, inc. II dispõe que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, isto é, para que se tenha uma obrigação seja por um ato omissivo ou comissivo do agente, ainda que um simples fato gerador que obrigatório, é crucial a positivação no sistema jurídico, só então dotar-se-á de coerção.

A obrigação proveniente do referido artigo constitucional supratranscrito, estipula que a lei é quem define a obrigatoriedade ou proibição de alguma conduta ou direito, não especificando que tipo de lei ou norma jurídica tem esse poder, constituindo regra geral, entendendo-se poder servir como norma específica qualquer tipo normativo com força de lei, sendo uma medida provisória, uma lei ordinária, ou mesmo, uma portaria estipulada com força

normativa para funcionários daquele órgão público.

Adentrando na norma mais específica assentam-se no artigo 37, *caput*, alguns dos princípios que regem a administração pública genericamente, dentre eles a legalidade, impessoalidade, moralidade, proporcionalidade e eficiência, sabidamente cuidando ser distinto o entendimento da acepção de legalidade no presente artigo para a do artigo 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, afinal aquela se trata de uma regra abstrata, imposta a particulares, enquanto esta é uma regra específica aplicada a administração pública e seus integrantes.

Na hipótese da legalidade aplicada à administração pública no ordenamento brasileiro, temos que a administração pública está vinculada a lei, não podendo proceder além do autorizado na esfera legal, contraposto em relação ao particular ao qual é permitido agir indiscriminadamente, desde que não proibido em lei ou atendidos os pré-requisitos definidos.

Para a administração pública, tal limitação proveniente do instituto da legalidade visa evitar os conhecidos abusos de poder, seja por excesso no emprego deste ou por desvio de sua finalidade, ambos caracterizam prejuízo para o cidadão que tem submissão e limitação de “poder” em relação aos representantes do Estado, Di Pietro entende que:

[...] o Estado age imperativamente, na qualidade de Poder Público, e somente poderá sofrer obstáculos, quando a Administração aja com abuso de poder, extravasando os limites legais. Nesse caso, cabe ao particular, além de opor-se à limitação estatal, pleitear a indenização por prejuízos dela decorrentes. (Di Pietro, 2017, p. n.p.)

Não obstante da limitação explicitada, a lei assegura certa margem de escolha aos agentes públicos sendo indispensável a observância dos princípios da proporcionalidade e da eficiência na realização de atos discricionários, em concordância com a realidade fática de cada caso.

Partindo para o Código Penal Brasileiro, o artigo 1º detem conceito díspar de legalidade, para alguns doutrinadores, o dispositivo traz uma ideia mais restrita por um princípio implícito, sendo a legalidade penal impeditivo de que alguém seja punido por conduta não tipificada em lei, tipificação não simplesmente discriminadora de conduta, pois abarca a relativização de um dos bens mais defendidos no ordenamento jurídico pátrio, o direito à liberdade.

Dentre o que deve ser prescrito em uma lei incriminadora para que essa esteja reves-tida de coercitividade jurídica encontra-se a descrição da conduta ilícita e a pena aplicada ao



agente, importando para a validação de ambos o respeito aos princípios complementares, sejam eles materiais ou formais, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, bem como aos tratados internacionais adotados pelo país.

De acordo com o doutrinador Fernando Capez, há um requisito material para a tipificação de crimes:

Somente se pode falar na tipificação de um comportamento humano, na medida em que isto se revele vantajoso em uma relação de custos e benefícios sociais. Em outras palavras, com a transformação de uma conduta em infração penal impõe-se a toda coletividade uma limitação, a qual precisa ser compensada por uma efetiva vantagem: ter um relevante interesse tutelado penalmente. (CAPEZ, 2011, p. 40)

A Reserva Legal, princípio implícito no art. 1º do CPB de 1940, implica que nem toda norma jurídica com força de lei pode descrever condutas e culminar penas, logo, medidas provisórias, decretos, portarias, leis delegadas, dentre outras, não podem atribuir ilicitude a qualquer conduta, em virtude de que somente leis específicas (ordinárias e complementares) tem capacidade, segundo a doutrina e o próprio princípio, de fazê-lo.

Em determinados casos observa-se normas penais em branco, dividindo-as em homogêneas e heterogêneas, estas se caracterizam pela complementação com especificações de outras espécies de normas ou portarias, como no caso da Lei nº 11.343/2006, conhecida como a lei de drogas, porém a mesma não especifica o que seriam drogas e quais substâncias se encaixam neste rol, dando ao Ministério da Saúde a competência para expedir rol taxativo de substâncias entorpecentes de comercialização restrita, medida esta que não afronta os princípios da Legalidade Penal e da Reserva Legal, porquanto relaciona-se a algo que não pode ser definido por profissional que não da área da saúde, além do que com o passar do tempo mais substâncias poderão ser arroladas frente as inovações de produtos de comercialização no mercado ilegal, ressalvado a portaria o respeito ao princípio da anterioridade penal.

A norma penal em branco tem importante função no direito penal, dado que permitem ao legislador maior celeridade e facilidade na criação e definição de termos a serem empregados na tipificação criminal, reconhecidamente voláteis em função da constante transformação social e científica, necessitando dessarte equivalente conhecimento técnico para que se possa avaliar sua lesividade, conforme preleciona Rogério Greco:

Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de um outro

diploma – leis, decretos, regulamentos etc. – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível sua aplicação. (GRECO, 2017, p. n.p.)

Tal complementação da lei penal para que se efetive os efeitos do preceito secundário, diga-se, da cominação da pena, requer que eles sejam descritivos e suficientes para firmar a compreensão específica da conduta delituosa, completando assim o sentido do preceito primário que seria a descrição da conduta.

Não se especifica em lei acertadamente qual seria a norma capaz de complementar o sentido de uma lei penal, oportunizando, por conseguinte a discussão doutrinária sobre, podendo a norma heterogênea ser complementada por diversos tipos normativos, não se tendo limite legal definido, todavia se reconhece a legalidade de tais normas, conquanto as complementações sejam por portarias, decretos, *et cetera*.

A viabilidade do Poder Judiciário poder ou não proceder a regulamentação dessas normas ainda constitui matéria controversa por ser tema jurídico sem precedentes, frente a probabilidade de súmulas regulamentarem ou complementarem lacunas da lei, entretanto referindo-se às penas no que tange à legalidade tão somente seria possível complementar normas penais em branco proporcionalmente aos outros meios normativos competentes para regulamentar-las.

### 1.2.1 Vedações Constitucionais e Impossibilidade de Arguir Exceções

A Legalidade Penal presente no artigo 1º CPB de 1940, não comporta exceções por ser parte do sistema garantista, congruente ao idealismo dos Direitos Humanos assumido no sistema normativo brasileiro, o qual nos direitos de primeira geração estatui a liberdade do indivíduo, limitando o exercício do Estado impedindo a intervenção na vida do particular sem justo motivo, afastando assim decisões arbitrárias vindas do poder público, intimamente ligado ao sistema acusatório implantado na Constituição pátria.

A definição por si mesma exprime a importância da limitação do poderio do Estado pelo princípio da Legalidade, leciona Fernando Capez:

O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. (CAPEZ, 2011, p. 57)

O contraditório e a ampla defesa conferem ao acusado o direito de ser conscientizado sobre o porquê está sendo processado ou investigado, dando-lhe a possibilidade de defesa em

todas as formas disponíveis no direito, levantando provas de sua inocência, não podendo o Estado despoticamente suprimir direitos do cidadão sem que ao menos ele tenha ciência do motivo e condições mínimas de defesa.

Para que ao Estado seja permitido a propositura de processo criminal em desfavor de um indivíduo é imperioso o cumprimento dos requisitos mínimos: indícios de autoria e a existência de materialidade da conduta, ou seja, impescinde existir indícios de que é o acusado quem praticou a conduta delituosa, tal como a convicção da concretude do crime, existindo remédios constitucionais para se reverter presumida violação de direito, desde *Habeas Corpus* Profilático ao Mandado de Segurança.

Arguir exceções na legalidade penal ocasiona brecha para a relativização dos direitos e garantias constitucionais, nas ocasiões em que o STF se vale de seus poderes regulamentadores em Ações Constitucionais por omissão do Legislativo, *verbi gratia* nos Mandados de Injunção, que impossibilita o exercício de direitos abordados por normas de eficácia limitada, verifica-se atuação legislativa por parte da Suprema Corte em detrimento da tipicidade desempenhada pelo Legislativo, mesmo que temporariamente, entretanto as referidas regulamentações consistem garantimento do gozo de direitos que não seriam possíveis em decorrência de omissão do legislador, não necessariamente uma tipificação de conduta ilícita.

Nesse viés José Afonso da Silva é preciso ao afirmar:

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º. (SILVA, 2014, p. 451)

O mandado de injunção busca dar efetiva aplicação a essas normas, tal qual no caso da greve no setor público que não tinha uma lei regulamentadora, contudo exclusivamente disposição de eficácia limitada na Constituição, sendo o silêncio legal solucionado pelo Judiciário ao entender em julgamento que no período de inércia do Legislativo na não regularização da situação, os funcionários públicos exerceriam greve com fulcro na lei de greve do setor privado.

Justificativa precípua para que o Poder Judiciário assumira capacidade legislativa típica é o clamor social, a vontade do povo, o aclamado poder popular proveniente do pensamento Democrático, não obstante a vontade popular legitimando e sobrepujando nas relações sociais a supremacia do interesse público sobre o privado, não se pode desconsiderar a Lei e

o direito do indivíduo, sequer incriminar uma pessoa por conduta não tipificada, o que dentre outros, contraria o anteriormente mencionado, princípio da anterioridade penal, sistematizado no artigo 1º da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984: “Não a crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”.

A tipificação de condutas pelo judiciário fere de forma mediata a legalidade penal e imediata o princípio da separação dos poderes, doutra banda sua não tipificação pode acarretar demora na punição de indivíduos que cometam condutas antiéticas ou prejudiciais a outrem não abrangidas no esteio do Direito Penal, no entanto embora não pagando com restrição de sua liberdade em consequência de conduta praticada, o direito não resguardar tal omissão legislativa, uma vez que a responsabilidade civil pode abarcar todos os casos, respondendo o autor com seu patrimônio.

O STF em demasiados julgamentos buscou defender o bem jurídico tutelado pelo Estado, ainda que com aptidão limitada a discutir causas constitucionais, em alguma questão apresentada ao r. órgão, quer por Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, quer nos demais pleitos dentro do arcabouço de sua competência originária, defrontando-o com causas que encerram em si natureza complexa e multidisciplinares, muitas das vezes assuntos de entendimento não pacificado que dividem não só os decanos, mas igualmente a sociedade.

Entrementes, ao se julgar determinando tema, não restou exaurida a deficiência normativa pelo processo legislativo, tão-pouco, em algumas situações, permeou-se os juízos de 1ª e 2ª instância, assumindo o STF a obrigação de decidir situações fáticas com decisões que inauguram no mundo do direito garantias que afetam drasticamente a conjuntura socioeconômica do país, repercutindo não somente no litígio resolvido, mas também nas demais relações afetadas tendo em vista a isonomia do direito e o efeito “*erga omnes*” que avulta os efeitos da decisão de um caso específico naquelas de matéria idêntica e pedido semelhante.

No meio penal os impactos são ainda mais sensíveis por constituir ramo do direito que tem como finalidade punir restringindo direitos e/ou a liberdade do infrator, à vista disso para determinar particular conduta como ilícita a fim de que se possa punir o indivíduo que a praticar é impreterível que seguir as vias do Processo Legislativo, assim qualquer lei ou ato punitivo aplicado que não tenha seguido o tramite legislativo eiva-se de inconstitucionalidade, rememorando a obrigatoriedade do rito obedecer ao disposto pela CRFB.

Em repetidas decisões recentes, a Suprema Corte brasileira sentenciou questões polêmicas contrariando normas jurídicas básicas e garantias constitucionais, com a premissa de suprir lacuna legal ocasionada pela omissão do Poder Legislativo, presente a necessidade de proteger os direitos arguidos pelos proponentes, *exempli gratia* a criminalização da homofobia disposta na ADO nº 26/DF da qual foi relator o Ministro Celso de Mello, impetrada pelo Partido Popular Socialista, sendo decisão exarada em 13 de junho de 2019:

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que

sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão e, e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019. (BRASIL, STF, DF, ADO/DF nº26, Mini. CELSO DE MELLO, *internet* em 2019)

Nesta senda, continuando a exposição sobre a criminalização da homofobia e a equiparação da injúria racial ao racismo, tem-se o MI nº 4.733 de 13 de novembro de 2019 onde assentou o decidido:

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Con-

gresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019. (BRASIL, STF, DF, MI nº4.377, Mini. EDSON FACHIN, *internet* em 2019)

A decisão transcrita do MI denota a criminalização por parte do STF e não pelo constituinte ordinário, feito esse salientado pelo próprio egrégio tribunal em sua decisão, porquanto não se exauriu a falha legal dentro dos ditames constitucionais de competência do Congresso Nacional, determinando a CRFB, em seu art. 5º, incisos XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;” e XLII, “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”.

Semanticamente racismo é “qualidade ou sentimento de indivíduo racista; esp., atitude preconceituosa ou discriminatória em relação a indivíduo (s) considerado (s) de outra raça”<sup>1</sup>, entendimento, *a priori*, expandido no MI nº 4.377 julgado pelo STF, incluindo situações preconceituosas em razão da cor, cultura e identidade sexual.

A omissão legislativa é questionável por Mandado de Injunção, entretanto somente nas normas constitucionais de eficácia reduzida, quando se trata de norma constitucional criminalizadora, classificada como norma de eficácia contida disposta pela CRFB obsta naturalmente maior rigor para sua alteração, uma vez que a própria constituição dispõe sobre a legalidade penal, importando lei em sentido estrito para se criminalizar conduta específica.

Quanto ao MI, no art. 5º, inc. LXXI dispõe a letra da lei: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (BRASIL, 1988)

Conquanto a ausência de norma incriminadora não inviabiliza o exercício de direitos e liberdades, o uso do Mandado de Injunção é minimamente questionável em questões penais, pois a tipificação penal é responsável apenas pela materialização fatídica, avoca segurança a certo bem jurídico que não absolutamente se encontrava desamparado nas esferas cível e administrativa.

A equiparação da injúria racial ao racismo trouxe endurecimento ao tratamento dos agentes ativos do delito, todavia tal enrijecimento unicamente poderia normatizado em lei dado à matéria penal. Seguindo os preceitos de tipificação de uma conduta não se poderia

---

<sup>1</sup> Dicionário Aurélio 2020.

tratar mais gravosamente o acusado sem prévia cominação legal, evitando assim a julgamentos passíveis de abuso e arbitrariedade nas condenações.

Neste passo, o direito penal brasileiro proíbe, ainda, a utilização da analogia “*in malam partem*”, compreendendo-se pelo agravamento da situação do acusado por mera similitude, valendo-se do emprego de norma não relacionada ao caso dotada de caráter mais gravoso em função de uma que se enquadra, menos gravosa.

Ao julgar a demanda explorada nos parágrafos anteriores, o STF, conferiu a ela efeito “*erga omnes*” e “*ex nunc*”, ou seja, respeitou-se a anterioridade penal pela não retroatividade da decisão não condenando o réu do processo analisado, nem mesmo culminando pena para os indivíduos que tenham cometido a conduta criminalizada no acórdão antes de sua publicação, em respeito ao princípio processual penal “*tempus regit actum*”.

Outro ponto importante que torna questionável um acórdão que tipifica uma conduta como ilícita devido à omissão legislativa é o “*vacatio legis*”, uma vez que a LINDB dispõe em seu primeiro artigo o período mínimo de 45 dias para que a “*novatio legis*” passe a vigor, salvo disposição legal específica, enquanto o acórdão particulariza-se pela vigência imediata à sua publicação, atravancando período para adaptação social das novas regras, caracterizando assim mais uma ilegalidade formal decorrida da tipificação penal realizada pelo STF.

Repetidamente voltou o egrégio tribunal superior a prejudicar a situação processual do réu ao equiparar a injúria racial ao racismo sabidamente não relacionada no rol taxativo do disposto na Lei nº 7.716/89, por se tratar de conduta que consiste em preconceito e intolerância, conforme decisão do Recurso Extraordinário nº 983.531 de 31 de agosto de 2017, que se segue:

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 11 a 18.8.2017. EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. IMPRESCRITIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL AMPLAMENTE ANALISADA NA ORIGEM. NEGATIVA MONOCRÁTICA DE SEGUIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. Como afirmado na decisão monocrática ora atacada, os fatos foram detidos e profundamente apreciados nas instâncias ordinárias. De modo que não se pode rediscutir a matéria sem revolver os fatos para que se chegue à conclusão diversa da encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça. De se salientar que não se trata de manter a decisão, com exame da questão de fundo, mas da impossibilidade de proceder à revisão nesta via recursal. 2. Por outro lado, como também explicitado na decisão, a questão relativa à imprescritibilidade é insuscetível de reapreciação por se tratar de matéria infraconstitucional, objeto de profunda análise pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão constitucionalmente vocacionado para o exame da matéria. 3. Recurso de agravo em recurso extraordinário que se mostra inadmissível, na medida em que, para se chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inviável em recurso extraordinário. Precedentes: ARE 1.003.873, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE



717.165 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 768.779, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 792.585, Rel. Min. Ayres Britto. 4. Agravo a que se nega provimento. (BRASIL, STF, DF, ARE nº 983.531, Mini. ROBERTO BARROSO, internet em 2017)

A decisão proferida no supracitado julgamento buscou atribuir efeitos persuasivos e efetivos ao caso, diferentemente da criminalização da homofobia que somente valeria para condutas praticadas a partir da publicação da decisão.

No referido processo a parte agravada foi condenada e conseqüentemente sofreu os efeitos penais da decisão desrespeitando o princípio a anterioridade penal vislumbrado no brocardo latino “*nullum crimen nulla poena sine previa lege*” utilizado na doutrina ao se referir ao art. 1º do CPB, ignorando, por fim, a legalidade penal e gerando efeitos retroativos.

Ao analisar minuciosamente a situação processual r., constata-se que ao agravado impôs-se os efeitos como se delito de racismo tivesse praticado, disposto em norma específica, Lei nº 7.716/89, mesmo penalmente a conduta sendo qualificada por injúria, elencada no § 3º do art. 140 do CPB, o qual estabelece que “se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa”.

Mister salientar que o r. disposto não versa sobre a imprescritibilidade e inafiançabilidade da injúria racial, conquanto os crimes dotados dessa característica formal são discriminados pela própria CRFB de 1988, sendo alguns destes o racismo, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático, entre outros salientados nos incisos XLII, XLIII e XLIV, do art. 5º da Carta Magna.

Defende a doutrina majoritária que exclusivamente a constituição pode imputar a um crime caráter imprescritível, visto que a mesma dispõe a matéria em rol taxativo, sequer podendo ser alvo de emenda à constituição, constituindo clausula pétrea, conforme o § 4º do art. 60: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

O desígnio essencial do princípio da vedação ao retrocesso social é impedir que sejam tolhados direitos e garantias fundamentais adquiridos e já estabelecidos pela CRFB, especialmente aqueles provenientes do artigo 5º do ref. texto legal.

Neste aspecto, entende majoritariamente os doutrinadores que somente em casos de proposição de EC ou normas infraconstitucionais direitos a serem adicionados, não sendo possível a exclusão ou alteração dos já existentes.

Seguindo o raciocínio, a vedação ao retrocesso social implica na vedação da ordenação de novos crimes no rol dos imprescritíveis e inafiançáveis, pois que tal fato ocasionaria

retrocesso social, sendo a única forma de fazê-lo a instituição de novo poder constituinte originário, vertente predominante entre as doutrinas, bem salienta o autor José Afonso da Silva: “[...] a inafiançabilidade e especialmente a imprescritibilidade revelam um retrocesso na ciência penal”. (SILVA, 2014, p. 104)

Contrariando o entendimento pacificado pela doutrina se encontra a vertente atualmente aderida pelo STF, pois o egrégio tribunal considerou no RE nº 460.971 a não vedação pela constituição da incidência pela legislação infraconstitucional de imprescritibilidade em outras situações, equivalendo-se a afirmar não ser taxativo o rol disposto nos incisos XLII a XLIV do artigo 5º da CRFB.

Embora a Suprema Corte busque em suas decisões socorrer o indivíduo que bateu à sua porta de forma a alcançar extensiva abrangência de direitos nos acórdãos proferidos, o “*status*” inconstitucional da conduta continua inalterado, nesse entendimento fere-se os princípios preestabelecidos responsáveis por propiciar ao sistema jurídico nacional a segurança jurídica.

As interpretações extensivas empregadas nesses acórdãos extrapolaram os limites principiológicos gerais do direito, tanto em decorrência da formalidade do direito apreciado, quanto dos princípios e fundamentos do sistema jurídico pátrio.

## 2.1 A Vedação Da Analogia No Direito Penal

A interpretação comparativa no Direito Penal é vedada por garantia da ordem jurídica, fazendo assim com que o legislador seja adstrito à lei, não podendo operar perante juízo de valor de forma arbitrária, evitando-se assim uma possível parcialidade no julgamento ou, para o acusado, uma possível pena ou sanção não prevista na legislação.

Esse instituto é permitido no âmbito do direito penal nos casos de nos casos de “*abolitio criminis*” ou “*novatio legis in melius*”, instituindo exceção à regra sendo possível “*in bonam partem*”, ou seja, a retroatividade é permitida quando beneficiar o réu, mesmo rara a probabilidade de se deparar com o exposto na prática jurídica.

No caso, a analogia é procedimento em que se equipara uma conduta sem caráter delituoso e previsão legal com outra preestabelecida como ilícita já normatizada, ou ainda, seria dar equivalência de uma conduta típica a uma que é atípica.

Na visão de Fernando Capez, expõe-se o conceito de analogia exemplificado faticamente em caso outrora muito aplicado no Brasil antes da reforma trazida pela Lei nº 13.718 de 2018. Vejamos:

Consiste em aplicar-se a uma hipótese não regulada por lei disposição relativa a um caso semelhante. Na analogia, o fato não é regido por qualquer norma e, por essa razão, aplica-se uma de caso análogo. Exemplo: o art. 128, II, dispõe que o aborto praticado por médico não é punido “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. Trata-se de causa de exclusão da ilicitude prevista exclusivamente para a hipótese de gravidez decorrente de estupro. No entanto, como não se trata de norma incriminadora, mas, ao contrário, permissiva (permite a prática de fato descrito como crime, no caso, o aborto), era possível estender o benefício, analogicamente, à gravidez resultante de atentado violento ao pudor. (CAPEZ, 2011, p. 53)

Portanto, nota-se que o STF tem legitimidade de interpretar as normas constitucionais buscando aplicar e garantir o Estado Democrático de Direito, assim como lhe cabe a proteção das normas contra possíveis inconstitucionalidades, sendo ainda possível a edição de Súmulas Vinculantes, orientações do referido tribunal com força de lei as quais devem ser seguidas pelos demais órgãos jurisdicionais, segundo José Afonso da Silva:

Em 1841, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado do Império, apresentaram-se projetos de lei autorizando o Supremo Tribunal de Justiça a “tomar assentos obrigatórios sobre a interpretação das leis. O pensamento era que os assentos fossem tomados com a mesma latitude e ao mesmo tempo as mesmas limitações que os da antiga Casa de Suplicação” aos quais era atribuída força de lei. Os assentos eram, pois, as súmulas vinculantes de outrora, com a mesma força de lei, como uma forma de interpretação oficial, impositiva, tal como as interpretações autênticas e, nesse sentido, subversivas dos princípios de direito público, já que interpretação oficial obrigatória só é legítima quando feita pelo Poder Legislativo. Apesar disso, foram elas acolhidas no art. 103-A introduzido pela EC-45/2004. (SILVA, 2014, p. 570).

A interpretação extensiva é aceita em múltiplos cenários, porém ao se tratar de matéria penal e das consequências resultantes dos reflexos dessas decisões, conclui-se que embora não exista direitos e garantias absolutas, a relevância da formalidade penal é tamanha que impossibilita uma alteração substancial das matérias tipificadas, situações essas espelhadas nos casos apresentados.

Imperioso frisar a diferença existente entre interpretação extensiva, interpretação analógica e analogia propriamente dita, uma vez que a analogia é vedada em direito penal por igualar uma conduta típica com uma atípica, permitida somente se benéfica ao réu, enquanto a interpretação analógica, é aceita devido gerar tipificação incriminadora de condutas, já que seu intuito é analisar duas condutas típicas de procurando equipara-las, sendo a interpretação extensiva, enfim, a busca da complementação de normas obsoletas ou omissas, como apresentado por Capez:

Existe uma norma regulando a hipótese, de modo que não se aplica a norma do caso análogo; contudo tal norma não menciona expressamente essa eficácia, devendo o intérprete ampliar seu significado além do que estiver exposto. (CAPEZ, 2011, p.

54)

Com efeito, a equiparação da injúria racial ao racismo retomou-se a discussão sobre a analogia em matéria de direito penal, instituto esse vedado quando prejudica o réu, nesse caso havendo aplicação análoga a ele desdobrando brechas para outras prováveis violações em situações semelhantes.

Deveras, tal postura prejudica a harmonia legal, pois que com tamanha quantidade de exceções fica afetado o devido processo legal e a ampla defesa, além da não incidência de parcialidade pelo julgador, que a partir de então deteria de teses antes proibidas para argumentar suas decisões conforme entendimento pessoal, infringindo inúmeras leis e princípios.

No que diz respeito a criminalização da homofobia, tais descumprimentos aos preceitos fundamentais ao processo legal e processo legislativo é ainda mais grave, pois afeta de forma imediata a legalidade penal, não sendo neste caso apenas uma equiparação analógica como no caso do crime de injúria racial, visto que nem ao menos se tinha uma conduta descrita que a enquadrasse, o que remete a uma situação em que o STF legislou em prol da criminalização dessa conduta.

Outrossim, por mais que fundamentada na não taxatividade do rol da Lei nº 7.716/89, em uma tentativa de justificar a situação análoga ao racismo, inaltera-se a impossibilidade de se afirmar não ser taxativo o rol do direito penal, sendo notório a necessidade da descrição da conduta de forma clara e completa, inexistindo uma punição para quem pratique conduta meramente análoga ou de parecido *modus operandi*.

## 2.2 O Advento Do Sistema De Garantias Constitucionais

As garantias do não uso da analogia em prejuízo do réu, da necessidade de lei em sentido estrito para se tipificar uma conduta, da anterioridade de lei penal, dentre outras, visam sinteticamente oportunizar ao acusado a ciência de quais são as sanções máximas que poderá sofrer e para que haja um mínimo de igualdade jurisdicional, não necessariamente na pena aplicada, mas na uniformidade de aplicação do que está positivado, igualitariamente, ressalvadas especificidades que a própria lei estipula.

Antes da proibição de tais maneiras de incriminar condutas, pairava sobre a sociedade medieval o caos, era comum ver o sistema inquisitivo ser considerado justo admitindo provas ilícitas, analogia, o cerceamento de defesa, além doutras condutas inaceitáveis em uma sociedade moderna que defende os Direitos Humanos, nas palavras de Rogério Greco:

A sociedade do século XVIII vivia numa situação de terror e desigualdades. O processo penal era inquisitivo, realizado secretamente, sem que o acusado tivesse conhecimento das provas que contra ele estavam sendo produzidas. A tortura era um meio oficial utilizado pelo Estado para obter a confissão daquele a quem se escolheu para ocupar o lugar de culpado. A confissão era compreendida como a rainha das provas. O réu, na verdade, era quase que obrigado a confessar, a fim de expiar sua culpa. Os juízes, principalmente na França, eram peças fracas e frágeis a serviço de um governo despótico. Sempre parciais, julgavam com desigualdade os processos que envolviam ricos e pobres. As penas eram indeterminadas, ou seja, ficavam ao alvedrio do julgador aplicá-las de acordo com a sua conveniência. (GRECO, 2017, p. n.p.)

A fim de evitar a repetição de tais ingerências por parte do Estado, estabeleceu-se no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil as cláusulas Pétreas, feixe de direitos e garantias fundamentais que não podem ser suprimidas por emendas constitucionais ou demais processos legislativos, fortificadas pelo princípio da vedação ao retrocesso social que estabelece a ideia de não supressão de direitos já existentes, sendo possível somente acrescentar novos direitos.

Assim, tal característica de Constituição Rígida, nada mais seria que uma constituição que exige para sua alteração rito especial e solene, resguardados direitos e garantias que não podem ser suprimidos ou diminuídos mantendo o equilíbrio entre a relação vertical entre Estado e Particular, como descreve Paulo Bonavides:

A fixação de regras e cláusulas de rigidez pelo constituinte soberano representou um notável avanço para suprimir eficazmente nas Constituições a supremacia do legislador *legibus solutus*, do positivismo jurídico mais radical ortodoxo; legislador que antes tinha nas reservas da lei, em relação aos fundamentais, a possibilidade sempre inquietante de introduzir “ilimitadamente” limites, suscetíveis de tolher o livre exercício e fruição desses direitos. (Bonavides, 2004, p. 621)

Entre os direitos estabelecidos pelo artigo 5º da CFRB, situa-se a do devido processo legal, formalidade com fito na validação de qualquer ato praticado pelo Poder Legislativo, conjunção em que todos os envolvidos devem seguir uma ordem procedimental de atos para que se tenha a garantia que o jurisdicionado não terá ao final prejuízo decorrente de alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade, essa garantia estabelece, em especial, na esfera penal que a acusação precede a defesa em construção lógica simples, para se defender devesse antecipadamente estar inteirado do teor das acusações.

Ainda no mundo principiológico erege-se o princípio do juiz natural e promotor natural, ambos complementação do devido processo legal, visto que integram parte dos polos do procedimento que se reverte no processo.

Por juiz natural, entende-se que anteriormente ao processamento se tenha um julgador

preestabelecido dotado da capacidade jurisdicional e que atenda às formalidades legais para a ocupação do cargo, ou seja, trata-se de vedação aos denominados tribunais de exceção, juízos formados à margem da lei para julgar uma determinada demanda alicerçados em valores, muitas das vezes, ilegais e imorais, mirando afastar a parcialidade na escolha do julgador e no julgamento.

De outro lado, promotor natural depreende-se que agente de acusação identicamente será preestabelecido, em caso sendo ação penal pública será o Ministério Público o responsável em realizar ou arquivar a denúncia fundada através de peças de informação colhidas por inquérito policial ou por qualquer outra fonte de informação constituindo a *notitia criminis*, ocorrendo somente nos casos de ações em que o Estado seja o sujeito passivo do crime, nos casos de ação penal privada em que a denúncia parte do indivíduo privado resta afastada incidência desse princípio.

A legalidade na CRFB de 1988 é o alicerce do sistema positivista, uma vez que arroga uma rigidez inexorável, ampliando assim os direitos e garantias de primeira geração, que seriam os de liberdade que privam o Estado de fazer algo contra o particular, nos direitos de segunda geração ela estabelece um proceder positivo do Estado na garantia dos direitos sociais e políticos, e nos de terceira ela garante uma proteção em textos tanto constitucionais como de tratados internacionais que para José Afonso da Silva:

Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei. (SILVA, 2014, p. 423)

Portanto, quando se trata de garantia constitucional, a legalidade é uma de suas essências, e pelo mesmo motivo não deve ser relativizada de nenhuma maneira, posto sua importância e o perigo de flexibilizar a liberdade do poder estatal face aos seus administrados, o Estado goza muito poder suficiente sustentados pela supremacia do interesse público, ao passo que minimizar ou negar a necessidade do procedimento legal desse poder significa abrir portas para os abusos e mazelas sociais.

### **3 OS EFEITOS DA RELATIVIZAÇÃO**

A relativização da legalidade penal pode apresentar efeitos negativos e positivos de forma a modificar o cenário jurídico nacional em larga escala, dentre os efeitos se tem o ocasionalmente denominado de solução da omissão legislativa, em termos trazendo assim uma

celeridade e maior amparo legislativo para a população que ao se ver em situação não atendida pela lei basta requerer ao judiciário a criminalização de condutas lesivas corriqueiras, seja por MI ou demais remédios legais aos respectivos tribunais superiores.

Por outro lado, a formalização pelo judiciário torna ineficaz sua função fiscalizadora e revisora, pois uma vez que criada uma norma incriminadora pelo próprio órgão, como os casos apresentados nesse estudo, prejudicada-se sua análise de constitucionalidade ou de legalidade por não haver instância superior ou órgão especializado para esses casos, tornando um processo totalmente informal e sem o mínimo de procedimento legal, permitindo assim se discutir uma possibilidade do próprio CN proceder essa análise através da Comissão de Constituição e Justiça.

A análise de constitucionalidade não exclui as condutas criminais tipificadas, conforme sugere Fernando Capez:

O tipo penal está sujeito a um permanente controle prévio (ex ante), no sentido de que o legislador deve guiar-se pelos valores consagrados pela dialética social, cultural e histórica, conformada ao espírito da Constituição, e a um controle posterior, estando sujeito ao controle de constitucionalidade concentrado e difuso. (CAPEZ, 2011, p. 27)

A distribuição de competência impede que mesmo com a omissão de um dos poderes, como já abordado, seja desrespeitado o formalismo assim evitando usurpação de função. Mesmo com o clamor social, com a possibilidade de dar amparo na esfera penal a determinado direito ou garantia tem que se respeitar o rito, simplifica-lo poderia vir a ser uma solução, entretanto outro poder assumiria para si competência de poder estranho ao seu causando consequências no mundo fático e de direito, dentre elas: a possibilidade de responsabilização do Estado do recolhimento ao cárcere ou demais penalidades estipuladas de indivíduos que venham a praticar condutas “tipificadas” com ilegalidades, e no pior dos casos com inconstitucionalidade.

Ocorre que o Estado pratica inconstitucionalidade ao permitir que normas sejam editadas sem respeitar o formalismo legislativo, assim como quando o Poder Legislativo não positiva norma que possua mandado de incriminação pela própria constituição provocando dessa forma a denominada inconstitucionalidade por omissão, gerando mais profunda problemática jurídica.

Para José Afonso da Silva a inconstitucionalidade por omissão ocorre:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tomar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. (SILVA, 2014, p. 49)

O meio de se analisar a constitucionalidade de um projeto de lei ou emenda constitucional é através da CCJ, onde acontecem as análises por especialistas do ramo do direito e doutrinadores além das consultas públicas, não satisfeitas, caso passe uma norma com indícios de inconstitucionalidade, questiona-se através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ao STF, no caso de lei federal ou emenda à Constituição Federal, conhecido por controle de constitucionalidade concentrado.

Os efeitos dessa relativização também levam ao fim de diversas outras garantias, como já abordado, em especial as que regulamentam o processo de edição de leis e os de processamento de pessoas na esfera penal levando ao cerceamento de defesa e nos casos mais extremos a prisão ilegal do indivíduo.

A prisão ilegal, por assim dizer, é verificada quando identificado qualquer tipo de erro material ou processual prejudicando o acusado, sendo procedimentalmente impossível questionar nas instâncias superiores a prisão fundada em decisão da respectiva, uma vez que fere a imparcialidade e a separação dos poderes, pois quem julga nesses casos estaria inevitavelmente sendo o prolator da lei, seus efeitos e abrangência, lesando imensuravelmente ao consolidado ideal do Estado Democrático de Direito firmado com a Carta Magna de 1988.

A ilegalidade no direito penal e processual penal é verificada e declarada no simples descumprimento de prazos ou procedimentos de apreensão de objetos e pessoas, a relativização da legalidade penal é gritantemente mais danosa do que qualquer outro erro de procedimento por estar na essência da norma incriminadora, afetando todos os casos provenientes e que se enquadrem nela.

Nestes casos, a medida cabível contra prisão ilegal no direito processual penal é o Relaxamento de Prisão, instituto utilizado tanto nas prisões preventivas e nas prisões em flagrante, não se tratando, porém, do único instrumento cabível uma vez que a ilegalidade na prisão cerceia o direito da liberdade de locomoção também pode ser combatida com o remédio constitucional HC, sendo possível a impetração de ambos na busca de maior segurança para a garantia de não lesão aos direitos fundamentais do acusado.

Ao se relacionar a legalidade à forma (procedimento) de criação das normas, se tem uma real perspectiva do que tem sido violado, segundo Rogério Greco:



Por legalidade formal entende-se a obediência aos trâmites procedimentais previstos pela Constituição para que determinado diploma legal possa vir a fazer parte de nosso ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, no que diz respeito à lei ordinária, para que se constate a sua legalidade formal, dever-se-á, após a iniciativa e discussão do projeto em plenário por ambas as casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), obter a maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros, conforme determina o art. 47 da Constituição Federal. (GRECO, 2017, p.148)

Nesse fluxo, incorre o juízo revisor nos casos fáticos que deram origem a criminalização da homofobia e a equiparação de injúria racial ao racismo, tais processos já se encontravam em juízos revisores, especialmente em juízo constitucional, o que torna a decisão proferida em última instância recursal não passível de discussão quanto ao mérito da decisão por outro juízo, salvo por outra turma do mesmo Tribunal ou em caso da Plena Corte somente cabendo uma revisão criminal que nos casos concretos deverá revestir-se de provas da inocência, seja por negativa de autoria ou por inexistência de materialidade, não discutindo a tipificação da conduta enquadrada.

A responsabilização do Estado estaria ligada não somente ao motivo de edição dessas leis, mas também nos efeitos aplicados ao processo que teve origem com o posicionamento do STF ao legislar criminalizando alguma conduta, na equiparação da injúria racial ao racismo, haja vista que serem tais contidas divididas na lei especial e pela própria constituição, o que demonstra a não omissão legislativa necessária para um MI, ou inda, para fundamentar a necessidade de amparo jurídico a esses casos, demonstrando que a egrégia corte usurpou função típica do Poder Legislativo sem qualquer respaldo constitucional.

Seria uma solução compensatória o judiciário regular situações que deveriam ser dispostas em lei, conforme Aury Lopes Junior indica:

Soluções Compensatórias: na esfera do Direito Internacional, pode-se cogitar de uma responsabilidade por “ilícito legislativo”, pela omissão em dispor da questão quando já reconhecida a necessária atividade legislativa na CADH (que está incorporada ao sistema normativo interno). Noutra dimensão, a compensação poderá ser de natureza civil ou penal. Na esfera civil, resolve-se com a indenização dos danos materiais e/ou morais produzidos, devidos ainda que não tenha ocorrido prisão preventiva. Existe uma imensa e injustificada resistência em reconhecer a ocorrência de danos, e o dever de indenizar, pela (mera) submissão a um processo penal (sem prisão cautelar), e que deve ser superada. (JUNIOR, 2020, p. n.p.)

Para da criminalização da homofobia foram alegados tanto a fundamentação da omissão legislativa quanto a do clamor social e da realidade fática do país, mostrando assim que mesmo se relativizando ainda se teve algo aproveitável para a sociedade, todavia abrindo ca-

minhos para novas relaticizações, colocando em risco a segurança jurídica haverem respeitados o devido processo legal e a anterioridade penal, além da própria legalidade.

### **3.1 A Insegurança Jurídica No Sistema Processual Penal**

A segurança jurídica é determinante para o desenvolvimento do país e da consolidação do sistema jurídico, uma vez ocasionada a insegurança jurídica se torna precursora de revoltas e descontentamento, um sistema descrédulo não é o buscado pelos particulares para resolver suas lides por mais temerárias que sejam, um sistema que não garante igualdade de tratamento entre os indivíduos e a aplicação da lei positivada com julgamentos fundados na própria, não geram confiabilidade e satisfação na busca pelo justo.

O uso da interpretação e a possibilidade da mudança dos entendimentos firmados pelos órgãos jurisdicionais, ainda que guiados pelo censo de justiça, tornam o sistema jurídico desacreditado e muitas vezes injusto no quesito formal, como Fernando Capez sugere:

De nada adiantaria exigir a prévia definição da conduta na lei se fosse permitida a utilização de termos muito amplos, tais como: “qualquer conduta contrária aos interesses nacionais”, “qualquer vilipêndio à honra alheia” etc. A garantia, nesses casos, seria meramente formal, pois, como tudo pode ser enquadrado na definição legal, a insegurança jurídica e social seria tão grande como se lei nenhuma existisse. (CAPEZ, 2011, p. 63)

Aos manuseadores do direito, em defesa de prerrogativas dos seus clientes, põe em xeque a questão da forma de se atuar nessas situações, tendo em vista que não se tem como saber o resultado do processo de seu cliente, devido à insegurança causada pelo desrespeito da legalidade e constitucionalidade na tipificação, podendo propiciar diversos julgamentos com decisões contrárias às estabelecidas pelos tribunais superiores.

A consolidação das leis e do processo legislativo brasileiro demandaram tempo e trabalho, tanto da população, quanto do constituinte originário, luta essa secundarizada pelas mudanças extremas causadas pelas decisões dos anos de 2017, 2018 e 2019 do STF, permitindo margem para interpretação exterior aos ditames legais, formando assim, uma necessidade do legislador em portar-se de maneira mais rígida e positivista ao se publicar uma lei, assim limitando as aberrações jurídicas que desconstituem o árduo trabalho de um sistema garantista.

O próprio legislativo em diversas ocasiões, incumbido do clamor popular e da realidade fática do país, criou leis incriminadoras de forma a inflamar o sistema jurídico com leis

especiais, criminalizando situações e protegendo direitos que bastaria às sanções administrativas e cíveis, as quais afetam ao particular somente no que tange ao seu patrimônio. Essas medidas criaram para a doutrina o que é chamado de direito penal simbólico que nada mais é que um excesso de leis incriminadoras que deixam o direito penal e processo penal ineficientes no que tange à aplicação de sanções.

O direito penal tem que ser seletivo, conforme dispõe Paulo Queiroz:

[...] o direito penal não constitui um sistema exaustivo de ilicitudes ou de proteção de bens jurídicos (vida, integridade física, honra), mas descontínuo, fragmentário, já que sua intervenção pressupõe o insucesso de intervenções outras. É que o direito penal seleciona e tipifica condutas atendendo à relevância do bem jurídico, e segundo a intensidade da lesão de que se trate, outorgando-lhes uma proteção relativa. Portanto, não se protegem todos os bens jurídicos, mas só os mais importantes, nem sequer os protege em face de qualquer classe de atentados, mas tão-só em face dos ataques mais intoleráveis. (QUEIROZ, 2008, p. 33)

À medida que o direito penal se torna, fragmentário ou seletivo o sistema jurídico fica mais eficiente permitindo correto emprego por situações que verdadeiramente necessitam de uma tutela jurídica severa, assim descongestionando o Poder Judiciário que já se encontra abarrotado de processos para analisar.

Ressalta-se que, somente o legislativo atuando na tipificação de condutas, excessos despontavam na proteção a bens jurídicos não considerados essenciais ao exercício do direito e a aplicação das garantias, cenário agravado com o STF alterando os efeitos e tipificando condutas em prejuízo do acusado, aumentando por conseguinte a ineficiência do judiciário em apurar tantas leis que pela não essencialidade jazem inutilizáveis em grande parte dos casos, sendo esse um efeito reflexo do aumento contínuo de condutas tipificadas.

A crescente morosidade do judiciário em sentenciar os processos, por sua vez também contribui para o sentimento de insegurança jurídica por causar aos envolvidos um sentimento de desleixo e desamparo Estatal no que tange aos direitos positivados, pois é sabido que um processo demora entre 2 a 4 anos para ser sentenciado, indignando e sendo precursor do desejo de fazer justiça com as próprias mãos, o que é notoriamente ilegal, segundo dispõe o art. 345 do CPB, considerando que o *jus puniendi* é exclusivamente de exercício do Estado.

Somente o Estado exerce o direito de punir, dando ênfase no rompimento com a arbitrariedade, nessa corrente, leciona Fernando Capez:

O Estado, como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente, o direito de punir (*jus puniendi*). Tratando-se de manifestação de poder soberano, tal direito é exclusivo e indelegável. Mesmo na ação penal de iniciativa privada, o particular possui apenas a prerrogativa de dar início ao processo, por meio da queixa. No entanto, o

jus puniendi continua com o Estado, tanto que é possível a este conceder anistia em crime de ação privada (ora, só quem detém o jus puniendi pode a ele renunciar). Esse direito existe abstratamente, independente de vir a ser praticada a infração penal, e se impõe a todos indistintamente. (CAPEZ, 2011, p. 613)

A perda da liberdade para o indivíduo é a mais danosa punição que o Estado pode aplicar contemporaneamente, a segurança jurídica nesses casos e a igualdade proveniente de leis e princípios regem o tempo da punição e sua gravidade, seja um regime fechado ou aberto de cumprimento de pena estipulada pela lei, o indivíduo que sofre tal sanção sofre danos que o marcaram pelo resto de sua vida, pois é retirado do convívio com seus familiares, o livre arbítrio no exercício do direito de locomoção e até a perda de bens materiais que demandam gastos de manutenção como veículos e imóveis, razão pela qual a indenização por prisão ilegal, demonstra-se simplesmente simbólica, não alcançando a mensuração do prejuízo ao condenado.

Portanto, a formalidade do processo, tanto legislativo quanto do processo penal, é resultado de várias reformas no sistema legislativo e jurídico pátrio que conferiram uma busca pela verdade real e uma busca pelo real conceito de justiça, frutos do desenvolvimento social e da modernização e conscientização da sociedade.

### **3.2 A difusão das relativizações da legalidade penal**

O Poder Judiciário aplica um sistema de integração que tem por finalidade uma homogeneidade das decisões de mesmo cunho jurídico, são as questões repetitivas nos Tribunais Superiores, a fim de evitar que tais demandas de méritos equivalentes inflem o sistema jurídico, por esse motivo são editadas Súmulas e Súmulas Vinculantes, com escopo de direcionar o entendimento dos órgãos do judiciário para uma mesma direção de entendimento.

As Súmulas não vinculam os juízos de primeira instância a seguirem aquele entendimento, podendo mesmo que com a citação da jurisprudência decidir de forma contrária, sendo necessário apenas o devido fundamento do motivo e das normas que possibilitam aquela decisão, o que é evidentemente necessário, pois não há subordinação entre os juízos, os quais atuam com independência funcional e financeira. O motivo de tal independência se remete ao universo fático existente em cada região do país, o que ocasiona uma diversidade de posicionamentos.

A liberdade e independência jurisdicional não prevalecem às ilegalidades processuais e materiais, conforme Aury Lopes Junior preceitua:

[...] a independência não significa uma liberdade plena (arbitrária), pois sua decisão

está limitada pela prova produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais (entre elas a vedação da prova ilícita) e devidamente fundamentada (motivação enquanto fator legitimante do poder). Não significa possibilidade de decisionismo. Não está o juiz obrigado a decidir conforme deseja a maioria, pois a legitimação de seu poder decorre do vínculo estabelecido pelo caráter cognoscitivo da atividade jurisdicional. (JUNIOR, 2020, p. n.p.)

Porém, nem em todos os casos os juízos têm a liberdade de aplicar o livre convencimento motivado com plena liberdade, haja vista algumas situações fáticas tendem a se repetir nos Tribunais e a omissão da lei positivada ou os conceitos jurídicos indeterminados tendem a gerar várias decisões conflitantes e contrárias sobre um mesmo tema, necessitando assim de uma maior análise jurídica só solucionada pela própria lei ou por um instituto chamado de Súmulas Vinculantes.

O entendimento doutrinário igualmente tende a mostrar disparidade de entendimento sobre temas idênticos, a variar de autor, alguns aceitos pelos órgãos jurisdicionais e outros nem tanto, a depender do assunto abordado na doutrina e o reconhecimento dado ao autor, estas revestem-se paralelamente de valor jurídico equiparado ao valor das jurisprudências.

As Súmulas Vinculantes funcionam como orientações, uma jurisprudência positivada e listada em documento do próprio Supremo Tribunal Federal, constando orientações para casos fáticos mais emblemáticos, com todo tipo de mérito, questões tributárias, penais, processuais, cíveis, administrativas, e quaisquer outras que possam ser resultado de conflitos gerados pelo texto constitucional, porém, acontece que ao se editar as Súmulas Vinculantes se tem uma garantia de que elas serão aplicadas seja nos juízos de primeira instância ou nos juízos recursais.

Segundo José Afonso Da Silva, a edição gera efeitos tão abrangentes quanto às leis em sentido estrito:

A instituição das súmulas vinculantes fundamenta-se no art. 103-A da Constituição, segundo o qual o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista em lei. Essa lei já foi promulgada - trata-se da Lei 11.417, de 19.12.2006... (SILVA, 2014, p. 571)

O descumprimento de Súmulas Vinculantes margeia a possibilidade de revisão da decisão conflitante no Supremo Tribunal Federal, através de Reclamação Constitucional, instrumento utilizado para quando juízo de mérito ou recursal não segue a interpretação dada pelo Supremo em determinada decisão.

Acontece que entre seguir a determinação do Supremo Tribunal Federal, a qual não está disposta em Súmula Vinculante, e aplicar a punição positivada pela lei como a injúria racial, o juízo de primeira instância e o Tribunal Recursal competente, podem ter considerações distintas sendo necessária somente a motivação fundamentada da decisão, o mesmo se aplica no caso de considerar a homofobia crime tipificado ou não, uma vez que a mesma não se desenvolveu dentro dos procedimentos de tramitação legal nas casas legislativas nacionais.

A insegurança jurídica gerada enraizada nesses casos se baseia na desarmonia relacionada à tipificação da homofobia e da aplicação dos efeitos da inafiançabilidade e imprescritibilidade à injúria racial, onde alguns indivíduos que cometeram as mesmas condutas sofrerão restrição no bem jurídico que institui a bandeira da democracia, a liberdade, enquanto outros não o perdem, gerando uma grande lacuna entre um órgão jurisdicional e outro.

O dano gerado com a difusão dessa desarmonia jurisprudencial é maior que a própria falta de proteção jurídica criminal às vítimas dessa conduta, vários juízos já reconhecem a homofobia como crime equiparado ao conceito de racial empregado na Lei nº 7.716, de 5, de janeiro de 1989.

### 3.2.1 Nos Órgãos Jurisdicionais

A relativização nos órgãos jurisdicionais é palpável, porquanto muitos juízos buscam fundamentar as decisões levando em conta a equiparação da injúria racial ao racismo e principalmente a homofobia em crimes de mesmo teor sendo enquadrada na Lei nº 7.716/89, o que mais se nota não são as ações criminais que se iniciam partindo da homofobia como conduta típica geradora do processo, mas sim a grande quantidade de ações cíveis que giram em torno de indenizações pecuniárias por danos morais e materiais decorrentes da conduta preconceituosa.

Dentre as ações providas depois da equiparação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se:

Recurso Inominado nº.: 1001989-06.2017.8.11.0015 – CH - PJe Origem: Juizado Especial Cível de Sinop Recorrente (s): PAULA DAIANE ALVES Recorrido (s): AUTO POSTO TARUMA - GRANJA Juiz Relator : Patrícia Ceni Data do Julgamento: 27/09/2019 EMENTA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RELAÇÃO DE CONSUMO – OFENSAS PESSOAIS DIRIGIDAS EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL – OFENSAS HOMOFÓBICAS – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA DA PARTE RECLAMANTE – PLEITO DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – VALOR FIXADO EM VALOR IRRISÓRIO QUE NÃO APLICA A MEDIDA PEDAGÓGICA NECESSÁRIA. A conduta homofóbica é ato atentatório ao art. 3º, IV da Carta Política, o qual descreve como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: promover o

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **Acrescento que atualmente a homofobia - preconceito contra os homossexuais - está equiparada às demais discriminações tuteladas pela Lei nº 7.716/89, que define o crime de racismo.** Na fixação do montante da condenação a título de reparação pelos danos morais, deve-se atender a uma dupla finalidade: reparação e repressão. Portanto, há que se observar a capacidade econômica do atingido, mas também a do ofensor, com vistas a evitar o enriquecimento injustificado, mas também garantir o viés pedagógico da medida, desestimulando-se a repetição do ato ilícito. É sabido que o instituto jurídico do dano moral ou extrapatrimonial possui três funções básicas: 1) compensar alguém em razão de lesão cometida por outrem à sua esfera pessoalíssima; 2) punir o agente causador do dano, e, por último, 3) dissuadir e/ou prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso. A vista de tais critérios, o valor fixado em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) deve ser elevado para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), notadamente quando a quantia arbitrada na instância de piso não aplica, principalmente, a função punitiva e pedagógica da medida. Recurso conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, TJ-MT, RI nº 1001989-06.2017.8.11.0015, Relator: PATRICIA CENI DOS SANTOS, *internet* em 2020)

A demanda referenciada alude sobre o provimento de ação indenizatória na esfera cível, tendo como fundamento uma breve citação da decisão proferida pelo STF no ADO/26 DF, que criminaliza a homofobia nos termos da Lei nº 7.716/89.

Porém ao se analisar período anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal, nota-se que as vítimas de discriminação homofóbica não eram desamparadas na esfera penal ainda que não tipificada penalmente a prática da homofobia leve sendo retratada a simples negativa de direitos por motivo de sexualidade, quando eram lesados os direitos a vida, liberdade e integridade física, tinham por consequência a responsabilização criminal, não pela conduta homofóbica, mas por outras condutas típicas, como se observa:

PENAL. PROCESSO PENAL. INJÚRIA. PRECONCEITO QUANTO À OPÇÃO SEXUAL. ATIPICIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA 1) Injúria consiste em ofender (insultar), por ação (palavras ofensivas) ou omissão (ignorar cumprimento), pessoa determinada, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. 2) No caso em apreço, a querelante entendeu que teve sua honra subjetiva abalada por comentários do querelado feitos perante sua aluna, ora testemunha, sra. Marcilene Tavares de Souza, que atentavam contra sua orientação sexual. Os depoimentos colhidos em audiência de instrução dão conta de que o querelado, agindo como professor da Escola Dominical Igreja Assembléia de Deus e, portanto, com base nos dogmas religiosos seguidos pelos fiéis, teria comentado com sua aluna que a querelante seria má influência por conta de sua opção sexual. Houve, a meu ver, opinião de cunho preconceituoso proferida pelo querelado, todavia, em que pese a reprovabilidade de tal conduta, ela é atípica, impossibilitando, assim, um decreto condenatório. Salutar mencionar as palavras da Professora Maria Berenice Dias sobre o tema: “Felizmente o Judiciário, de há muito, vem suprimindo o silêncio da lei e garantindo toda sorte de direitos no âmbito de direitos das famílias, direito previdenciário e sucessório. A decisão mais emblemática foi à proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao reconhecer as uniões homo afetivas como entidade, acabou por assegurar acesso ao casamento. Porém a Justiça não tem como

punir ações de natureza discriminatórias, pois ninguém pode ser condenado sem lei que tipifique a ação como delituosa - CF, art. 5º, inc. XXXIX: não há crime sem lei anterior que defina (DIAS, Maria Berenice. Homofobia é crime? Em >. Acesso em 23 de novembro de 2015). 3) Desta forma a sentença a guerra *ad a* não merece revisão. 4) Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (BRASIL, TJ-AP, Apelação nº0064718-57.2014.8.03.0001, Relator: EDUARDO FREIRE CONTRERAS, *internet* em 2020)

Dentre as jurisprudências estudadas as ações penais que tem como motivo delitivo a homofobia gira em torno de ameaça, violência contra a pessoa, injúria, calúnia e homicídio, o que demonstra um concurso de crimes que, ainda que motivados pela intolerância, são acompanhados delitivamente de condutas mais graves e genéricas, o que implica na já existência da proteção jurídica necessária ao exercício da liberdade sexual.

A comprovação da existência de proteção jurídica que permitem a liberdade sexual mostra que a tipificação realizada no ADO nº 26/DF é de forma precipitada uma relativização desnecessária ao sistema jurídico brasileiro visto o respeito ao direito penal mínimo e a possibilidade de se aguardar um trâmite no legislativo federal de uma lei incriminadora.

Para Rogerio Greco somente bens essenciais devem ser tratados pelo direito penal, conforme:

A lei penal somente poderá proibir ou impor comportamentos, sob a ameaça de sanção, se houver absoluta necessidade de proteger determinados bens, tidos como fundamentais ao nosso convívio em sociedade, em atenção ao chamado direito penal mínimo - *nu/la /ex (poenalis} sine necessitate.* (GRECO, 2017, p. 11)

A tipificação da homofobia foi impulsionada por uma pressão social quanto a crimes bárbaros ocorridos contra pessoas homossexuais, essa revolta social somente foi sanada com o julgamento do ADO/26 DF, porém foi mais uma medida que buscou para apaziguar os ânimos da sociedade do que solucionar o real problema da intolerância social.

A injúria racial por sua vez analisada de uma perspectiva mais ampla foi gerada pelo mesmo sentimento de inconformismo social e editada em acórdãos do STF, contrariando a própria vontade legislativa. Saber o provável resultado de um processo desse instituto se tornou complexo uma vez que os entendimentos podem se divergir com o passar do tempo ou de um órgão jurisdicional para outro.

A problemática em analisar a injúria racial está em sedimentar sobre quais serão seus efeitos, ou seja, a incidência da aplicabilidade da imprescritibilidade e inafiançabilidade como são aplicadas aos crimes da Lei nº 7.716/89, ou se deverá ser seguido o que dispõe o Código Penal Brasileiro, que estabelece que a injúria racial é uma forma qualificada do crime de injúria do art. 140 do CPB.



Antes da publicação do acórdão que equiparou a injúria racial ao racismo, havia decisões que eram fundadas no § 3º do art. 140, que prevê a pena real e os efeitos aplicados a quem cometa tal ato, como se verifica no seguinte julgado:

INJÚRIA RACIAL. AÇÃO PENAL PRESCRITA. A ação penal está extinta pela prescrição. A apelante foi condenada à pena de um ano de reclusão, a qual prescreve em quatro anos. Este lapso temporal já transcorreu entre as datas do recebimento da denúncia, 4 de abril de 2012, e a publicação da sentença condenatória, 22 de fevereiro de 2017. DECISÃO: Ação julgada extinta pela prescrição. Unânime. (BRASIL, TJ-RS, Apelação Crime Nº0157486-48.2017.8.21.7000, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: SYLVIO BAPTISTA NETO, *internet em 2020*)

De acordo com o julgado predito a injúria racial era considerada prescritível, em face da não disposição legal que a considere imprescritível. Após o STF julgar determinada demanda em recurso extraordinário, confirmando assim a imprescritibilidade da referente conduta se teve então o prejuízo ao acusado, ampliando a premissa de que o direito não espera “*ad aeternum*”, o que remete a mais uma conduta em exceção à regra da prescrição de pretensão punitiva, que seria a prescrição pelo tempo proporcional ao tempo estabelecido na premissa secundária da conduta ilícita, ou seja, ao tempo de condenação em abstrato positivado em lei.

Após o referido posicionamento é normal que haja uma disseminação da teoria, sendo aceita por demais órgãos jurisdicionais, o que não impede entendimento diverso por algum juízo no que se refere à prescritibilidade do delito de injúria racial, o que gera uma insegurança pela diversidade de posicionamentos possíveis.

No julgado a seguir é demonstrado em como a decisão proferida pelo STF no RE nº 983.531 de 31 de agosto de 2017, fundamentou decisões de mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 140, § 3º DO CPB. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL (ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 438 DO STJ. SENTENÇA REFORMADA. INJÚRIA RACIAL COMO ESPÉCIE DE RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra sentença que declarou extinto o feito, com fundamento na denominada "prescrição virtual". 2. A denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, na qual se leva em conta sanção a ser hipoteticamente aplicada no futuro, é inadmissível no ordenamento jurídico penal brasileiro. Precedentes do STF e STJ. 3. Inteligência da Súmula nº 438 do STJ: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal". 4. Sentença que merece ser parcialmente reformada, com o retorno dos autos ao juízo de origem para o prosseguimento do

feito, considerando-se ainda que **o crime de injúria racial é imprescritível (entendimento consolidado no STF e no STJ)**. 5. Recurso Provido. (BRASIL, TJPPE, RESE n°0002457-93.2019.8.17.0000, Relator: DEMOCRITO RAMOS REINALDO FILHO, *internet* em 2020)

Conforme apresentado, o acórdão a cima busca dar seguimento ao entendimento do STJ e STF, o que afunila em uma unificação de entendimento entre os Tribunais, não obstante que outro tribunal ao interpretar a lei, fielmente, aplique o entendimento legalmente aceito, ocasionando assim uma pluralidade de posicionamentos, sentenças e acórdãos, inadmissível existir na esfera penal de forma que afete o entendimento positivado, devido ao princípio da igualdade formal.

O alastramento das decisões intrigantes do STF que deram margem de interpretação mais ampla a lei penal é responsável pela insegurança jurídica gerada no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o Tribunal em questão não detem capacidade de unificar todos os entendimentos e posicionamentos nos órgãos jurisdicionais, independente da influência de suas decisões para os demais.

Ao se analisar determinadas demandas os advogados se valem do posicionamento do STF ou do STJ por serem Tribunais com maior poder em decorrência dos outros, porém nem sempre o seguido por esses tribunais é o aplicado no caso concreto nas Varas Criminais e Tribunais o que leva a uma incerteza jurídica sobre o tema tratado.

Convenientemente, importa haver unicidade e não incertezas ao se prolatar uma decisão condenatória respeitando o princípio “*in dubio pro reo*”.

Para Aury Lopes Junior:

Em suma, nossa posição é a de que a sentença condenatória só pode manter-se quando não houver uma dúvida fundada, seja pela prova existente nos autos, seja pelo surgimento de novas provas. Logo, o *in dubio pro reo* é um critério pragmático para solução da incerteza processual, qualquer que seja a fase do processo em que ocorra! O sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo *in dubio para o societate*.

A impossibilidade de que exista uma exceção procedimental ou construções que levem consigo os fundamentos do sistema inquisitório como o “*in dubio para o societate*” vedam conseqüentemente a possibilidade de se alterar o procedimento penal, logo os efeitos da imprescritibilidade não podem afetar o acusado, salvo existência de hipótese de incidência positivado em lei.

Logo todos os Tribunais e juízos estão resguardados a reconhecer a prescritibilidade da injúria racial.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relativização da legalidade penal se mostra desnecessária e infundada na mora legislativa, sendo duvidosa qualquer tipificação realizada por acórdão, uma vez que o exigido é

lei em sentido estrito.

Esse direito é a garantia para que se tenha um efetivo Estado Democrático de direito, submetendo todos os indivíduos as leis, sejam penais, cíveis ou qualquer outra esfera em direito, conforme o artigo 5º CAPUT da CRFB, "todos são iguais perante a lei...", e "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", conforme inciso 2 do mesmo instituto.

A não tipificação de uma conduta na esfera criminal não gera uma mora legislativa, pois não é necessário uma criminalização desenfreada para que se exista uma proteção jurídica afinal o direito civil também é responsável por criar essa segurança, não obstante o direito penal mínimo é o ideal para se ter segurança jurídica, evitando o direito penal simbólico que somente gera um acúmulo de demandas triviais nos órgãos jurisdicionais, se sobrepondo ao que realmente deve ser protegido nessa esfera.

A tipificação da homofobia é questionável por ser fundamentada na mora legislativa e na necessidade de norma incriminadora para exercício de direito fundamental da liberdade sexual, porém quando se infringe esse direito é gerado outros crimes de ódio que por si só se mostram suficientes para garantir ao indivíduo uma proteção, ainda assim a esfera penal não é única que gera esse efeito de proteção, a esfera civil busca punir todos aqueles que gerem uma ofensa a honra, ou demais prejuízos decorrente de ato ilícito.

A equiparação da injúria racial ao racismo regido pela lei 7716/89, foi fundamentado na equivalência dos institutos que tem como direito atingido a igualdade formal entre as raças além da reprovabilidade social da conduta, porém o próprio poder constituinte dividiu os dois institutos o que demonstra a não existência da mora legislativa ou confusão entre os efeitos de ambas, sendo a imprescritibilidade e inafiançabilidade impossíveis de atingir uma conduta similar.

O possível rumo do direito brasileiro e do princípio da separação dos poderes pode ter sido modificado por decisões precipitadas de relativização da legalidade penal e da tipificação de condutas pelo judiciário, porém o retrocesso jurídico/social há de ser repudiado pelas instituições brasileiras e pela entidade *sui generis* OAB do Brasil.

Diante do exposto, ressalta-se que por mais que a relativização já exista no direito brasileiro não se pode abrir mão do formalismo legislativo para que seja feita a vontade popular através de seus representantes, conforme o princípio democrático.

## REFERÊNCIAS:

GALLIANO, Alfredo Guilherme. **O método científico: teoria e prática.** São Paulo: Harbra, 1986. 200p.

GIL, A. C. **Pesquisa**. 4e. d São Como Elaborar projetos de Paulo: Atlas, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17ª. Ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

QUEIROZ, PAULO. **Direito penal - Parte geral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti e revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**, Código Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm), acesso em 15/10/2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso em 18/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado De Injunção nº 4733/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 13 novembro 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 16 de março. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº983.531 – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 31 agosto 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/118684634/processo-n-983531-do-stf>>. Acesso em: 17 de março. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 13 junho 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 17 de março. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº460.971 – Rio Grande do Sul.

Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30 de março de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416344>>. Acesso em: 17 de março. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Recurso Inominado nº1001989-06.2017.8.11.0015 – Mato Grosso. Relator: PATRICIA CENI DOS SANTOS. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 27 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/839317207/recurso-inominado-ri-10019890620178110015-mt?ref=serp>. Acesso em: 13 de maio. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. Recurso de Apelação nº0064718-57.2014.8.03.0001 – Amapá. Relator: EDUARDO FREIRE CONTRERAS. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 24 de novembro de 2015. Disponível em: <https://tjap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381466595/apelacao-apl-647185720148030001-ap/inteiro-teor-381466603?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 de maio. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Crime nº 0157486-48.2017.8.21.7000 – Rio Grande do Sul. Relator: SYLVIO BAPTISTA NETO. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 19 de julho de 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482204005/apelacao-crime-acr-70073933715-rs/inteiro-teor-482204015?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 de maio. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Recurso em Sentido Estrito nº 0002457-93.2019.8.17.0000 – Pernambuco. Relator: DEMOCRITO RAMOS REINALDO FILHO. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/782049173/recurso-em-sentido-estrito-rse-5306256-pe?ref=serp>>. Acesso em: 19 de maio. 2020.