

ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

volume 61

242

p. 1-234

abril a junho de 2024

SENADO FEDERAL



A analogia e a interpretação normativo-funcional da lei: um exame jurídico-penal da decisão do STF que criminalizou a homofobia

Analogy and the normative-functional interpretation of the Law: a legal-criminal examination of the STF decision that criminalized homophobia

Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira¹

Simone de Sá Rosa Figueirêdo²

Resumo

Com base na análise da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, este estudo objetiva verificar a possibilidade de criminalizar a homofobia e a transfobia, consideradas as exigências do princípio da legalidade. Para atingir esse objetivo, parte da hipótese de que houve manifesta violação da proibição da analogia em prejuízo do cidadão; examina sua relação com a doutrina alemã, sobretudo com o funcionalismo de cunho teleológico-racional desenvolvido por Claus Roxin; reconhece a vinculação do tema com o Direito Penal e a política criminal; e propõe a utilização do método de resolução de casos – o *Gutachtenstil* – para superar a problemática. Ao final, demonstra que aquela decisão apresenta um conceito ampliado de *raça* incompatível com os princípios do Direito Penal brasileiro.

Palavras-chave: princípio da legalidade; interpretação e proibição da analogia; criminalização da homofobia.

¹ Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil, com estágio pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin, Berlim, Alemanha; professor dos programas de graduação, especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; coordenador-geral de pós-graduação, pesquisa e extensão em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil. E-mail: leonardo.henrique@faculdadedamas.edu.br

² Simone de Sá Rosa Figueirêdo é doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professora dos programas de graduação, especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; advogada. E-mail: simonedesarf@yahoo.com.br

Abstract

Based on the analysis of the decision of the Direct Action of Unconstitutionality n. 26, handed down by the Federal Supreme Court, this study aims to verify the possibility of criminalizing homophobia and transphobia, considering the requirements of the principle of legality. To achieve this objective, it is based on the hypothesis that there was a clear violation of the prohibition of analogy to the detriment of the citizen; examines its relationship with German doctrine, especially with the teleological-rational functionalism developed by Claus Roxin; recognizes the link between the topic and Criminal Law and criminal policy; and proposes the use of the case resolution method – *Gutachtenstil* – to overcome the problem. In the end, it demonstrates that that decision presents an expanded concept of race that is incompatible with the principles of the Brazilian Criminal Law.

Keywords: principle of legality; interpretation and prohibition of analogy; criminalization of homophobia.

Recebido em 7/11/23

Aprovado em 9/2/24

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Examina-se neste artigo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, cujo objetivo era criminalizar a homofobia e a transfobia. Em seu voto, o ministro relator Celso de Mello defendeu a possibilidade de se aplicar a Lei nº 7.716/1989 (*Lei do racismo*), firmando o posicionamento definitivo do STF.

A problemática relaciona-se com as exigências do princípio da legalidade, o mais importante princípio constitucional penal, e especificamente com a proibição da analogia em prejuízo do acusado. A questão é: a decisão proferida pelo STF se contém nos limites interpretativos impostos pela legalidade? O estudo defende a hipótese de que se violou a

³ SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de; FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa. A analogia e a interpretação normativo-funcional da lei: um exame jurídico-penal da decisão do STF que criminalizou a homofobia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 95-112, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p95

⁴ Siqueira, L. H. G. de, & Figueirêdo, S. de S. R. (2024). A analogia e a interpretação normativo-funcional da lei: um exame jurídico-penal da decisão do STF que criminalizou a homofobia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 95-112. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p95

proibição da analogia em prejuízo do cidadão. Essa hipótese sustenta-se na ampla discussão travada, primordialmente em solo alemão, sobre a interpretação e a analogia em matéria penal. É bem consensual na doutrina, inclusive na brasileira, o conjunto de fundamentos utilizados para limitar a interpretação do tipo penal, os quais aparentemente foram desatendidos na decisão da ADO nº 26/DF. Os alicerces normativos fornecem os cânones da interpretação gramatical, da histórica, da sistemática, da teleológica e, em especial, da interpretação normativo-funcional, para construir a hipótese contraposta àquela decisão.

O referencial teórico é o funcionalismo de cunho teleológico-racional desenvolvido por Claus Roxin⁵, cujo pensamento é indissociável do Direito Penal e da política criminal. O foco do trabalho está nas implicações metodológicas derivadas da proposta funcionalista do autor, o estabelecimento de valores constitucionalmente firmados e a imersão do Direito Penal nos seus pressupostos. Em última instância, isso significa que a dogmática penal precisa construir a sua teorização – elementos do crime, por exemplo – com fundamento primeiro nas valorações de política criminal estabelecidas na Constituição, a fim de permitir que o edifício teórico desenvolvido seja passível de reconstrução, exame e discussão sob o ponto de vista técnico-jurídico e científico.

Para responder à questão, propõe-se a utilização do método da resolução de casos – *Gutachtenstil* –, de largo uso na tradição germânica para a solução de casos concretos. Evidentemente aqui não se analisa uma conduta concreta e individualizada, mas a possibilidade abstrata de uma conduta específica de homofobia (cuja definição típica nem existe) enquadrar-se na *Lei do racismo*. Apesar dessa diferença, a metodologia é o caminho mais adequado a seguir.

O *Gutachtenstil*, valioso instrumento metodológico analítico, de modo coerente reconhece e agrupa o caso de forma a possibilitar uma compreensão mais abrangente e sistemática, pois examina – argumento por argumento – se a solução jurídica fornecida está logicamente ligada às premissas (Valerius, 2017, p. 31). Com base nessa metodologia, é possível compreender a valoração jurídica e como o STF a empregou naquela decisão, com o propósito de desvelar os fundamentos jurídicos aplicados no caso (Tarapués Sandino, 2017, p. 61). De acordo com Hilgendorf e Valerius (2019, p. 73), com suporte no filtro metodológico proposto, é fundamental o comentário da decisão, que estabelece “o passo a passo da resposta para o caso”. A decisão é longa e contém distintos encadeamentos argumentativos, o que torna decisivo o método adotado, dada a necessidade de se separarem e se agruparem os argumentos numa ordem lógica e dedutiva. Ao se percorrer o caminho indicado, é perceptível que o nó górdio da decisão está no conceito – ampliado – de *raça*, o que propicia uma discussão mais verticalizada da questão e uma resposta jurídica sólida e convincente.

Alicerçado naquela decisão – e, principalmente, na defesa do STF de que uma ação homofóbica se enquadraria na *Lei do racismo* –, o artigo contrapõe-se a esse argumento

⁵ Em especial, a partir da obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Roxin, 1973), traduzida para o português por Luís Greco (Roxin, 2000).

mediante a teorização a respeito da analogia desenvolvida ao longo dos anos no Direito Penal. Além da introdução e da conclusão, o texto contém um desenvolvimento em três seções. A primeira procura separar os argumentos da decisão concernentes apenas ao ponto central da discussão, deixando de lado outros assuntos. A segunda discorre sobre a interpretação (em particular a normativo-funcional) em matéria penal e a proibição da analogia decorrente do princípio da legalidade. E a terceira seção examina as bases da interpretação normativo-funcional com esteio no funcionalismo de cunho teleológico-racional consagrado por Roxin.

2 O voto do ministro relator na ADO nº 26/DF⁶

Em termos gerais, o ministro Celso de Mello defendeu em seu voto que a homofobia se equipararia ao crime de racismo, conforme a *Lei do racismo*, cuja validade se condicionaria à edição de lei específica sobre o tema. O voto do relator tem 150 páginas, mas em apenas poucas delas se apresentam argumentos jurídico-penais; nas demais o autor aborda questões constitucionais, conceitos de gênero, formatação heteronormativa da sociedade brasileira, questões políticas do cotidiano, a busca da felicidade como projeção da dignidade do ser humano etc. (Brasil, 2019).

Aqui se limitará a discussão aos argumentos jurídico-penais, especificamente sobre como o ministro do STF tentou superar os obstáculos impostos pela legalidade – em particular, a questão da proibição da analogia em prejuízo do acusado. Por não terem qualquer efeito na controvérsia que se pretende examinar, foram deixadas de lado questões que podem ter importância para outros ramos do Direito ou mesmo fora dele.

Ao considerar a impossibilidade de o STF tipificar delito e cominar pena, o ministro argumenta ser inadmissível substituir-se ao Congresso Nacional – o que seria uma violação dos princípios da separação dos Poderes e da reserva absoluta de lei formal –, afirmando que “[n]inguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal” (Brasil, 2019, p. 26-27). Defende também que as práticas de homofobia e transfobia devam ter o enquadramento imediato no conceito de *racismo* (Brasil, 2019, p. 69). Num primeiro momento, o ministro examina o parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR)⁷, no qual se advoga não existir analogia em prejuízo do réu, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) objetiva a “erradicação de práticas discriminatórias” e confere à lei a finalidade de punir o racismo. No parecer defende-se que a homofobia resulta de discriminação ou preconceito de raça e cita uma decisão proferida em *habeas corpus* pelo então ministro Maurício Corrêa; segundo

⁶ Ver Brasil (2019).

⁷ Como o relator apresenta literalmente o parecer no seu voto e, ao fim, afirma que acolheu os fundamentos esposados pelo procurador-geral, supõe-se que há no parecer argumentos do próprio ministro Celso de Mello.

ele, deve-se limitar o racismo a simples discriminação de raças, se se considera apenas o sentido mais comum do termo:

Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, os crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, abarcam as condutas homofóbicas [...] sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito (Brasil, 2019, p. 70).

No parecer há uma citação do próprio ministro Celso de Mello, que em outra decisão argumentara que “a noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica” (Brasil, 2019, p. 70). Conclui-se no parecer que o conceito de raça é fluido e que se pode considerar a homofobia como crime resultante de preconceito de raça (Brasil, 2019, p. 71). Após o parecer da PGR, o ministro relator menciona autores brasileiros que concordariam com o posicionamento do Ministério Público Federal, de acordo com o qual se devem enquadrar os

atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquel[a] mesma comunidade (Brasil, 2019, p. 71-72).

Em seguida, examina uma decisão do próprio STF (Brasil, 2019, p. 73) e argumenta que a construção da definição jurídico-constitucional de racismo deve compatibilizar os “conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos” (Brasil, 2019, p. 75). Após reiterar nas páginas seguintes esses argumentos, o ministro afirma peremptoriamente que “a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, [são] subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89” (Brasil, 2019, p. 90). Quanto à analogia, limita-se a dizer que “o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia ‘in malam partem’ em matéria penal” (Brasil, 2019, p. 94). Por fim, o ministro afirma no voto que “atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social” (Brasil, 2019, p. 95).

Ao separar todos os argumentos relacionados à discussão de cunho penal, percebe-se que o voto do relator elabora um conceito de *racismo* bem especializado, com fundamento em diferentes ramos do conhecimento científico. A questão, porém, é se o conceito de *raça* utilizado pelo STF seria apenas uma questão de interpretação permitida ou se ele ultrapassou, com a decisão, tais limites e alcançou o âmbito da analogia proibida.

3 A vinculação do juiz à lei e a proibição da analogia

Segundo a doutrina majoritária⁸, os limites entre uma interpretação (inclusive a extensiva⁹) adequada às exigências do princípio da legalidade e a considerada como proibida (a analogia) estão delineados pelos possíveis sentidos dos termos previamente estabelecidos em lei. Nesse limite criado pelo próprio tipo penal, o intérprete aplicaria os cânones clássicos – a interpretação gramatical, a histórica, a sistemática e a teleológica. Por sua vez, quanto ao assunto, a jurisprudência¹⁰ e a doutrina alemãs¹¹ referem-se frequentemente a uma forma de interpretação diferente, em tese, dos métodos clássicos de interpretação (Schroeder, 2011, p. 187).

Apesar da sua diversidade e do amplo debate em solo alemão, a definição, os limites e as diretrizes da interpretação normativa são ainda escassos e bastante genéricos, segundo Schroeder (2011, p. 188). Em parte, a afirmação é verdadeira; contudo, com base na teorização desenvolvida por Roxin, é possível aclarar o que se entende por *interpretação normativa*. Ao discutir sobre a voluntariedade na figura da desistência, o autor apresenta diretrizes sobre a interpretação normativa e afirma que não se deve abordar a voluntariedade sob o prisma psicologizante, mas trazer a lume a sua substância normativa como parâmetro e submetê-la às valorações político-criminais estabelecidas na Constituição (Roxin, 1972, p. 251-276).

Parece decisiva a vinculação estabelecida por Roxin entre a interpretação normativa e as valorações de cunho político-criminal. É verdade que o neokantismo já se referia à valoração jurídica dos conceitos legais. Mezger (1949, p. 79), por exemplo, defendia a interpretação teleológica da lei, ou seja, o sentido revela-se na finalidade almejada com a sua utilização no caso concreto. A finalidade da lei deveria ser examinada sob dois aspectos correlacionados: a) a finalidade da lei específica e a sua relação com o bem jurídico tutelado; e b) a interpretação da lei deve considerar principalmente a finalidade geral do ordenamento jurídico, concebido como corpo único. Essas finalidades do ordenamento proporcionariam critérios decisivos para a interpretação da lei específica e a sua concreta

⁸ Em sentido contrário, ver Schmidhäuser (1975, p. 111), Stratenwerth e Kuhlen (2004, p. 52) e Jakobs (1991, p. 84).

⁹ Mediante a interpretação da lei, distinguem-se a analogia proibida em prejuízo da parte e a permitida aplicação do Direito (Schmidhäuser, 1975, p. 100). Assim, por exemplo, não há qualquer óbice à interpretação extensiva do tipo penal que criminaliza a conduta do agente.

¹⁰ BGHSt 48, 207, 211; BGHSt 49, 34, 41.

¹¹ Nesse sentido, ver Schünemann (1986, p. 323) e Roxin (1973, p. 36).

utilização. Desse modo, o sentido da lei estaria relacionado às valorações estabelecidas pela lei e pelo ordenamento jurídico (Mezger, 1949, p. 81).

Todavia, segundo Greco (2002, p. 63-64), como o neokantismo se fundamentava num relativismo axiológico, abdicar-se-ia “de reconhecer qualquer referência teleológica objetivamente válida”, ao passo que para o funcionalismo de Roxin “as decisões valorativas fundamentais encontram-se, assim, positivadas constitucionalmente” (Greco, 2002, p. 64). As consequências do pensamento de Roxin para a dogmática penal são bem conhecidas e desenvolvidas por vários doutrinadores. Em relação à discussão sobre a interpretação normativa e os seus fundamentos e limites, a construção teórica do autor introduz a chamada *interpretação normativo-funcional* da lei. Desse modo, pondo-se em função os parâmetros para qualquer interpretação normativa do Direito, obtêm-se diretrizes objetivas e bases seguras para determinar o sentido derivado da lei penal¹². Contudo, antes de examinar a interpretação normativo-funcional, deve-se discutir a sua relação com outros métodos interpretativos.

Mezger (1949, p. 80) afirmava que os métodos clássicos de interpretação seriam apenas auxiliares em relação à interpretação teleológica, os únicos capazes de oferecer linhas diretivas no processo de interpretação. Porém, discordando do posicionamento do autor quanto à hierarquia, pode-se argumentar que apenas a interpretação normativo-funcional consegue estabelecer a conexão entre os quatro cânones de interpretação (gramatical, histórica, sistemática e teleológica) e permitir sua utilização sem qualquer ideia de prevalência e de forma juridicamente intermediada, e cujos passos podem ser reconstruídos e ser passíveis de controle judicial. Aqui a posição parece seguir um caminho diverso do proposto por Schroeder. O autor defende que a fundamentação de uma interpretação normativa ocorreria mediante métodos interpretativos clássicos, pois “onde uma interpretação normativa não se fundamenta por meio dos métodos clássicos de interpretação [...], os resultados não são convincentes” (Schroeder, 2011, p. 194, tradução nossa), o que significa que um elemento puramente objetivo (descritivo) não pode ter o seu conteúdo normativamente preenchido. Por conseguinte, a interpretação normativa não poderia dar nova roupagem ao conteúdo descritivo do conceito jurídico; a normatividade deveria já estar contida no conceito, de tal forma que o próprio processo de normatização deixaria transparecer o seu âmbito normativo (Küper, 2006, p. 311-312).

Não há elementos puramente objetivos ou mesmo normativos – com a possível exceção dos conceitos de medida, de acordo com Roxin e Greco (2020, p. 406). Mesmo no caso dos elementos considerados descritivos, como o conceito de *alguém*, é necessária uma regulação conforme diretrizes normativas. Quando se analisa um elemento do tipo penal, por exemplo, pode-se dizer que são poucas as questões que surgem da parte descritiva daquele elemento; é o seu momento normativo que precisa de uma fundamentação mais acurada

¹² Não se está exigindo uma completa determinação de todas as nuances possíveis no processo de interpretação da lei, que se sobrecarregaria caso a exigência – em face da obrigação da determinação da lei como corolário do princípio da legalidade – não funcionasse apenas como uma “ideia reitora”. Nesse sentido, ver Jakobs (1991, p. 64).

e uma definição mais clara dos critérios utilizados. Logo, é a interpretação normativo-funcional que assenta e enlaça os diversos métodos de interpretação, e não o contrário (Roxin; Greco, 2020, p. 406).

Deve-se tomar como ponto de partida o pensamento de Roxin (1973, p. 297) para entender melhor a interpretação normativo-funcional. O neokantismo representara um avanço para a dogmática penal, mas sua orientação para o vago conceito de *normas de cultura* não podia prosperar. Era imprescindível substituir esses critérios imprecisos por critérios jurídico-penais específicos e sistemáticos, ou seja, os fundamentos político-criminais das finalidades da pena. Dessa forma, o sistema jurídico-penal passa a ser estruturado em juízos de valor com esteio nas finalidades do ordenamento jurídico. No entanto, como diz Greco (2002, p. 64), os valores e finalidades impostos pela política criminal não podem ser os derivados da lei e da ordem. Apenas os fins e os valores da política criminal de um Estado democrático social de Direito, respeitador dos direitos e das garantias individuais, podem edificar o sistema penal.

Parece inegável a forte relação entre o Direito positivo e a ideologia em sentido funcional, pois as valorações e finalidades jurídicas precisam estar ideologicamente em consonância com o Estado democrático social de Direito e levar a uma neutralização das valorações, visto que só se permitem as adequadas a esse gênero de Estado, o que limita a multiplicidade de caminhos dado ao caráter aberto dos valores. Nesse mesmo sentido, o tipo penal e o respectivo espectro punitivo por ele criado estão condicionados às valorações das suas consequências jurídicas – as finalidades preventivas. Isso significa que a interpretação em matéria penal se sustenta nos valores dispostos na CRFB, não apenas como mero corretor, mas como fundamento último do tipo, a delimitar o âmbito do proibido e o horizonte da interpretação dos tipos penais (Schmidhäuser, 1975, p. 107).

4 O fundamento da interpretação normativo-funcional: as relações entre valor e ideologia

Ao discutir sobre a utilização do plural na nova legislação alemã¹³, Kudlich (2011, p. 127-128) procura demonstrar a importância e o sentido mais profundo da interpretação gramatical. Seguindo o pensamento do autor, mas também discutindo um caso similar na legislação brasileira, percebe-se a importância da interpretação normativo-funcional para a concretude e a legitimidade da interpretação gramatical. A questão gira em torno da aplicação da interpretação gramatical quando se discute a lesão corporal grave prevista no art. 129, § 1º, I, do Decreto-lei nº 2.848/1940 (*Código penal* ou CP). A pergunta que se pode fazer é: se em decorrência da lesão corporal a vítima se torna incapaz de realizar apenas uma de

¹³ Em 1986 entrou em vigor no ordenamento alemão uma lei cuja finalidade era combater a criminalidade econômica.

suas várias ocupações diárias, pode-se falar em lesão corporal grave? Se, por exemplo, Tício produz uma lesão no tornozelo de Mévio, impedindo-o apenas de jogar futebol (esporte praticado por ele ao menos quatro vezes por semana), a lesão seria simples ou qualificada?

No caso brasileiro – diferentemente do alemão, como se demonstra a seguir – não há uma discussão proflua que permita responder a essa questão. Pode-se apenas conjecturar quando se examinam argumentos como “[a] incapacidade – física ou psíquica – deve ser real, extinguindo-se apenas com a retomada pelo indivíduo de todas as suas ocupações anteriores lícitas” (Prado, 2010, p. 114) e “[a]s ocupações habituais [...] não têm o sentido de trabalho diário, mas de ocupações do quotidiano do indivíduo” (Bitencourt, 2023, p. 147). É perceptível que os autores se utilizam do plural quando falam da retomada das atividades habituais – Prado (2010) chega a mencionar “todas as atividades” – o que não ocorre naquele exemplo hipotético. Seria, pois, a tipificação da lesão como leve a resposta mais adequada?

Na Alemanha, a discussão de um caso semelhante parece fornecer uma resposta juridicamente fundamentada. A discussão girava em torno da questão: como a lei se utiliza do plural – como em “falsa impressão de *cheques* e *cartões* de pagamento” – e, no caso concreto, o agente falsificara apenas *uma* folha de cheque? Nesse caso, pode-se falar em conduta típica? A doutrina caminhou no sentido da atipicidade da conduta, ao passo que a Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof ou BGH) fez o oposto e decidiu que mesmo a falsificação de apenas uma folha de cheque não impediria a tipicidade da conduta, pois muitos outros tipos penais que claramente se referem ao singular expressam-se no plural. Ou seja: mesmo com o emprego do plural, o tipo penal deveria ser interpretado de forma diversa (Kudlich, 2011, p. 125-126).

A decisão do BGH parece correta, e a fundamentação permite discutir sobre a analogia e a sua proibição em matéria penal, com explica Kudlich (2011, p. 127). De acordo com ele, apenas sob o aspecto das regras gramaticais não se pode entender (valorar) os limites impostos pelos sentidos possíveis dos termos legais, como principal diretriz para diferenciar a interpretação judicial legítima da que viola o princípio da legalidade, em virtude da proibição da analogia. Se assim se procedesse, o emprego do plural seria considerado “como se” singular fosse – o que evidentemente profana o princípio da legalidade. O autor procura estabelecer a diferença sob outra perspectiva e argumenta, com um perspicaz exemplo da vida de um cidadão comum (Kudlich, 2011, p. 127-128), que não seria razoável restringir a utilização do plural a vários objetos. O caso é simples, mas decisivo: é bem comum que os pais estabeleçam que os filhos devam usar talheres em vez de comer com as mãos o macarrão do almoço. O autor faz refletir que no cotidiano o singular é tomado como parte integrante do plural, pois a interdição de comer com as mãos envolve também comer apenas com a mão direita ou a esquerda. Para compatibilizar a contradição, pode-se assumir que a linguagem é dotada de forte potencial normativo, cujo conteúdo semântico não estaria determinado eternamente, mas modificar-se-ia pelo uso cotidiano da linguagem (Kudlich, 2011, p. 128-131).

Para o autor, portanto, a interpretação gramatical tem conteúdo normativo fundamental para a interpretação em matéria penal. Não obstante, pode-se questionar: sendo em parte

normativa, ou seja, um juízo de valor, como decidir sobre qual é a valoração juridicamente legítima? Como se sabe, os valores são sempre fórmulas abertas, com infinitas possibilidades – pode-se valorar, por exemplo, a propriedade sob pontos de vista diferentes e mesmo contraditórios. Assim, como se pode afirmar que o posicionamento de Kudlich, que defende o uso da linguagem cotidiana como o critério normativo da interpretação gramatical, deve prevalecer em relação aos argumentos dos que defendem o uso de uma linguagem especializada? Somente é possível responder à questão quando se considera a interpretação normativo-funcional, não como um processo de valoração de determinada ação, mas precipuamente como um processo de neutralização dos valores – um procedimento de *valoração dos próprios valores*, que significa, no fim das contas, uma interpretação ideologicamente comprometida (Ferraz Junior, 2015, p. 182).

Pode-se entender e valorar a linguagem, bens jurídicos e os cânones de interpretação de múltiplas formas; contudo, é preciso *tomar consciência* dos próprios processos valorativos – *valorar os valores* estabelecidos para atingir objetividade – e, principalmente, traçar as diretrizes para qualquer processo de interpretação (Luhmann, 1991, p. 182). Pense-se na interpretação histórica e na discussão sobre a vontade da lei e a vontade do legislador histórico. Sob o ponto de vista doutrinário, conforme Muñoz Conde (2001, p. 221), parece que a teoria objetiva (vontade objetiva da lei, cujo sentido não estaria vinculado à vontade do legislador histórico) é dominante em relação à teoria subjetiva. Maurach e Zipf (1992, p. 117), por exemplo, afirmam taxativamente que, com a entrada da lei em vigor, se ultrapassaria definitivamente o campo de influência (poder) do legislador histórico, inclusive sua motivação (vontade do legislador).

Roxin e Greco (2020, p. 224) propõem uma solução diferente, com base em que a suposta vontade objetiva da lei – separada da vontade do legislador histórico – na verdade encobriria a subjetividade judicial vinculada à interpretação da lei penal. Naucke (1969, p. 275) parece seguir caminho semelhante ao defender que, nos casos de dubiedade no entendimento do texto legal, a jurisprudência acaba por não recorrer a métodos tradicionais de interpretação ou a necessidades de política criminal, o que leva o autor à conclusão de que não se trata propriamente de um processo metódico comprovável; por isso, é imprescindível limitar a subjetividade encoberta pela teoria objetiva. Nesse ponto, para a teoria subjetiva, só é possível a vinculação do juiz, ao interpretar a lei penal, se se considerarem as valorações do legislador histórico (Roxin; Greco, 2020, p. 224).

Krey (1977, p. 182-187) posiciona-se no mesmo sentido; para ele, não se pode falar em interpretação quando o juiz não mais se vincula a decisões valorativas de cunho político-jurídico do legislador histórico. Interpretar não é apenas desvelar, por um ato de conhecimento, o sentido objetivo da norma, a qual exprime uma valoração política-jurídica; por isso, a lei deve ser entendida como norma de valoração, referida e concretizadora dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. De acordo com o autor (Krey, 1977, p. 185), a *ratio legis* é o critério reitor do juiz no processo de concretização normativa e sua função é limitar a subjetividade do intérprete (juiz), em consonância com a teoria subjetiva.

Um exemplo citado por Roxin e Greco (2020, p. 223) é igualmente válido no Direito brasileiro. No crime de extorsão (art. 158 do CP), há aumento de pena quando se comete o delito com o emprego de “arma”. Se o agente, por exemplo, utiliza uma arma química para praticar a extorsão, é possível fazer incidir a causa de aumento prevista no CP? A resposta parece positiva, pois o conceito de *arma química* é conhecido na linguagem cotidiana e, por isso, a interpretação proposta (incluir a arma química no rol das causas de aumento) está em consonância com a finalidade da lei estabelecida pelo legislador histórico: punir de forma mais severa a quem utiliza um meio mais perigoso para o bem jurídico. Duas questões surgem do posicionamento de Roxin e Greco (2020, p. 223), aqui assumido como correto. A primeira – e neste ponto retorna-se à questão suscitada quando se discutiu a interpretação gramatical e a visão de Kudlich (2011) – relaciona-se ao uso da linguagem do cotidiano como critério valorativo e sua prevalência em relação à linguagem especializada. Como visto, os autores normalmente defendem a prevalência do uso da linguagem cotidiana em vez da linguagem especializada. Por conseguinte, a interpretação permitida deve fundar-se sempre na “perspectiva dos destinatários da lei” (Roxin; Greco, 2020, p. 224).

Aqui, a interpretação normativo-funcional ganha relevo; entretanto, a grande questão é que sua valoração é de outra estirpe, pois busca valorar as valorações e estabelecer o caminho a ser trilhado. Como afirma Roxin, as valorações dos valores são ideologicamente comprometidas, uma vez que são juridicamente válidas somente as adequadas ao Estado social democrático de Direito, como os fins da pena ou os princípios constitucionais penais. Assim, com tais pressupostos, não é congruente com os valores da política criminal estabelecidos pela CRFB a imposição do conhecimento de uma linguagem jurídica ou cientificamente especializada como regra geral para a população. As normas jurídicas devem voltar-se para todos os cidadãos¹⁴, pois é imprescindível que conheçam as condutas consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico. Por isso, qualquer política criminal há de provir desse pressuposto, cuja concretude é conduzida pela interpretação normativo-funcional. Valorando não propriamente a ação, mas os valores, é possível tomar uma decisão, cujos passos metodológicos estão coerentemente descritos e são passíveis de reconstrução.

A segunda questão relaciona-se ao posicionamento de Krey (1977), adotado também por Roxin e Greco (2020). Embora seja correto limitar a “vontade objetiva da lei” com fundamento nas valorações do legislador histórico, pode-se questionar a perenidade ou não dessas valorações e os seus limites. No caso brasileiro, a pergunta ganha especial relevo, visto que a parte especial do CP foi elaborada no contexto de um Estado autoritário. Em relação ao delito de curandeirismo, por exemplo, ao relacionar os crimes contra a saúde pública, a exposição de motivos da parte especial do CP afirma que reproduziu com ligeiras modificações a legislação então vigente, o CP de 1890.

¹⁴ A histórica função política do princípio da legalidade, basilar num Estado democrático, relaciona-se com o estabelecimento de uma lei escrita e anterior que fixe uma conduta delituosa e a sua respectiva pena. Desse modo, toda a população poderia conhecer os delitos e as penas.

Ao discorrer sobre os crimes contra a saúde pública, o art. 157 daquela codificação estabelecia a conduta delituosa de “praticar espiritismo ou magia” para, por exemplo, inculcar a cura de moléstias. Apesar da nova redação disposta no art. 284, preservaram-se integralmente as valorações do legislador histórico, o de 1890. O art. 284 afirma que pratica curandeirismo quem utiliza “gestos, palavras ou qualquer outro meio” (Brasil, [2024]). A respeito, pode-se citar Hungria (1958, p. 155-156) – comentador de ambas as leis (Lyra; Hungria, 1936) – que analisa o crime de curandeirismo presente no CP de 1940¹⁵: “Curandeiros, e de marca maior, são os *medicine-men* do espiritismo [...]. Outra perniciosa casta de medicastros são os oficiantes do feitiço ou da macumba”. Apesar de ter mitigado esse posicionamento¹⁶, é possível vislumbrar certa intolerância religiosa do autor, que da mesma forma já estava presente nas valorações do legislador histórico e perdurou no decreto-lei vigente há mais de oitenta anos.

Mencione-se como exemplo o caso do bispo Edir Macedo, preso em 1992 após um culto em sua igreja. Uma das acusações foi a de ter cometido o delito previsto no art. 284 do CP. Depreende-se da decisão que o pastor neopentecostal teria cometido o delito de curandeirismo por meio de gestos, palavras e outros meios. Conquanto não tenha sido o fundamento principal, a decisão do ministro perpassou a discussão sobre “a íntima conexão entre o Código Penal e a Constituição Federal” (Brasil, 1992, p. [7])¹⁷. Na decisão também se afirma que o Estado brasileiro é laico e dista de qualquer religião oficial, garantindo-se a liberdade religiosa como direito fundamental do cidadão. Logo, a norma penal não poderia contraditar a CRFB, pois o “sistema jurídico não admite contradição lógica, ou seja, a norma não pode, ao mesmo tempo, proibir e consentir” (Brasil, 1992, p. [7]).

Apesar dessa abordagem, foi diverso o argumento principal para o trancamento da ação penal obtido pela defesa do bispo ao impetrar *habeas corpus* (HC)¹⁸ no Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, é preciso aprofundar a discussão. Ficou claro que o legislador histórico partia de uma valoração de ações praticadas por certas religiões como dignas de sanção, o que viola a liberdade religiosa e o Estado de Direito. Por isso, os limites e a legitimidade das valorações do legislador histórico só ganham sentido quando submetidos ao crivo da interpretação normativo-funcional, visto que ela *funcionaliza* os próprios cânones clássicos de interpretação e delimita as valorações juridicamente adequadas, em consonância com os ditames de um Estado democrático social de Direito.

No caso do bispo, parece que a consideração da sua conduta como criminosa deve ser tomada como uma analogia juridicamente proibida, dados os pressupostos estabelecidos

¹⁵ O próprio autor afirma: “sem dúvida alguma, há que tolerar-se o espiritismo como religião ou como filosofia”. Nesse contexto, é perceptível uma clara dubiedade no seu argumento: por um lado, parece reconhecer a liberdade religiosa, mas, por outro, procura criminalizar as religiões não cristãs, ao afirmar que “sob a capa do exercício de culto, os espíritas levaram o seu arrojo ao extremo ao montarem verdadeiras ‘policlinicas’ [...], mas o que é de todo inadmissível é que certos fenômenos, já explicados pela ciência e que nada tem a ver com o sobrenatural sejam empiricamente provocados [...] para o fim de tratamento de enfermidades” (Hungria, 1958, p. 155-156).

¹⁶ Ver nota anterior.

¹⁷ O voto vencedor foi o do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

¹⁸ HC nº 1.498-3/RJ (92.00239382).

pela CRFB, sobretudo quanto à liberdade religiosa, parte específica do conceito mais geral de *liberdade*; por isso, ela está no rol de direitos e garantias fundamentais – e tem proeminência sobre a tutela da saúde pública, por exemplo. Num Estado efetivamente laico, deve ser preservada a liberdade religiosa¹⁹, inclusive a crença na cura por palavras, gestos e fé; e a conduta do pastor evangélico estaria excluída do espectro punitivo, constituindo-se numa juridicamente proibida analogia em prejuízo do cidadão. Num Estado religioso (de matiz católico, por exemplo), da mesma forma ideologicamente comprometido, a decisão correta seria a condenação por curandeirismo em face de qualquer outra prática assemelhada à conduta descrita no tipo penal em questão. Desse modo, não só é possível entender como a interpretação normativo-funcional concretiza a importância das decisões valorativas estabelecidas na CRFB para configurar o espectro punitivo determinado pelo tipo, como também permite traçar limites entre a interpretação permitida e a analogia em prejuízo do cidadão²⁰.

Quanto às relações entre a interpretação teleológica e a normativo-funcional, elas já foram inicialmente estabelecidas na obra de Mezger (1949, p. 80-81). Apesar de tratar somente de interpretação teleológica dos tipos penais, ela contém dois momentos decisivos: deve levar em consideração tanto a finalidade da própria lei e as suas relações com o bem jurídico quanto as finalidades do próprio ordenamento. O passo decisivo foi dado por Roxin, mas já fora concebida pelo autor neokantista a ideia de que somente a interpretação adequada às finalidades do ordenamento poderia direcionar o julgador por estabelecer as diretrizes básicas. É preciso compreender que o funcionalismo de Roxin foi concebido e gestado numa sociedade muito mais complexa e diferenciada, o que acarreta uma inescapável perda de confiança da sociedade no poder de ordenação social produzida pelo Direito. Não parece casual a importância da prevenção geral positiva para a construção de uma nova visão do Direito Penal²¹.

As relações da política criminal com o Direito Penal trazidas à tona pelo funcionalismo – ou, conforme Roxin (1973, p. 10), a penetração das decisões valorativas de política criminal no sistema penal – revelam as próprias relações entre o Direito e a ideologia (esta entendida sob um ponto de vista funcional), daí a necessidade de se tomarem como invariáveis certos horizontes de expectativas. O sistema jurídico poderia, assim, funcionar como eficaz instrumento para orientar as ações, pois a complexidade do meio seria reduzida por diretrizes fornecidas pela própria estrutura do sistema (Luhmann, 1991, p. 179).

¹⁹ Isso não significa que a liberdade religiosa não encontre limites e que, dessa maneira, há uma linha divisória que, rompida, pode acarretar a criminalização de uma conduta. Contudo, a despeito de sua importância, discutir essa questão ultrapassaria os limites deste trabalho.

²⁰ Apesar das diferenças intrínsecas, conferir Amelung (1984, p. 89).

²¹ As consequências do sistema desenvolvido por Roxin são mais profundas e complexas que parecem. As diferenças para o finalismo são bem mais marcantes que apenas, por exemplo, a crítica ao conceito ontológico de ação de Welzel ou mesmo a inserção da necessidade da pena, ao lado da culpabilidade, no terceiro elemento do conceito de delito. Ao menos em nossa opinião, relegar o conceito de ação e substituí-lo por uma teoria da imputação tem um pano de fundo muito mais significativo, pois indica a superação de uma sociedade ética por uma sociedade funcionalmente diferenciada. Em sentido semelhante na crítica às teorias da ação, ver Luhmann (1991, p. 178-179).

Afirma-se sempre que o Direito Penal deve construir os seus conceitos com base nos valores estabelecidos e delimitados pela política criminal. Para isso, seria preciso torná-los reflexivos, fazê-los passar por um processo em si mesmos e da mesma forma como se processam (Luhmann, 1987, p. 213). A função da ideologia é possibilitar a reflexividade, valorando os valores; além disso, funciona como instrumento estabilizador do sistema jurídico, pois permite delimitar os possíveis sentidos dos tipos penais por intermédio de estruturas previamente estabelecidas pela política criminal²². Ao mesmo tempo, a reflexividade torna possível perceber que não há respostas axiomáticas²³; na verdade, as discussões sobre a valoração dos valores permitem uma nova proposta valorativa²⁴, mesmo sem qualquer modificação constitucional.

Ao criticar o conceito de culpa como retribuição, Roxin (1984, p. 644) critica de forma semelhante a rápida compatibilização, realizada pelas antigas gerações, entre a culpabilidade como retribuição (vingança) e as exigências derivadas de um Estado de Direito²⁵. Nesse sentido, evidencia-se que a reflexividade descortina novas possibilidades e formas de interpretar e discutir as categorias jurídicas (Luhmann, 1987, p. 214).

22 Especialmente no Brasil, as expectativas geradas pela democrática política criminal estabelecida pela CRFB mantêm-se mesmo que constantemente defraudadas na realidade cotidiana; ou seja, elas se estabilizam contrafaticamente. Não há maiores problemas quanto à defraudação fática das expectativas normativas; quando se pensa numa sociedade complexa e diferenciada funcionalmente, não é possível pressupor uma sociedade homogênea em relação aos valores estabelecidos no ordenamento jurídico, o que leva invariavelmente a infrações administrativas, ilícitos civis e crimes, gerados no Estado democrático social de Direito, pois sempre se pode confiar na manutenção das expectativas normativas geradas pelo sistema jurídico. Nesse sentido, ver Luhmann (1995, p. 131-132).

23 Já fora concebida por Schünemann (1984, p. 55) a ideia de que o funcionalismo não propõe respostas axiomáticas; na verdade, ele despreveria determinado método para a construção de um sistema.

24 O neokantismo entendia os conceitos jurídicos como esteados nos valores do próprio sistema. Mezger (1949, p. 85), por exemplo, ao discorrer sobre a tarefa mais importante da interpretação, afirmava ser plenamente possível mudar a interpretação mesmo sem qualquer alteração jurídica, uma vez que a interpretação precisaria moldar (adequação) as antigas leis às necessidades e aos conceitos (compreensão) do presente.

25 O funcionalismo de cunho teleológico-racional concebe a culpabilidade como um juízo de valor em si; porém, para tomar consciência e possibilitar a abertura para novas formas de concebê-la, é preciso fazê-la passar pelo processo de reflexividade. Por exemplo: a culpabilidade num Estado democrático social de Direito precisa cumprir a função de limitar o poder de punir do Estado; por isso, qualquer relação entre culpabilidade e pena deve levar em conta essa função. Quanto à manutenção ou não da culpabilidade como fundamento da pena, coerentemente com os pressupostos de um Estado de Direito, Roxin (1984, p. 644) defende que compensar (retribuição) a culpa do criminoso mediante pena só seria adequado num Estado absolutista: o monarca, cujo direito surgiria da autoridade de um deus, delegaria ao juiz o poder de decidir em seu nome (na verdade, em nome de um deus) em que se legitima a compensação pela culpa. Com o processo de ideologização da culpabilidade - e a consequente reflexividade -, tornou-se visível uma nova forma de se conceituar a culpa e suas relações com a medida da pena, a fim de diminuir a importância dessa relação - de culpabilidade apenas como limite da pena, o que já cumpre os ditames de um Estado de Direito e a sua função de limitar o poder de punir - e, no momento de aplicar a pena, privilegiar especialmente a sua função preventiva, de acordo também com as exigências de um Estado social, apesar do enorme dissenso entre os funcionalistas quanto ao conteúdo específico da prevenção. Numa perspectiva funcional, a culpabilidade deve ser examinada sob o filtro valorativo derivado do Estado democrático social de Direito, o que neutraliza, valorativamente falando, as demais possibilidades, uma vez que a culpabilidade teria outra conformação se os valores regentes fossem derivados de uma política criminal de lei e ordem. É nesse sentido que se deve rejeitar o posicionamento de Jakobs (1976, p. 9), uma vez que a contradição é patente. O monóculo hermenêutico de Jakobs - que valora a culpabilidade apenas sob a óptica do Estado social e as valorações correspondentes - despreza a necessidade de se adequar a culpabilidade aos ditames do Estado de Direito, de cunho eminentemente liberal e democrático (limitação do Estado); se assim não fosse, sob apenas os ditames exclusivos de um Estado social caminhar-se-ia para um Estado autoritário.

5 Conclusão

A doutrina dominante no Brasil e na Alemanha limita a interpretação do tipo pelos sentidos possíveis derivados dos termos legais. Por conseguinte, não se pode condicionar a interpretação dos tipos à linguagem especializada – jurídica, sociológica, filosófica ou qualquer outra – nem tornar exclusivo dos especialistas o correto conhecimento do sentido, alcance e limites da proibição. Muito ao contrário: em virtude da função política do princípio da legalidade, num Estado democrático social de Direito as proibições precisam ser conhecidas o mais claramente possível por todos²⁶. Assim, devem-se interpretar os tipos penais com base na linguagem do cotidiano, pois ela cumpre os requisitos da política criminal estabelecida na CRFB. Quanto à política criminal, decerto a homofobia e a transfobia são condutas reprováveis e merecem uma reação social mediante uma pena necessária, adequada e proporcional.

Todavia, mesmo que se considere o ato homofóbico socialmente danoso e que a pena seja necessária para a defesa de um bem jurídico, ainda não há uma descrição típica da conduta criminosa, nem se estabeleceu uma pena. A afirmação do juízo de tipicidade – em especial o processo de interpretação do alcance e limites do que é relevante e digno de sanção – é uma valoração levada a cabo pelo julgador; contudo, em virtude da interpretação normativo-funcional inaugurada por Roxin, é preciso valorar o próprio processo de valoração (neutralização valorativa), e perseguir a máxima objetividade possível na fundamentação proposta. No caso concreto, isso significa que a interpretação permitida não pode ultrapassar os sentidos possíveis dos termos legais – entendidos na linguagem do cotidiano – sob pena de violar os valores estabelecidos pelo Estado democrático social de Direito, em especial o princípio da legalidade e a sua histórica função política. A interpretação normativo-funcional permite, assim, o desenvolvimento do processo de reflexividade e de novas formas de se examinarem, por exemplo, os elementos da teoria do crime.

Embora a decisão do STF reconheça a omissão legislativa, a decisão tomada transgredir justamente o que ela pretende defender: o Estado democrático. Nele a proibição da analogia é corolário essencial da legalidade, com o fim de limitar o Poder Judiciário – que seria desproporcionalmente maior que os outros e, por conseguinte, nocivo à democracia ao profanar o princípio da separação dos Poderes – e de impedir um completo arbítrio judicial.

É inegável que a decisão do STF viola a proibição da analogia em prejuízo do cidadão, pois, no sentido comum e usual do termo, é impossível tomar o sentido de *raça* do modo como propôs o STF; o voto argumenta sobre a compatibilização do racismo com “conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos”. Seguir o voto do

²⁶ Beccaria (1999, p. 35) afirma que o “mal será grandíssimo se as leis forem escritas em língua estranha ao povo, que o ponha na dependência de uns poucos, sem que possa julgar por si mesmo qual seria o êxito da sua liberdade, ou dos seus membros”. Aqui, “língua estranha ao povo” significa não apenas outro idioma mas também a utilizada pelos “doutos”.

relator significa defender que apenas os dotados dos conhecimentos sugeridos na decisão seriam capazes de entender o conteúdo, o alcance e os limites do comportamento proibido.

A doutrina deve interpretar os princípios constitucionais penais de forma mais rígida do que ocorreu na decisão do STF (Roxin; Greco, 2020, p. 325). Conforme percebeu Schmidhäuser (1984, p. 35), isso se deve às diferentes ênfases infundidas tanto pela prática quanto pela dogmática penal. O Direito Penal procura sistematizar os conceitos penais ao expurgar as possíveis contradições na sua aplicação, ao passo que a prática focaliza sobretudo o caso concreto (único e irrepetível) quando aplica a justiça para o caso *sub judice*. Assim, cabe à dogmática penal – de forma semelhante à do presente artigo – auxiliar a prática a não perder de vista a necessidade de se pensar o Direito Penal como um conjunto de conceitos lógicos, ordenados de forma sistemática e coerente em termos político-criminais (Schmidhäuser, 1975, p. 103). Ao concentrar-se na aplicação da justiça no caso concreto, o Poder Judiciário pode recair em casuísmo perigoso e tomar decisões contraditórias.

É possível argumentar que o combate à criminalidade ficaria prejudicado com o caminho aqui defendido: a atipicidade da homofobia em virtude da inexistência de tipo penal específico e a impossibilidade de enquadrá-lo na *Lei do racismo* por se tratar de analogia proibida. Há efetivo prejuízo, e não é de pouca monta. Não obstante, este é um risco a ser enfrentado para se manterem intactas as bases de um Estado democrático social de Direito²⁷.

Referências

AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: De Gruyter, 1984. p. 85-102.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (RT Textos Fundamentais).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 23. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 14.344/2022. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 2.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus nº 1.498/RJ*. HC – Penal – Processual penal – Liberdade de culto – Charlatanismo – Curandeirismo – Denúncia – Inépcia. A denúncia deve descrever o fato delituoso com todas suas circunstâncias, de modo a ensejar o exercício do direito de defesa [...]. Impetrantes: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outros. Impetrada: Primeira Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Edir Macedo Bezerra. Relator: Min. Vicente Gernicchiario, 18 de dezembro de 1992. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199200239382&dt_publicacao=16/08/1993. Acesso em: 15 fev. 2024.

²⁷ De forma semelhante, ver Roxin e Greco (2020, p. 214).

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF*: voto [do] senhor Ministro Celso de Mello. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Exposição e sujeição dos Homossexuais, Transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57-115.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 9.

JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr, 1976. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 452/453).

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1991.

KREY, Volker. *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977. (Schriften zum Strafrecht, n. 26).

KUDLICH, Hans. „Regeln der Grammatik“, grammatische Auslegung und Wortlautgrenze. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Hrsg.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker und Humblot, 2011. p. 123-136. (Schriften zum Strafrecht, n. 215).

KÜPER, Wilfried. Normativierung der Arglosigkeit? GA, [s. l.], n. 153, p. 310-313, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1183).

_____. *Rechtssoziologie*. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verl., 1987. (WV-Studium, v. 1/2: Rechtswissenschaften).

_____. *Soziologische Aufklärung I: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*. 6. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verl., 1991.

LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Compêndio de direito penal: parte especial I*. Rio de Janeiro: Libr. Jacynto, 1936. v. 2.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: Müller, 1992. v. 1.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht: Ein Lehrbuch*. 3. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1949.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2001. (Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 3).

NAUCKE, Wolfgang. Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht. In: BOCKELMANN, Paul; KAUFMANN, Arthur; KLUG, Ulrich (Hrsg.). *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1969.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2020. v. 1.

ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1973. (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 39).

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch. In: LÜTTGER, Hans; HEINITZ, Ernst; BLEI, Hermann; HANAU, Peter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*: am 1. Januar 1972. Berlin: De Gruyter, 1972.

_____. Zur Problematik des Schuldstrafrechts. *ZStW*, Berlin, v. 96, n. 3, p. 641-660, 1984. DOI: <https://doi.org/10.1515/zstw.1984.96.3.641>.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1975.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*: Studienbuch. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1984.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Die normative Auslegung. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 66, n. 4, p. 187-194, Feb. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1628/002268811794656870>.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. *GA*, [s. l.], n. 133, p. 293-352, 1986.

_____. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: _____ (Hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: De Gruyter, 1984. p. 1-68.

STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2004.

TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando. Sobre el Gutachtenstil y la evaluación del derecho mediante la solución de casos prácticos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 65, p. 59-63, abr./jun. 2017.

VALERIUS, Brian. *Einführung in den Gutachtenstil*: 15 Klausuren zum Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentlichem Recht. 4. Aufl. Berlin: Springer, 2017. (Tutorium Jura).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>