



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FLÁVIA FRANÇA DE CASTRO FONSECA

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O (DES)RESPEITO À
DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

Salvador
2019

FLÁVIA FRANÇA DE CASTRO FONSECA

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O (DES)RESPEITO À
DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a. Me. Thaíze de Carvalho Correia.

Salvador
2019

FLÁVIA FRANÇA DE CASTRO FONSECA

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O (DES)RESPEITO À
DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Aprovado em 10 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Thaíze de Carvalho Correia (Orientadora) – _____
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado – _____
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Ney Menezes de Oliveira Filho – _____
Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador
Universidade do Estado da Bahia

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à fé, que de alguma forma me confortou, permitindo que eu enfrentasse essa e tantas outras etapas.

A minha mãe, Lidia, por ter lutado para me proporcionar condições que permitissem minha dedicação aos estudos e à vida acadêmica. Obrigada por tudo.

À minha família, em especial, a minha vó Aidil por todo apoio, pela torcida e pelo carinho.

Aos meus amigos, não tenho palavras para descrever a força que vocês me deram ao longo desse processo. Por todos os diálogos e apoio mútuo, eu agradeço imensamente por terem sido um porto que me manteve, na medida do possível, calma durante essa passagem turbulenta.

À minha orientadora, professora Thaíze de Carvalho, por todo o aprendizado que me proporcionou em nossas orientações e, especialmente, pelas lições de vida.

A professora Alessandra Prado, pela experiência da monitoria na disciplina Criminologia, com aulas e discussões que ampliaram meu modo de pensar e forneceram a inspiração para a escolha do objeto dessa pesquisa.

À FDUFBA, por ter sido casa e por todo o conhecimento que me permitiu extrair.

Enfim, agradeço a todos que, com incentivo, apoio e carinho, me auxiliaram a produzir esse trabalho.

Se nos preservarmos demasiadamente, pelo
medo de fracassarmos, nada produziremos.

Calmon de Passos

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar se a decisão do Supremo Tribunal Federal de criminalizar a homofobia e a transfobia, enquadrando-as na Lei 7.716/89, que dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, respeita a dogmática jurídico-penal, mais especificamente os princípios da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem*. Nos últimos anos, a Corte tem proferido decisões que incidem sobre a esfera de atuação dos demais poderes públicos, evidenciando uma expansão da jurisdição constitucional. Justifica-se a escolha o tema pelo impacto que tem a criação de um precedente que autoriza a possibilidade de criminalização de condutas pelo Judiciário, considerando que trata-se de atividade típica e exclusiva do legislador infraconstitucional, fazendo-se necessário analisar se os meios utilizados para efetivação de direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT se coaduna com os princípios basilares do ordenamento jurídico-penal brasileiro. Para alcançar os objetivos da presente pesquisa, dividiu-se sua estrutura em três capítulos. No primeiro, realizou-se uma revisão bibliográfica sobre o ativismo judicial, de modo a se compreender esse fenômeno e constatar se o Supremo Tribunal Federal atuou de forma ativista, extrapolando os limites de sua competência delimitada constitucionalmente. Buscou-se, ainda, averiguar a influência da omissão e crise de representatividade do Poder Legislativo, aliado aos anseios dos grupos minorizados em assegurar seus direitos fundamentais por intermédio da intervenção penal, na postura ativista da Corte, especialmente em matéria penal. No segundo capítulo, discorreu-se sobre a dogmática jurídico-penal, seus principais princípios e suas funções no ordenamento jurídico. Apontou-se especialmente os princípios que possibilitam a análise da decisão objeto de estudo, quais sejam, o princípio da legalidade e a proibição da analogia gravosa. No terceiro capítulo, analisou-se a decisão proferida pelo STF no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, estudando-se o voto de cada um dos ministros e destacando-se os argumentos atrelados à pesquisa realizada. Por fim, verificou-se se a mencionada decisão está em conformidade com a dogmática jurídico-penal e se consistiu em ativismo judicial, com violação do princípio da separação dos poderes. No que concerne à metodologia, aplicou-se o método hipotético-dedutivo e realizou-se pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal de criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas, enquadrando-as na Lei 7.716/89, diante da omissão do Congresso Nacional, viola os princípios da legalidade e da analogia *in malam partem*, que proscvem a criação de tipo penal por instrumento que não seja a lei em sentido formal ou a extensão do alcance de norma penal para abarcar hipótese nela não expressamente prevista, tratando-se de uma situação de ativismo judicial da Corte, que afrontou o princípio da separação dos poderes ao exercer atividade a ele não atribuída pela Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalização. Homofobia. Transfobia. Dogmática jurídico-penal. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This paper aims to verify if the decision of the Federal Supreme Court to criminalize homophobia and transphobia, framing them in the law that disposes about crimes resulting from prejudice of race or color (n. 7.716/89), respects the criminal legal dogmatic, more specifically the principles of legality and prohibition of analogy *in malam partem*. Over the past years, the Court has issued rulings that affect the sphere of action of other public powers, evidencing an expansion of its constitutional jurisdiction. The choice of this paper's subject is justified by the impact of the creation of a precedent authorizing the possibility of criminalization of conducts by the Judiciary, considering that this is a typical and exclusive activity of the infraconstitutional legislator, making it necessary to analyze whether the means used for the realization of fundamental rights of LGBT community members are in line with the basic principles of the Brazilian criminal legal system. To achieve the objectives of this research, its structure was divided into three chapters. In the first one, a bibliographical review of judicial activism was conducted in order to understand this phenomenon and to verify if the Federal Supreme Court acted in an activist manner, going beyond the limits of its constitutionally delimited jurisdiction. It was also investigated the influence of the omission and crisis of representativeness of the Legislative allied to the aspirations of minority groups to ensure their fundamental rights through criminal intervention over the activist posture of the Court, especially in criminal matters. In the second chapter, it was discussed the criminal legal dogmatic, its main principles and their functions in the legal system. The principles that allow the analysis of the decision object of study were pointed out, namely, the principle of legality and the prohibition of analogy. In the third chapter, it was analyzed the decision rendered by the STF in the joint judgment of the Direct Action of Unconstitutionality for Omission nº 26 and the Injunction nº 4733, studying the vote of each minister and highlighting the arguments linked to the this research. Finally, it was verified whether the mentioned decision is in conformity with the criminal legal dogmatic and whether it consisted of judicial activism, in violation of the principle of separation of powers. Regarding the methodology, it was applied the hypothetical-deductive method and bibliographical research was performed. It was concluded that the decision of the Federal Supreme Court to criminalize homophobic and transphobic acts, subsuming them in Act nº 7.716/89, given the omission of the National Congress, violates the principles of legality and analogy *in malam partem*, which prohibit the creation of crimes through an instrument other than the law in the formal sense or the extension of the scope of the law to cover a hypothesis not expressly foreseen in it, being a situation of judicial activism of the Court, which violated the principle of separation of powers by engaging in activity not attributed to it by the Constitution.

KEYWORDS: Criminalization. Homophobia. Transphobia. Criminal legal dogmatic. Judicial activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CN	Congresso Nacional
LGBT	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, queer, assexuais, entre outras.
MI	Mandado de Injunção
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	12
2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	15
2.2 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS.....	18
2.3 AS OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO E SUA INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO	23
2.4 OS PARADOXAIS DESEJOS PUNITIVOS DOS GRUPOS ATIVISTAS E SUA INFLUÊNCIA NO ATIVISMO JUDICIAL	27
3 A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS E OS PRINCÍPIOS DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	33
3.1 DOGMÁTICA PENAL: CONCEITO, EVOLUÇÃO E FUNÇÕES.....	33
3.2 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.....	39
3.2.1 Princípio da legalidade	47
3.2.2 Princípio da proibição da analogia <i>in malam partem</i>	50
4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O (DES)RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	52
4.1 BREVE RESUMO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733	53
4.2 A ENQUADRAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA NA LEI 7.716/89 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA PROIBIÇÃO DA ANALOGIA <i>IN MALAM PARTEM</i>	62
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

Em 2019, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733, tendo como relator o ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal (STF) criminalizou as condutas de homofobia e a transfobia. Por maioria, a Corte entendeu que havia uma omissão do Congresso Nacional (CN) ao não legislar sobre a matéria e, afirmando a existência de uma mora inconstitucional pela inobservância de uma ordem constitucional de criminalizar, decidiu por enquadrar as condutas homofóbicas e transfóbicas na Lei 7.716/89, que dispõe sobre crimes resultantes de preconceito de cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional, até que o Poder Legislativo legislasse sobre o tema.

A omissão do Parlamento em tutelar os direitos fundamentais dos grupos minorizados, que sofrem constantes ataques discriminatórios, levou os integrantes da comunidade LGBT a recorrerem ao Poder Judiciário. Nos últimos anos, a Corte brasileira tem apresentado uma postura mais ativista, proferindo diversas decisões envolvendo aspectos políticos ou escolhas morais que refletem na esfera de atuação dos outros poderes. Entretanto, a matéria objeto de apreciação nas ações julgadas conjuntamente pelo Supremo envolve direito penal, este que, por tutelar os bens jurídicos mais relevantes da sociedade e impor uma sanção demasiadamente gravosa quando praticado um ilícito penal, apresenta princípios e regras extremamente relevantes como limitadores da intervenção estatal nas liberdades individuais, especialmente em um Estado Democrático de Direito.

Justifica-se a escolha do tema pelo impacto que tem a criação de um precedente que autoriza a possibilidade de criminalização de condutas pelo Judiciário, considerando que trata-se de atividade típica e exclusiva do legislador infraconstitucional, fazendo-se necessário analisar se os meios utilizados para efetivação de direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT se coaduna com os princípios basilares do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Nesse sentido, a indagação que orienta o presente trabalho é: a criminalização da homofobia e transfobia pelo Supremo Tribunal Federal respeita a dogmática jurídico-penal? Para tanto, trabalhar-se-á com as seguintes hipóteses: a decisão do

Supremo desrespeita a dogmática jurídico-penal ou, por outro vértice, a mencionada decisão está em conformidade com seus parâmetros.

De modo a se concretizar o objetivo de analisar se a decisão do STF respeita os princípios que regem a aplicação da lei penal, será feita, no primeiro capítulo, uma revisão bibliográfica sobre o ativismo judicial, buscando definir o que é esse fenômeno para verificar se o Supremo atuou de forma ativista e se violou o princípio da legalidade, exercendo competência que não lhe foi conferida pela Constituição. Neste capítulo, discorrer-se-á também sobre a influência das omissões do Poder Legislativo e de sua crise de representatividade no modo de exercício do poder jurisdicional. Por fim, analisar-se-á a relação entre o ativismo judicial do Poder Judiciário em matéria penal com os anseios dos grupos minorizados em assegurar seus direitos fundamentais através da intervenção penal.

No segundo capítulo, discorrer-se-á sobre em que consiste a dogmática jurídico-penal e suas funções. Em seguida, serão apontados os principais princípios que atuam como parâmetro e baliza para o intérprete e aplicador da lei penal, tratando-se, inicialmente, sobre a força normativa que os princípios adquiriram ao longo dos anos no ordenamento jurídico, para, em seguida, abordar aqueles que melhor possibilitam a análise da decisão objeto de estudo: o princípio da legalidade e, seu corolário, a proibição da analogia gravosa.

O último capítulo cuidará de analisar mais detidamente a decisão do Supremo Tribunal Federal, destacando-se os termos dos votos de cada um dos ministros durante o julgamento, com enfoque nos argumentos que interessam para a pesquisa aqui realizada. Por fim, irá se verificar se a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, enquadrando-as na Lei 7.716/89, respeita os princípios da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem* e se consiste em ativismo judicial com violação do princípio da separação dos poderes.

O presente trabalho será realizado a partir de pesquisa bibliográfica e, quanto à metodologia, será aplicado o método hipotético-dedutivo. Para tanto, partir-se-á do marco teórico garantista, lastreado nas lições de Luigi Ferrajoli e Eugenio Raúl Zaffaroni, para a análise da mencionada decisão, que colocou em voga a discussão sobre o ativismo judicial, as implicações da criminalização de condutas pelo Judiciário e o (des)respeito à dogmática jurídico-penal.

2 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Parte-se, na presente pesquisa, do marco teórico garantista, teoria cujos pressupostos foram estabelecidos por Luigi Ferrajoli, para quem as ideias garantistas configuram um sistema epistemológico que orienta um modelo de direito penal no qual se almeja assegurar “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”¹.

Os elementos constitutivos da teoria garantista, na lição de Ferrajoli, são dois: um relativo à definição legislativa, tratando-se de garantia penal, e outro relativo à comprovação jurisdicional do desvio punível, consistente em uma garantia processual. Para a presente pesquisa, dá-se enfoque à garantia penal, veiculada pelo princípio da legalidade estrita, segundo o qual o desvio punível somente pode ser aquele indicado formalmente pela lei, respeitando-se a fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Para Ferrajoli, em matéria penal há uma reserva absoluta da lei, cabendo ao legislador prescrever o desvio punível de forma taxativa e precisa, devendo o juiz submeter-se à lei, disso decorrendo uma garantia para o cidadão².

Parte-se também do marco teórico de direito penal como limitador do poder punitivo estatal, concebido por Eugenio Raúl Zaffaroni. Para o jurista, este saber deve atuar como um dique para represar o poder punitivo, reprimindo sua irracionalidade³. Para Zaffaroni, a função do direito penal é operar como um dique de contenção das águas turbulentas e caóticas do estado de polícia, para impedir a negação do Estado de Direito⁴.

Nos últimos anos, a atuação do Supremo Tribunal Federal passou por consideráveis alterações. A Corte tem apresentado uma postura mais ativista, proferindo decisões emblemáticas sobre temas controvertidos envolvendo aspectos de relevante interesse da sociedade e que refletem na esfera de atuação dos outros poderes do Estado.

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

² *Ibidem*, p. 30-31.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 96-97.

⁴ *Ibidem*, p. 373.

Com o constitucionalismo que surge no pós Segunda Guerra Mundial⁵, o papel do Poder Judiciário sofreu uma transformação com a expansão da atuação do magistrado, este que passa a intervir nos programas políticos do Estado para aferir o cumprimento dos princípios e regras da Constituição⁶. Luís Roberto Barroso destaca que esse fenômeno não se trata de uma particularidade do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que “desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, realizada no âmbito do Legislativo e do Executivo”⁷.

Dimitri Dimoulis afirma que esse movimento, cunhado por termos como “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo”, “moralização”, “retorno aos valores” ou “constitucionalização” do direito, refere-se ao reconhecimento do protagonismo do Poder Judiciário como meio de realização de justiça e consiste em uma reação ao positivismo que prevalecia entre os operadores do direito, mas passa a sofrer intensas críticas desde o início no século XX, culminando com o fortalecimento do Judiciário a partir da Constituição de 1988 no Brasil⁸.

Para Barroso, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político⁹. De igual maneira, Dirley da Cunha Júnior afirma que passou-se a esperar do juiz mais do que uma mera atividade de pronunciar as palavras da lei, sendo também dele exigido um dinamismo na efetivação dos preceitos constitucionais, especialmente na defesa dos direitos humanos¹⁰.

A expansão da jurisdição constitucional e o ativismo judicial são fenômenos mundiais, presente tanto em países de estabilidade democrática como em países que ainda enfrentam estabilização e transformação social¹¹. Além disso, em que

⁵ Nesse sentido, ver: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 240: p. 1-42, abr./jun. 2005.

⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 26, n. 2, p. 149-169, 2016, p. 151.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 23.

⁸ DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 219.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 24.

¹⁰ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 150-151.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 24-25.

pese tenha surgido em um país de tradição *common law*, hoje também se manifesta em países de *civil law*, como é o caso do Brasil.

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, o jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹² assevera a existência de uma ascensão do papel político do Supremo após a Constituição de 1988, afirmando que atualmente vislumbra-se uma “era do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal”. O autor ressalta que as grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais que foram surgindo posteriormente à Carta de 1988 tiveram como um de seus efeitos mais visíveis a ascensão institucional do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal¹³.

No Brasil, recentemente, diversas decisões envolvendo aspectos políticos ou escolhas morais foram proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do caso da retroatividade da “Lei da Ficha Limpa”, do casamento entre casais homoafetivos, do aborto de feto anencefálico e estudos com células-tronco embrionárias. A mais recente foi a decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homofobia e a transfobia enquadrando-as na Lei 7.716/89, objeto de análise mais detida no presente trabalho. Essas decisões evidenciam a era ativista experienciada no âmbito da mais alta Corte brasileira, tratada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

Conforme anteriormente mencionado, o marco para essa modificação no modo de exercício da jurisdição constitucional no Brasil é a Constituição de 1988, pois a partir de sua promulgação a atividade jurisdicional passou a estar relacionada com dois fenômenos: o ativismo judicial e a judicialização da política¹⁴.

Luís Roberto Barroso aponta que, embora apresentem similitudes, esses fenômenos são completamente distintos, pois não possuem a mesma causa¹⁵. Na mesma esteira, Clarissa Tassinari assevera que, apesar de ambas as expressões serem utilizadas para demonstrar o alto grau de judicialização no direito brasileiro na

¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 18.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

¹⁴ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 16.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 25.

conjuntura atual, os fenômenos são distintos e é necessário diferenciá-los para melhor compreendê-los¹⁶.

Nesse sentido, para compreender o caráter mais interventivo do Poder Judiciário brasileiro com relação aos demais poderes, mostra-se fundamental a compreensão destes fenômenos, bem como sua diferenciação, para a análise da reestruturação do ordenamento jurídico brasileiro e da guinada ativista na jurisdição brasileira.

2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Embora apresentem uma certa correlação, o ativismo judicial e a judicialização da política apresentam significados e causas distintas. Para possibilitar um maior entendimento acerca do que é ou não ativismo judicial, cumpre tecer algumas considerações sobre em que consiste a judicialização da política.

Para Clarissa Tassinari, a judicialização da política é um fenômeno que perpassa pela interação entre Direito, Política e Judiciário¹⁷. Calmon de Passos assenta que Direito e poder político são indissociáveis, tendo em vista que o direito é um instrumento assegurador da convivência social cuja impositividade o vincula ao poder político institucionalizado¹⁸. Entretanto, nada obstante a inevitável relação entre Direito Constitucional e Política, esse elo não deve necessariamente ocasionar em decisões ativistas, conforme pontua Friedrich Müller ao afirmar que “direito constitucional é o direito político. Insistir nisso, não tem nenhuma relação com o ‘decisionismo’”¹⁹.

Na lição de Dirley da Cunha Júnior²⁰, o fenômeno relativo à judicialização da política surge a partir do debate constitucional do pós Segunda Guerra Mundial, cujo foco incide predominantemente sobre os valores da dignidade da pessoa humana, da cidadania, dos direitos humanos e do bem-estar social. Por essa razão, as

¹⁶ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 16.

¹⁷ Ibidem, p. 17.

¹⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92, p. 51.

¹⁹ MÜLLER, Friedrich apud TASSINARI, op. cit., p. 17.

²⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 26, n. 2, p. 149-169, 2016, p. 150.

Constituições da segunda metade do século XX acabam por regular o fenômeno político e vincular a atuação do Estado a um programa, cujo cumprimento é controlado pelo primado da Constituição e dos valores humanos sobre o poder político, pela força normativa dos princípios e sua hegemonia sobre as regras e pela expansão da jurisdição constitucional para tutelar o controle das omissões constitucionais do poder público.

Por outro lado, Luís Roberto Barroso²¹ entende que judicialização ocorre porque questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelos poderes políticos tradicionais (Executivo e Legislativo), apontando algumas causas para esse fenômeno. A primeira é a redemocratização do país, cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição de 1988, levando ao fortalecimento do Poder Judiciário e ao aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. A segunda causa é a constitucionalização abrangente, quando passou-se a constitucionalizar matérias que antes eram tuteladas pela legislação ordinária, tornando a Constituição brasileira uma carta analítica²² que proclama diversos direitos. Com efeito, Barroso também entende que a judicialização decorre de uma interação entre Política, Direito e Judiciário, pois “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”²³ e, a partir do momento em que uma matéria é disciplinada em uma norma constitucional, ela pode ser transformada em uma pretensão jurídica através de uma ação judicial.

Por fim, a última causa da judicialização da política apontada pelo jurista é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual, por sua amplitude, seja pelo largo leque de legitimados ativos a propor o controle concentrado ou pela possibilidade de discussão da constitucionalidade pela via incidental, permite que qualquer questão política ou moralmente relevante seja levada ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, pode-se inferir que os autores supracitados entendem que a judicialização é um fato intrinsecamente relacionado com o movimento do debate constitucional no pós Segunda Grande Guerra. No Brasil, a Carta Constitucional de

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 24-25.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 109. Nas palavras do autor, Constituições Analíticas: “São Constituições extensas que disciplinam longa e minuciosamente todas as particularidades ocorrentes e consideradas relevantes no momento para o Estado e para a Sociedade, definindo largamente os fins atribuídos ao Estado”.

²³ BARROSO, op. cit., p. 24.

1988, apresentando um extenso rol de direitos fundamentais, traz um programa político que cabe aos poderes políticos tradicionais executarem. Entretanto, a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na aplicação dessas normas constitucionais programáticas culmina em uma crescente provocação do Poder Judiciário como tentativa de assegurar a observância desses direitos que não tem sido implementados.

Seguindo essa linha de raciocínio, importante é a constatação de Clarissa Tassinari, para quem a judicialização é uma questão social²⁴. Segundo a autora, distintamente do ativismo judicial, que será melhor explicado posteriormente, a judicialização é um fenômeno derivado de uma série de fatores alheios à jurisdição, que partem de um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e acarretam no aumento dos litígios e das demandas judiciais. Enquanto o ativismo judicial se revela como uma postura dos juízes e tribunais, a judicialização é uma questão que não nasce propriamente no sistema jurídico, emergindo, na realidade, de um contexto social de exigência de direitos e de uma desídia na implementação desses direitos pelos poderes políticos, acarretando a provocação das instâncias judiciais²⁵.

Nesse contexto, Lênio Streck afirma que o ativismo pode ser evitado a partir da imposição de limites através da hermenêutica, enquanto a judicialização talvez não possa ser evitada em face da tradição estabelecida após a Segunda Guerra²⁶. Isso pode ser vislumbrado pela concepção de que a judicialização é um fato, uma questão social decorrente de alguns fatores trazidos pelas constituições do pós-segunda guerra, enquanto o ativismo é um comportamento dos magistrados.

Nesta mesma esteira, Luís Roberto Barroso distingue os fenômenos abordados da seguinte forma:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo

²⁴ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 19.

²⁵ *Ibidem*, p. 32.

²⁶ STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589-590.

judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance²⁷.

Portanto, a judicialização da política, apesar de algumas similitudes, não se confunde com o ativismo judicial. Enquanto aquela se revela como uma decorrência do modelo constitucional adotado após a Constituição de 1988, caracterizado por uma grande ampliação de direitos que terminam não sendo implementados e culminam com a provocação das instâncias judiciais, este consiste em um modo de atuação específico dos magistrados no momento de interpretação da Constituição, extrapolando os limites de sua atuação previstos na própria norma constitucional, conforme será demonstrado.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

A origem do ativismo judicial está relacionada com a jurisprudência norte-americana²⁸. Em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, William Marbury foi nomeado juiz de paz pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, ocasionando uma discussão sobre seu empossamento. Nessa oportunidade, o *Chief Justice* Marshall entendeu que o caso não poderia ser julgado pela Corte, declarando inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act*, que atribuía competência originária à Suprema Corte para o julgamento, afirmando que essa disposição ampliava sua atuação para além do previsto na Constituição. Essa decisão judicial, além de ter provocado o surgimento do controle de constitucionalidade, também deu início às discussões sobre ativismo judicial²⁹.

Embora já houvesse discussões sobre esse comportamento jurisdicional, o termo ativismo judicial só foi cunhado posteriormente, por uma publicação da revista americana *Fortune*, quando o jornalista Arthur Schlesinger Jr., no artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, mapeou o perfil dos juízes da Suprema Corte norte-

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 25.

²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21.

²⁹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 14.

americana, classificando os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge como *ativistas judiciais*³⁰.

Embora o berço do ativismo judicial esteja atrelado aos Estados Unidos, essa forma de exercício da atividade jurisdicional já não é mais uma exclusividade da jurisprudência norte-americana. Carlos Alexandre de Azevedo Campos³¹ pontua que, com as constituições democráticas do pós-Segunda Guerra, o avanço da justiça constitucional e do papel político das cortes constitucionais vem se estabelecendo como uma tendência em várias partes do mundo.

Para Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial “está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”³². Barroso entende que a postura ativista se manifesta das seguintes formas: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas no texto constitucional e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e c) pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente em matéria de políticas públicas³³.

Por outro lado, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, partindo de algumas premissas³⁴, define ativismo judicial como “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”³⁵.

³⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux, p. 7711-7735, 2008, p. 7713.

³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

³² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 25-26.

³³ *Ibidem*, p. 26.

³⁴ CAMPOS, op. cit., p. 27. Nas palavras do autor: “Observando a realidade decisória dessas cortes quando expandem seu espaço institucional e a influência sobre os outros poderes de governo, será possível fixar cinco premissas que têm implicações normativas sobre a construção do que defendo ser a definição mais adequada e útil de ativismo judicial – a primeira premissa diz que o ativismo judicial é uma questão de *postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais*; a segunda, que o ativismo judicial *não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo*; a terceira aponta o *caráter dinâmico e contextual* da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta diretriz afirma a *pluralidade das variáveis* contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; e a última – e mais importante – é aquela que explica o ativismo judicial como uma *estrutura adjudicatória multidimensional*.”

³⁵ *Ibidem*.

Para este autor, o ativismo judicial sofre influência de diversos fatores institucionais, sociais, políticos ou culturais, assim como sua manifestação depende de cada contexto e momento histórico. O autor entende que o ativismo judicial não decorre simplesmente da vontade dos juízes, pois, na realidade, trata-se de uma resposta a múltiplos fatores³⁶. A principal premissa do mencionado jurista é o caráter multidimensional do ativismo judicial, ou seja, a concepção de que esse fenômeno se apresenta por uma variedade de condutas judiciais, como: a) interpretações criativas e expansivas dos enunciados normativos constitucionais, principalmente dos princípios constitucionais; b) correção das leis, alterando seu significado para conformá-las às constituições; c) ampliação de instrumentos processuais e da eficácia de suas decisões; d) falta de deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros poderes; e) interferência na formulação e execução de políticas públicas. Apesar das diversas formas de manifestação, há um núcleo comum entre essas diversas formas de manifestação, qual seja, a expansão de poder sobre os demais atores políticos.

Enquanto Carlos Alexandre de Azevedo Campos entende que o ativismo judicial trata-se de uma resposta à influência de diversos fatores, não decorrendo simplesmente da vontade dos juízes, Clarissa Tassinari define o ativismo judicial como um ato de vontade do julgador. Para a autora, trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais na tomada de suas decisões, razão pela qual é um problema de teoria do Direito e, mais especificamente, de interpretação do Direito³⁷.

Lênio Streck já prelecionava a questão do ativismo como um problema de interpretação e, a partir disso, propõe uma hermenêutica preocupada com a questão da tradição, da coerência e da integridade, de modo a se evitar ativismos que necessariamente estão ligados a práticas discricionárias e/ou arbitrárias³⁸. Streck afirma que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”³⁹.

³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 28.

³⁷ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 31-32.

³⁸ STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 588-589.

³⁹ *Ibidem*, p. 589-590.

Tendo isso em vista, o jurista afirma que uma das questões das demandas paradigmáticas do direito no Estado Democrático refere-se às condições que o intérprete possui para encontrar um resultado constitucionalmente adequado ao proferir uma decisão judicial e conclui que:

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser *de princípio*, e não *de política*. Dito de outro modo, não se pode “criar um grau zero de sentido” a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais.⁴⁰

Em síntese, Lênio Streck concebe o ativismo como o comportamento dos magistrados quando decidem afastando o direito, utilizando-se de motivações morais ou políticas, e sugere a hermenêutica como caminho para que se possa chegar às respostas corretas ao se proferir decisões judiciais, sendo estas as decisões constitucionalmente adequadas.

Ao defender uma hermenêutica preocupada com a integridade do Direito para evitar interpretações discricionárias do texto constitucional, Lênio Streck coaduna-se com a teoria integrativa de Ronald Dworkin, que preleciona:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativismo ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.⁴¹

Nada obstante a relevância de todas essas perspectivas apontadas acerca do ativismo judicial, para o que se pretende no presente trabalho, entende-se como mais acertada a abordagem proposta Elival da Silva Ramos, para quem o ativismo judicial se revela mais próximo dos sistemas em que a organização do aparato estatal é conformada pelo princípio da separação dos poderes. Na definição do

⁴⁰ STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 591.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452.

jurista, “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”⁴².

Na mesma esteira segue o entendimento de Vera Regina Lírio do Valle, a partir da obra de William P. Marshall⁴³, para quem o ativismo judicial consiste na “recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício dos seus poderes”⁴⁴.

Entende-se que esse é o conceito mais adequado à abordagem desta pesquisa porque a percepção do ativismo judicial perpassa, necessariamente, pela compreensão dos papéis de cada poder em um Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 consagrou em seu art. 2º a separação dos poderes como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, o qual se traduz na independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Inspirado em John Locke, quando esse filósofo, no livro *Two treatises of government*, sustentou os princípios de liberdade política da revolução inglesa de 1688 e impugnou o absolutismo real, Montesquieu defendeu a ideia de poder limitado na sua obra *De l'esprit des lois*. A teoria de Montesquieu consiste na compreensão de que no Estado existem três poderes – o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial – cada um incumbido de funções distintas. O autor francês sustentou, ainda, a necessidade de um outro poder capaz de limitar o próprio poder, preconizando, assim, a ideia de divisões de funções e de uma recíproca limitação de poderes, o que ficou conhecido como sistema *checks and balances*⁴⁵.

A postura ativista do Poder Judiciário, portanto, revela um verdadeiro desequilíbrio na divisão dos poderes estatais e no sistema de freios e contrapesos. Dimitri Dimoulis afirma que, agindo dessa forma, o Poder Judiciário realiza uma atividade que se aproxima à do legislador positivo, pois muitas vezes supre lacunas

⁴² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁴³ MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. In: *University of Colorado Law Review*. Forthcoming, vol. 73, September, 2002. O autor, em sua obra, trabalha com sete indicadores de ativismo judicial: I) o contra-majoritarismo; II) o não-originalismo; III) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais; IV) o ativismo jurisdicional; V) a criatividade judicial; VI) ativismo remedial; e VII) o ativismo partidário. No presente trabalho, será utilizado o quarto indicador, qual seja, ativismo jurisdicional.

⁴⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux, p. 7711-7735, 2008, p. 7717.

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 882-883.

deixadas pelo legislador ou decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais, suprimindo omissões do Poder Legislativo⁴⁶. Dimoulis ressalta, ainda, que essa conduta é, no mais das vezes, aplaudida pela doutrina nacional, sendo as críticas de caráter minoritário.

Pode-se inferir, portanto, que o ativismo judicial representa um desequilíbrio na separação de poderes, consistindo em um exercício da atividade jurisdicional de uma forma que exorbita a sua função delimitada constitucionalmente. Consoante afirma Dworkin⁴⁷, o ativista viola a integridade do direito para impor sobre os outros poderes o seu ponto de vista sobre determinada questão controvertida, o que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito.

2.3 AS OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO E SUA INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Diversos autores, ao abordarem a questão da expansão da atuação do Poder Judiciário em seu duplo desdobramento, seja pelo ativismo judicial ou pela judicialização da política, trazem como uma de seus fatores as omissões do Poder Legislativo no cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Segundo Oscar Vilhena Vieira, existe uma corrente que enxerga a ampliação do papel do Judiciário como uma consequência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade em cumprir as promessas de justiça e igualdade que são incorporadas nas constituições contemporâneas de ideais democráticos. Por isso, recorre-se ao Judiciário para proteger esses mencionados ideais, o que leva a uma situação paradoxal, uma vez que, ao suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, este poder contribui ainda mais para a ampliação da crise de representatividade e da autoridade dos representantes populares⁴⁸.

⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 222.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452.

⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, São Paulo, p. 441-463, 2008, p. 443.

Para Luís Roberto Barroso⁴⁹, a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo nos últimos anos têm alimentado a expansão do Poder Judiciário, que, em nome da proteção da Constitucional, passa a prolatar decisões que suprem omissões e, em alguns casos, inovam na ordem jurídica. O jurista entende que esse fenômeno possui uma face positiva, considerando que o Judiciário, com isso, poderia atender demandas da sociedade que não são satisfeitas pelo Congresso Nacional, contrapondo que decisões ativistas devem ser proferidas em momentos históricos determinados. De outro lado, retrata também um aspecto negativo nessa expansão do Judiciário, que consistiria na exposição das dificuldades apresentadas pelo Poder Legislativo, causando a perda paulatina de sua credibilidade.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁵⁰ salienta que o ativismo judicial do Supremo foi assumido publicamente, em 2008, pelo ministro Celso de Mello. De acordo com o autor, o ministro, censurando posturas de passivismo judicial, defendeu que “práticas de ativismo judicial” revelem-se uma “necessidade institucional” diante da omissão ou retardamento excessivo pelo poder público no cumprimento de obrigações impostas pela Constituição. Para Celso de Mello, a Corte não pode apresentar uma postura passiva diante de ofensas à Constituição e aos direitos nela estabelecidos, motivo pelo qual estaria justificado, nesses casos, o “comportamento afirmativo do Poder Judiciário”. Carlos Alexandre de Azevedo Campos entende que, com esse discurso, o ministro assumiu que o ativismo judicial do Supremo “pode fazer parte da paisagem institucional brasileira como prática legítima e mesmo necessária”⁵¹.

Supostamente apoiado em um clamor do povo por justiça, o Supremo profere decisões que teriam por objetivo a defesa da sociedade, de valores e de direitos fundamentais, sendo que, com isso, por vezes acaba por violar a própria Constituição e princípios fundantes do ornamento que deveria proteger. Sobre as boas intenções dos juízes, Agostinho Ramalho Marques Neto já questionou: “quem nos salva da bondade dos bons?”⁵².

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 27.

⁵⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 20-21.

⁵¹ Ibidem, p. 21.

⁵² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. *Revista ANAMATRA*, Ano VI, n. 21, Brasília, p. 30-50, 1994.

O Supremo Tribunal Federal, na concepção de Oscar Vilhena Vieira, vem se tornando uma instituição singular no Brasil, denominando de Supremocracia esta singularidade, decorrente de uma concentração de poderes na esfera da Corte e de um reforço no seu papel político, que provoca uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil⁵³.

Vieira⁵⁴ afirma que, por conta da fragilidade do nosso sistema representativo, o Supremo Tribunal Federal vem exercendo cumulativamente a função de intérprete da Constituição e de legislador, esta última que era exercido tradicionalmente por poderes representativos. Assim, além de proteger as regras constitucionais dos potenciais ataques do sistema político, o Supremo também tem exercido a função de criador de regras, acumulando o exercício de autoridade inerente ao de intérprete constitucional com o exercício de poder. Essa situação revela-se problemática porque, dentro de um sistema democrático, o exercício de poder deveria ficar restrito a órgãos representativos, afinal, consoante afirma Vieira, “quem exerce poder em uma república deve estar sempre submetido a controles de natureza democrática”⁵⁵.

Nesse sentido, Calmon de Passos pontua que, para respeitar os postulados básicos de um Estado Democrático de Direito, o Judiciário só pode proferir soluções políticas caso haja legitimação política desses órgãos, pois, do contrário, permitir que decisões jurisdicionais sobre determinados temas sejam proferidas sem um processo político “será vestir-se com a pele de cordeiro democrática o lobo voraz do autoritarismo e da arbitrariedade”⁵⁶. E, sobre a necessidade de que detentor de poder o exerça nos limites de sua competência, assevera o jurista:

[...] só é Estado de Direito Democrático aquele em que as entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos controles, com vistas à atuação tanto quanto possível harmônica, sem prejuízo de sua autonomia (ausência de vínculos hierárquicos) nunca independência (ausência de responsabilidade), o que também vale para o Judiciário, não apenas para o Legislativo e para o Executivo. Donde ser negação do Estado de Direito Democrático toda organização da função jurisdicional que se mostre em desacordo com essas exigências fundamentais⁵⁷.

⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, São Paulo, p. 441-463, 2008, p. 444.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 446.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92.

⁵⁷ *Ibidem*.

Essa crescente expansão do papel do Judiciário e a própria imagem que o Supremo possui de suas práticas ativistas como política institucional necessária revelam o perigo a que estão sujeitos os ideais democráticos representativos, o equilíbrio da separação dos poderes e a própria segurança jurídica. Em capítulo oportuno serão apontadas as violações a princípios fundantes do ordenamento jurídico brasileiro que são causados por essa postura do Supremo, com enfoque na decisão estudada nesta pesquisa, proferida no julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI nº 4733, mas de já se adianta que não se concorda com a extrapolação pelo Judiciário dos limites de sua competência.

Realizada essa necessária contraposição, verifica-se, ainda assim, que as omissões do poder público e sua crise de representatividade são colocadas, em certa medida, como um dos fatores que ensejam o ativismo judicial, sendo utilizadas pelos defensores dessa prática jurisdicional como um legitimador do decisionismo – como se infere das afirmações do ministro Celso de Mello.

Conforme já visto, Luís Roberto Barroso aponta que uma das posturas ativistas está na imposição de condutas ao poder público em caso de omissões. Na mesma esteira, Carlos Alexandre de Azevedo assevera que o ativismo se manifesta, dentre outras maneiras, pela interferência na formulação de políticas públicas.

A própria existência de ações especiais de controle da omissão inconstitucional demonstra que, a partir da Constituição de 1988, há o entendimento, influenciado por todo o movimento constitucional da segunda metade do século XX, de que o desrespeito à Carta Magna não se limita a uma ação que a afronte, mas se manifesta também em casos de omissão em face de uma determinação nela contida⁵⁸.

Dirley da Cunha Júnior preleciona que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento de controle concentrado das omissões do poder público, cujo objetivo é suprir, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos políticos que não concretizam as imposições constitucionais⁵⁹. O autor nos ensina também que o outro instrumento de controle judicial das omissões do poder público, o mandado de injunção, consiste em ação especial de controle

⁵⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 334.

⁵⁹ Idem. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 559-560.

concreto ou incidental de constitucionalidade destas omissões, podendo ser manejado quando a inércia estatal inviabiliza a fruição de um direito fundamental⁶⁰.

Assim, o silêncio dos poderes incumbidos da implementação dos direitos assegurados pela Constituição acaba por influenciar na atuação ativista do Judiciário, tendo em vista que a sociedade recorre a esse poder, judicializando suas demandas, em busca da efetivação de preceitos constitucionais por conta da omissão do poder ao qual é atribuída constitucionalmente essa atuação.

Ocorre que, como dito, essa postura do Poder Judiciário revela-se extremamente perigosa, diante da ausência de representatividade popular com relação dos seus membros, que não são eleitos pelo povo. A autoridade legitimada pelo voto popular é o legislador e esse excessivo protagonismo do magistrado põe em risco os princípios de um regime democrático e representativo⁶¹.

Para além disso, acreditar que a solução para se garantir os direitos fundamentais não observados é recorrer ao Poder Judiciário buscando a maximização do controle social por intermédio do instrumento mais agressivo de que dispõe o Estado também se revela problemático, conforme será demonstrado.

2.4 OS PARADOXAIS DESEJOS PUNITIVOS DOS GRUPOS ATIVISTAS E SUA INFLUÊNCIA NO ATIVISMO JUDICIAL

Assegurar e efetivar os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional de um país é uma questão de extrema relevância. Isso possibilita inclusive, no sentir de Dirley da Cunha Júnior, medir o grau de democracia de uma sociedade, posto que “não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais”⁶².

A Constituição brasileira de 1988 apresenta um extenso rol de direitos fundamentais a serem concretizados, entretanto, isso não significa que estes tenham automaticamente passado a ser respeitados. Norberto Bobbio já prelecionava que atualmente a maior parte dos governos existentes preveem direitos em seus

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 533.

⁶¹ DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 223.

⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 481.

diplomas legais, não havendo divergências acerca do entendimento de que sua proclamação é uma meta saudável⁶³. Por outro lado, pondera Bobbio que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”⁶⁴. Nesse contexto, face a flagrante violação de diversos direitos fundamentais, verifica-se hodiernamente uma tendência dos grupos e movimentos de direitos humanos em buscar alcançar a concretização dessas normas através da criminalização de condutas.

Na decisão proferida no julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, sobre a qual recai o enfoque da presente pesquisa, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre as omissões do Legislativo em criminalizar as condutas de homofobia e transfobia, consistentes em violações aos direitos fundamentais dos grupos LGBT⁶⁵.

Existe, atualmente, um incipiente diálogo entre a literatura jurídico-penal e criminológica com as teorias *queer*⁶⁶. As teorias *queer* relacionam-se com o ativismo político dos movimentos LGBT e, no entendimento de Salo de Carvalho⁶⁷, interseccionam-se com as ciências criminais em dois campos: no campo teórico, em decorrência dos impactos que os estudos *queer* produzem no direito penal e na criminologia, razão pela qual pode-se falar em uma criminologia *queer*, bem como no campo político, com as demandas de garantias de direitos e de reconhecimento da igualdade sustentada pelos movimentos sociais LGBT.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁵ A sigla LGBT tem sido utilizada para designar a comunidade das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, queer, assexuais, entre outras, que são representadas por sua orientação sexual ou da identidade de gênero. No presente trabalho, será feita a menção a esse grupo por meio desta sigla por ter sido a mais utilizada pelos ministros nos votos proferidos no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4733. Entretanto, não se olvida que hoje existem outras siglas que buscam incluir outras pessoas e grupos, como a LGBTQI+ ou LGTBTTTQQIAA.

⁶⁶ A teoria *queer* surge nos Estados Unidos na década de 90, com o intuito de representar os grupos minorizados em sua diversidade e multiplicidade, levando em consideração todas as concepções de orientação sexual e identidade de gênero. A ideia de utilizar o termo *queer* vem do objetivo de enxergar a marginalização, a repulsa e a humilhação que esses grupos sofrem da sociedade heteronormativa e centralizadora como algo positivo, desfrutando da condição de estar em desacordo com o dominante. Não existe uma tradução exata para a língua portuguesa da palavra *queer*, mas esta representa o estranho, raro, excêntrico. (GARCIA, Paulo César; MIRANDA, Olinson Coutinho. A Teoria *Queer* como representação da cultura de uma minoria. In: III ENCONTRO BAIANO DE ESTUDOS EM CULTURA, Cachoeira, *Anais do III EBECULT*, 2012. Disponível em: <<http://www3.ufrb.edu.br/ebecult/wp-content/uploads/2012/04/A-teoria-queer-como-representa%C3%A7ao-da-cultura-de-uma-minoria.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.)

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma criminologia *queer*. *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul./dez., 2012, p. 153.

Maria Lúcia Karam⁶⁸ discorre sobre como, em uma distorcida leitura das normas garantidoras de direitos humanos, os ativistas delas pretendem extrair obrigações criminalizadoras por parte do Estado, reivindicando a expansão do poder punitivo como forma de responder à sistemática violação a princípios inscritos nas normas presentes nas declarações internacionais de direitos e constituições democráticas.

Diante dessas violações e das omissões do Poder Público em assegurar a implementação dessas normas, Karam pontua que grupos e movimentos de direitos humanos tendem a manifestar uma adesão ao sistema penal, ao argumento de que as leis penais criminalizadoras têm uma natureza simbólica e passariam a mensagem de que determinadas condutas não são socialmente aceitáveis ou são publicamente condenáveis⁶⁹.

Vera Regina Pereira de Andrade⁷⁰ trata dessa tendência no movimento feminista, afirmando que há uma ambiguidade entre a defesa da maximização e minimização do sistema penal a partir do momento em que o feminismo reemerge nos anos 70. Isso porque, à época, ao mesmo tempo em que demandava a descriminalização de condutas como aborto, adultério e sedução, tipos penais que refletem a sociedade patriarcal na qual as mulheres estão inseridas, os grupos feministas buscavam a criminalização de condutas como o assédio sexual e a violência doméstica, além de pleitearem o agravamento do tratamento conferido aos crimes assassinato de mulheres e estupro.

A criminóloga atribui isso a um duplo condicionamento: um de ordem histórica e outro de ordem teórica. O condicionamento histórico está no fato de que o feminismo, ao reemergir a partir dos anos 70 no Brasil, escancarou diversas situações de violência sofridas pelas mulheres que antes eram restringidas ao âmbito privado. Com a conversão desses problemas em públicos e penais, a questão da violência contra a mulher e da impunidade dos homens tornou-se uma das agendas centrais

⁶⁸ KARAM, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. *Justificando*, 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁶⁹ Ibidem

⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Criminologia e feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Seqüência*, Florianópolis, 35, p. 42-49, 1997, p. 44.

do movimento feminista, caracterizando o condicionamento de origem histórica que as levou a demandar a intervenção do sistema penal⁷¹.

O segundo condicionamento referido por Vera Regina Pereira de Andrade, este de origem teórica, está no deficit de recepção da Criminologia crítica e Criminologia feminista no Brasil, assim como no deficit de produção criminológica crítica e feminista. Assim, com a dificuldade de diálogo entre a militância feminista e a academia, surge uma barreira teórica que repercute do ponto de vista político-criminal no movimento, refletindo em uma demanda criminalizadora como mecanismo de defesa a uma violência historicamente constatada⁷².

Essa ambiguidade no movimento feminista, que buscava assegurar os direitos fundamentais das mulheres através da intervenção penal, já constatada no discurso proferido por Vera Regina Pereira de Andrade em 1997, ainda hoje permeia o movimento, assim como outros movimentos de direitos humanos. A criminóloga naquele momento já pontuava que o sistema penal era ineficaz em proteger as mulheres contra a violência ou em provocar transformações nas relações de gênero, uma vez que o sistema, em verdade, acaba por reproduzir e reforçar a discriminação contra as mulheres⁷³.

Esse entendimento de Vera Regina Pereira de Andrade coaduna-se com o de Maria Lúcia Karam, que defende que movimentos feministas que reivindicam o rigor penal contra os responsáveis por violências contra as mulheres terminam reforçando a ideologia patriarcal⁷⁴.

Esse sintoma do movimento feminista também pode ser observado nos movimentos LGBT. Salo de Carvalho afirma que a cultura do heterossexismo cria mecanismos de poder nos quais a diferença é exposta como um desvio, assim, a partir da regra heterossexual, o controle social formal é instrumentalizado nos processos de criminalização e patologização da diferença. O autor afirma que o processo de legitimização da violência heterossexista perpassa por três níveis: o da violência simbólica, que reflete a cultura homofóbica, “a partir da construção social de discursos de inferiorização da diversidade sexual e de orientação de gênero”; o

⁷¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Criminologia e feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Seqüência*, Florianópolis, 35, p. 42-49, 1997, p. 44-45.

⁷² Ibidem, p. 45.

⁷³ Ibidem, p. 47.

⁷⁴ KARAM, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. *Justificando*, 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

da violência das instituições, que ele denomina de homofobia de Estado, “com a criminalização e patologização das identidades não-heterossexuais”; e o da violência interpessoal, “no qual a tentativa de anulação da diversidade ocorre através de *atos brutos de violência*”⁷⁵.

Entretanto, ignorando a violência institucional exercida pelo sistema penal, que reflete o heterossexismo e a cultura homofóbica presente na estrutura social, os grupos LGBT buscam combater a homofobia (e a transfobia) através do próprio aparato penal que reforça a violência por eles sofrida.

Maria Lúcia Karam ressalta que é um paradoxo buscar a observância de normas garantidoras direitos fundamentais através da intervenção do sistema penal. Isso porque essas normas são destinadas a proteger o indivíduo ameaçado pelo sistema punitivo, não podendo, paradoxalmente, funcionar como instrumento para a expansão desse poder. Nesse sentido, a autora preleciona que:

A distorcida leitura das normas garantidoras dos direitos humanos fundamentais contraditoriamente apresenta o sistema penal como um instrumento de atuação positiva. No entanto, o sistema penal só atua negativamente – aliás, em todos os sentidos, mas, aqui, no sentido de atuar proibindo condutas, intervindo somente após o fato acontecido, para impor a pena como consequência da conduta criminalizada. Na realidade, o que os dispositivos garantidores da proteção de direitos humanos fundamentais, assentados nas declarações universais de direitos e nas constituições democráticas, ordenam aos Estados são intervenções positivas que criem condições materiais – econômicas; sociais; e políticas – para a efetiva realização daqueles direitos. São essas ações de natureza positiva (ações que promovem direitos) – e não ações negativas (ações que proíbem condutas) – que devem ser realizadas pelos Estados para tornar efetiva a proteção dos direitos humanos fundamentais⁷⁶.

Os grupos ativistas, diante do movimento constitucional do pós-Segunda Grande Guerra, marcado pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela constitucionalização de diversos direitos fundamentais, tem buscado o Judiciário para a concretização destes diante da inércia do Poder Público. Entretanto, o que se tem observado é a expansão da intervenção penal, por vezes através de decisões judiciais, como se tão somente a criminalização de condutas pudessem criar as condições para a efetivação dessas normas. Karam pontua, nesse sentido, que a

⁷⁵ CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma criminologia *queer*. *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul./dez., 2012, p. 154.

⁷⁶ KARAM, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. *Justificando*, 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

criação de condições materiais para a efetivação de direitos fundamentais é muito mais eficaz em assegurá-los do que a criminalização de condutas.

O mais recente exemplo no cenário brasileiro de decisão ativista nesse sentido, após a provocação de movimentos sociais em busca da tutela de seus direitos fundamentais, foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, sobre a qual recairá a análise realizada no presente trabalho e sobre a qual serão tecidas maiores considerações.

Com efeito, conforme discorrido, sob o pretexto de se assegurar direitos fundamentais em face da omissão dos poderes políticos em sua implementação, o Judiciário brasileiro em diversos momentos exorbitou os limites de suas funções previstas constitucionalmente, exercendo uma atuação ativista que vem se mostrando uma realidade institucional no ordenamento brasileiro, sobretudo na esfera do Supremo Tribunal Federal, consoante o entendimento de Carlos Alexandre Azevedo de Campos⁷⁷ e Oscar Vilhena Vieira⁷⁸.

Como mecanismo de defesa à sistemática discriminação e violação sofridas pelos grupos minorizados⁷⁹, estes tem depositados seus anseios no poder punitivo, buscando o auxílio do Judiciário nessa empreitada, em face do silêncio das casas de representação popular com relação a seus apelos. Distanciando-se das tendências de intervenção mínima que resultam das reflexões dos criminólogos críticos e penalistas progressistas, ao constatarem o sistema penal como apenas mais um instrumento de manutenção e reprodução dessas violações e exclusões, os grupos minorizados e movimentos de direitos humanos têm reivindicado a intervenção do aparato punitivo⁸⁰, influenciando, com isso, na postura ativista do Judiciário brasileiro, especialmente em matéria penal.

⁷⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁷⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, São Paulo, p. 441-463, 2008.

⁷⁹ Neste trabalho, os grupos com pouca representação social e política serão referidos como “grupos minorizados”. Historicamente, houve uma alteração nos termos utilizados para designar esse segmento. O termo “grupo minoritário” era mais comumente utilizado, entretanto a confusão semântica, que atribuía a esses grupos características quantitativas como se fossem compostos por poucos indivíduos, levando a distorções da realidade, provocou a mudança do termo adotado, passando-se a utilizar a expressão “grupo minorizado”. (FERREIRA, Ricardo Alexino. *Etnomialogia e a interface com o politicamente correto*. *Revista Extraprensa*, v. 5, n. 2, p. 1-18, 2012.)

⁸⁰ KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, número 1, 1º semestre de 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, p. 79.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS E OS PRINCÍPIOS DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

No capítulo anterior, demonstrou-se a tendência de uma atuação mais ativista por parte do Poder Judiciário, fenômeno esse observado mundialmente, sobretudo no Brasil, onde, de forma singular, tornou-se uma prática institucional do Supremo Tribunal Federal, consoante expõem Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁸¹ e Oscar Vilhena Vieira⁸².

Na presente pesquisa, objetiva-se analisar uma das decisões ativistas mais recentes proferida pela Corte, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, que será analisada mais detidamente em capítulo oportuno. Em síntese, o Supremo Tribunal Federal entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalizasse atos de homofobia e de transfobia, afirmando que houve mora ao não incriminar tais atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. A maioria dos ministros votaram pelo enquadramento da homofobia e transfobia no tipo penal definido na Lei nº 7.716/1989 até que o Congresso editasse lei sobre a matéria.

Diante do cenário criado pela referida decisão, é imprescindível o estudo da dogmática jurídico-penal e dos parâmetros que ela fornece para a tipificação de condutas e cominação de penas e outras medidas, para que se possa verificar a adequação da decisão do Supremo Tribunal Federal com os princípios que regem o direito penal.

3.1 DOGMÁTICA PENAL: CONCEITO, EVOLUÇÃO E FUNÇÕES

Nilo Batista afirma que a expressão “direito penal” é utilizada frequentemente com três acepções distintas, dividindo-se entre o plano normativo, político e científico⁸³. No sentir do autor, no plano normativo, o direito penal refere-se ao

⁸¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁸² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, n. 8, São Paulo, p. 441-463, 2008.

⁸³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 50-51.

conjunto das normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estatuem os crimes e dispõem sobre o seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e das outras medidas nelas previstas. Em outras palavras, o plano normativo do direito penal corresponde, portanto, ao direito penal objetivo.

Essa acepção coaduna-se com a definição de de Juarez Cirino dos Santos, que conceitua o direito penal como o setor do ordenamento jurídico “que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas”⁸⁴.

No plano político, a seu turno, a expressão direito penal é utilizada para exprimir a faculdade do estado de cominar, aplicar e executar penas, tratando-se, por conseguinte, do que se considera como direito penal subjetivo. Por fim, no plano científico, o termo refere-se ao estudo do direito penal a partir da apropriação intelectual de conhecimentos sobre o mencionado conjunto de normas jurídicas ou sobre o *ius puniendi* estatal, isto é, sobre o direito penal objetivo ou subjetivo. Conforme pontua Nilo Batista, a ciência e o objeto compartilham o mesmo nome: o “direito penal é a ciência que estuda o direito penal”⁸⁵.

No presente trabalho, objetivando-se a análise da conformação da decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homofobia e a transfobia à dogmática jurídico-penal, o enfoque recairá sobre a acepção científica do termo, tendo por base a distinção de Nilo Batista.

É preciso, inicialmente, pontuar que o fenômeno jurídico, ao ser estudado, admite tanto o enfoque jurídico quanto o enfoque zetético⁸⁶. De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o estudo dogmático do direito, de modo geral, rege-se pelo princípio da proibição da negação, por ter como pressuposto pontos de partida inegáveis (dogmas) que determinam como devem ser interpretadas e entendidas as normas jurídicas⁸⁷.

Eugenio Raúl Zaffaroni destaca que a exposição do método dogmático é mérito do jurista alemão Rudolf Von Ihering, tendo a denominação um sentido metafórico,

⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 3.

⁸⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 51.

⁸⁶ Essa distinção é apresentada por Tércio Sampaio Ferraz Junior com base na terminologia de Viehweg. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 49.)

⁸⁷ *Ibidem*, p. 56-57.

correspondendo à concepção de que o intérprete da lei não pode alterar os elementos da letra do texto, devendo respeitá-los como dogmas, da mesma forma como lhes são revelados pelo legislador. Assim, este seria o princípio básico que orienta a ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei⁸⁸.

No que se refere à abordagem dogmática do fenômeno jurídico, Nilo Batista apresenta as seguintes etapas: a) demarcação do universo jurídico, com a catalogação dos textos legais vigentes na área de interesse; b) análise e ordenação, com o agrupamento das leis válidas a partir de suas semelhanças e disparidades para estabelecer uma ordem lógica; c) simplificação e categorização, pela simplificação quantitativa e qualitativa do material resultante das etapas anteriores, o que dará origem aos princípios classificatórios; e d) reconstrução dogmática, através da qual, pela classificação e reorganização da matéria, pode-se fornecer um sistema que demarcará o conteúdo e o inter-relacionamento dos textos legais, sob a condição de serem conhecidos por intermédio desse próprio sistema⁸⁹.

Nilo Batista afirma, ainda, que essas etapas devem ser vencidas através do já mencionado princípio da proibição da negação, que veda o descrédito dos pontos de partida da argumentação, e do princípio de proibição da contradição, de modo a se respeitar uma unidade sistêmica com a impossibilidade de proposições contraditórias⁹⁰.

Em síntese, o método dogmático consiste em uma análise de um conjunto de normas jurídicas, com o seu agrupamento a partir dos pontos de convergência e divergência, para que, a partir dessa categorização, sejam concebidos os princípios que constituem o sistema em que consiste a dogmática, sendo que, ao final, as próprias leis que possibilitaram a constituição daquele sistema devem ser conhecidas de acordo com os seus parâmetros.

Nesse mesmo sentido é a definição de Jesús María Silva Sánchez, que ensina que “en la base de la dogmática se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo”⁹¹.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*: Volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150.

⁸⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 119.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 119-120.

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2. ed., Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992, p. 49.

Enquanto Nilo Batista trata a dogmática jurídico-penal como o plano científico do direito penal, Eugenio Raúl Zaffaroni apresenta algumas reservas em designar o saber penal como ciência, embora reconheça que o mesmo opera com um método similar aos das ciências consagradas como tal⁹². Para o jurista argentino, a expressão direito penal designa duas entidades diferentes: a legislação penal e o sistema de interpretação desse conjunto de leis, que seria o próprio saber do direito penal⁹³.

Zaffaroni assevera que, atualmente, o método mais difundido no saber penal é o dogmático, o que acarreta, no mais das vezes, na correlação entre saber penal e dogmática penal. Em sua concepção, a abordagem dogmática do fenômeno jurídico “consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria”⁹⁴.

Feitas essas considerações sobre a dogmática jurídica de forma geral, cumpre, agora, concentrar o enfoque na dogmática jurídico-penal, que fornecerá os elementos necessários para a análise que se pretende nesse trabalho.

O início da dogmática penal, de acordo com Paulo César Busato⁹⁵, é marcado pelo positivismo jurídico, dado que o objeto de análise do direito penal era o direito positivo. Nesta senda, os preceitos penais consistiam em verdadeiros dogmas que eram passíveis de estudos científicos. Não por outro motivo Claus Roxin faz referência à dogmática jurídico-penal como a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e das opiniões da doutrina no campo do direito penal⁹⁶.

Busato pontua que, com o estudo positivista do direito penal, tendo como suas mais relevantes referências Binding e Voz Liszt, o aparato dogmático jurídico-penal servia como uma forma de interpretar o direito penal, do qual se extraíam categorias e conceitos gerais que autorizavam a criação de um sistema ordenado para a absorção e qualificação dos fatos subsumindo-os às normas. O referido autor destaca que o aprofundamento no estudo desses sistemas, por razões históricas,

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*: Volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

⁹³ *Ibidem*, p. 83.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 150.

⁹⁵ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 192.

sociais e políticas, foi acarretando a imposição da dogmática como principal posto de estudo da ciência penal, com um certo isolamento do direito penal da realidade que constitui seu objeto de estudo⁹⁷.

No início do século XX, Jesus Maria Silva-Sanchez afirma que ocorre a substituição do método puramente jurídico-formal do positivismo, com a introdução de considerações axiológicas e materiais ao pensamento penal pelo neokantismo, sendo mantido, entretanto, o direito positivo como objeto da dogmática jurídico-penal⁹⁸.

Na mesma esteira, Nilo Batista contrapõe que, mesmo com a aparente superação da dogmática positivista pela neokantista, não foi superada a questão do isolamento da ciência penal da realidade. O mencionado jurista assevera a existência de uma dogmática “fechada”, consistente em um sistema do saber discriminatório e seletivo, a partir do momento em que se encarrega de afastar a realidade de seu seio e, com isso, termina por indiretamente reafirmar certos mitos que desempenham funções ideológicas, como o mito da sabedoria da lei e da neutralidade da ciência, os quais são fundamentais para a legitimação da ordem jurídica⁹⁹.

Para superar essa ciência valorativamente neutra e reacionária, cujo papel seria a simples reprodução da vontade da lei e a manutenção da dominação através do Estado, Paulo César Busato¹⁰⁰ propõe a aproximação entre a política criminal e a dogmática penal, com o objetivo de aproximar o direito penal da realidade social, isso porque a política criminal permitiria uma análise valorativa do fenômeno criminal. O jurista ressalta que, com isso, não se deve deixar de observar a função garantista o direito penal apresenta. Sua proposta é de um modelo integrado de ciência penal, com as contribuições da dogmática, da política criminal¹⁰¹, da criminologia¹⁰², da

⁹⁷ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2. ed., Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992, p. 55.

⁹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 120-121.

¹⁰⁰ BUSATO, op. cit., p. 7-8.

¹⁰¹ Zaffaroni a define da seguinte forma: “(...) A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: Volume 1 – parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122.)

¹⁰² Para Zaffaroni, “criminologia é a disciplina que estuda a questão criminal do ponto de vista biossocio-social, ou seja, integra-se com as ciências da conduta aplicadas às condutas criminais”.

penologia¹⁰³ e da vitimologia¹⁰⁴, sendo que a integração com a política criminal permitiria que esta assumisse também uma função garantista ao delimitar a intervenção estatal.

A ideia de integração entre política criminal e dogmática jurídico-penal foi uma proposta apresentada por Claus Roxin. O professor prelecionava:

A idéia de estruturar categorias basilares do direito penal com base em pontos de vista político-criminais permite transformar não só postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social, pelo qual também se interessa a criminologia, que se empenha na explicação e no controle da delinquência¹⁰⁵.

Na mesma esteira, propondo a superação desse sistema fechado que legitima o direito penal vigente, Nilo Batista¹⁰⁶ propõe a incorporação dos dados da realidade nos conceitos dogmáticos, bem como a incorporação das finalidades político-criminais, o que possibilitaria a transformação da dogmática penal de um sistema fechado em um sistema aberto. Ressalte-se, mais uma vez, que com isso não se afasta a função garantista do direito penal, buscando-se, em verdade, delimitar a intervenção estatal para que esta não atue como legitimadora da ordem jurídica vigente.

Estabelecidas estas premissas, a maior relevância da dogmática jurídico-penal se revela em sua função. Para Nilo Batista, a finalidade da dogmática penal é permitir uma aplicação equitativa e justa da lei penal, ao estabelecer limites e definir

(ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*: Volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122.) Sobre a mudança do paradigma da criminologia, que antes era concebida como uma disciplina causal-explicativa do delito e centrada no criminoso, passando a analisar os mecanismos de criminalização do sistema penal, ver o artigo: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>>. Acesso em: 24 out. 2019.

¹⁰³ A penologia se ocupa do estado das diversas sanções penais, especialmente das penas. O estudo da pena por muito tempo renegado a um segundo plano, somente voltando a ter relevância com a intersecção entre direito penal e política criminal. (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 24.)

¹⁰⁴ A vitimologia é a ciência que estuda a vítima do delito e seu comportamento, sendo a disciplina a se ocupar do fenômeno delitivo com desenvolvimento mais recente. (Ibidem, p. 25.)

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77-78.

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 121-122.

conceitos, tornando mais segura e previsível a aplicação da lei, diminuindo a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação¹⁰⁷.

Coadunando-se com esse entendimento, assevera Eugenio Raúl Zaffaroni que a ciência do direito tem como objetivo determinar o alcance dos juízos de valor jurídicos e:

Ao interpretar a lei dessa forma, a ciência jurídica busca determinar o alcance do proibido e desvalorado de maneira lógica (não contraditória, fornecendo ao juiz um sistema de proposições que, aplicado por este, torna previsíveis suas decisões e, por conseguinte, reduz a margem de arbitrariedade, e proporciona segurança jurídica, ainda, que por certo, a segurança jurídica não dependa apenas da previsibilidade das decisões judiciais¹⁰⁸.

Dessa forma, a dogmática jurídico-penal, ao fixar um sistema ordenado de forma lógica, com premissas e valores preestabelecidos, orienta a interpretação do ordenamento jurídico-penal. A relevância desse papel da dogmática está na garantia aos direitos fundamentais dos atingidos pelo exercício do *ius puniendi*, tendo em vista que o Estado também está submetido às suas próprias leis e deve respeitar o direito penal no momento de sua aplicação. A dogmática fornece um conjunto de proposições que atuam como princípios e regras a serem observados pelo intérprete da lei penal, devendo o mesmo se ater aos parâmetros fixados pelas próprias normas jurídicas, sendo a observância dessa condição imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

3.2 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Consoante demonstrou-se no subtópico anterior, a dogmática jurídico-penal fornece parâmetros para a interpretação e aplicação das normas jurídicas que compõem o ordenamento, parâmetros estes que devem ser observados pelo intérprete e aplicador do direito, sob pena de não respeitar o próprio método dogmático, que se orienta pela lei da proibição da negação.

Diante disso, tendo em vista o objeto do presente trabalho, qual seja, verificar o respeito à dogmática penal na criminalização da homofobia e transfobia pelo

¹⁰⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 117.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: Volume 1 – parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário tratar das normas jurídicas penais que são imprescindíveis para a análise da conformação da mencionada decisão do STF aos parâmetros fornecidos pela ciência penal. Essa análise será feita a partir dos princípios que incidem diretamente sobre a problemática da criminalização de condutas por meio de decisões judiciais: o princípio da legalidade e o princípio da proibição da analogia *in malam partem*.

Assim, com o intuito de verificar a compatibilidade entre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733 com os aludidos princípios, cumpre discorrer sobre os mesmos, de forma centrada nos objetivos dessa pesquisa, o que não se pode fazer sem antes abordar a relevância e a aplicabilidade dos princípios, bem como a evolução da força dessa espécie normativa para que alcançassem a posição que detém hoje no ordenamento jurídico.

No sentir de Dirley da Cunha Junior, a ideia de princípio auxilia a transmitir os valores mais fundamentais de uma sociedade, sendo, numa perspectiva jurídica, “a *pedra angular, a norma normarum*, o alicerce e o fundamento desse sistema, que lhe imprime lógica, coerência e racionalidade”¹⁰⁹.

Os princípios nem sempre detiveram a força que apresentam hoje. Paulo Bonavides considera que a normatividade é o traço fundamental dos princípios e registra de forma magistral a transmutação da juridicidade dos mesmos, afirmando que esta perpassa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista¹¹⁰.

Na fase jusnaturalista, os princípios se apresentam de modo abstrato e apresentam uma normatividade praticamente nula, sendo reconhecida apenas sua dimensão ético-valorativa na busca pelo ideal de justiça. Bonavides preleciona que, com o advento da Escola Histórica do Direito, o jusnaturalismo sucumbe, dando lugar à segunda fase da teorização dos princípios: a positivista. Nessa fase, os princípios são introduzidos nos códigos como fonte normativa subsidiária, não podendo se sobrepor à lei, atuando de forma a estender sua eficácia evitando as lacunas normativas¹¹¹. De acordo com a lição do teórico, é tão somente na fase pós-positivista, por uma reação chefiada por Ronald Dworkin, que os princípios passam

¹⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 163.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 259.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 262.

efetivamente a ser tratados como direito, com as novas Constituições promulgadas no século XX, que acentuam a hegemonia axiológica dos princípios¹¹².

José Antônio Pagnella Boschi também discorre sobre a evolução da força dos princípios no ordenamento jurídico. Assevera Boschi que, para a hermenêutica tradicional, os princípios exercem a função de *ratio legis*, atuando tão somente de modo a auxiliar o intérprete a extrair os significados das normas que compõem o ordenamento jurídico¹¹³. Dessa forma, na hermenêutica tradicional, os princípios são enunciados gerais que atuam como diretrizes na interpretação das normas. Já de acordo com a hermenêutica moderna, os princípios exercem a função de *lex*, estando revestidos de força normativa. Boschi ressalta que os princípios, enquanto normas, veiculam valores que estabelecem o que deve ser¹¹⁴.

Atualmente, a normatividade dos princípios é amplamente reconhecida. Norberto Bobbio preleciona que os princípios são as “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais” e, continua, “a palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”¹¹⁵.

Diante disso, pode-se concluir que os princípios são efetivamente normas jurídicas, com a característica de serem dotadas de elevada carga axiológica e orientarem todo o sistema o sistema jurídico¹¹⁶. Outrossim, considerando-se que as regras também são normas jurídicas, faz-se necessário diferenciá-las para identificar quais normas no ordenamento jurídico são efetivamente principiológicas. Entre doutrinadores do tema que se preocuparam com essa diferenciação destacam-se Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Ronald Dworkin, como já foi dito, foi um dos primeiros juristas a admitir a força normativa dos princípios, contribuindo para a hierarquia axiológica que lhes é conferida nas Constituições no pós-positivismo. Para este autor, a distinção entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas é de natureza lógica, dado que ambos fornecem caminhos para a tomada de decisões em cada circunstância específica,

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 264.

¹¹³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 27.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 28-30.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 158.

¹¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 164.

mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. Para Dworkin, as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”, ou seja, diante de um caso sobre o qual incide uma regra, “ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e, neste caso em nada contribui para a decisão¹¹⁷.

Por outro lado, isso não se observa com os princípios, que não apresentam consequências jurídicas automáticas diante de um determinado fato, daí porque estes, diferentemente das regras, possuem uma “dimensão de peso ou importância”. Essa dimensão é aferida em cada caso, pois, para se resolver um conflito, deve-se levar em conta a força relativa de cada princípio e a não incidência de determinado princípio não significa que este deixou de ser válido no sistema jurídico, atribuindo-se essa circunstância apenas ao fato de que seus fundamentos tiveram menos força naquela situação específica¹¹⁸.

Dworkin assevera que as regras não possuem essa dimensão, porque, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, devendo-se analisar qual delas será aplicada e qual delas deverá ser abandonada, a partir de alguns critérios como o hierárquico, o da especialidade e o cronológico¹¹⁹.

É oportuno trazer à baila a síntese didática fornecida por Humberto Ávila sintetiza acerca da distinção realizada por Dworkin entre princípios e regras:

Para ele as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade¹²⁰.

Percebe-se, portanto, que para Dworkin a diferenciação entre princípios e regras está no seu modo de aplicação, pois enquanto as regras são aplicadas de acordo com o “tudo ou nada”, os princípios serão aplicados a depender do seu peso em cada caso concreto.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 41-42.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 45.

¹²⁰ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28.

Robert Alexy, a seu turno, entende que tanto os princípios quanto as regras são normas por veicularem o dever ser. Nesse sentido, afirma que “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”¹²¹. A diferenciação proposta pelo jurista alemão é de ordem qualitativa¹²², com base na própria natureza de cada espécie normativa.

Para ele, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios reside no fato de que princípios são mandamentos de otimização, isto é, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹²³ e caracterizam-se por poderem ser satisfeitos em variados graus. Já as regras, a seu turno, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”¹²⁴, assim, regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível.

Com efeito, preleciona Alexy que a diferença entre as espécies normativas em comento pode ser melhor observada em casos de colisão entre princípios e conflito entre regras. Em ambos os casos, as normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si; a diferença reside na forma de solução do conflito. Um conflito entre regras somente pode ser solucionado com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida e, com isso, afastada do ordenamento jurídico, posto que não é possível que dois juízos concretos de dever ser, contraditórios entre si, sejam válidos¹²⁵.

A solução para a colisão entre princípios, por outro lado, é completamente diversa. Consoante Alexy, se dois princípios colidem um deles terá que ceder¹²⁶, sem que isso signifique que o princípio cedente deve ser declarado inválido ou que nele deve ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que um dos princípios tem precedência com relação ao outro naquelas condições específicas¹²⁷.

¹²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

¹²² *Ibidem*, p. 90.

¹²³ *Ibidem*, p. 90.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 91.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 92.

¹²⁶ Lênio Streck afirma que a teoria da argumentação alexyana expõe a aplicação do direito a alguns perigos, pois o recurso ao relativismo da ponderação obscurece o valor da tradição como guia da interpretação e, com isso, a ponderação pode ser uma porta aberta para a discricionariedade. (STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 600.)

¹²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

Alexy entende que os princípios têm pesos diferentes e a colisão ocorre na dimensão do peso em cada caso concreto.

Explanada a relevância dos princípios no mundo jurídico, acentuada pela aquisição de força normativa a partir da promulgação das Constituições de perfil social-democrático, tratando-se de normas jurídicas que estão intimamente relacionadas com os valores fundantes do ordenamento, cumpre tratar da relevância dos princípios especialmente no direito penal, bem como apontar quais são os mais expressivos na dogmática jurídico-penal.

Em um Estado que se identifica como Social e Democrático de Direito, o exercício do poder-dever de tipificar delitos e cominar penas deve obedecer a uma série de princípios que impõem garantias mínimas a serem respeitadas em prol de todos os cidadãos. O direito penal, enquanto instrumento mais agressivo e contundente de que dispõe o Estado para realizar o controle social¹²⁸, deve ser manifestado com reservas, fazendo-se necessária a observância de limites na intervenção penal¹²⁹.

Para Claus Roxin, os limites de punir do Estado devem resultar da finalidade do direito penal no ordenamento jurídico. Para o autor, o direito penal existe para garantir uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, estando essa finalidade condicionada a um limite: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter essa convivência pacífica através de outras medidas menos gravosas¹³⁰. Roxin preleciona, ainda, que esses limites consistem em princípios básicos que em muitos países estão garantidos legal ou constitucionalmente, e, ainda que não sejam assegurados de forma explícita, eles decorrem dos ideais da democracia, do reconhecimento de direitos humanos e de liberdade que devem ser respeitados em um Estado de Direito¹³¹.

¹²⁸ As teorias instrumentais da pena entendem que a finalidade do direito penal é de defesa de bens jurídicos e da sociedade com o controle dos comportamentos delituosos através da função preventiva, com a ressocialização do infrator (prevenção especial positiva) e intimidação e dissuasão dos demais infratores (prevenção geral negativa). Alessandro Baratta afirma que essa seria a função declarada do direito penal, utilizada para mistificar e ocultar a realidade da pena como violência institucional, e que sua função latente consiste na reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade através do sistema de justiça criminal. (BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 5, p. 5-24, jan. 1994.)

¹²⁹ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144.

¹³⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32-33.

¹³¹ *Ibidem*, p. 34.

O jurista Eugenio Raúl Zaffaroni assenta que o direito penal atua de modo a conter o poder punitivo, exercendo uma função fundamental de segurança jurídica, ao impedir uma ação que não fosse racional das agências jurídicas e que destruísse o próprio Estado de Direito¹³². Para Zaffaroni, o direito penal desempenha a função de dique de contenção das águas turbulentas e caóticas do poder punitivo, para impedir a negação do Estado de Direito¹³³.

Na mesma esteira, Paulo César Busato defende que a limitação ao exercício do *ius puniendi* pelo Estado contra o indivíduo realiza-se através da imposição de barreiras à manifestação da violência institucionalizada e socialmente aceita em que consiste o direito penal, sendo que as referidas barreiras se estabelecem com a orientação interpretativa da intervenção penal pelos princípios do Estado Social e Democrático de Direito¹³⁴.

Por conseguinte, o direito penal, sendo concebido como o mecanismo de controle social mais gravoso e de caráter mais interventivo de que dispõe o Estado com a finalidade de assegurar a convivência pacífica da sociedade, deve estar sujeito a alguns limites que são impostos pela própria dogmática jurídico-penal através dos princípios decorrentes dos valores e fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, preleciona Luigi Ferrajoli que:

[...] os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito dos outros modelos de direito penal historicamente concebidos e idealizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade¹³⁵.

Eugenio Raúl Zaffaroni defende que existem alguns princípios condicionam todo o objeto de conhecimento, elencando quatro aos quais deve se ater toda a interpretação da lei penal: a proscrição da analogia (concretizada através do princípio da legalidade), a interpretação restritiva ou o princípio *in dubio pro reo*, o

¹³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 53.

¹³³ *Ibidem*, p. 373.

¹³⁴ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144-145.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

princípio da intranscendência ou da personalidade da pena e o princípio de humanidade¹³⁶.

Juarez Cirino dos Santos, referindo-se aos princípios como indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo estatal, elenca como os mais relevantes no âmbito do direito penal o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade e princípio da responsabilidade penal pessoal¹³⁷.

Nilo Batista, a seu turno, elenca como cinco os princípios básicos do direito penal: o princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada), o princípio da intervenção mínima, o princípio da lesividade, o princípio da humanidade e o princípio da culpabilidade¹³⁸.

Evidencia-se, portanto, que há um certo consenso doutrinário sobre a necessidade de imposição de limites às manifestações do direito penal, sendo que esses limites estão consubstanciados nos princípios enunciados pelos doutrinadores mencionados, os quais ou estão previstos expressamente no ordenamento jurídico ou decorrem de seus valores fundantes, calcados no reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos.

Sem olvidar a existência desses diversos princípios elencados pelos juristas supracitados, considerando-se os objetivos do presente trabalho, será feita uma abordagem mais detida daqueles que melhor possibilitam a análise do (des)respeito à dogmática jurídico-penal na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homofobia e a transfobia enquadrando-as na Lei 7.716/89: o princípio da legalidade e, sua vertente mais importante para esta pesquisa, a proibição da analogia *in malam partem*.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*: Volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 157-161.

¹³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 19.

¹³⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 64.

3.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surge historicamente com a revolução burguesa em resposta aos abusos do absolutismo¹³⁹, com a finalidade de garantir a liberdade dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal, substituindo o poder absoluto do monarca pela vontade geral expressa através da lei¹⁴⁰.

Instituído pela primeira vez nas Constituições dos Estados americanos de Virgínia e Maryland, em 1776¹⁴¹, a difusão desse princípio ocorreu com o Iluminismo, sendo previsto na Constituição americana de 1787, no Código austríaco de 1787, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que prescrevia que ninguém poderia ser punido senão por uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime, na Constituição Francesa de 1793 e no Código da Prússia de 1794, vindo a integrar diversas outras cartas e constituições democráticas¹⁴².

O mencionado princípio tornou-se amplamente conhecido em 1813, quando o professor alemão Anselm Von Fuerbach cunhou as expressões latinas “*nulla poena sine lege*”, “*nullum crimen sine poena legalis*” e “*nulla poena sine crimine*”¹⁴³.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, compondo o rol de direitos e garantias fundamentais no inciso XXXIX do artigo 5º, assim como no artigo 1º do Código Penal, que prevê: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”¹⁴⁴.

O princípio da legalidade é concebido por Juarez Cirino como o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva de garantia do cidadão em face do poder punitivo estatal, a doutrina elenca como as quatro principais funções do referido princípio a proibição da retroatividade da lei penal, a proibição da criação de penas e crimes

¹³⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 65.

¹⁴⁰ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 148.

¹⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 20.

¹⁴² BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 38.

¹⁴³ BATISTA, op. cit., p. 66.

¹⁴⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

pelo costume, a proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e a proibição de incriminações vagas e indeterminadas¹⁴⁵.

A proibição da retroatividade é a função histórica do princípio da legalidade, sendo político o seu principal fundamento, por ter surgido justamente para combater a incidência da lei penal a fatos ocorridos anteriormente a sua entrada em vigor¹⁴⁶. No ordenamento jurídico brasileiro, essa expressão do princípio da legalidade está prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso XL, que dispõe: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”¹⁴⁷. Nesse sentido, resta proibida a criação de tipos penais que tenham por finalidade alcançar fatos ocorridos no passado, limitando-se a permitir a punição daqueles já precedidos pela previsão abstrata do tipo penal¹⁴⁸.

Já a segunda função deste princípio, consistente na proibição de penas e crimes pelo costume, é a de maior relevância para esta pesquisa. O princípio da legalidade exige que a criminalização de condutas e a cominação das sanções penais seja realizada por intermédio de lei escrita¹⁴⁹ – por esse motivo, o princípio por vezes também é conhecido como princípio da reserva legal.

Cesare Beccaria, considerado um dos representantes do iluminismo penal, movimento responsável pela busca da limitação do poder absoluto do Estado no exercício do *ius puniendi*, prelecionava que “a primeira consequência dos princípios da lei é que somente elas podem determinar a pena para crimes, e a autoridade para aplicar as leis penais só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade, unida por um pacto social”¹⁵⁰.

Nesse sentido, Nilo Batista¹⁵¹ pontua que a fonte material do direito penal é o Congresso Nacional, ao qual foi atribuído com exclusividade pela Constituição Federal o poder de legislar em matéria penal, consoante previsão do artigo 22,

¹⁴⁵ Nesse sentido: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 68-77; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 20; BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 159-168.

¹⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 69.

¹⁴⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁴⁸ BUSATO, op. cit., p. 161.

¹⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 22.

¹⁵⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 15.

¹⁵¹ BATISTA, op. cit., p. 71.

inciso I¹⁵², e artigo 48¹⁵³. De outro lado, a fonte formal das normas definem crimes e cominam penas é apenas a lei, ficando afastados o costume e os princípios gerais do direito penal.

Dessa forma, somente a lei escrita, aprovada dentro dos trâmites previstos constitucional e infraconstitucionalmente, pode criar crimes e sanções penais. Nilo Batista afirma que a lei penal sempre deve resultar do “debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública”¹⁵⁴.

Essa mesma vertente do princípio da legalidade, utilizada para vedar a criminalização de condutas pelo costume, pode ser aplicada à vedação de criminalização de condutas mediante decisões judiciais, face a não observância da fonte do direito penal, que é o direito positivo. Além disso, a decisão não é submetida aos trâmites legislativos que garantem o debate democrático sobre a criação do crime através daqueles eleitos para representar a população. Conforme o ensinamento de Beccaria, citado acima, incumbe o legislador, na condição de representante da sociedade unida por um pacto social, a atribuição para criar crimes e não ao magistrado, que não possui essa representatividade.

A função da proibição da analogia, por sua relevância para o presente trabalho, será objeto de análise em tópico próprio, no qual poderão ser tecidas considerações mais aprofundadas.

Por fim, a última expressão do princípio da legalidade destacada pela doutrina é a vedação da indeterminação dos tipos penais. Juarez Cirino dos Santos assevera que a proteção do cidadão contra o arbítrio estatal deve afastar leis penais indefinidas, porque estas dificultam o conhecimento da proibição, favorecendo interpretações judiciais idiossincráticas¹⁵⁵. Também conhecido como princípio da

¹⁵² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.)

¹⁵³ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União [...]. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.)

¹⁵⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 73.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 23.

enunciação taxativa ou da taxatividade, essa vertente do princípio da legalidade exige que as leis penais sejam o mais claras e precisas possível, considerando que a formulação de tipos penais ambíguos ou genéricos poderia ensejar entendimentos contrastantes.

Evidencia-se, portanto, a relevância do princípio da legalidade como instrumento que oferece segurança jurídica e atua como garantia do cidadão em face do poder punitivo estatal.

3.2.2 Princípio da proibição da analogia *in malam partem*

Antes de tratar propriamente da proibição da analogia no direito penal, como consequência do princípio da legalidade, cumpre antes tecer breves considerações sobre o que significa a analogia no direito.

Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que “fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para determinada *facti species*, é aplicável a conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança”¹⁵⁶. Ou seja, a analogia consiste na aplicação da lei a uma hipótese por ela não regulada, por se tratar de um caso semelhante àquele abarcado pela norma.

Esse procedimento é utilizado de modo a se solucionar as lacunas legislativas, buscando de alguma forma suprir o vazio legislativo, garantindo a segurança jurídica. A analogia é comumente utilizada em diversos ramos do direito, devido ao entendimento de que o magistrado não pode quedar-se inerte diante da provocação do jurisdicionado, devendo fornecer uma resposta mesmo que não haja previsão expressa no ordenamento jurídico para aquela questão apresentada.

Entretanto, o direito penal é a *ultima ratio* na solução dos conflitos em sociedade, não podendo ser a ele aplicado esse mesmo raciocínio, pois, considerando que o direito penal age de forma violenta e repressiva, ainda que de modo institucionalizado, a dogmática jurídico-penal atua como garantia ao cidadão, razão pela qual as condutas proibidas e as sanções penais cominadas devem estar previstas de forma expressa, clara e precisa. Por conseguinte, a aplicação da lei penal a um fato por ela não abarcado constitui violação ao princípio da legalidade em sua vertente da proscrição à analogia.

¹⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 328.

Nesse sentido, ensina Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁵⁷:

Se por analogia, em direito penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal. E é assim porque somente a lei do Estado pode resolver em que casos este tem ingerência ressocializadora afetando com a pena os bens jurídicos do criminalizado, sendo vedado ao juiz completar as hipóteses legais.

É necessário pontuar que a doutrina¹⁵⁸ aponta a proibição da analogia quando esta é utilizada de modo a prejudicar o acusado, isto é, proíbe-se a analogia *in malam partem*. Quando a analogia é utilizada de modo a beneficiar o acusado (*in bonam partem*), ela é admitida, até porque essa proibição trata-se de uma garantia do cidadão, podendo, portanto, ser afastada em seu favor.

Assim, esse procedimento lógico de aplicação da lei a um caso semelhante sem regulamentação legal expressa não pode ser utilizado pelo jurista a fim de criar crimes, fundamentar ou agravar penas, visto que o princípio da legalidade, concretizado na proibição da analogia *in malam partem*, veda o uso desse raciocínio no direito penal. Entretanto, essa foi a situação verificada quando o Supremo Tribunal Federal decidiu enquadrar os casos de homofobia e transfobia no tipo penal que veda o racismo, por serem considerados casos semelhantes, apesar de não expressamente previstos na lei, como será mais detidamente analisado no próximo capítulo.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*: Volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

¹⁵⁸ Nesse sentido, ver: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 77; ZAFFARONI, op. cit., p. 159; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 22.

4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O (DES)RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

A crise de legitimidade enfrentada pelo Poder Legislativo e os anseios dos grupos e movimentos de direitos humanos, especialmente o movimento LGBT, em ver seus direitos fundamentais assegurados através da intervenção penal, aliados ao crescente protagonismo do Poder Judiciário com o constitucionalismo do Pós-Segunda Guerra Mundial, manifestado pelos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização política, foram elementos apontados como ensejadores da alteração na atuação do Supremo Tribunal Federal.

A mais alta Corte brasileira vem, já há alguns anos, proferindo decisões que extrapolam os limites de sua competência estabelecidos na Constituição Federal, a Carta maior que deveria proteger e assegurar a observância, como já salientado linhas atrás.

No presente trabalho, propõe-se a análise, à luz da dogmática penal, do julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, no qual o Supremo Tribunal Federal criminalizou as condutas de homofobia e transfobia, enquadrando-as na Lei 7.716/89.

Desse modo, para se realizar o estudo proposto, neste capítulo será inicialmente feito um resumo das ações que provocaram a decisão proferida pelo Supremo para, em seguida, se analisar a conformação da referida decisão à dogmática jurídico-penal e aos princípios que atuam como parâmetro e limites para a criação, interpretação e aplicação da lei penal, tendo em vista que, enquanto instrumento mais agressivo de controle social, o direito penal deve estar sujeito a algumas barreiras indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo estatal.

4.1 BREVE RESUMO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733

A decisão do Supremo Tribunal Federal que culminou com o enquadramento penal da homofobia e da transfobia na Lei de Racismo foi proferida em sede de julgamento conjunto da Ação Direta e Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, em 13 de junho de 2019.

O Mandado de Injunção nº 4733 foi ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) em 2012¹⁵⁹. Inicialmente, o relator era o ministro Ricardo Lewandowski, que, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, não conheceu da ação, por entender que não havia frustração à fruição de direito subjetivo especificamente consagrado na Constituição¹⁶⁰. Diante dessa decisão, foi interposto agravo regimental pela ABGLT, passando a ser relator o ministro Edson Fachin, cujo julgamento pelo plenário foi realizado conjuntamente com a ADO nº 26.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS, em 2013¹⁶¹. Ambas as ações tiveram os mesmos fundamentos e pedidos, sendo

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733/DF*. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ALGBT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 07 nov. 2019.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733/DF*. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ALGBT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. 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 em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do poder público – A situação de inércia do estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima – A questão da “ideologia de gênero” – Soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional: (a) cientificação ao congresso nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional e (b) enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme (que não se confunde com exegese fundada em analogia “in malam partem”), no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89 [...] – Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal, eis que referidos temas submetem-se à cláusula de reserva constitucional de lei em sentido formal (CF, art. 5º, inciso XXXIX) [...] – O poder judiciário, em

alegada a omissão do Congresso Nacional na criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, em face de uma ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII, da CF/88) ou, subsidiariamente, relativa às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/88) ou, ainda, relativa ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)¹⁶².

Com base nesses dispositivos, pleiteou-se a declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional, que estaria se recusando a efetivar a obrigatória criminalização específica decorrente de imposição constitucional, bem como requereu-se que, não sendo elaborada a legislação criminal em prazo fixado pela Corte, ou entendendo ser desnecessária a fixação de prazo, o Supremo superasse a exigência absoluta de lei em sentido estrito, elaborada pelo Parlamento, para criminalizar as ofensas aos grupos LGBT, efetivando o próprio tribunal a ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia, tipificando-as mediante decisão, no exercício de atividade legislativa atípica, com sua inclusão na Lei 7.716/89, posto que a homofobia e a transfobia constituiriam espécies do gênero racismo.

sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis – A questão da intolerância, notadamente quando dirigida contra a comunidade LGBTI+: a inadmissibilidade do discurso de ódio (Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13, § 5º) – A noção de tolerância como a harmonia na diferença e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos [...] – Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional – A busca da felicidade como derivação constitucional implícita do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – Uma observação final: o significado da defesa da constituição pelo Supremo Tribunal Federal – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão conhecida, em parte, e, nessa extensão, julgada procedente, com eficácia geral e efeito vinculante – Aprovação, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, das teses propostas pelo relator, Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator ministro Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 07 nov. 2019.

¹⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.)

O ministro Celso de Mello¹⁶³, relator da ADO nº 26, iniciou o julgamento trazendo um breve resumo do pleito aduzido pelo Partido Popular Socialista na petição inicial, sendo o seguinte trecho bem demonstrativo dos pontos do julgamento que se pretende analisar na presente pesquisa:

[...] **requer-se** que o Supremo Tribunal Federal, **inovando** na ordem positiva, **tipifique**, *ainda que por decisão judicial*, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, **definindo**, *também*, a respectiva cominação penal, **superando-se**, *desse modo*, **embora em caráter absolutamente excepcional**, **o princípio** segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”¹⁶⁴.

Quanto a este pedido, o ministro relator afirmou que não é possível, mediante decisão da Corte, proceder à tipificação de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, definindo-se a respectiva cominação penal e superando-se o princípio segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, visto que importaria em inadmissível substituição do Congresso Nacional, com clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria penal. O ministro Celso de Mello reconheceu que, em matéria penal, deve sempre prevalecer o postulado da reserva absoluta de lei em sentido formal, isto é, somente o Parlamento, exclusivamente, pode criar crimes e cominar penas. Caso o Judiciário, que não dispõe de função legislativa, passasse a atuar na condição de legislador positivo, haveria usurpação de competência que não lhe pertence, com transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Apesar dessas constatações, o ministro Celso de Mello entendeu que o art. 5º da Constituição, nos incisos XLI e XLII, impõe mandados de criminalização e, diante da mora do Congresso Nacional, que superou o prazo razoável para cumprir a ordem constitucional, justifica-se plenamente a intervenção do poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, o qual, em sede de controle concentrado, deveria proceder à colmatação de uma omissão legislativa inconstitucional. Nesse sentido, o relator da ADO nº 26, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Voto do Min. Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26CMVotoscomunicac807a771odoSena doFederal.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Voto do Min. Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26CMVotoscomunicac807a771odoSena doFederal.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

República¹⁶⁵, propôs a subsunção das condutas homofóbicas e transfóbicas aos preceitos primários de incriminação existentes na Lei 7.716/89, conferindo interpretação conforme a Constituição ao termo “raça”, considerando que a homofobia e a transfobia consistiriam em manifestações de racismo, até que sobrevenha legislação autônoma elaborada pelo Congresso Nacional. Afirmou, ainda, que este entendimento não consiste em aplicação analógica e gravosa das normas previstas na Lei 7.716/89, posto que não se admite analogia *in malam partem* em matéria penal, bem como defendeu que não se trata de formulação de tipo penal ou cominação de pena por parte do Poder Judiciário.

O ministro Edson Fachin¹⁶⁶, relator do MI nº 4733, foi o segundo a votar, entendendo que existe um dever estatal de legislar previsto no art. 5º, XLI, da CF/88, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”¹⁶⁷, que inclui as discriminações atentatórias de orientação sexual e de identidade de gênero. Com base nesse dispositivo, o ministro manifestou-se no sentido de que há um mandado específico de criminalização na mencionada norma constitucional, bem como asseverou que o princípio da proporcionalidade, na acepção de proibição de proteção insuficiente, fundamenta o reconhecimento de que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados na Constituição. Considerando a existência de um mandado constitucional de criminalização e a mora legislativa em regulamentar o tema, o ministro Fachin julgou procedente o mandado de injunção para reconhecer a mora institucional do Congresso Nacional e aplicar com efeitos prospectivos a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou

¹⁶⁵ A Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer favorável ao acolhimento da ação, conforme a seguinte ementa: CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. (BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.)

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Edson Fachin, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin1.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

¹⁶⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, até que o Congresso legisle a respeito. O relator do MI nº 4733 enfatizou em seu voto que, ainda que envolva matéria penal, a injunção não poderia limitar-se ao mero reconhecimento da mora.

Seguindo na esteira do relator da ADO nº 26, o ministro Alexandre de Moraes¹⁶⁸ entendeu que o inciso XLI do art. 5º da Constituição traz um comando constitucional de edição de lei penal, afirmando, ainda, que o próprio Congresso Nacional estabeleceu um padrão de implementação de leis penais para colmatação dos comandos constitucionais protetivos de direitos e garantias fundamentais de grupos vulneráveis. Por isso, declarou a inconstitucionalidade por omissão do Senado Federal pela caracterização da mora. O ministro asseverou que o Supremo Tribunal Federal não tinha autorização constitucional para substituir o Poder Legislativo e inovar no mundo jurídico com a criação de tipo penal com o objetivo de criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas, visto que haveria violação ao princípio da legalidade, da anterioridade, bem como da analogia *in malam partem*. Contudo, afirmou que a função hermenêutica da Corte possibilitaria uma interpretação conforme a Constituição para interpretar os dispositivos penais da Lei 7.716/89, de modo a estender a proibição a discriminações de orientação sexual e identidade de gênero, até que o Congresso Nacional editasse lei penal específica a respeito.

O ministro Luís Roberto Barroso¹⁶⁹ acompanhou o voto dos relatores na íntegra, afirmando que o art. 5º, XLI, da Constituição, com o vocábulo “punirá”, determina uma punição na seara criminal, bem como o art. 5º, XLII, veda o racismo, invocando a definição de racismo social dada pelo Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwanger*¹⁷⁰. Em seu voto, o ministro embasou-se em uma necessidade de

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Alexandre de Moraes, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Luis Roberto Barroso, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹⁷⁰ Esse precedente da Corte também foi invocado por outros ministros em seus votos, inclusive pelo relator Celso de Mello. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82424/RS*. Habeas-Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 19 de março de 2004. Disponível em:

resposta do Estado à violência sofrida pela comunidade LGBT, afirmando que o Supremo Tribunal Federal tem um papel representativo e iluminista, no sentido de empurrar a história. Por fim, defendeu que o enquadramento das condutas homofóbicas e transfóbicas na Lei 7.716 não consiste em analogia *in malam partem* ou criação de tipo penal.

A ministra Rosa Weber¹⁷¹ acompanhou integralmente o voto dos relatores, reconhecendo a mora legislativa inconstitucional na implementação do comando de criminalização previsto no art. 5º, XLI e XLII, da Carta Maior, relativamente aos integrantes da comunidade LGBT, impondo-se a necessidade de cientificação do Congresso Nacional. Além disso, assentou que enquanto persistir esse estado de mora aplica-se aos crimes motivados por discriminação homofóbica ou transfóbica a Lei 7.716/89 mediante interpretação conforme a Constituição. Para a ministra, o princípio da legalidade estrita em matéria penal, previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXIX, da Constituição¹⁷², representa um valor fundante da democracia, do Estado de Direito e da justiça, além de uma garantia aos cidadãos em qualquer sistema jurisdicional que se pretenda racional injusto. Inobstante, entendeu que a amplificação do alcance dos tipos que preveem os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, previstos na Lei 7.716/89, mediante interpretação conforme do art. 5º, XLI e XLII, da Constituição e à luz a jurisprudência da corte, não configura afronta ao art. 5º, XXXIX, da CF/88.

Em seguida votou o ministro Luiz Fux¹⁷³, que afirmou ser necessária a judicialização dessa questão, com uma palavra final do Poder Judiciário sobre o tema, pois não se saberia qual seria a solução final a ser tomada pelo Legislativo, em que pese a hegemonia para a atuação fosse do Parlamento. O ministro afastou,

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alopvft>. Acesso em: 26 nov. 2019.)

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto da Min. Rosa Weber, 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>. Acesso em: 09 nov. 2019.

¹⁷² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.)

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Luiz Fux, 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>. Acesso em: 09 nov. 2019.

ainda, qualquer concepção de que se haveria afronta ao princípio da reserva legal, entendendo que o que se estava fazendo no julgamento era tão somente uma interpretação da Lei 7.716/89 conforme a Constituição Federal e, por isso, acompanhou o voto dos relatores integralmente.

A ministra Carmen Lúcia também acompanhou integralmente o voto dos relatores da ADO nº 26 e o MI nº 4733.

Abrindo divergência ao voto do relator, o ministro Ricardo Lewandowski¹⁷⁴ entendeu que de fato existe um mandado de criminalização insculpido no art. 5º, XLI, da Constituição, enfatizando a relevância e a necessidade de se proteger esses grupos minorizados, afirmando ser inconteste a mora legislativa nesse sentido. Entretanto, apesar de reconhecer a inércia do Poder Legislativo, asseverou que a Corte não podia invocar precedentes concretistas de outros mandados de injunção, pelo fato de que o processo em julgamento versa sobre matéria penal, sujeita a reserva legal absoluta. O ministro assentou que o art. 5º, XXXIX, da Constituição é claro em dispor que apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta e a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora é atentatória ao princípio da reserva legal, que exprime uma garantia fundamental dos cidadãos e promove a segurança jurídica de todos. Dessa forma, o ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de reconhecer a mora legislativa e dar ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências cabíveis.

O ministro Gilmar Mendes¹⁷⁵ acompanhou os votos dos relatores, entendendo que existia uma inação do CN que autorizava uma intervenção legítima do Supremo Tribunal Federal através de uma sentença concretizadora, e defendendo, ainda, a postura ativa da Corte para consagração de direitos fundamentais.

Divergindo do voto dos relatores, o ministro Marco Aurélio¹⁷⁶, a seu turno, pontuou os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal, vinculada ao direito

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Ricardo Lewandowski, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/legislativo-tipificar-crime-defende.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Gilmar Mendes, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Marco Aurélio, 13 de junho de 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_I_0GY&feature=youtu.be&t=2454. Acesso em: 28 nov. 2019.

positivo e ao texto constitucional, indicando que se deve observar a delimitação do exercício da jurisdição da Corte ante a relação com os demais poderes, que cede ao princípio de todo Estado de Direito que se pretenda democrático, qual seja, o da reserva de lei em matéria penal. Além disso, o ministro entendeu também ser completamente incompatível com a natureza da ADO, que é meramente declaratória, a criação de tipo penal provisório para enquadrar os casos de homofobia e transfobia no dispositivo legal que tipifica o racismo por discriminação ou preconceito raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Ainda, o ministro Marco Aurélio pontuou que o art. 5º, XXXIX, da Constituição traz o princípio a partir do qual é construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a proibição à analogia, a proibição da utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena, a vedação da retroatividade e a vedação de leis penais e pena de conteúdo indeterminado. Nesse sentido, asseverou que a ortodoxia da interpretação constitucional em matéria penal não autoriza ao tribunal, por proibição expressa do princípio constitucional, esvaziar o sentido literal do texto mediante a complementação de tipos penais, destacando também que a Lei 7.716/89 não contempla a discriminação decorrente da orientação sexual, só se admitindo, em matéria penal, interpretação exegética estrita vinculada aos limites do texto, pois do contrário será usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre o direito penal, na forma do art. 22, I, da Carta Maior.

O ministro defendeu ainda que considerar que o art. 5º, XLI, da CF/88 traz um mandado de criminalização é passo extremamente largo dado o caráter programático da norma e a relativa amplitude semântica do texto, descabendo dar ao vocábulo gênero "punirá" a necessária interpretação de "criminalizará". Ressaltou, ainda, que a criminalização de condutas discriminatórias motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero há de se dar na esfera própria e não no plenário do Supremo por exegese extensiva da legislação em vigor, devendo-se ter em conta a extensão dos poderes da República e a área que é reservada a cada um constitucionalmente. Isso porque o legislador ordinário assume no direito penal foro de exclusividade em relação aos demais poderes, devendo ser preservados os limites da separação dos poderes e da reserva legal em termos penais, que está prevista no principal rol das garantias constitucionais.

Explanados estes argumentos, o ministro Marco Aurélio, considerando os limites impostos ao STF para o exercício da jurisdição constitucional, divergiu dos relatores para inadmitir o mandado de injunção, considerando que este é cabível somente quando não há norma regulamentadora de direito subjetivo cujo exercício fica impossibilitado pela mora do legislativo, por entender que não há segmento que tenha direito a criminalização. Ainda, admitiu em parte a ADO, para julgar improcedente o pedido, por não aceitar que o vocábulo "punirá" signifique necessariamente criminalizar, deixando de reconhecer omissão legislativa quanto a criminalização específica da homofobia e transfobia.

Último a votar, o ministro Dias Toffoli¹⁷⁷ iniciou seu entendimento pontuando que, apesar das divergências quanto à conclusão, todos os votos repudiaram o ódio, a discriminação, o preconceito e a violência por razões de orientação sexual e identidade de gênero, e acompanhou o voto divergente do ministro Ricardo Lewandowski.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 ficou definida nos seguintes termos, conforme a certidão final de julgamento:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Dias Toffoli, 13 de junho de 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_I_0GY&feature=youtu.be&t=2454. Acesso em: 28 nov. 2019.

discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente¹⁷⁸.

A maioria da Corte entendeu que o art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal traz um mandado de criminalização que não foi observado pelo Congresso Nacional, reconhecendo, portanto, a mora do Parlamento e enquadrando a homofobia e a transfobia nos tipos penais da Lei 7.716/89 mediante interpretação conforme a Constituição, ao argumento de que isso não violaria o princípio da legalidade estrita em matéria penal (ou reserva legal), bem como não configuraria analogia *in malam partem* ou afronta ao princípio da separação dos poderes.

4.2 A ENQUADRAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA NA LEI 7.716/89 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA PROIBIÇÃO DA ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*

De início, cumpre pontuar que a presente pesquisa não questiona a necessidade de proteção e efetivação dos direitos fundamentais de qualquer grupo minorizado, especialmente os integrantes da comunidade LGBT, os quais, como os ministros pontuaram de forma extensa em seus votos, sofrem uma sistemática violação a sua dignidade, sendo alvo de violência, ofensa e ódio. O objetivo deste trabalho não é questionar a necessidade de proteção desse grupo, mas sim realizar uma análise da decisão proferida à luz dos princípios da dogmática jurídico-penal, que servem como parâmetro e baliza para a atuação do intérprete do direito em matéria penal, conforme já discorrido em capítulo anterior.

Com efeito, a própria sensibilidade do tema em discussão no julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI nº 4733, com sua repercussão nacional e relevância social, fez com que garantias fundamentais do cidadão no âmbito do direito penal fossem desrespeitadas pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Ementa. Partido Popular Socialista e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 13 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Com o objetivo de tutelar os interesses de um grupo minorizado, a mais alta Corte do país atuou de forma ativista, ignorando que, em matéria penal, não há espaço para malabarismos jurídicos, ativismo judicial ou decisões fundamentadas na conveniência social e no clamor popular. Consoante afirma Eros Grau, “os juízes devem, em cada caso, fazer o que devem fazer – não o que os outros esperam que eles façam”¹⁷⁹.

O ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto, logo arguiu a necessidade de uma resposta do Estado à sociedade, mais especificamente aos integrantes da comunidade LGBT, que buscavam a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais através do Judiciário. Sucede que, tratando-se de direito penal, a atuação dos magistrados está vinculada a princípios que não podem ser afastados.

Consoante Luigi Ferrajoli, o princípio da reserva legal em matéria penal tem como consequência a submissão do juiz à lei, que impede que o magistrado qualifique como delito um fenômeno só por considerá-lo merecedor de sanção, pois só será desvio punível aquele que venha formalmente designado pela norma jurídica¹⁸⁰. Dessa maneira, para Ferrajoli, não se pode punir a não ser as ações taxativamente indicadas em lei, sendo excluída qualquer consideração ontológica e, portanto, extralegal do tipo penal.

A maioria dos ministros, ao votarem, reconheceram a imperatividade dos princípios da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem* em matéria penal, asseverando não ser dado ao Poder Judiciário criar um tipo ou aplicá-lo analogicamente, de forma gravosa, a qualquer situação. Não obstante, aduziram que o enquadramento da homofobia e da transfobia ao tipo penal já existente que veda o racismo não consistia em afronta ao princípio da legalidade ou em analogia, sendo tão somente uma interpretação conforme a Constituição do vocábulo racismo, em razão do que chamaram de racismo social, sob a ótica de uma interpretação ontológica da Constituição.

Para a análise da validade do argumento utilizado pelos ministros, cumpre inicialmente elencar as espécies de discriminação abarcadas na Lei 7.716/89, em

¹⁷⁹ GRAU, Eros. Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça. *Consultor Jurídico*, 14 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

seu art. 1º: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”¹⁸¹

O texto da lei é claro e taxativo ao elencar sobre quais espécies de discriminação incide o diploma legal e, ao enquadrar hipótese não prevista pelo legislador, criando novo tipo penal incriminador pela extensão do alcance da norma, o Supremo Tribunal Federal aplicou, sim, analogia *in malam partem*, violando um dos maiores axiomas do direito penal, o princípio da legalidade (ou da reserva legal), e o princípio da separação dos poderes¹⁸².

Nessa esteira, Gustavo Badaró constatou que apesar de toda a defesa da legalidade e da impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal criar tipos penais no voto do relator Celso de Mello, este “realizou um verdadeiro truque de ilusionista: não é possível criar um tipo penal, mas é possível utilizar um tipo penal já existente, para considerar crime algo que nele não está descrito”¹⁸³.

Luigi Ferrajoli assevera que a proibição da analogia, corolário do princípio da estrita legalidade, impede a extensão por obra da discricionariedade judicial no âmbito da punibilidade, por conta do critério geral do *favor rei*¹⁸⁴. Nesta mesma esteira, Eugenio Raúl Zaffaroni assenta que o princípio do *in dubio pro reo* impõe que a interpretação extensiva da punibilidade seja rejeitada no direito penal, se por

¹⁸¹ BRASIL. *Lei nº 7.716/89, de 05 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁸² A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão no sentido de que a Lei 7.716/89 não alcança a discriminação ou preconceito decorrente de orientação sexual. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). *Inquérito 3.590/DF*. TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Marco Antônio Feliciano. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>. Acesso em: 27 nov. 2019.)

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. *Jota*, 24 de maio de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOIZfe5hGph1ITje5PT4QLZw. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 308.

ela entende-se “a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo da resistência semântica da letra da lei, porque isso seria analogia”¹⁸⁵.

Dessa forma, ao estender o alcance de tipo penal já existente, cujo texto traz de forma literal as espécies de discriminação que constituem ilícito penal, não trazendo a previsão expressa dessa hipótese, os ministros incorreram em analogia *in malam partem*, em que pese tenham afirmado que estavam tão somente realizando uma interpretação conforme a Constituição.

No sentir de Gustavo Badaró, evidentemente que a lei penal pode ser interpretada, como qualquer enunciado normativo. Entretanto, não se pode aceitar que toda e qualquer norma seja interpretada com a máxima discricionariedade e liberdade interpretativa¹⁸⁶. Por se tratar de matéria penal, a suposta atividade hermenêutica não poderia ter sido utilizada para estender o alcance da norma penal de modo a criar novo tipo incriminador, porque o princípio da legalidade e seu corolário, a proibição da analogia gravosa, constituem garantias fundamentais e inafastáveis do cidadão, cuja violação é a negação do próprio Estado de Direito¹⁸⁷.

Noberto Bobbio afirma que a salvaguarda do princípio da legalidade estrita oferece ao cidadão a segurança jurídica, representando um valor fundamental na defesa do jurisdicionado frente aos poderes arbitrários do juiz, estes que encontram seu espaço na definição não taxativa dos delitos, na flexibilidade das penas e no poder dispositivo, e não cognitivo, do magistrado¹⁸⁸.

Seguindo na mesma linha, José Antonio Paganella Boschi¹⁸⁹ aponta que a lei é a única fonte do direito de punir, não podendo suas lacunas ser supridas, contra o réu, por quaisquer outras fontes, como a analogia, visto que o princípio da legalidade atua com função de garantia.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: Volume 1 – parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 160.

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. *Jota*, 24 de maio de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOIZfe5hGph1ITje5PT4QLZw. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁸⁷ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 159.

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

¹⁸⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 38.

Portanto, ao atuar como legislador positivo, e não como magistrado, exercendo poder dispositivo com a extensão de norma penal incriminadora para abarcar fato nela não previsto expressa e taxativamente como típico, o Supremo Tribunal Federal violou o princípio da legalidade, ao buscar preencher a lacuna existente na legislação penal, que não tipifica as condutas homofóbicas e transfóbicas, extrapolando os limites de sua atividade para, analogicamente, aplicar a Lei 7.716/89 a esses casos em que o legislador ficou-se omissivo.

Nesse sentido, preconiza Daniel Cardinali¹⁹⁰:

(...) a eventual arrogação pelo STF da possibilidade de extensão da tutela penal, seja por meio de técnica interpretativa que, ao fim e ao cabo, gere analogia *in malam partem*, seja por meio da atividade legislativa atípica, representa um grave risco de paroxismo da jurisdição constitucional. Não é preciso uma argumentação *ad terrorem* para perceber que a possibilidade de o Judiciário prever novas hipóteses de punição criminal gera constrangimentos incontornáveis ao Estado Democrático de Direito.

Em que pese os esforços da Corte para afastar qualquer cogitação de desrespeito ao princípio da legalidade ou da proibição da analogia *in malam partem*, afirmando que a decisão era oriunda tão somente de uma suposta atividade hermenêutica, no final houve afronta a princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. Sem olvidar a necessidade de proteção dos integrantes da comunidade LGBT em face da violência homotransfóbica, os parâmetros estabelecidos pelo direito e pela dogmática jurídica, aqui traduzidos na limitação constitucional da legalidade penal e no princípio da separação dos poderes, não podem ser desconsiderados ao se proferir uma decisão judicial¹⁹¹.

Portanto, trata-se de mais um caso de ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fenômeno observado de forma constante na atuação da Corte nos últimos anos, conforme já demonstrado anteriormente, utilizando-se aqui o conceito fixado em capítulo anterior segundo o qual “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”¹⁹².

De fato, diante da omissão legislativa a uma determinação constitucional, o Poder Judiciário pode ser provocado a intervir, através da ação direta de

¹⁹⁰ CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 167

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

inconstitucionalidade por omissão ou do mandado de injunção. Contudo, essas ações não autorizam que o magistrado substitua uma atividade típica do legislador, haja vista que a atividade legislativa desempenhada pelo Legislativo está lastreada na representatividade popular e no princípio da separação dos poderes¹⁹³. Assim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção que tenham por objeto matéria penal devem se restringir a reconhecer a mora legislativa e notificar o Congresso Nacional para que adote as providências devidas, como entendeu o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto divergente.

Esta é, inclusive, a própria solução oferecida pela Constituição Federal¹⁹⁴:

Art. 103.

[...]

§2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Para Eduardo Appio, em caso de reserva absoluta da lei, a regulação de uma dada matéria é destinada especificamente à atividade legislativa, não podendo ser exercida pelos membros dos demais poderes¹⁹⁵.

Nesse mesmo sentido, Jane Reis e Gabriel Gonçalves entendem que, nesses casos em que há reserva absoluta de lei, se está diante de uma omissão constitucional insuperável, cujo saneamento só é possível pela via tradicional, a legislativa¹⁹⁶. E, tratando especificamente da ADO nº 26, na qual se pleiteava a criminalização da homofobia e a transfobia pelo tribunal, afirmam:

Em que pese a consistência da tese de que a adoção da referida norma é uma imposição do texto constitucional, sobretudo à luz do art. 5º, XLI, da CRFB/8843, a omissão deve ser considerada como insuperável. A observância do princípio da legalidade em matéria penal constitui garantia mínima do Estado de Direito, tratando-se de salvaguarda essencial da liberdade constitucional¹⁹⁷.

¹⁹³ APPIO, Eduardo Fernando. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santana Catarina, Florianópolis, 2004, p. 350-351.

¹⁹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁹⁵ APPIO, op. cit., p. 233.

¹⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações o diagnóstico das violações à Constituição. In: *Revista Juris Poiesis*. Rio de Janeiro, ano 18, n. 18, jan-dez. 2015, p. 143.

¹⁹⁷ Ibidem.

Dessa forma, de modo a se respeitar o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade em matéria penal, além de seu corolário, a proibição da analogia gravosa, o STF deveria ter restringido sua atuação a reconhecer a mora constitucional, caso considerasse que existe um mandado de criminalização insculpido na norma constitucional, e apelado ao legislador para que procedesse a criação da legislação necessária.

Não é dado ao Supremo Tribunal Federal, lastreado em clamor popular, desrespeitar a dogmática jurídico-penal, exprimida por valores e princípios que constituem garantias invioláveis do cidadão e estão salvaguardados na Constituição como instrumento de contenção do poder punitivo e proteção de direitos e liberdades fundamentais. O cenário posto pelo Supremo implica na criação de precedente que afasta a necessidade de lei em sentido formal, certa e taxativa, para tipificação de condutas delituosas.

Ademais, em que pese a circunstância de violação aos direitos dos integrantes da comunidade LGBT, não é a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, com o desrespeito a dogmática jurídico-penal, que implicará na efetivação dos direitos fundamentais desse grupo minorizado. A criminalização de condutas é uma resposta simples, mas sua eficiência em solucionar as causas do problema deve ser questionada. Conforme a lição de Maria Lúcia Karam, “há muitos outros modos mais efetivos e não danosos de enfrentar situações negativas ou comportamentos indesejados, seja através de leis não penais, seja através de outras intervenções políticas e/ou sociais”¹⁹⁸.

A ótica de que a intervenção penal é a forma de assegurar os direitos fundamentais de grupos vulneráveis, na lição de Maria Lúcia Karam, é um verdadeiro paradoxo, dado que as normas que preveem garantias fundamentais no ordenamento jurídico existem também para conter o poder punitivo estatal¹⁹⁹. É preciso ter em conta, ainda, que o sistema penal reforça também a violência homofóbica²⁰⁰, razão pela qual é importante refletir se a expansão desse poder é a melhor forma de proteção aos integrantes da comunidade LGBT.

¹⁹⁸ KARAM, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. *Justificando*, 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma criminologia *queer*. *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul./dez., 2012, p. 161.

Não obstante, partindo-se do entendimento de que o direito penal existe para proteger bens jurídicos e garantir uma convivência pacífica, livre e igualitária na sociedade ²⁰¹, e considerando-se necessária a criminalização de condutas homotransfóbicas para alcançar essa finalidade, o exercício desse instrumento de controle social, em face de sua gravidade, só pode ocorrer com a observância dos limites impostos pelas garantias constitucionais, essenciais a um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

Por conseguinte, com a decisão proferida, o Supremo Tribunal Federal desrespeitou os limites impostos pela dogmática jurídico-penal ao criminalizar a homofobia e a transfobia, enquadrando-a na Lei 7.716/89, afrontando o princípio da separação dos poderes ao atuar de forma ativista, extrapolando sua competência prevista e delimitada constitucionalmente, e violando o princípio da legalidade e proibição da analogia *in malam partem*.

²⁰¹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32-33.

5 CONCLUSÃO

O período Pós-Segunda Guerra Mundial é marcado por constituições analíticas e programáticas, com a previsão de direitos e garantias fundamentais a serem efetivados pelos poderes públicos. O neoconstitucionalismo provocou também a expansão da jurisdição constitucional, ocasionando uma mudança na forma de atuação do Poder Judiciário, que passou a proferir decisões que incidiam sobre a esfera de atuação dos demais poderes, fenômeno esse denominado de ativismo judicial.

A expansão do Judiciário, com a extrapolação de sua competência prevista e delimitada constitucionalmente, pode ser observada mundialmente, sendo uma realidade também no Brasil. Recentemente, diversas decisões envolvendo aspectos políticos ou escolhas morais foram proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do caso da retroatividade da “Lei da Ficha Limpa”, do casamento entre casais homoafetivos, do aborto de feto anencefálico e estudos com células-tronco embrionárias. A mais recente foi a decisão que criminalizou a homofobia e a transfobia, esta que é o objeto de análise do presente trabalho, conforme discussão já apresentada. Por conta disso, a literatura utilizada nesta pesquisa afirma a existência de uma era do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal ou uma Supremocracia.

Relacionou-se nesta pesquisa a expansão do Judiciário aos anseios dos grupos e movimentos ativistas de direitos humanos em assegurar seus direitos através de decisões judiciais, diante da inércia dos poderes públicos tradicionais. Para além disso, pontuou-se que há uma tendência em buscar a observância dos direitos e garantias fundamentais através da intervenção penal, com a criminalização de condutas e expansão do poder punitivo, como se esta fosse a forma ideal de alcançar esse objetivo.

Entretanto, sendo o direito penal o instrumento de controle social mais interventivo e gravoso de que dispõe o Estado, partiu-se no presente trabalho do marco teórico garantista, pontuando-se que a dogmática jurídico-penal estabelece parâmetros e balizas para a atuação do intérprete e aplicador do direito que não podem ser afastados pela função de garantia do cidadão frente ao poder punitivo estatal que exercem. Esses parâmetros do direito penal são expressos através de

princípios, tendo se destacado a força normativa que os princípios adquiriram ao longo dos anos no ordenamento jurídico. Para a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4733, foi dado enfoque ao princípio da legalidade e à proibição da analogia *in malam partem*, por se entender que foram as garantias constitucionais mais atingidas com a decisão.

Nas mencionadas ações, foi alegada a existência de uma mora inconstitucional do Congresso Nacional por não efetivar a ordem constitucional de criminalizar condutas atentatórias e discriminatórias a direitos fundamentais, pleiteando que o Supremo reconhecesse a omissão legislativa e criminalizasse as condutas homofóbicas e transfóbicas, enquadrando-as na Lei 7.716/89, que dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional.

A maioria dos ministros reconheceu a omissão do Congresso Nacional, afirmando a existência de uma ordem constitucional de criminalização da homofobia e transfobia por consistirem em condutas atentatórias e discriminatórias a direitos fundamentais, na forma do art. 5º, XLI, da Constituição. Ao proferirem seus votos, ressaltaram que, tratando o julgamento de matéria penal, eram inafastáveis os princípios da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem*. Nada obstante, a maioria do Supremo Tribunal Federal entendeu que enquadrar a homofobia e a transfobia na Lei 7.716/89 não consistiria em analogia ou criação de tipo penal, tratando-se, em verdade, de interpretação conforme a Constituição do vocábulo “raça”.

Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa era analisar se, ao proferir esta decisão, o Supremo Tribunal Federal respeitou os princípios da dogmática jurídico-penal. Constatou-se que, diante de uma omissão legislativa, o Judiciário pode ser provocado a intervir para sanar a inconstitucionalidade por omissão. Entretanto, quando o objeto de julgamento for matéria sujeita a reserva legal absoluta, como é o caso em tela, por tratar-se de matéria penal, não é dado ao Poder Judiciário extrapolar os limites de sua competência constitucionalmente prevista e substituir a atividade do legislador.

Em que pese o Supremo tenha afirmado que não houve exercício de atividade legislativa, estando a realizar tão somente uma atividade interpretativa, ao fim e ao cabo incorreu em negação a garantias fundantes de um Estado Democrático de Direito. O princípio da legalidade estabelece que só será desvio punível aquela

conduta prevista de forma expressa e taxativa em lei em sentido formal, isto é, elaborada pelo Parlamento. Outrossim, a interpretação da norma para incluir condutas não previstas de forma expressa incorre em analogia gravosa, a qual é vedada por consequência do próprio princípio da reserva legal.

Ressalte-se que não se olvida a necessidade de efetivação e proteção dos direitos fundamentais de qualquer grupo vulnerável, em especial os integrantes da comunidade LGBT, que são alvos de violência, ódio e discriminação constante. Contudo, a intervenção penal não é a única forma de proteção de direitos fundamentais, podendo-se utilizar de outras formas de intervenção menos gravosas e até mais efetivas. Além disso, a Constituição também traz direitos fundamentais como força de contenção ao poder punitivo estatal, portanto, buscar a efetivação de direitos com a violação de outros direitos consiste em verdadeiro paradoxo.

Assim, ao criminalizar a homofobia e a transfobia, enquadrando na Lei 7.716/89 uma espécie de conduta discriminatória não prevista expressamente, o Supremo Tribunal Federal desrespeitou o princípio da separação dos poderes, atuando de forma ativista ao exercer atividade típica do legislador, e violou o princípio da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem*, negando garantias fundamentais do jurisdicionado frente ao poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Criminologia e feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Seqüência*, Florianópolis, 35, p. 42-49, 1997.

_____, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 24 out. 2019.

APPIO, Eduardo Fernando. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santana Catarina, Florianópolis, 2004.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28.

BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. *Jota*, 24 de maio de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOIZfe5hGph1ITje5PT4QLZw. Acesso em: 27 nov. 2019.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 5, p. 5-24, jan. 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

_____, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 240: p. 1-42, abr./jun. 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. *Lei nº 7.716/89, de 05 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

_____. Procuradoria-Geral da República. *Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. 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 em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do poder público – A situação de inércia do estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima – A questão da “ideologia de gênero” – Soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional: (a) cientificação ao congresso nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional e (b) enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme (que não se confunde com exegese fundada em analogia “in malam partem”), no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89 [...] – Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal, eis que referidos temas submetem-se à cláusula de reserva constitucional de lei em sentido formal (CF, art. 5º, inciso XXXIX) [...] – O poder judiciário, em sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis – A questão da intolerância, notadamente quando dirigida contra a comunidade LGBTI+: a inadmissibilidade do discurso de ódio (Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13, § 5º) – A noção de tolerância como a harmonia na diferença e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos [...] – Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional – A busca da felicidade como derivação constitucional implícita do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – Uma observação final: o significado da defesa da constituição pelo Supremo Tribunal Federal – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão conhecida, em parte, e,

nessa extensão, julgada procedente, com eficácia geral e efeito vinculante – Aprovação, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, das teses propostas pelo relator, Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator ministro Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 07 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82424/RS*. Habeas-Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. limites. Ordem denegada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 19 de março de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82424%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alopvft>. Acesso em: 26 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733/DF*. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ALGBT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 07 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733/DF*. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ALGBT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 26 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). *Inquérito 3.590/DF*. TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Marco Antônio Feliciano. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>. Acesso em: 27 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Alexandre de Moraes, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Voto do Min. Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26CMVotoscomunicac807a771odoSenadoFederal.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Luis Roberto Barroso, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Luiz Fux, 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto da Min. Rosa Weber, 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Edson Fachin, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin1.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Gilmar Mendes, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Ricardo Lewandowski, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/legislativo-tipificar-crime-defende.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Dias Toffoli, 13 de junho de 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_I_0GY&feature=youtu.be&t=2454. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF*. Voto do Min. Marco Aurélio, 13 de junho de 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_I_0GY&feature=youtu.be&t=2454. Acesso em: 28 nov. 2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma criminologia *queer*. *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul./dez. 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 26, n. 2, p. 149-169, 2016.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Ricardo Alexino. Etnomidialogia e a interface com o politicamente correto. *Revista Extraprensa*, v. 5, n. 2, p. 1-18, jun. 2012.

GARCIA, Paulo César; MIRANDA, Olinson Coutinho. A Teoria *Queer* como representação da cultura de uma minoria. In: III ENCONTRO BAIANO DE ESTUDOS EM CULTURA, *Anais do III EBECULT*, Cachoeira, 2012. Disponível em:

<http://www3.ufrb.edu.br/ebecult/wp-content/uploads/2012/04/A-teoria-queer-como-representa%C3%A7ao-da-cultura-de-uma-minoria.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

GRAU, Eros. Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça. *Consultor Jurídico*, 14 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>. Acesso em: 27 nov. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, número 1, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, p. 79-92, jan./jun. 1996.

_____, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. *Justificando*, 13 de março de 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. *Revista ANAMATRA*, Brasília, Ano VI, n. 21, p. 30-50, 1994.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações o diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*. Rio de Janeiro, ano 18, n. 18, p. 130-159, jan./dez. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2. ed., Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992.

STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux, p. 7711-7735, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, São Paulo, p. 441-463, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: Volume 1 – parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.