
A ANALOGIA IN MALAM PARTEM NO DIREITO PENAL

ANALOGY "IN MALAM PARTEM" IN CRIMINAL LAW

José Renato Oliva de MATTOS FILHO¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.1008

RESUMO

O tema do presente artigo discorre sobre a possibilidade de analogia contra o réu no Direito Penal. A análise é realizada através da ponderação entre diversos valores constitucionais como a legalidade, a segurança jurídica, a isonomia, a proporcionalidade e a confiança entre o cidadão e o Poder Público. O objetivo do presente artigo é demonstrar os requisitos e hipóteses em que pode ocorrer a analogia contra o réu de forma a concretizar uma série de valores constitucionais. O artigo rechaça a legalidade estrita como uma garantia absoluta, impondo que esta seja ponderada com outros valores. O estudo traz exemplos para demonstrar a necessidade da analogia contra o réu e, ao final, exemplos concretos demonstrando que a doutrina e a jurisprudência costumam elastecer de forma exagerada a interpretação das normas para realizar verdadeira analogia contra o réu.

PALAVRAS-CHAVE: analogia, legalidade, direito penal, analogia in malam partem.

ABSTRACT

The theme of this paper discusses the possibility of analogy against the defendant in Criminal Law. The analysis is carried out by weighing several constitutional values such as legality, legal certainty, isonomy, proportionality and trust between the citizen and the Public Power. The purpose of this article is to demonstrate the requirements and hypotheses in which the analogy against the defendant may occur in order to materialize a series of constitutional values. The article rejects strict legality as an absolute guarantee, imposing that it must be weighed against other values. The study provides examples to demonstrate the need for the analogy against the defendant and, in the end, concrete examples demonstrating that the doctrine and the jurisprudence tend to exaggerate the interpretation of the rules to make a real analogy against the defendant.

Keywords: analogy, legality, criminal law, analogy in malam partem.

¹ Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão Contato: jrolivamattos@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho deve ser analisado com base na complexa realidade social do Século XXI e da maioria dos primeiros *millenials*. Não existe mais espaço para dogmas indiscutíveis, principalmente no tocante a ciência do dever ser. Conceitos e idéias formuladas séculos atrás não são mais suficientes para garantir a harmonia social no mundo globalizado, tecnológico, dotado de uma série de culturas, etnias, povos, religiões e outras formas de diferenças.

A idéia de uma legalidade absoluta como proteção aos indivíduos foi um valor essencial para a sociedade entre os séculos XVIII e XX. No século XXI é necessário repensar essa afirmação. Será que a observância a lei estrita é capaz de proteger as sociedades compostas por tantas minorias que se subdividem entre si? Será que é possível proibir cada uma das drogas sintéticas produzidas quase que diariamente? Será que o legislador é capaz de regulamentar plenamente uma sociedade que se redesenha quase que completamente a cada década? No mundo do 5G, da inteligência artificial e da projeção que 65% das crianças de hoje terão empregos que ainda não existem², não é razoável confiar em um Poder Legislativo, que em mais de trinta anos foi incapaz de regulamentar diversas normas constitucionais de eficácia limitada, para garantir a harmonia social.

Definido o contexto em que vivemos, o trabalho busca repensar a analogia no Direito Penal sem qualquer dogma ou verdade absoluta. Através da ponderação de valores e princípios será demonstrado como a analogia pode vir a ser utilizado contra o réu para garantir uma série de valores constitucionais arrefecendo o princípio da legalidade que deixa de ser estrita e absoluta. Busca-se aqui pensar que os crimes e penas não podem ser definidos através da análise esparsa e estática das normas, mas sim pela análise conjunta do sistema jurídico em uma perspectiva dinâmica.

Não se está aqui extinguindo garantias na busca por um Direito Penal ofensivo às liberdades fundamentais, mas buscando a harmonização dos valores constitucionais. Será perceptível ao leitor que, cada vez que a legalidade sofrer arrefecimento, outro valor constitucional igualmente importante será concretizado como a isonomia, a segurança jurídica, a proporcionalidade, a proteção às minorias, etc.

² Disponível em: <https://nacoesunidas.org/com-evolucao-tecnologica-65-das-criancas-terao-empregos-que-ainda-nao-existem-diz-cepal/>. Acesso em 9/jul/2019.

Feitas as premissas iniciais e contando com a cabeça e coração abertos do leitor, inicia-se a análise do instituto da analogia.

2 A ANALOGIA PARA A TEORIA GERAL DO DIREITO

A analogia é instituto que se faz presente em todos os ramos do direito. Apesar de sua multidisciplinariedade, seu estudo costuma ser negligenciado em várias esferas do conhecimento jurídico, imputando-se aos estudiosos do Direito Civil as análises mais profundas sobre esse instituto. Tal realidade decorre da principal previsão da analogia constar do Decreto Lei 4.657³, Lei de Introdução ao Direito Brasileiro⁴, mas que segue atrelada a sua origem como “Lei de Introdução ao Código Civil”.

A analogia, segundo parte da doutrina civilista, pode ser conceituada como forma de equacionar lacunas do direito objetivo, no seu paradigma estático, através da aplicação de normas, de forma isolada ou conjunta, que se destinam a tratar situações semelhantes. O fundamento da analogia seria o brocardo “aplica-se a mesma norma onde semelhante a razão jurídica”, garantindo a isonomia, proporcionalidade e segurança jurídica na solução da lacuna jurídica. A analogia é forma de integração do sistema jurídico, não devendo ser confundida com forma de interpretação. Distingue-se analogia de interpretação analógica, em que a norma traz uma série de hipóteses de aplicação e utiliza um mecanismo de abertura para que sua aplicação alcance casos similares aos descritos e, conseqüentemente, prevendo soluções para esses casos, o que afasta a existência de lacuna jurídica.

A analogia costuma ser dividida em duas espécies. A analogia *legis* em que o operador do direito utiliza norma específica que trata de situação semelhante para solucionar a lacuna jurídica. Na analogia *iuris* o operador utiliza do ordenamento jurídico como um todo, em análise sistemática, para suprir a lacuna, confundindo-se com a interpretação sistemática e, conseqüentemente, caracterizando-se forma de interpretação. Portanto, não é correto tratar a analogia *iuris* como forma de integração do sistema.

³Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁴ FARIAS, Cristiano, BRAGA NETTO, Felipe, ROSENVALD, Nelson **Manual de Direito Civil** - 3ª ed - Salvador: Ed Juspodivm, 2018. p. 166

O instituto da analogia tem importante conexão com o princípio da legalidade. A legalidade, em sua faceta privada, permite ao cidadão atuar de forma livre, desde que não ofenda o direito objetivo, enquanto, na sua faceta pública, impõe ao Estado a atuação vinculada ao que a lei permite, devendo ser observada a legalidade estrita. A analogia tem sua relevância ao construir nova norma no espaço lacunoso, restringindo ou ampliando a liberdade do particular e impondo novas atuações com maior liberdade de formas ao Poder Público. Portanto, a analogia produz relevante influência na legalidade, pois transforma o ordenamento jurídico estático lacunoso em um sistema jurídico dinâmico e completo capaz de regular todos os fatos sociais dotados de relevância jurídica.

3 A VISÃO TRADICIONAL DA ANALOGIA NO CAMPO DO DIREITO PENAL

As obras de Direito Penal costumam tratar a analogia de forma uniforme. É comum que os doutrinadores penais utilizem-se do conceito trazido pela doutrina civilista, mas incluindo requisitos e restringindo seus efeitos.

Claus Roxin possui entendimento que a analogia não pode ser utilizada para aplicar a pena de um tipo legal a uma conduta que não está abarcada na norma abstrata. Portanto, aplicando os elementos de Teoria Geral do Direito, é impossível que, diante de um suporte fático concreto (fato concreto) semelhante, mas não idêntico, ao suporte fático hipotético (tipo penal) seja produzido os efeitos jurídicos previstos pela norma (pena)⁵.

Segundo Muñoz Conde e García Arán, a analogia consiste em aplicar a norma a casos não contemplados no texto, mas muito similares ao descrito pela lei. Os autores espanhóis negam a sua possibilidade em malefício ao réu, entendendo aplicável o instituto apenas em seu benefício.⁶

A doutrina nacional possui o mesmo posicionamento. Segundo Rogério Sanches Cunha, a analogia é o conjunto de meios pelo qual o

⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General Tomo I - Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito** - Traduzido para o espanhol por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª ed. Madrid: Thomson Civitas. 2003. p. 156-157

⁶ CONDE, Francisco Muñoz, ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal Parte General** - 8 ed - Valencia: Tirantlo Blanchlibros. 2010. p. 122-123.

intérprete supre lacunas jurídicas através de elementos do próprio ordenamento jurídico. Para a utilização da analogia, segundo o autor, é necessária a presença dos requisitos da efetiva lacuna legal e da certeza de benefício ao réu.⁷

Mencionado o entendimento dominante através de autores nacionais e internacionais, faz-se necessário tratar brevemente do princípio da legalidade e esquematizar a forma de aplicação da analogia, segundo o entendimento da doutrina acima mencionada.

Portanto, é consolidado o entendimento de que a aplicação da analogia deve ficar restringida a sua aplicação em favor do réu. Percebe-se que o princípio da legalidade e os valores da segurança jurídica, da previsibilidade, da anterioridade e da confiança são analisados de forma absoluta para favorecer o réu, não podendo sofrer ponderação em relação a outros valores constitucionais. A visão de Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, segue sendo plenamente aplicada pela doutrina atual.⁸

3.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEUS VALORES.

Em breve introdução ao capítulo faz-se necessário trazer um breve resumo sobre o que vem a ser princípios e valores. Os princípios são normas jurídicas que devem ser concretizadas na maior medida possível, caracterizando-se assim como mandamento de otimização, permitindo assim a sua ponderação em relação a outros princípios que devem coexistir de forma harmônica no sistema jurídico, escapando da ideia de tudo ou nada. Os princípios são forma de concretização de valores constitucionais de grande relevância social.⁹

É possível encontrar primórdios do princípio da legalidade desde os estudiosos gregos, que exigiam que as reprimendas penais observassem a lei dos deuses, conforme a Tragédia de Antígona de Sófocles e os requisitos para o poder punitivo que Sócrates, Platão e Aristóteles definiram em seus ensinamentos. Apesar de suas origens remotas, atribui-

⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** - 7 ed - Salvador: JusPodivm, 2019. p. 72

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas** - 6 ed - São Paulo: Martin Claret. 2014

⁹ A parágrafo traz uma conceituação simplória dos princípios com base nas visões de Dworkin e Alexys. Como possível fonte: LORDELO, João Paulo. **Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 290-298

se a Beccaria a teorização e sistematização do princípio da legalidade, garantindo ao cidadão o direito a lei formal, certa, justa e anterior para que sua conduta seja penalmente punida.

O princípio da legalidade é previsto na Constituição Federal, no art. 5º, II, e no Código Penal, em seu art. 1º:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

O constituinte originário garantiu ao cidadão que a reprimenda penal só fosse efetivada em relação a condutas tidas como vedadas em momento anterior ao fato. O Código Penal regulamenta a garantia constitucional ao consolidar que o crime exige uma lei anterior a conduta definindo a reprimenda penal. Percebe-se que o Código Penal majora a garantia do cidadão, visto que exige que uma definição anterior ao fato da conduta criminosa e da sua consequente pena.

Nesse contexto, o legislador majora a garantia da Constituição, mas o faz com valores também constitucionais. O princípio da legalidade busca concretizar a segurança jurídica, a limitação ao poder punitivo estatal, a previsibilidade da resposta estatal, a confiança entre cidadão e Poder Público, a isonomia e a proporcionalidade.

O valor da segurança jurídica se mostra presente pelo fato de o ordenamento jurídico prever que aquela conduta é caracterizada como crime, implicando na reprimenda penal. O cidadão passa a confiar no Poder Público para tutelar seus bens jurídicos, pois aquele que causar dano a esses bens incidirá em crime, submetendo-se a pena, o que permite a sociedade alcançar um nível civilizatório de utilização da autotutela em casos excepcionalíssimos. Nesse contexto também se faz presente o valor da previsibilidade, pois a sociedade passa a conhecer, com base em uma visão atécnica e misturada a aspectos éticos e morais, quais condutas são criminosas, abstando-se de praticar tais comportamentos.

A previsibilidade merece especial atenção. Não se quer afirmar que o eventual criminoso só poderá ser condenado caso conheça artigo penal que define sua conduta como crime. A previsibilidade se faz presente quando o agente conhece que sua conduta é contrária ao ordenamento como um todo, independentemente de saber se a conduta é crime, ilícito civil ou infração administrativa. Portanto, não pode o agente alegar que não

há crime por erro de proibição pelo fato de acreditar que a conduta era um mero ilícito civil. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo entende que a potencial consciência da ilicitude é uma valoração paralela na esfera do profano, com base na lição de Mezger, bastando que o agente analise se, conforme os valores éticos-sociais da sociedade em que vive, tal comportamento é considerado grave ofensa a estrutura social vigente.¹⁰

A limitação ao poder punitivo estatal também se faz presente, pois, conforme a lição de Beccaria, apenas as leis podem definir as conseqüências de cada infração, cabendo aos legisladores, representantes de toda a sociedade, produzir as normas. Portanto, impõe-se uma limitação prévia ao poder punitivo através da criação de leis penais pelos representantes do povo. Destaca-se ainda que, no contexto contemporâneo, a criação das leis deve ocorrer com base na ideia de uma democracia procedimental e deliberativa, confundindo-se as esferas republicana (Rousseau) e liberal (Locke). Infelizmente, vivemos em uma realidade que prepondera a adoção de ações estratégicas em detrimento das ações comunicativas, o que, em conjunto com a observância absoluta do princípio da legalidade, pode produzir grave injustiça, conforme será demonstrado neste trabalho.

A isonomia é concretizada pelo princípio da legalidade ao garantir que aqueles que realizam a mesma conduta criminosa respondam pelo mesmo crime, sem discriminação. O princípio impõe que o agente responda pelo fato em situação de isonomia, pois, conjuntamente com o princípio da lesividade, impõe ao julgador que o agente seja julgado a partir da comprovação de sua conduta e o juízo de tipicidade entre fato e tipo penal. A proporcionalidade se faz presente, pois a lei pré-existente define uma margem de pena a ser imputado ao agente da conduta, garantindo uma resposta estatal suficiente para garantir a devida proteção aos bens jurídicos.

3.2 OS REQUISITOS E POSSÍVEIS EFEITOS DA ANALOGIA NA VISÃO TRADICIONAL

O presente texto já trouxe o entendimento de vários doutrinadores sobre a analogia. Resta trazer uma breve esquematização

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal. Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal.** v.3. São Paulo: RT. 2010. p. 409-426.

sobre o entendimento vigente a respeito do tema e distingui-lo de outros institutos semelhantes no Direito Penal.

O primeiro requisito é a existência de efetiva e involuntária lacuna normativa. A analogia não pode ser utilizada nas hipóteses em que o legislador, propositalmente, deixa de tratar sobre determinada hipótese. Trata-se da figura do silêncio eloqüente, em que a omissão do legislador tem como conteúdo a não aplicação da norma semelhante ao caso omissio. Exemplo de silêncio eloqüente é a omissão de determinada decisão do rol de cabimento do recurso em sentido estrito do art. 581 do CPP, não podendo ampliar as suas hipóteses através da analogia.

O segundo requisito confunde-se com o efeito da analogia. Segundo a doutrina tradicional, conforme autores já citados, só é possível utilizar da analogia se houver certeza que a integração do sistema beneficiará o réu. Nesse contexto, diante de uma real omissão legislativa, a utilização da analogia ocorrerá apenas se a norma a ser empregada for benéfica ao réu. Trata-se aqui da concretização da garantia da legalidade, de forma absoluta.

Não se pode confundir a analogia com as formas de interpretação da norma. Na interpretação extensiva não há lacuna na norma, mas o texto legal não é apto, por si só, a exteriorizar o conteúdo da norma, impondo ao operador do direito um maior esforço interpretativo. Nesse contexto, ao realizar interpretação extensiva não há suprimento de lacuna, mas busca do real conteúdo do preceito normativo.

A analogia também não deve ser confundida com a interpretação restritiva sistêmica. Tal forma de interpretação extrai do texto normativo conteúdo menor do que o expresso nos signos lingüísticos, muitas vezes retirando uma de suas hipóteses de incidência. A restrição interpretativa ocorre através da análise conjunta da norma restringida com as demais normas jurídicas, em observância a unidade do ordenamento jurídico. A interpretação restritiva sistêmica não se confunde com a analogia, pois, apesar de aplicar outras normas ao caso concreto, não se está suprimindo lacuna, mas garantindo a adequação e validade da regra¹¹ jurídica em face do ordenamento jurídico.

¹¹ Necessário aqui fazer referência ao arrefecimento da dicotomia entre regras e princípios, permitindo, no direito contemporâneo a ponderação de regras que devem superar o paradigma do tudo ou nada, conforme as lições de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos. Para demonstrar tal situação: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático** - 22ª ed - São Paulo: Saraiva. 2018. p. 168-169

4. UMA NOVA PROPOSTA PARA A ANALOGIA: PONDERAÇÃO ENTRE LEGALIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA, PROPORCIONALIDADE, ISONOMIA E CONFIANÇA ENTRE CIDADÃO E PODER PÚBLICO

A possibilidade de analogia em favor do réu é matéria pacificada na doutrina e jurisprudência, razão pela qual este trabalho não vai se aprofundar em sua análise. Também foi analisado o princípio da legalidade e os valores concretizados por este princípio.

O presente trabalho não possuía pretensão de redefinir o princípio da legalidade, todavia, busca-se aqui demonstrar que a observância absoluta da legalidade pode servir de escudo para a perpetuação de graves injustiças, ofendendo, inclusive, os valores protegidos pela própria legalidade. Uma legalidade absoluta pode levar a ofensa da isonomia, proporcionalidade, confiança entre cidadão e poder público e segurança jurídica. Neste capítulo serão analisados os conflitos mencionados, trazendo assim a fundamentação para que seja possível a aplicação da analogia com efeitos negativos para o réu.

Será demonstrado aqui que o princípio da legalidade não é absoluto, sofrendo ponderação nas hipóteses em que outros princípios e valores informem o caso concreto, devendo o operador do direito realizar a ponderação de forma que atinja os anseios constitucionais na maior medida possível.

4.1 A ANALOGIA COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Inicialmente pode parecer estranho defender a analogia como forma de garantir segurança jurídica, enquanto o pensamento comum é exatamente o oposto. A ideia de permitir ao intérprete encontrar uma norma análoga para solucionar o caso concreto pode produzir insegurança jurídica, visto que aumenta o espaço de discricionariedade judicial¹²¹³.

¹² A existência de discricionariedade judicial é divergente. O debate entre sua existência foi bem exposto nas discussões entre Hart e Dworkin. Interessante destacar que até mesmo o responsável pela defesa do positivismo no pós Segunda Guerra Mundial defende a sua existência para a solução de *hard cases*

¹³ CONTRERAS, Francisco José. **La filosofía Del derecho en la historia**. - 2 ed - Madrid: Tecnos. 2016. p. 342

O princípio da segurança jurídica é comum a todos os ramos do Direito. Em simples conceituação, podemos defini-lo como uma garantia de estabilidade das relações jurídicas e dos direitos e garantias individuais e coletivos. Portanto, existe segurança jurídica enquanto houver uma estabilidade social. Essa estabilidade se faz presente através de duas garantias. A primeira garantia refere-se à manutenção de um *status quo*, vedando-se mudanças repentinas que abalem a confiança entre indivíduos e poder público. Já a segunda garantia, refere-se às relações entre indivíduos, impondo que as obrigações interpessoais, sejam legais ou convencionais, sejam respeitadas, garantindo assim a harmonia social. O segundo paradigma que se mostra relevante para este trabalho.

Para tratar da analogia como garantia da segurança jurídica é necessário firmar duas premissas: a superioridade da constituição e a existência de lacunas caracterizadas como omissões inconstitucionais.

No contexto neoconstitucional vigente, é pacífico que a Constituição é a norma superior do ordenamento positivado, responsável por definir os parâmetros gerais de todo o sistema. Uma sociedade que garanta a efetiva segurança jurídica deve ter como ponto de partida a busca pela efetividade das normas e garantias constitucionais, pois não há maior insegurança jurídica do que uma sociedade que não cumpra sua lei suprema, dando espaço para o surgimento de um estado antidemocrático dotado de uma constituição semântica aos moldes dos sistemas ditatoriais.

Nesse contexto, um ordenamento jurídico em que os valores constitucionais não são devidamente regulamentados e concretizados provoca a mais grave das inseguranças jurídicas, pois o cidadão e a sociedade passam a ter garantias fictícias. Daí surge a necessidade do uso da analogia para garantir a segurança jurídica, concretizando os valores constitucionais não protegidos pelo ordenamento infralegal, através da aplicação de normas similares.

Percebe-se que a não utilização da analogia produz grave insegurança jurídica nas relações entre indivíduos, pois não haverá sanção suficiente para a garantia dos bens jurídicos essenciais a harmonia social.

Exemplificando, imagine uma situação em que o crime de homicídio (art. 121 do Código Penal) não exista no nosso sistema. No caso hipotético o direito fundamental à vida não seria garantido pelo nosso sistema, produzindo grave insegurança jurídica para os indivíduos, pois eventual homicida responderia apenas por eventuais danos emergentes e lucros cessantes. Estaríamos diante de uma sociedade que toleraria a morte

causada pelas classes econômicas dominantes, capazes de arcar com a indenização civil¹⁴. Para impedir essa barbárie desigual, caberia ao operador do direito utilizar da analogia para buscar norma semelhante apta a propiciar a mínima garantia ao bem jurídico vida. Nesse contexto, o mais proporcional seria a aplicação da lesão corporal qualificada pelo resultado morte, também conhecido como homicídio preterdoloso¹⁵. Percebe-se, nesse caso, que a garantia da segurança jurídica impõe a mitigação da legalidade em observância a outros valores constitucionais.

Antes de encerrar o item deve ser feito um breve esclarecimento. A segurança jurídica também impõe uma restrição ao uso da analogia no tocante a necessidade do sujeito possuir potencial conhecimento da ilicitude. Por mais que uma conduta seja tipificada através da analogia, jamais haverá crime se não for possível ao sujeito valorar aquela conduta como ilícita. Portanto, independentemente do fato ser típico, jamais haverá crime caso seja impossível ao agente conhecer do caráter criminoso de sua conduta, pois estará ausente a culpabilidade.

4.2 A ANALOGIA COMO FORMA DE CONCRETIZAR A PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade é um instituto estudado por vários doutrinadores. Não há um entendimento pacificado sobre seu conceito, sua natureza, suas subespécies e seus efeitos. Este trabalho não se destina a realizar análises profundas sobre o instituto. Parte-se da premissa que a proporcionalidade é um postulado ou princípio¹⁶ que se confunde com a razoabilidade¹⁷, nos termos da jurisprudência do STF, exigindo que a decisão jurídica a ser produzida respeite a vedação à proteção deficiente e a proibição da punição excessiva. Nesse contexto, a proporcionalidade

¹⁴ É comum que alguns manuais de Direito Penal aleguem que a multa seria uma pena burra, citando Zaffaroni. Um dos fundamentos para tal alegação é que a eficácia da multa, na realidade vigente, possui intensidades diferentes com base na capacidade econômica do condenado.

¹⁵ Atente-se que é incorreto aplicar o homicídio preterdoloso como forma subsidiária da conduta de matar alguém. O art. 121 exige que o agente atue com o dolo de matar, enquanto o art. 129 exige que o dolo se limite a causar lesão, sendo o resultado qualificado algo que extrapola o dolo do agente. Portanto, aplicar o homicídio preterdoloso a conduta de matar alguém seria inegável aplicação da analogia.

¹⁶ No tocante a distinção entre princípios e postulados ver o entendimento de Humberto Ávila.

¹⁷ Trata-se de questão divergente. Apesar da jurisprudência aplicar a proporcionalidade e a razoabilidade de forma idêntica, a doutrina costuma distinguir os institutos, destacando-se a diferença quanto a origem de ambos, suas subdivisões e seus efeitos

impõe que a sanção cominada seja capaz de impedir o cometimento do delito pelo agente (prevenção geral negativa da lei penal) e, fracassada a primeira função, reafirmar a vigência da norma perante a sociedade, desestimulando novos delitos (prevenção geral positiva).

Apesar de não estar expresso, a doutrina majoritária defende a natureza constitucional da proporcionalidade, divergindo sobre sua origem. Existem autores que defendem que a proporcionalidade deriva do rol de direitos fundamentais, outros que deriva do Estado Democrático de Direito e ainda existem defensores de que decorre do devido processo legal.

Diante de sua natureza constitucional, não pode o direito infraconstitucional deixar de cumprir a proporcionalidade. Nesse contexto, diante de uma omissão legislativa inconstitucional, por não garantir a necessária sanção para proteger os bens jurídicos constitucionais, será cogente ao intérprete a aplicação da analogia, buscando assim norma similar que garanta a devida proteção aos bens jurídicos. A ofensa à proporcionalidade leva a autodestruição do sistema, visto que a sua coerência é elemento essencial para a legitimação e eficácia social¹⁸. Descumprir a proporcionalidade é destruir a norma de forma contínua, o que, conseqüentemente, tornará sem efeito o próprio princípio da legalidade. Faz-se necessário arrefecer a legalidade hoje para que ela continue existindo para garantir as futuras gerações

Exemplificando o acima descrito, imaginemos que seja revogada integralmente a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), substituindo-a por uma nova lei que traga o crime específico de causar poluição hídrica através do despejo de determinadas substâncias. O artigo de lei hipotético traz causa de aumento se a poluição atingir uma lista de rios previstos em seu §1º (como o Rio Amazonas, Rio Araguaia, Rio Paraná, etc), mas nesta lista não consta o Rio São Francisco. Na análise dos anais que registraram os debates sobre a lei percebe-se que a omissão em relação ao Rio São Francisco foi uma falha dos parlamentares que reconheceram a especial importância do Velho Chico. Diante desse contexto, não resta dúvida que o intérprete deve, através da analogia, aplicar a causa de aumento a quem

¹⁸ Um Estado incoerente, que puna gravemente fatos leves e insuficientemente os crimes mais repugnantes produzem uma rejeição sobre a existência do próprio estado, pois tornou-se incapaz de garantir a harmonia entre os indivíduos. Esse contexto abre caminho para a anarquia ou o surgimento de estados ditatoriais, conforme ficou demonstrado na Polônia pós Primeira Guerra em que, num contexto de falta de proteção às classes inferiores, surgiu um estado anarcosindical que, mais tarde, foi sucedido pelo regime fascista de Mussolini.

polua o Rio São Francisco, visto que é desproporcional a menor proteção ao Rio da Integração Nacional diante da sua importância para o povo sertanejo.

4.3 A ANALOGIA COMO FORMA DE CONCRETIZAR A ISONOMIA

A isonomia impõe que a sociedade atue de forma a garantir a igualdade material entre seus integrantes. Se revela na relação entre indivíduos, vedando-se o comportamento discriminatório entre os particulares e o respeito às peculiaridades de cada indivíduo. A isonomia também se revela na relação entre Poder Público e cidadão, sendo essa faceta relevante para este trabalho.

A isonomia a ser concretizada pelo poder público tem como elemento negativo a proibição de tratamento discriminatório com os cidadãos, impondo uma atuação dotada de impessoalidade, seja para beneficiar ou prejudicar o indivíduo. A isonomia em seu elemento positivo impõe ao Poder Público a busca por diminuição das desigualdades sociais vigentes, através de ações positivas com o objetivo de equilibrar as posições sociais e econômicas. Exige-se ainda do poder público que, na busca pela concretização da isonomia, atue de forma a reconhecer e proteger a existência de uma sociedade multicultural e pluriétnica, defendendo os grupos minoritários dos interesses predatórios da maioria, exercendo assim um papel contra majoritário na busca pela concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, surgem diversas leis que buscam garantir a isonomia concedendo especial proteção a grupos minoritários (no aspecto sociocultural) como a Lei Maria da Penha, o ECA, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Pessoa Deficiente, a Lei de Combate ao Preconceito, etc.

A isonomia é relevante para a analogia em dois aspectos. O primeiro no tocante à imposição de que condutas penalmente relevantes semelhantes sejam sancionadas de forma isonômica. O segundo aspecto trata da necessidade de proteção isonômica aos bens jurídicos relevantes, sendo vedado ao legislador excluir do âmbito da proteção penal sujeitos e bens jurídicos igualmente relevantes aos protegidos.

Portanto, o ordenamento jurídico não pode trazer sanções manifestamente distintas para condutas similarmente danosas, assim como

bens jurídicos igualmente relevantes ao que são protegidos pela lei penal não podem ser relegados ao direito civil. Tais vícios criam uma perigosa crise de legitimidade ao ordenamento jurídico, pois a sociedade passa a entender a lei penal como arbitrária e apta a proteger apenas parte da sociedade. Um sistema jurídico não isonômico é injusto e, diante da descrença social, tende a ser extinto, por não cumprir com a missão constitucional da igualdade.

Para ilustrar melhor a necessidade da analogia, como forma de garantir a isonomia, faz-se necessário a demonstração por dois exemplos.

Imagine uma situação hipotética em que seja produzida nova lei tornando o crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) hediondo. Diante de tal inovação nota-se que o crime de corrupção passiva, igualmente lesivo à Administração Pública e praticado por agente com especial dever de cuidado com o patrimônio público, continuaria sendo crime não hediondo. Nesse contexto há grave lesão à isonomia, devendo o intérprete caracterizar o crime de corrupção passiva como hediondo, pois, caso contrário, conduta semelhante e até mais grave, seria sancionada de forma menos efetiva.

Outra hipótese de aplicação da analogia, essa de forma ainda mais inovadora, seria a criação de uma lei com o objetivo de tipificar as condutas de discriminação com fundamento exclusivo em preconceito de determinadas religiões, derogando a Lei 7.716/89 no tocante a proteção contra a discriminação fundada em qualquer religião. Imaginemos que, no rol de religiões protegidas, conste as crenças cristãs (em sentido geral) e o judaísmo, ignorando as religiões de matrizes africanas e indígenas. Nesse contexto, religiões relacionadas a grupos minoritários ficariam sem qualquer proteção penal, ofendendo a isonomia perante as religiões mais adotadas no Brasil. Para solucionar esse problema, que caracteriza grave inconstitucionalidade, caberia ao intérprete do Direito realizar analogia para definir que a discriminação em razão das religiões minoritárias acima mencionadas também caracterizam o crime previsto na lei hipotética.

4.4 A ANALOGIA COMO GARANTIA A MANUTENÇÃO DA CONFIANÇA DO CIDADÃO PERANTE O ESTADO.

O presente tópico tem uma forte influência das teorias contratualistas de estado. Para tais autores a sociedade é formada através de uma pactuação dos indivíduos para formar um ente central responsável

pela definição das normas reguladoras. Inúmeros estudiosos se debruçaram sobre o estudo do contrato social, ganhando força a partir do iluminismo nas obras de Hobbes, Locke e Rousseau. Destaca-se que a teoria do contrato social também teve grande destaque após o período iluminista nas obras de Bentham e Rawls.

Apesar das divergências entre os autores citados, há certo consenso de que o contrato social é formado para que seja criado um ente capaz de garantir a harmonia social. Nesse contexto, cabe ao ente a produção de leis que protejam os bens jurídicos essenciais e a sua efetivação. Para a concretização desse dever público os indivíduos, através do contrato social, abrem mão de parte de sua liberdade, submetendo-se a um estado soberano e dotado de poder punitivo.

Uma das importantes renúncias do cidadão é o uso da força como ferramenta de justiça privada. O indivíduo confia no estado para resguardar seus direitos e bens, abrindo mão de realizar a justiça de forma autônoma. Diante dessa confiança, cabe ao Estado a promoção da efetiva proteção e justiça, sob pena do indivíduo produzi-la por si mesmo, exumando a justiça privada, aos moldes da *Frieldosigkeit*¹⁹. Portanto, eventual proteção deficiente abala a confiança da sociedade no Poder Público, afetando a sua legitimidade e produzindo questionamentos sobre a sua própria existência.

Diante desse contexto, não pode o Poder Público deixar de garantir os bens jurídicos essenciais a harmonia social, sob pena de sofrer uma crise de deslegitimidade perante aqueles que estão desprotegidos. Ao manter determinados indivíduos fora do âmbito de proteção estatal, os excluídos tendem a se definir como não integrantes daquele estado, questionando o sistema vigente. Cabe aos agentes estatais a inclusão desses sujeitos na proteção estatal, reconstruindo uma relação de cidadania, para fazer renascer os laços entre Poder Público e indivíduo.

Diante de um cenário mundial de coexistência de culturas e etnias diversas no território de um mesmo país é fundamental a existência da confiança entre indivíduo e estado, formando assim um sentimento de pertencimento. Caso o indivíduo se sinta desprotegido em relação ao ente central inicia-se um movimento de negação da soberania do governo vigente, produzindo graves conseqüências como o surgimento de

¹⁹ Pena adotada pelos povos germânicos que faziam fronteira com o Império Romano consistente na perda do direito a vida do criminoso que poderia ser executada por qualquer membro daquela sociedade CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** - 7 ed - Salvador: JusPodivm, 2019. p. 48.

movimentos separatistas, aos moldes dos movimentos independentistas do Curdistão²⁰ e da Cataluña, a formação de grupos terroristas como o IRA²¹, ETA²², Al-Qaeda e EIL²³ e a criação de grupos de inspiração anarquista, como a ocupação liderada por Antônio Conselheiro em Canudos e o movimento do cangaço.

Contextualizando com o Direito Penal, a manutenção da confiança na relação indivíduo e Estado exige que o cidadão tenha seus bens jurídicos protegidos, devendo a punição daquele que ofende o sistema ser proporcional ao dano causado, visando respeitar a dignidade humana²⁴. Cabe ao Poder Público fazer uso do Direito Penal para proteger os bens jurídicos mais importantes, visto que a definição de determinado fato como crime é a maior ferramenta de controle social que o Estado possui. Tal imposição decorre do fato do indivíduo acreditar que, caso sofra uma grave lesão aos seus direitos, o Estado punirá o criminoso, em um sentimento íntimo que todo ser humano possui de que “a justiça seja feita”²⁵.

Portanto, conforme já definido anteriormente para outros princípios e valores, é necessário que haja crime para proteger bens jurídicos e que as penas sejam suficientes para garantir os efeitos preventivos da lei penal.

²⁰ O movimento independentista do Curdistão é formado por muçulmanos sunitas que possuem organização tribal e remonta suas origens ao Império Seljúcida, onde a região foi transformada na Província Autônoma do Curdistão, e consolidou o sentimento nacional com a resistência a ocupação otomana. A região hoje ocupada pelos Curdos engloba partes da Turquia, Iraque, Síria e Iran.

²¹ Grupo terrorista que defende a anexação da Irlanda do Norte a República da Irlanda. Composto por católicos que rechaçam a autoridade anglicana da monarquia inglesa. Em tradução literal a sigla significa Exército Republicano da Irlanda

²² O ETA é um grupo terrorista basco que defende a independência do país basco. Buscam a independência da região norte da Espanha (Navarra) e do sul da França. O país basco possui língua própria e tem influência das outras regiões espanholas, dos ocitanos da França, dos árabes e dos moçárabes.

²³ Trata-se do Estado Islâmico do Iraque e do Levante. Esse grupo terrorista ganhou notoriedade recentemente devido a sua forma brutal de execução e seu rápido crescimento com base nas novas formas de autopromoção.

²⁴ O que está aqui exposto não deve ser confundido com uma espécie de exumação da Lei do Talião. Não se quer falar que a resposta estatal deve ser igual ao dano, mas que dentro dos limites ao direito de punir, lesões mais graves devem ter sanções mais graves. Trazendo para o contexto brasileiro, a punição do crime de dano deve ser baixa, por afetar o bem jurídico patrimônio, enquanto a pena de estupro deve ser alta, por afetar uma série de bens jurídicos de grande importância para a vítima.

²⁵ Trata-se aqui do criticado, mas necessário, efeito retributivo da pena, onde o poder público retribui o mal causado pelo criminoso. O efeito retributivo é uma realidade inegável das penas imputadas em todo o mundo e possui ampla aceitação perante a sociedade, apesar de ser necessário o respeito às garantias mínimas do condenado. Este trabalho segue o entendimento de que a natureza de castigo pelo mal causado não pode se afastada da pena, sob pena de produzir um trabalho totalmente desconectado da realidade.

A garantia da confiança do cidadão perante o Estado não pode ser confundida com o conceito de direito penal de emergência da espécie *álibi*. A lei *álibi* é a criação de uma norma para passar ao cidadão uma falsa percepção de segurança diante de fatos com ampla repercussão que geram insatisfação popular. A legislação *álibi* é uma forma do poder público enganar o cidadão, sem garantir a sua efetiva proteção e, no longo prazo, produzir uma maior descrença em relação ao Poder Público, enquanto o que se quer defender aqui é a efetiva proteção ao indivíduo, não apenas com base em normas hipotéticas como também na aplicação do sistema jurídico, de forma a garantir que o intérprete do direito seja capaz de promover a harmonia social.

A analogia pode ter importante papel para garantir a confiança de forma similar ao que já foi analisado nos itens anteriores, ou seja, através da aplicação de majorantes aos casos já tipificados e, excepcionalmente, através da definição de determinada conduta como típica.

5 AS HIPÓTESES E REQUISITOS DA ANALOGIA CONTRA O RÉU NO DIREITO PENAL

Com base nos itens anteriores, este trabalho buscou demonstrar que é possível a analogia contra o réu. Cabe agora tratar das hipóteses possíveis de analogia e quais os requisitos para aplicar cada uma delas.

5.1 A ANALOGIA PARA APLICAR PENA MAIS GRAVE AO AGENTE

Conforme o título do item, a analogia pode ser utilizada para impor sanção mais gravosa ao criminoso. A gravidade aqui não se limita a quantidade de pena, podendo se manifestar através da hediondez do crime.

Essa manifestação da analogia arrefece em parte a legalidade, visto que o intérprete definirá sanção mais grave do que a prevista pelo ordenamento jurídico no seu paradigma estático. Ocorre que, nessa hipótese de analogia, a integração se limita a normas para ampliar a sanção, portanto é requisito que o fato seja típico sem a necessidade de utilizar-se da analogia.

Conforme a regra geral, a utilização da analogia exige que esteja presente efetiva lacuna no sistema, seja por omissão ou erro do legislador. Não se pode aplicar analogia em hipótese de silêncio eloqüente, sob pena de ofender o direito objetivo, pois a inexistência da norma, nessa hipótese, é dotada de conteúdo normativo.

Superado esse juízo inicial, o intérprete deve partir da premissa de que a lacuna jurídica deve favorecer o réu, visto que a privação da liberdade é sempre a exceção em um sistema garantidor dos direitos fundamentais. Portanto, a analogia contra o réu exige uma sólida fundamentação, devendo a decisão judicial utilizar de esforço argumentativo similar ao que seria necessário para deixar de aplicar precedente vinculante²⁶. O intérprete deve demonstrar que a omissão do legislador viola frontalmente um dos valores já demonstrados e que a não integração da norma causará danos ainda maiores ao sistema do que a utilização da analogia. A atividade do intérprete se caracteriza como um ato de redução de danos, arrefecendo a legalidade para manter demais valores constitucionais.

No tocante a norma a ser aplicada, a análise da similaridade deve ter como fundamento a espécie de bem jurídico protegido. A norma aplicada através da analogia deve tutelar bem jurídico da mesma espécie do bem lesado no caso concreto. Exemplificando, seria possível aplicar, caso superado os requisitos anteriores, uma causa de aumento do furto (art. 155 do CP) para o crime de roubo (art 157 do CP), mas não seria possível a utilização de uma causa de aumento do estupro (art. 213).

Demonstrando a hipótese narrada vamos tratar da natureza hedionda do crime do art 158, §3, parte final do CP. O rol de crimes hediondos do art. 1º da Lei 8.072/90 é expresso em definir que são hediondos os crimes do art. 158, §2º, parte final, e do 159, *caput*, §1º, §2º e §3º. Portanto, não há como fundamentar que o ordenamento jurídico, em sua forma estática, define o crime do art. 158, §3º, parte final, como crime hediondo, pois o legislador foi expresso quanto aos dispositivos de lei que contém tal forma de crime. Não há qualquer menção expressa que o crime em estudo não seja hediondo, configurando efetiva lacuna. Afasta-se a hipótese de silêncio eloqüente, pois o legislador criou o crime após a Lei dos Crimes Hediondos e não há indícios que levem a crer que o objetivo

²⁶ A aplicação dos precedentes vinculantes é uma obrigação do julgador, só podendo decidir de forma contrária se demonstrar a presença de *distinguish*, *overruling* ou *overriding*.

era arrefecer a pena desse tipo de crime²⁷. No caso em concreto a legalidade deve ser arrefecida em face do princípio da isonomia, pois haveria grave injustiça se crime obviamente mais gravoso aos já citados não fosse hediondo, produzindo uma irreparável incoerência ao sistema apta a deslegitimá-lo. O caso em questão ainda é um grave erro legislativo, reforçando a existência de lacuna e a ofensa à isonomia. Nesse contexto, cabe ao intérprete aplicar, por analogia, o art. 1º, II, da Lei dos Crimes Hediondos para definir a natureza hedionda do crime de extorsão mediante restrição da liberdade qualificada pelo resultado lesão grave ou morte (art. 158, §3º, parte final, do CP).

Em relação a essa hipótese de analogia, não é possível fundamentar que o sujeito será surpreendido pelo sistema, ofendendo assim o princípio da anterioridade por estar sendo criado novo crime ou aplicando lei posterior. Trata aqui de hipótese em que o sujeito conhece previamente do caráter criminoso e que a norma a ser aplicada já existia no sistema antes do crime. Portanto, todo indivíduo tem direito a conhecer previamente o caráter criminoso ou não de sua conduta, mas não possui direito a conhecer pena que lhe será cominada.

Destaca-se que outros autores também defendem a natureza hedionda do crime, mas costumam basear tal alegação na utilização de interpretação extensiva. Com as devidas vênias, o legislador, em situação fora do comum, optou por definir os crimes conjuntamente com os dispositivos legais no rol de crimes hediondos exatamente para não haver dúvidas sobre quais crimes estão previstos. A definição do crime do art. 158, §3º, parte final, do CP, como não hediondo é tão absurda que, para evitar a superação do dogma da vedação à analogia *in malam partem*, a doutrina subverte diversos institutos, promovendo um elastecimento das interpretações extensiva e teleológica muito mais lesivo a segurança jurídica, pois tais métodos de interpretação não precisam preencher os requisitos aqui definidos para a analogia. Negar a necessidade da analogia contra o réu começa a produzir danos ao sistema. que tendem a ser cada vez maiores, pois a sociedade passa a ser cada vez mais complexa gerando a produção de um maior número de lacunas aptas a promover a desarmonia social.

²⁷ O contexto de criação da norma é de busca por agravar a sanção daqueles que cometem o popularmente conhecido seqüestro relâmpago, em razão de crime de grande repercussão nacional ocorrido na época.

5.2 A ANALOGIA PARA CRIAR NOVAS FIGURAS TÍPICAS²⁸

A hipótese que será tratada agora é a criação de novas figuras típicas através do uso da analogia. Trata de situação excepcionalíssima e com a necessidade do cumprimento de uma série de requisitos. Interessante destacar que, caso realizado de forma precipitada, a analogia, além de lesar o princípio da legalidade, lesará os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

A ofensa a segurança jurídica ocorreria através da condenação do sujeito por fato que, a época de sua conduta, não era crime de forma expressa, ofendendo as legítimas expectativas do indivíduo por desrespeitar a anterioridade. Não pode o sistema criar crimes para punir condutas anteriores, sob pena do sistema deixar de ser genérico e impessoal. Realizar a analogia em um caso concreto para punir o sujeito produz um sentimento social de personalismo no processo penal, o que abala a confiança no sistema.

A ofensa à isonomia ocorreria no caso de juízes possuírem entendimentos diversos sobre a possibilidade de analogia e as normas a serem aplicadas para tornar típica determinada conduta. Não é possível, em um país que defende a igualdade, que sujeitos distintos que tenham contra si provada a mesma conduta tenham normas diversas aplicadas ou que um seja condenado e outro absolvido com fundamento na atipicidade. Portanto, faz-se necessário centralizar em um órgão as decisões de realizar analogia para tornar novas condutas típicas.

Feitas as considerações iniciais, faz-se necessário trazer os requisitos para a utilização da analogia de forma a criar figura típica. Inicialmente, os requisitos do item anterior são plenamente aplicáveis a criação de figura típica através da analogia.

A analogia contra o réu para criar figura típica deve se basear na proteção a um bem jurídico protegido pela Constituição. Nessa análise não basta ao intérprete definir a conduta como contrária à Constituição, mas deve delimitar mandado constitucional de criminalização expresso ou implícito. Nesse ponto faz-se necessário destacar uma nova perspectiva sobre a lei penal e os mandados de criminalização.

A doutrina costuma dizer que, dentre todas as fontes do direito penal, apenas a lei é capaz de criar crimes. Tal alegação deve ser revista

²⁸ Com o perdão pela redundância. O pleonasmo é proposital.

com base no paradigma da supremacia constitucional e da força normativa da Constituição. Ora, se a Constituição é superior a lei não é razoável que a lei possa fazer algo que a Constituição não possa, invertendo assim a pirâmide normativa. Impedir a Constituição de criar crime é torna-la limitada, descaracterizando uma das principais características do Poder Constituinte. Além disso, nos casos de emendas constitucionais o processo legislativo impõe rito mais complexo, o que traduz ainda mais garantias às liberdades individuais.

Afastada aqui a tese de que a Constituição não cria crime. Ocorre que a Constituição Federal optou por definir, de forma expressa e implícita, uma série de bens jurídicos a serem protegidos através do Direito Penal, mas omitiu-se quanto ao preceito secundário. Nesse contexto, a Constituição define, implicitamente, uma série de fatos típicos, mas delega ao Poder Legislativo o dever de definir o preceito secundário, perfectibilizando o crime. A inércia do Legislativo caracteriza ofensa à constituição, em clara hipótese de omissão inconstitucional.

Portanto, é requisito para a utilização da analogia que o intérprete delimite o mandato de criminalização e reconheça a inconstitucionalidade por omissão. Destaca-se que a inconstitucionalidade por omissão do Legislativo deve observar a existência de prazo razoável para a produção da lei, mas não é afastada pela existência de projeto de lei em trâmite.

Outros requisitos necessários para garantir a isonomia e a segurança jurídica são a centralização do poder de criar tipo penal em um único órgão dotado de competência nacional e a utilização de um processo objetivo de controle de constitucionalidade. Nesse contexto, a criação da nova figura típica deve ocorrer através de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para garantir que a decisão seja abstrata e impessoal. Além disso, a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal impede o surgimento de figuras típicas regionais ou de determinadas Varas, respeitando a isonomia e a segurança jurídica.

Em um juízo preventivo, cabe ao STF observar o art. 27 da Lei 9.868/99 e realizar modulação dos efeitos de sua decisão por dois motivos. Primeiro pelo fato da inconstitucionalidade decorrer da mora legislativa, fenômeno de difícil definição do seu marco inicial. Segundo pelo fato de a analogia perfectibilizar um crime que não estava presente no ordenamento infraconstitucional, inovando-o. Nesse contexto, punir fatos anteriores a essa decisão pode trazer grave insegurança jurídica.

Englobando todo o exposto, a realização de analogia para criar figura típica é necessária a proposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão perante o STF em relação a situação de efetiva lacuna jurídica pelo não cumprimento de mandado constitucional de criminalização. Na fundamentação é necessário fundamentar o arrefecimento da legalidade em face de outros princípios e valores. Na decisão deve o STF definir a norma a ser aplicada com base no parâmetro já definido e, por fim, modular os efeitos de sua decisão.

Exemplificando o acima descrito, necessário tratar dos casos de homofobia e transfobia. Até o presente momento não foi publicado o acórdão do julgamento da ADO 26 (que trata do tema), mas pela transmissão da sessão²⁹ e a ata do julgamento pode se afirmar com precisão que a maioria do tribunal entendeu que a discriminação baseada em homofobia e transfobia é tutelada nas hipóteses da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89).

Com base na tese exposta no trabalho, a hipótese é de efetiva lacuna jurídica. Foi proposta ADO perante o STF com base no não cumprimento do mandado de criminalização previsto no art. 5º, XLI, da CF, que impõe punição a qualquer forma de discriminação atentatória aos direitos fundamentais. Na fundamentação para arrefecer a legalidade deve ser demonstrada a ofensa à isonomia, visto que as vítimas de tal conduta são grupo minoritário que sofre grave discriminação perante parte da sociedade a ponto de, diante da falta de proteção, tornarem-se alvo comum de graves crimes. Nesse contexto, por sofrerem lesões análogas, os representados pela sigla LGBTQ+ merecem a mesma proteção penal daqueles que sofrem discriminação por motivo de raça, impondo a aplicação da Lei de Combate ao Racismo. Tal decisão deve sofrer modulação dos efeitos e passa a ter efeitos *erga omnes* por ser proferida em ADO.

A solução do STF foi mais simplista e entendeu, através da ferramenta da interpretação conforme a Constituição, que o termo raça deveria ser interpretado de forma extensiva e progressiva para englobar a proteção aos cidadãos LGBTQ+. Tal decisão gera grave insegurança jurídica, pois torna a ferramenta da interpretação conforme a Constituição, utilizada diariamente por todos os magistrados brasileiros, uma página em branco para futuras novas tipificações. Apesar do nobre fim, a utilização

²⁹ Disponível no canal do *Youtube* do STF e fracionado em uma série de vídeos. Disponível em: <https://www.youtube.com/channel/UCsW4QSB1USsu9ouuFUWe4Iw>. Acesso em 9/jul/2019.

do meio inadequado abre espaço para uma grave insegurança jurídica como a possibilidade de estender essa interpretação do termo raça para outras situações como as cotas e o Estatuto da Igualdade Racial, desvirtuando assim as sua finalidade de maior representatividade da população negra³⁰. Além disso, decisões singulares podem ser geradas utilizando do meio da interpretação extensiva com tamanha elasticidade para fins menos nobres, causando grave dano ao sistema vigente.

Portanto, o que se quer demonstrar aqui é que a negação da analogia contra o réu serve para produzir uma grave ofensa aos valores constitucionais descritos no capítulo 4. Diante da necessidade de proteger a minoria LGBTQ+ e da falta de ambiente político para o cumprimento do dever constitucional do Poder Legislativo, coube ao STF criminalizar tais condutas, mas, em razão do dogma da analogia apenas em favor do réu, foi produzido um grave dano ao sistema através de um elastecimento abissal da interpretação conforme a Constituição.

6 CONCLUSÃO

Expostos todos os conceitos fundamentais referentes a analogia, bem como as hipóteses e requisitos para a sua aplicação contra o réu, esse trabalho tenta convencer o leitor da possibilidade de analogia *in malam partem*. O objetivo traçado de jogar uma luz sobre o dogma da legalidade estrita como garantia absoluta ao réu, que deve deixar de ser um dogma no Direito Penal. Por mais que o caro leitor não tenha se convencido da tese defendida, ao menos deve entender que há fundamentos válidos para a tese.

A analogia contra o réu, conforme o exposto, é possível com base em valores constitucionais, através da ponderação. Eventual criação de crime ou majoração da pena (em sentido amplo) através da analogia pode estar balizado em valores constitucionais como a segurança jurídica, a isonomia, a proporcionalidade e a confiança do cidadão no Poder Público.

Trata-se aqui de uma posição que busca garantir a menor lesão possível ao sistema, diante de lacunas efetivas. Negar a analogia, na

³⁰ A população LGBTQ+ merece proteção sendo razoável pensar em um novo diploma legislativo para garantir a isonomia em relação a esse grupo. O problema que está sendo aqui exposto é que a confusão entre "raça" e orientação sexual vai impor uma restrição a proteção da população negra para garantir uma proteção ao público LGBTQ+. O correto é que a criação de uma nova margem de proteção que não retire espaço de outras minorias, sob pena de, na busca por garantir maior isonomia para determinada minoria, produzir danos a outro grupo minoritário.

realidade atual, é um caminho de autodestruição sistêmico, conforme ficou demonstrado em alguns exemplos. Em casos excepcionais, a observância da legalidade pode limitar o poder punitivo de forma a inviabilizar o efetivo controle social, produzindo a desordem e a anarquia. Destaca-se que a tese busca se afastar ao máximo de uma posição ofensiva ao Estado de Direito. Pelo contrário, um dos objetivos é garantir a proteção das minorias que não possuem força política para que seus bens jurídicos mais importantes sejam tutelados pelo Direito Penal. A mesma analogia que torna certa conduta criminosa protege bens jurídicos ignorados pelas forças políticas.

REFERÊNCIAS:

- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas* - 6 ed - São Paulo: Martin Claret. 2014
- CONDE, Francisco Muñoz, ARÁN, Mercedes Gracia. *Derecho Penal Parte General* - 8 ed - Valencia: Tirantblanchlibros. 2010.
- CONTRERAS, Francisco José. *La filosofía del derecho en la historia*. - 2 ed - Madrid: Tecnos. 2016
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* - 7 ed - Salvador: JusPodivm, 2019.
- FARIAS, Cristiano, BRAGA NETTO, Felipe, ROSENVALD, Nelson *Manual de Direito Civil* - 3ª ed - Salvador: Ed Juspodivm, 2018
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático* - 22ª ed - São Paulo: Saraiva. 2018.
- LORDELO, João Paulo. *Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm. 2019.
- nacoesunidas.org/com-evolucao-tecnologica-65-das-criancas-terao-empregos-que-ainda-nao-existem-diz-cepal/ . Acesso em 9/jul/2019.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I - Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito* - Traduzido para o espanhol por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª ed. Madrid: Thomson Civitas. 2003.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal. Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal*. v.3. São Paulo: RT. 2010
- www.youtube.com/channel/UCsW4QSB1USsu9ouuFUWe4Iw . Acesso em 9/jul/2019.