

## A JUDICIALIZAÇÃO DA LEGALIDADE PENAL

**FLÁVIO AUGUSTO MARETTI SGRILLI SIQUEIRA**

Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos – Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Penal e Política Criminal – Universidade de Granada; Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais – Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Direito e Processo Penal – Universidade Estadual de Londrina; Professor Adjunto de Direito Penal, Processo Penal e Direito Administrativo – Libertas Faculdades Integradas; Professor Visitante na Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Poços de Caldas e Defensor Público/MG.

**Sumário:** 1. O princípio da legalidade; 2. Da indevida equiparação da injúria racial como racismo como delito imprescritível e a homofobia/transfobia como racismo social; 3. Acordos de colaboração premiada e a existência de cláusulas sem amparo legal; 4. Matérias envolvendo a execução penal e o princípio da legalidade; 5. Conclusões; 6. Referências

### **1. O princípio da legalidade**

O princípio da legalidade no Direito Penal existe como a fundação do sistema jurídico-penal, onde existe para determinar que o poder penal somente recaia sobre o cidadão dentro de balizas previamente estabelecidas e amplamente divulgadas por meio do molde constitucionalmente previsto para veicular conteúdo penal.

O antedito princípio igualmente incide dentro do processo penal, visto que a concretização do direito de punir do Estado deve ser materializada após seguir os passos previstos em lei para fins de investigar, acusar, produzir provas e, ao fim, sentenciar.

O valor do princípio da legalidade é altamente forte para a preservação do direito, em especial, para estabelecer as margens de validade da intervenção forçada na liberdade alheia por meio do Estado.

Todavia, verificamos que o princípio da legalidade vem sendo objeto de sucessivas decisões judiciais que, passo a passo, vem minando sua força como instrumento limitador da ação estatal em prol do cidadão, o que igualmente vem minorando a segurança jurídica e distorcendo os limiares dos institutos jurídicos tanto no direito como no processo penal.

O enfraquecimento do princípio da legalidade que promove que o Poder Judiciário sucessivamente intervenha nos marcos regulatórios do direito e processo penal desvela um grande problema do Estado, qual seja, a crise de legitimidade e o perdimento da relevância do Poder Legislativo.

Diante desse cenário, paulatinamente novas questões penais e processuais foram submetidas ao crivo do Poder Judiciário que teve que se posicionar acerca dos mesmos. Não raras vezes observamos decisões polêmicas e equivocadas, porém, não notamos nenhum ou pouco reflexo desses sinais do Poder Judiciário na atividade legislativa.

Valendo-se de analogia da teoria *daratio cognoscendi* da tipicidade, ou seja, a fumaça era considerada a tipicidade que era um indício do fogo que seria a ilicitude.

Temos que as cortes superiores vêm dando sinais ao legislativo da necessidade de se regulamentar por meio de lei determinados comportamentos por meio de decisões com conteúdo normativo, impositivo e vinculante (fumaça) e enquanto esses sinais são ignorados agrava-se o estado de omissão legislativa, insegurança jurídica (fogo) e de substitutividade da função legisferante, a qual, reveste-se de primordial função dentro da democracia e como peça de legitimidade da atuação do Estado como mantenedor das liberdades públicas.

Claramente que nem tudo pode ser imputado como inércia legislativa, visto que em outras situações nos deparamos com interpretações destoadas da necessária harmonia com a Constituição Federal, com evidente ar de ativismo judicial, que é inconcebível em matéria penal (STRECK, 2015).

Vejamos alguns exemplos disso...

## 2. Da indevida equiparação da injúria racial como racismo como delito imprescritível e a homofobia/transfobia como racismo social

De início, a questão referente a equiparação da injúria racial como delito de racismo, logo, imprescritível.

O STJ tratou de analisar a questão em um primeiro momento:

**PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE COMPROVADA. AGRAVO CONHECIDO. INJÚRIA RACIAL. CRIME IMPRESCRITÍVEL. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. MATÉRIA ANALISADA, EM CASO ANÁLOGO, PELO STF. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO E INDEFERIDO O PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.** 1. Comprovada a republicação da decisão de inadmissão do recurso especial, é reconsiderada a decisão que julgou intempestivo o agravo. 2. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n.9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015). 3. A ofensa a dispositivo constitucional não pode ser examinada em recurso especial, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de matéria constitucional, o qual já se manifestou, em caso análogo, refutando a violação do princípio da proporcionalidade da pena cominada ao delito de injúria racial. 4. Agravo regimental parcialmente provido para conhecer do agravo em recurso especial mas negar-lhe provimento e indeferir o pedido de extinção da punibilidade.(AgRg no AREsp 734.236/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

O STF possui idêntico posicionamento (ARE 983531 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 31-08-2017 PUBLIC 01-09-2017).

A decisão foi equivocada por realizar evidente analogia *in malam partem*<sup>1</sup>, sendo que não se diminui a gravidade da conduta de injúria racial, porém,

<sup>1</sup>Lênio Luiz Streck assinala: “Numa palavra, a *applicatio*, a coerência e a integridade constituem limites objetivos à interpretação judicial, de modo que não é possível admitir a violação da autonomia do direito. Claro que práticas racistas são indesejáveis. Homicídios também. Corrupção, idem. Todo desgostou. Mas em nenhum dos casos é possível ir além dos limites do sistema legal. Mesmo que teleologicamente desejemos.No caso, até entendo que, uma vez mais, o julgador brasileiro, com boa intenção e frustrado, tenta fazer mais do que a lei lhe autoriza. Só que isso configura ativismo. Para o bem ou para o mal! Muitos concordarão, com base no caso concreto, que a conduta do julgador é correta, embora não autorizada legalmente, pois permitiu a punição por uma efetiva e comprovada ofensa. O problema é que essa liberdade não pode ser casuística, e essa aprovação faz com que o julgador se sinta livre para agir novamente superando o ordenamento jurídico pelos mais variados motivos, passando a agir como legislador, com as mais variadas consequências. Veja-se que o

se admite por equiparação a racismo um comportamento que não atinge a coletividade por ser individualizada. Atinge-se a proporcionalidade por termos uma decisão que é imprescritível, mas admite suspensão condicional do processo na forma do artigo 89, da Lei 9.099/95 e é delito de ação penal pública condicionada à representação.

Não prescreve, mas decaí...

Em adiantamento para compreensão da seriedade do problema, o STF no julgamento da ADO 26, a tese assentada reconheceu que os comportamentos de transfobia e homofobia gerou a equiparação dessa conduta com o delito de racismo da Lei 7.716/89. Os comportamentos de racismo social são equiparados aos tipos penais de racismo e também atuam como qualificadora no delito de homicídio por motivo torpe.

Nesse sentido, a tese assentada no STF:

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”)

Infere-se que a equiparação proposta com a ampliação das margens dos tipos penais afrontosa ao princípio da legalidade pela criação de delito fora do caminho constitucionalmente fixado para esse fim.

---

entendimento apresentado — e que serviu de forma utilitária para salvar o processo e aplicar a pena — conduzirá que se considere a “injúria qualificada” também como inafiançável, tratamento conferido pela Constituição aos delitos de racismo! E não esqueçamos que o STJ é o guardião da cidadania. Ele deve ser o farol da boa aplicação da lei ordinária. E que outros tribunais e juízes o seguem. E o seguirão. Decidir os casos que envolvem os bens jurídicos penalmente tutelados é um complexo empreendimento interpretativo caracterizado pela ideia de responsabilidade do juiz, ou seja, por decisões pautadas em uma *coerência de princípios*. O reconhecimento da tese da imprescritibilidade do crime de injúria racial não se coaduna com o “romance em cadeia” (Dworkin) dos precedentes judiciais oriundos do Superior Tribunal de Justiça, em prejuízo à estabilização da jurisprudência — aliás, conforme previsto no novo CPC, aplicável subsidiariamente ao processo penal. Um argumento mais duro e técnico: o delito de “injúria racial” foi incluído no CP em 1997, ou seja, muitos anos após a Lei 7.716/89, sendo que ambos os delitos possuem a mesma pena (reclusão de um a três anos e multa). Sem dúvida, caso o legislador desejasse o mesmo tratamento, não manteria dois dispositivos iguais. Simples assim” (STRECK, 2015).

### 3. Acordos de colaboração premiada e a existência de cláusulas sem amparo legal

Temos que se adere a essa questão as sucessivas discussões acerca dos limites do poder de agir do Ministério Público nos acordos de colaboração premiada, quais são as cláusulas que podem validamente serem encartadas.

As promessas pactuadas nos acordos de colaboração premiada são objeto de homologação pelo Poder Judiciário que poderá realizar o controle acerca do conteúdo das referidas cláusulas por ocasião da decisão a que se refere o artigo 4º, § 5º, da Lei 12.850/13 e posteriormente na sentença efetivamente aplicar o benefício ou não a depender do grau da colaboração.

Há de se consignar que a legislação não prevê uma pluralidade de conteúdos que são objeto dos acordos de colaboração premiada, por exemplo, a previsão de critérios diferenciados para progressão de regime em comparação com os requisitos previstos na Lei 7.210/84.

Ou seja, são estabelecidos critérios mais vantajosos para colaboradores em abandono a legislação penal.

A previsão de imunidade penal a familiares homologada sem qualquer tipo de questionamento, onde o Ministério Público prevê que deixará de investigar familiares em troca das informações advindas das provas fornecidas no acordo acaba por desvelar a devida proteção à sociedade<sup>2</sup>.

Recentemente notamos que inclusive dentro do rito processual querem estabelecer tratamento preferencial envolvendo colaborador e delatados (STF, HC 166.373), uma vez que inclusive assentaram que a pessoa dos delatados tem direito

---

<sup>2</sup> Nefi Cordeiro assinala: “Não deveria poder. Agora eu não estou nem mais falando de limite da lei, estou falando da compreensão da função do Estado no Direito Penal. A sociedade não pode fazer vingança diretamente, ela deixa na mão do Estado a resposta criminal. E aí o Estado vem a fazer um acordo em que abre mão do interesse da sociedade na persecução de criminosos? Quando o Estado faz acordo com muitas pessoas, prejudica os interesses da sociedade. Quando abre mão de investigar quais são os crimes que o colaborador praticou, que sua família praticou, ele abre mão dessa resposta penal que prometeu à sociedade. E assim como digo que é preciso controle, porque tudo precisa de controle, também devemos considerar que nenhum poder existe no vácuo” (ROVER; COELHO, 2019).

a apresentar suas alegações finais em forma de memoriais por último sem que haja qualquer previsão legislativa no Código de Processo Penal e ou na Lei 12.850/13.

Malgrado a decisão não tenha sido unânime temos que houve equívoco porque se inovou na forma em que se desenvolve a marcha processual criando um benefício para o delatado, quebrando a isonomia entre os acusados. Recordar-se que o delatado teve o processo para se defender das provas produzidas, oportunidade para fazer contraprova, mas agora buscar reconhecer nulidade processual por esse motivo nos parece equivocado<sup>3</sup>.

Desvela claramente que a legalidade foi relegada a um caráter secundário quando, em verdade, deveria representar o primeiro aspecto a ser objeto de lembrança pelo juiz em seu árduo mister de aplicar o direito.

#### **4. Matérias envolvendo a execução penal e o princípio da legalidade**

Nessa torrente de decisões envolvendo o princípio da legalidade, a execução penal não poderia passar ao largo de ser atingida por isso.

De início, a primeira decisão que merece ser avaliada, a título de exemplo, refere-se a questão da exigência do pagamento da pena de multa como requisito para fins de progressão de regime quando o agente possuir recursos para tal.

O paradigma do STF foi o seguinte:

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, o voto vencido do Ministro Marco Aurélio de Mello: “A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, ao definir organização criminosa, investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal, revela-se o diploma mais minucioso quanto ao tema da delação. A legislação versa parâmetros, nada dispondo sobre a apresentação de alegações finais, com prazos distintos, por delator e delatado. Ambos continuam corréus do mesmo processo-crime, merecendo tratamento igualitário. Mais do que isso, contraria norma expressa imaginar que alcance o delator dupla qualificação no processo, sendo a um só tempo corréu e assistente da acusação. Em primeiro lugar, essa interpretação vai de encontro ao princípio lógico racional do terceiro excluído. Consideradas as partes do processo-crime, tem-se unicamente o Ministério Público a acusar, e o réu ou réus a defenderem-se. A adoção, por corréu, de postura colaborativa não o destitui da posição de acusado, tampouco viabiliza, ausente previsão legal, a distinção de prazos para a apresentação de alegações finais” (BRASIL. STF. HC 166.373, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC166373votoMMA.pdf> . Acesso em: 12 nov.19, p.4).

**EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PAGAMENTO PARCELADO DA PENA DE MULTA. REGRESSÃO DE REGIME EM CASO DE INADIMPLEMENTO INJUSTIFICADO DAS PARCELAS. POSSIBILIDADE.** 1. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 2. Hipótese em que a decisão agravada, com apoio na orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, condicionou a manutenção da sentenciada no regime semiaberto ao adimplemento das parcelas da pena de multa. 3. Eventual inadimplemento injustificado das parcelas da pena de multa autoriza a regressão de regime. Tal condição somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica em pagar as parcelas do ajuste. 4. Agravo regimental desprovido. (STF. EP 8 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 19-09-2017 PUBLIC 20-09-2017)

Se a LEP, em seu artigo 112, não exige como requisito objetivo para progressão o pagamento da dívida e é impossível compreendê-la como representativo de bom comportamento carcerário para fins de avaliação do requisito subjetivo porque ele é “conceito normativo que se refere à disciplina interna do cárcere, não possuindo relação alguma com penas diversas da privação da liberdade” (SALVADOR NETTO, 2019, p.280).

Os lapsos da legalidade são evidenciados também em processos em que existe efeito *erga omnes* como se verá abaixo.

O juiz da execução pode até determinar a realização de exame criminológico, em decisão motivada, mas não poderá levar seus resultados em consideração para fins de denegação da progressão de regime, visto que estaríamos diante da exigência de requisito não previsto em lei (MARCÃO, 2019, p.162).

Temos, em sentido contrário, a Súmula vinculante 26, do STF:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

A jurisprudência do STF segue esse entendimento vinculante:

**PENA – CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – EXAME CRIMINOLÓGICO.** Sendo o resultado do exame criminológico negativo, fica afastado o direito à progressão no regime de cumprimento da pena (BRASIL. HC 126943,

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 04-05-2017 PUBLIC 05-05-2017)

A despeito disso, é possível extrair boas decisões do STF, mas agora com o resgate do princípio da legalidade, por exemplo, recentemente, na discussão acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade por ocasião das ADC 43 e 44, restaurou-se a interpretação literal da Constituição que assentou claramente o limiar do trânsito em julgado como referencial para o princípio da presunção de inocência.

## 5. Conclusões

O presente artigo teve por finalidade apontar que o princípio da legalidade, vetor indeclinável da restrição das liberdades públicas, vem sendo objeto de relegação a segundo plano.

A legalidade penal vem sendo paulatinamente objeto de flexibilizações incompatíveis com seu significado histórico, o qual foi fundado como mecanismo de resistência ao poder punitivo estatal.

Por mais nobres que alguns dos motivos, por ventura eleitos, para a redução de sua carga protetiva e limitadora temos que eles não podem dar vazão a sua substituição por um vetor dissociado de segurança jurídica, qual seja, a jurisprudência.

A jurisprudência não alcançou patamares de estabilidade, o que é exigido inclusive para a conformação da ideia de segurança jurídica. Um exemplo bem palatável disso veio com a guinada de entendimentos advinda no julgamento do princípio da presunção de inocência.

Hodiernamente, o molde legal limitador da atuação do Estado nas liberdades públicas vem sendo substituído por decisões que impõem restrições ou avançam mais do que o desejado pelo legislador, o qual também não promove as alterações necessárias e devidos ajustes na legislação e isso alimenta essa postura pró-ativa da corte suprema.

A corrosão ao princípio da legalidade é tão intensa que a jurisprudência do STF inclusive ampliou as margens de tipos penais e *voilà* criou um novo tipo penal na questão envolvendo a homofobia e transfobia.

A era da judicialização da legalidade chegou e, com isso, novos contornos a institutos são fundados, existe ampla liberdade para o criacionismo jurídico, onde não raras vezes a lei penal é moldada em um fruto de *brainstorm* mesclado com apego a opinião popular.

O STF deve recordar que ele possui um papel predominantemente contra majoritário e não se cegar aos constantes vilipêndios que enfraquecem diuturnamente o princípio da legalidade.

Tristes trópicos onde o intérprete quer ser maior que o legislador...

A advertência do presente artigo serve para evitarmos a ocorrência do reflexo da música da banda escocesa Franz Ferdinand que diz “*This fire is out of control, We're gonna to burn this city, burn this city*” (2004).

## 6. Referências

BRASIL. STF. HC 126943, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 04-05-2017 PUBLIC 05-05-2017

\_\_\_\_\_. EP 8 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 19-09-2017 PUBLIC 20-09-2017

\_\_\_\_\_. ARE 983531 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 31-08-2017 PUBLIC 01-09-2017

\_\_\_\_\_. HC 166.373, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC166373votoMMA.pdf> .

Acesso em: 12 nov.19

BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 734.236/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018

COELHO, Gabriela; ROVER, Tadeu. Banalização da delação premiada permitiu acordos com cláusulas ilegais. Entrevista com o Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-20/entrevista-nefi-cordeiro-ministro-stj>. Acesso em: 12.nov.19.

KAPRANOS, Alex; MC CARTHY, Nick. FRANZ FERDINAND. *This Fire*. Malmö: Gula. 2004.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 17 ed. São Paulo: RT. 2019.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: RT. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>. Acesso em: 15.nov.19.