

O JULGAMENTO COM JUNTO DA ADO Nº 26 E DO MI 4733: Uma análise sobre sua coerência e integridade com o ordenamento jurídico brasileiro

*THE JOINT TRIAL OF ADO Nº 26 AND MI 4733:
An analysis of its coherence and integrity with the Brazilian legal system*

RENATO PATRÍCIO TEIXEIRA

Pós-doutor em Direito Processual pela Università degli Studi di Messina - Itália.
Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Advogado. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SAMUEL JUSTINO DE MORAES

Bacharelado em Direito. Membro-Diretor da Liga Acadêmica Jurídica de Minas Gerais. Pesquisador do PICV - PUC Minas. Monitor Acadêmico.

ARISVALDO SOUZA COELHO

Bacharelado em Direito - PUC Minas.

MARCUS VINICIUS MORAIS SILVA

Bacharelado em Direito - PUC Minas.

WESLEY GUIMARÃES DE ALMEIDA

Bacharelado em Direito - PUC Minas.

WEVERTON DUARTE LAGE

Bacharelado em Direito - PUC Minas.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar o julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4833, que estendeu a tipificação prevista na Lei 7.716/89 para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia religião ou procedência nacional, à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, como consequência do reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria. A problemática se relaciona com a possível existência de uma incoerência decisória com as proposições jurídicas extraídas da dogmática jurídico-penal. A metodologia adotada consistiu na reconstrução da racionalidade da decisão judicial, com posterior verificação de sua compatibilidade com a dogmática jurídico-penal. Como resultado, tendo como enfoque a decisão judicial, após análise da argumentação jurídica desenvolvida, foi possível verificar que aquela não se sustenta quando confrontada racionalmente, dado que a revisão judicial do tema para proteção contra majoritária de direitos individuais tanto não é justificável porque a lei, em alguma medida, já tutelara os interesses da minoria, quanto porque esbarra no princípio da estrita legalidade para criminalização de comportamentos, do que se inclui, em sentido amplo, a vedação de analogia in malam partem e de interpretação extensiva.

Palavras-chave: constitucionalidade; omissão legislativa; interpretação; direito penal.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the joint judgment of ADO 26 and MI 4833, which extended the classification provided for in Law 7.716 / 89 to crimes resulting from discrimination of race, color, ethnicity, religion or national origin, discrimination by sexual orientation or gender identity, as a consequence of the recognition of unconstitutional omission by the National Congress in legislating on the matter. The problem is related to the possible existence of a decision inconsistency with the legal propositions extracted from legal-penal dogmatics. The adopted methodology consists of the reconstruction of the rationality of the judicial decision, with subsequent verification of its compatibility with the legal-penal dogmatics. As a result, focusing on the judicial decision, after analyzing the legal argument developed, it was possible to verify that it does not hold up when rationally confronted, given that a judicial review of the subject for counter-majoritarian protection of individual rights is not so much justified because the law, to some extent, has already protected the interests of the minority, and because it comes up against the principle of strict legality to criminalize conducts, which includes, in a broad sense, the prohibition of analogy *in malam partem* and extensive interpretation.

Keywords: constitutionality; legislative omission; interpretation; criminal law.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção nº 4733 (MI 4733), reconheceu o estado de omissão inconstitucional do Congresso Nacional e firmou entendimento para que seja aplicada, com efeitos prospectivos, até que sobrevenha legislação específica, a Lei 7.716/89 (Lei do Racismo), a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero¹.

O fundamento fora o de que as condutas homofóbicas e transfóbicas, que envolvam aversão odiosa à identidade de gênero ou orientação sexual, traduzem expressões de *racismo*, compreendido em sua *dimensão cultural e sociológica*, o que abrange situações de injusta agressão resultantes de discriminação e preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero², ajustando-se aos preceitos primários de incriminação na Lei 7.716/78.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 13 jun. 2019. BRASIL.

² Ibidem, p. 115.

Contudo, divergindo da maioria formada, os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski votaram em sentido contrário, julgando improcedentes os pedidos, no que se refere à extensão das condutas para abarcá-las nos tipos penais da Lei do Racismo, por entenderem que a via judicial não seria o meio adequado para a satisfação da pretensão política em comento.

Para o Min. Ricardo Lewandowski, a questão “diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta”, dado o princípio da reserva legal, o que também vedaria a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, admitindo-se, portanto, somente a lei interna para tanto³. Sob os mesmos fundamentos, o Min. Dias Toffoli também votou seguindo o mesmo entendimento.

Já para o Min. Marco Aurélio, a estrita legalidade, no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição em matéria penal, não viabiliza ao tribunal esvaziar o texto literal para elaborar novos tipos penais, não sendo dever do STF fazer interpretação para ampliar a aplicação de uma lei⁴. Para o ministro, não há crime sem lei anterior que o defina – refletindo a integralidade do princípio da legalidade –, e quando a Constituição se refere à lei, é a lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional.

Assim, com tais divergências, pode-se questionar a compatibilidade e a coerência da decisão judicial com o ordenamento jurídico pátrio e sua tradição jurídica, vez que poderia, à priori, entrar em choque com alguns princípios da dogmática penal, dos quais, cite-se, os princípios da legalidade e da vedação de analogia *in malam partem*, bem como da impossibilidade de interpretação extensiva em matéria penal.

Ademais, é também de se cogitar de uma eventual ofensa à teoria da separação de poderes, dada a hipotética conclusão, com a análise da decisão, de que o STF agiu para além de sua competência institucional, incorporando argumentos políticos e se afastando de uma racionalidade própria do direito positivado para legislar em matéria penal.

Assim, por se estar diante de uma possível incoerência decisória dentro de um contexto de matriz teórica, sobretudo quanto ao que se efetivamente compreende por direito e pelo que se espera do intérprete em sua atividade-fim, o presente estudo se projeta de modo a analisar o

³ Ibidem, p. 511.

⁴ Ibidem, p. 553.

juízo conjunto da ADO 26 e MI 4733, verificando sua coerência e integridade com o direito institucionalizado.

A metodologia adotada consistiu na reconstrução da racionalidade formada no julgamento, com posterior verificação de sua compatibilidade com a dogmática jurídico-penal, o que converge, por assim ser, com os objetivos gerais do presente estudo, relacionados a apresentação dos diversos ângulos para posterior análise crítica da decisão.

Os objetivos específicos, por sua vez, se relacionaram com a necessidade de se produzir uma explicação de sentido das decisões a partir da interpretação sobre o processo decisório, a forma da decisão e os argumentos produzidos, para o fim de concluir pela existência ou inexistência de coerência decisória com as proposições jurídicas extraídas da dogmática jurídico-penal.

Reconstruída metodologicamente a decisão judicial, constatou-se que a racionalidade formada não se concilia com o papel institucionalmente atribuído ao Poder Judiciário, ainda que atuando como garantidor de direitos minoritários em sede de controle de constitucionalidade, não se compatibilizando, ainda, com os bases centrais do direito penal brasileiro, enunciadoras de definições delitivas puramente normativas para consagrar modelos exclusivamente formais e taxativos de crimes, cuja possibilidade de alteração de seus contornos para tipificação de novas condutas não se encontra à disposição do intérprete, sob pena de esvaziamento do princípio da estrita legalidade.

2. DESENVOLVIMENTO

O problema da interpretação no Direito no direito é, historicamente, controverso, suscitando a atividade jurisdicional discussões entre os teóricos que sobre ela se debruçam. Após o movimento de codificação, explica Diniz⁵, com o advento da Escola da Exegese⁶ no

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. Norma jurídica e aplicação do direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

⁶ Sobre a Escola da Exegese, cf. DINIZ, *Compêndio*, p. 121. Para a autora, tratou-se de uma subcorrente do positivismo jurídico que, em linhas gerais, tinha, como característica, a interpretação minuciosa do texto da lei escrita, totalidade do direito positivo, entendendo que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal para revelar seu sentido, sendo, assim, uma função mecânica da lógica dedutiva.

século XIX, a título de exemplo, passou-se a compreender que a função do intérprete do direito era a de ater-se rigorosamente ao texto legal para revelar seu sentido.

Todavia, com o entendimento de que o exegetismo, sob o prisma da hermenêutica, se tornara obsoleto, ante a impossibilidade de se prever, com o texto legal, todas as circunstâncias fáticas passíveis de ocorrência na realidade prática, o positivismo jurídico passou a aceitar respostas discricionárias dos juízes quando ausente qualquer parâmetro normativo por omissão legislativa, transferindo para os intérpretes um poder criativo, segundo a teoria de Herbert L. A. Hart⁷

Embora em um momento anterior, não se pode deixar de mencionar, também, a teoria positivista desenvolvida por Hans Kelsen⁸, que, na discussão sobre a interpretação, a concebia como um ato de vontade do magistrado, sendo ele o responsável por atribuir sentido a uma moldura vazia, o que, de toda forma, também conflui para uma concepção que privilegia o protagonismo judicial.

Todavia, como resposta à teoria desenvolvida por Herbert L. A. Hart, Ronald Dworkin⁹ dispôs que o direito não é incompleto, não sendo necessário aceitar respostas discricionárias, visto que há também os princípios jurídicos, que fornecem as respostas certas aos casos difíceis¹⁰.

Por essa razão, Dworkin entende que o exercício da atividade judicial remontaria à ideia da interpretação construtiva, dispondo que uma proposição jurídica é verdadeira “apenas se puder ser deduzida, conjuntamente com outras premissas, dos princípios, que ao mesmo tempo se adequam à história institucional do sistema jurídico e oferecem a melhor justificativa moral para ela”¹¹.

Desse modo, por ser um todo de algo que continua, o direito deve ser interpretado. Entretanto, essa interpretação esbarra em limites, todos eles ligados à interpretação do direito com base na integridade – um conjunto harmônico de regras e princípios.

⁷ HART, H. L. A. O conceito de direito. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰ Conceito – *hard cases* originalmente – criado para caracterizar os casos sob análise do Poder Judiciário cujo direito não se demonstre como objetivamente determinável.

¹¹ Cf. HART, *O conceito*, p. 327.

A partir daí, considerando o direito com base na integridade, é necessário reconstruir a dogmática penal que medeia a programação (ser) e a operacionalização (dever ser), isto é, que racionaliza a decisão judicial, vinculando-a à lei e ao fato-crime.

Para Andrade¹², a dogmática penal recepcionada pela comunidade jurídica no Brasil no século XX teve, como marcos de sua construção, o Iluminismo Liberal e o Classicismo. O primeiro, enquanto movimento cultural dos séculos XVII e XVIII, é matriz mediata da dogmática penal, na medida em que tem por objeto a relação de poder entre o Estado e o indivíduo, decorrente das ideias de liberdade individual surgidas após o homem ser posto no centro das questões filosóficas. Por isso, fundamenta-se na ideia de viabilizar a punição com a devida limitação ao direito de punir, de modo a garantir os direitos individuais do acusado. Já o Classicismo, corrente de pensamento surgida no século XVIII, partia de uma máxima dedutiva, com o fito de ampliar a eficácia do Direito Penal. Para tanto, em linhas gerais, tinha como premissas maiores a ideia de previsão abstrata das penas e o ideal de proporcionalidade de sua aplicação ao delito.

Nesse momento, então, surgiam as raízes daquilo que viria a ser o grande marco do Direito Penal moderno: o princípio da legalidade. Com ele, advém o princípio da anterioridade, com o desdobramento da vedação da analogia in malam partem. Porém, no fundo, todos se fundamentam no mesmo ideal: a relação de poder entre o Estado e o indivíduo que impõe a necessidade de se racionalizar a punição para aquele que dirige sua conduta de forma contrária a uma norma estatal.

Por essa razão, muito por influência dessas matrizes, a redação do artigo 1º do Código Penal de 1940 condensou os princípios supracitados, ao dispor que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Para Bittencourt¹³, tal preceito impõe a não admissão de desvios ou exceções, representando, acima de tudo, uma conquista de consciência jurídica que obedece às exigências de justiça, sendo *função exclusiva da lei* criminalizar condutas e estabelecer as conseqüentes sanções penais, como dispõe o art. 5º, inc. XXXIX, CR/88.

Todavia, há outras preposições de direito, genéricas, para além desta concretamente averiguável no texto legal, que fazem com que o caso não possa ser solucionado por meio de

¹² ANDRADE, Vera Regina Pereira. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. Revista Sequência, nº57, p. 237-260, dez. 2008.

¹³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

um exercício subsuntivo, até porque a Constituição da República de 1988 estabelece mecanismos de provocação à atividade jurisdicional quando inobservados os preceitos constitucionais que estabelecem a obrigatoriedade de edição de determinados comandos normativos para a concretização de valores consagrados em seu texto.

Na verdade, há um grau de indeterminação da Ciência Jurídica, não sendo raros os momentos em que diferentes soluções jurídicas podem ser obtidas de modo legítimo por meio da hermenêutica. Nessa linha, Oliveira¹⁴ sintetiza o supracitado fenômeno por meio de uma metáfora, se valendo do Mito de Sísifo: os juristas tentam rolar a pedra do Direito para o topo do monte em busca da obtenção de uma determinação unívoca do Direito, mas, sempre, ao chegar perto do cume da montanha, a pedra implacavelmente retorna ao seu início de “indeterminação”.

Contudo, partindo da teoria de direito de Dworkin, não se pode negar que há interpretações que melhor se compatibilizam à tradição histórica de determinados sistemas jurídicos, como a dogmática penal, para o caso em tela, sem que se desconsidere, para chegar à resposta correta, as outras proposições que pairam sobre a questão principal. Com efeito, se a atividade do intérprete não pode estar em descompasso com um Direito que é um todo unitário, uma decisão não pode ser tomada sem que seja observado o conjunto de regras e princípios reconhecidos da moralidade política pelo legislador¹⁵.

À vista disso, uma dessas proposições é a incriminação determinada pelo artigo 5º, XLI, da Constituição Federal, que enuncia que a lei deverá punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Outra, é a disposição do art. 3º, IV, do mesmo texto normativo, que estabelece ser objeto fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda, é possível argumentar que aqueles que integram grupos que sofrem ofensas em razão de escolhas sexuais ou gênero tenham um direito à proteção, por meio da criminalização de condutas ofensivas que lhes sejam dirigidas, vez que mais vulneráveis e suscetíveis à violência de qualquer tipo em função de determinada orientação sexual. Assim, a

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos E. Elias. Coronavírus, responsabilidade civil e honorários sucumbenciais. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-10/direito-civil-actual-coronavirus-responsabilidade-civil-honorarios-sucumbenciais>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

criminalização da homofobia estaria justificada por deter o homossexual o direito de não sofrer um tratamento diferenciado em função de suas escolhas sexuais, sendo este um direito moral que lhe pertence.

Por outro lado, embora seja uma pretensão política válida, dado que a prática da homotransfobia é reprimida moral e juridicamente (ainda que não criminalizada diretamente), é a coerência da decisão do ponto de vista jurídico o objeto de discussão do presente, levando em conta o papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito e observadas as práticas institucionais existentes.

Por isso, a primeira proposição a se confrontar com a decisão é o princípio da reserva legal, como citaram os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, que, consagrado por Ferrajoli¹⁶, traz a máxima “*nulla poena et nullum crimen sine lege*”.

Além dessa proposição, pode-se argumentar que, ao se enquadrar as condutas homofóbicas em um tipo penal criado para a criminalização do racismo, tendo em conta as prescrições normativas levadas a cabo para criminalizar outras condutas, restaria configurada uma espécie de analogia, isto é, a “[...] utilização de aplicação analógica *in pejus* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções”¹⁷.

Nesse sentido, como aduz Prado¹⁸, a analogia, consignada de modo expresso no art. 4º, LICC, é importante instrumento para colmatar as lacunas, sendo procedimento supletivo, de integração do ordenamento jurídico. Contudo, pela lógica distinta em que se opera a dogmática penal, as normas penais que definem o injusto culpável e estabelecem as consequentes sanções penais, seguindo o pensamento do mesmo autor, não são passíveis de aplicação analógica, vez que possuem tipos penais taxativos e fechados a interpretações extensivas.

Por fim, a última proposição a pairar em torno da questão principal é a teoria da separação dos poderes. Esta, ao delimitar as competências de cada Poder, apresenta-se como importante instrumento para contenção do arbítrio e do autoritarismo das instituições sociais. Tomando-a como premissa, poder-se-ia concluir que, embora esteja a Constituição aberta à inclusão de novos sujeitos constitucionais, a profundidade e a complexidade da questão,

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 13 jun, p. 262.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

justamente pela sua especificidade ao envolver a matéria penal, devem ser analisadas pelas instâncias políticas, sob pena de se gerar uma instabilidade institucional, invertendo a sistemática de produção de direito em matéria criminal, sendo substituído o Poder Legislativo, instância política legítima para discutir sobre a conveniência e a necessidade na adoção de determinadas políticas criminais, pelo Poder Judiciário.

Por essa razão, retomando o marco teórico escolhido para orientar a interpretação prática do julgamento da ADO nº 26 e MI 4.733, faz-se necessário reconstruir os argumentos utilizados pelos Ministros, para o fim de que sejam identificadas as questões problemáticas de ordem dogmática e institucional pertinentes.

2.1. O JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4.733

A Lei nº 7.716/89 enuncia a punição e os crimes que resultem de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Contudo, foi interposto pedido junto ao STF, por meio da ADO nº 26 e do MI 4.733, para que a homofobia e a transfobia também fossem qualificadas como hipóteses de racismo para fins penais. O fundamento perpassou pela existência de um suposto estado de omissão constitucional do Congresso Nacional em cumprir a incriminação determinada pelo artigo 5º, XLI, que prescreve que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; cumulada com a disposição do art. 3º, IV, que estabelece ser objeto fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁹.

No julgamento, o STF formou maioria para fixar a seguinte tese:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo,

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”)²⁰.

Assim sendo, pode-se concluir que a tese aprovada pode ser formulada por meios de três pontos gerais: (a) até que Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constituem circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe; (b) a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio; (c) o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Para driblar a impossibilidade jurídico-constitucional de colmatação por criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário – o que, para o Min. Celso de Melo, é impossível, posto que configuraria transgressão ao postulado constitucional da separação dos poderes, bem como manifesta ofensa ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal²¹ –, o Min. Alexandre Moraes argumentou que caberia o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição, de modo a compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional para afastar a atipicidade das discriminações contidas em condutas homofóbicas e transfóbicas²².

Segundo o Ministro supracitado, a interpretação conforme a Constituição é possível quando necessário adequar o significado da lei, em situações em que haja pluralidades de significados, aos exatos comandos constitucionais. Por este motivo, os dispositivos da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância tanto com os *princípios* da dignidade da pessoa humana e da igualdade, quanto com os *objetivos fundamentais* de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação, o que vedaria qualquer tipo de diferenciação valorativa entre a discriminação ou preconceito de *raça* e a discriminação ou preconceito em virtude de *orientação sexual* ou *identidade de gênero*, sendo de rigor a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais²³.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 13 jun. 2019, p. 5.

²¹ Ibidem, p. 61.

²² Ibidem, p. 233.

²³ Ibidem, p. 263-265.

Para o Min. Celso de Melo, quando a Constituição define que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais, a inércia congressual torna inadimplente a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos. Para tanto, é necessário considerar que o conceito de racismo não é um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, mas compreendê-lo sob a sua dimensão social, o que abrangeria as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero, ante a exposição de toda a comunidade LGBT frente ao ódio e repúdio de determinados grupos políticos e sociais em razão da ausência de proteção estatal adequada²⁴.

Na mesma linha, o Min. Luís Roberto Barro destacou que se estava diante de uma decisão claramente interpretativa, salientando que, ainda que a criação de leis faça parte do Poder Legislativo, a interpretação constitucional é papel do STF, sobretudo quando existentes dois fatores importantes em jogo, quais sejam: uma omissão constitucional; e direitos e liberdades fundamentais²⁵.

Nesse sentido, segundo o Min. Luiz Fux, se o STF deve ser o guardião da Constituição Federal; e se esta dispõe que a sociedade deve ser justa e livre de preconceitos²⁶; a interpretação conforme a Constituição levaria à conclusão de que seria sim, possível, estender o crime de racismo a eventuais ofensas proferidas a indivíduos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, ante a inviabilidade de diferenciação valorativa entre os preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e os preconceitos derivados de orientação sexual ou identidade de gênero, pois vedadas quaisquer formas de discriminação.

Sobre a legitimidade da intervenção do STF, o Min. Gilmar Mendes dispôs que a matéria *sub judice* é da mais alta relevância para o sistema de proteção de direitos fundamentais, tratando-se, portanto, de questão constitucional que visa a tutelar garantias individuais da mais absoluta centralidade para a ordem democrática. Por isso, a inexistência de criminalização da homofobia e da transfobia colaboraria para reduções de direitos fundamentais, gerando um quadro ainda maior de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, já que qualquer indivíduo tem o direito e o dever de conduzir sua vida segundo suas escolhas, constituindo a orientação sexual e a identidade de gênero elementos essenciais da personalidade

²⁴ Ibidem, p. 115.

²⁵ Ibidem, p. 285.

²⁶ Ibidem, p. 408.

humana²⁷. Isso, em última instância, acarretaria um desencaminho constitucional, legitimando assim a intervenção do Poder Judiciário para concluir pela existência de omissão legislativa inconstitucional, reconhecendo a mora do Congresso Nacional e enquadrando a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na Lei 7.716/89.

Além disso, para o Min. Luís Roberto Barroso, as supremas cortes representam também um papel representativo, qual seja o de atender demandas da sociedade que não tenham sido atendidos tempestivamente pelo processo político majoritário, o que contrasta o seu papel contramajoritário de garantidor dos direitos das minorias²⁸. Nesse sentido, se há, no Código Penal, tipos penais que punem outras discriminações, como a religiosa, racial ou a deficientes, abster-se de punir apenas as discriminações que se relacionam à orientação sexual seria hierarquizar o sofrimento.

Nessa linha, a Min. Rosa Weber traz à baila o *princípio da igualdade*, passando-se a compreender a discriminação como sendo qualquer tratamento diferenciado dado a um grupo de pessoas, em situação relevantemente similar, sem um objeto justificativo. Por isso, para ela, em um contexto de Estado Democrático de Direito, não é aceitável qualquer tratamento discriminatório a qualquer indivíduo por razões de escolha sexual²⁹.

Para o Min. Edson Fachin, a ofensa à igualdade mostra-se patente, uma vez que condutas outras, igualmente reprováveis, recebem tratamento jurídico distinto, como, por exemplo, aquelas que atentam contra direitos da população idosa ou negra³⁰. Para o Relator do MI 4733, como a sexualidade é elemento da dignidade da pessoa humana, sendo esta fonte e fundamento do princípio da igualdade, desconsiderar a criminalização da homofobia e transfobia seria qualificar uma violência como mais tolerável que outra.

Quanto à escolha do Direito Penal como instrumento de proteção dos bens jurídicos, o Min. Edson Fachin justificou sua intervenção com base no princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, pugnando pela existência da imposição de criminalização de atos discriminatórios decorrentes de orientação sexual ou identidade de gênero pelo art. 5º, XLI, da CF, posto constituírem práticas atentatórias ao direito à igual dignidade³¹.

²⁷ Ibidem, p. 518.

²⁸ Ibidem, p. 287.

²⁹ Ibidem, p. 368.

³⁰ Ibidem, p. 210.

³¹ Ibidem, p. 205.

No entanto, como abordando anteriormente, não houve unanimidade interpretativa. Com efeito, divergindo da maioria formada, os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski votaram em sentido contrário, julgando improcedentes os pedidos, no que se refere à extensão das condutas para abarcá-las nos tipos penais da Lei do Racismo, por entenderem que a via judicial não seria o meio adequado para a satisfação da pretensão política, posto ser a questão de matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta, não sendo dever do STF fazer interpretação para ampliar a aplicação de uma lei, sob pena de se gerar insegurança jurídica àqueles que a elas se submetem.

Assim sendo, após reconstruída a argumentação que conduziu ao entendimento de que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia, enquadrando, até o advento de lei específica, tais atos nos tipos penais definidos na Lei do Racismo, passar-se-á a verificar a compatibilidade da decisão em um contexto de matriz teórica mais ampla, considerando o dissenso de entendimento entre os Ministros.

2.2. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DA DECISÃO COM A DOGMÁTICA PENAL

Feita a abordagem geral da tese firmada, com sua conseqüente reconstrução argumentativa, passa a ser a sua compatibilidade com a racionalidade própria do direito, sobretudo no que tange à dogmática penal, o objeto do presente estudo.

Antes, contudo, por se tratar de interpretação constitucional, faz-se necessária a contextualização devida do papel do intérprete, sobretudo observando que há força normativa no texto constitucional, uma vez que reflete preceitos, mas também considerando que, quando a Constituição se vale de uma linguagem abstrata para institucionalizar a moralidade política, passa a exigir decisões valorativas, dado que conceitos abertos necessariamente exigirão valoração.

Nesse sentido, a atividade dos Ministros fora, essencialmente, a de valoração dos conceitos constitucionais abertos na interpretação conforme conferida. No caso em tela, a questão maior não é, porém, de mérito, mas de forma. O princípio maior que norteia a interpretação constitucional em matéria penal, *in casu*, é o da legalidade. Se observado, de plano, fecham-se as portas para o uso de quaisquer outros instrumentos de que possa se valer o órgão jurisdicional para o implemento de determinada política criminal. Porém, considerando

que o julgado foi proferido nos termos acima relatados, faz-se necessário verificar sua compatibilidade com a racionalidade jurídica existente, sobretudo no que tange ao papel de garantidor dos direitos minoritários exercido pela Suprema Corte.

Pois bem, tomando a teoria da integridade de Dworkin como marco teórico, tem-se que o Poder Judiciário só poderia atender ao fim proposto na ação direta e no mandado de injunção se a omissão legislativa representasse um perigo aos direitos morais dos indivíduos integrantes da comunidade LGBT, momento em que passaria a ser a estrutura adequada para assegurar o direito como *trunfo*³².

Para compreender esse agir garantidor dos direitos minoritários, faz-se necessário compreender basicamente uma outra formulação teórica de Dworkin, dessa vez relacionada ao papel ocupado pela *revisão judicial*, sobretudo por sua relação com a função contramajoritária da Suprema Corte aduzida pelo Min. Luís Roberto Barroso.

Segundo Dworkin, para garantir que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito, é necessário admitir que há direitos morais para além daqueles convencionados de forma pretérita por órgãos chamados à função de legislar, posto que os direitos que tratam do status de dignidade dos indivíduos não podem se esgotar apenas dentre aqueles que se encontram positivados.

Esses direitos, explica Mendes³³, funcionariam como “trunfos” contra o pensamento utilitarista (que, na lógica de máximo de bem-estar para o maior número possível de pessoas, poderia excluir os direitos inerentes aos indivíduos que naquela não se acomodassem), na medida em que seriam considerados inatingíveis, inatacáveis, inegociáveis, impermutáveis e imprescritíveis, assegurando ao indivíduo um status mínimo de dignidade. Na verdade, a construção por Dworkin desenvolvida se lança para impedir que a lógica que privilegiasse os interesses da maioria ofenda os direitos que se relacionam com o status de dignidade dos indivíduos que integram os grupos minoritários, desconsiderados nessa máxima utilitária. Para

³² Contrariando a lógica utilitarista, Dworkin concebe os direitos como *trunfos*, isto é, como garantias contra o pensamento majoritário, já que pode ocorrer que, na lógica de máximo de bem-estar para o maior número possível de pessoas, os direitos morais de determinados indivíduos não sejam incluídos. Nesse momento, o direito como *trunfo* é a garantia que possui o indivíduo para garantir o *status* de dignidade, isto é, para garantir que seja respeitado o ideal de igual consideração e respeito devido pelo Estado. Para assegurá-lo, Dworkin aceita uma decisão fora do procedimento majoritário, como a revisão judicial, desde que apresente a resposta correta. Cf. DWORKIN, *Levando*, p.153.

³³ MENDES, Conrado Hübner. Controle de constitucionalidade e democracia. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

tanto, seria necessário garantir àqueles um campo mínimo de garantias, que funcionariam como escudos contra decisões coletivas, de modo a lhes assegurar um grau mínimo existencial.

Todavia, para operacionalizar esses direitos como *trunfos*, Dworkin teoriza que é necessária uma estrutura instituída para tanto, já que a concepção constitucional da democracia exige, como abordou Mendes, que a consideração sobre o igual *status* dos cidadãos esteja fora dos procedimentos majoritários, sem prejuízo de se afirmar que as decisões políticas cotidianas devam, necessariamente, derivar da votação majoritária. Esse procedimento não majoritário, para ele, poderia ser o processo judicial, desde que legitimado na disciplina no argumento – que somente pode ser de princípio, não de qualquer outro tipo, posto que somente este enuncia direitos morais individuais –, observando sempre o ideal do direito como integridade.

Partindo desse marco teórico, a *revisão judicial* como instrumento para a garantia de direitos morais seria admitida, podendo, inclusive, afastar uma convenção pretérita consagrada no procedimento majoritário. Contudo, o uso dessa função contramajoritária, em virtude do seu confronto com o procedimento majoritário, bem como por traduzir-se em atuação criativa do judiciário para suprir lacunas, tem seus contornos bem delineados, só sendo legítimo quando necessário para garantir os direitos excluídos das decisões coletivas, sem, contudo, garantir ao intérprete o uso descontextualizado do papel da Suprema Corte para consagrar pretensões políticas, por mais nobres que possam vir a parecer³⁴ – sobretudo aquelas relacionadas às políticas criminais.

Ainda assim, mesmo dentro desse contexto de matriz teórica onde se atribui ao Poder Judiciário um protagonismo na salvaguarda dos direitos morais individuais, a função jurisdicional não se traduz em mera extensão da instância política, pois de modo algum modo pode consagrar metas populares, baseadas no cálculo utilitarista de felicidade. Estas, pelo gozo de legitimidade popular que lhe é inerente, só podem ser reconhecidas pelo Poder Legislativo, detentor do monopólio dos argumentos de políticas³⁵.

³⁴ De fato, na linha do que salientou o Min. Alexandre de Moraes, “a prática homofóbica e transfóbica representa inaceitável, gravíssima e odiosa *discriminação atentatória dos direitos fundamentais*”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 13 jun. 2019, p. 238.

³⁵ Vinicius Poli argumenta que Dworkin entendia que existiam duas classes diferentes de decisões políticas: i) as sensíveis, onde prevalece o aspecto quantitativo, porque diz respeito à distribuição de encargos e benefícios, sendo correto afirmar que a maioria deve decidir; ii) e as insensíveis, onde o aspecto quantitativo é irrelevante, não importando qual o procedimento a ser adotado, mas, ao contrário, o conteúdo da decisão, o que legitimaria um procedimento que garanta a acuidade da mesma, ainda que não majoritário, como a revisão judicial. IN: POLI,

Além disso, em alguma medida, a legislação criminal não cuida de lançar o seu caráter simbólico-comunicativo a todas as hipóteses necessárias, seja pela dinamicidade da vida em sociedade, seja pelas dificuldades próprias do Poder Legislativo em tornar jurídica toda pretensão política que se apresente como suficiente para tanto, dada a problemática estrutura funcional que dificulta a edição de atos normativos mais sensíveis. Isso, entretanto, não autorizaria o intérprete a criminalizar novas condutas em todos os casos em que se ver diante de pedidos como tais, formulados por grupos que entendam necessária a consagração de pretensão nesse sentido, almejando o uso do efeito dissuasivo do Direito Penal, garantia, aos seus olhos, de eficácia e prevenção.

Na verdade, a admissão da revisão judicial apenas se justificaria nos casos em que estritamente necessária para a proteção de um direito moral individual, completamente excluído de alguma decisão política. Quando houver, minimamente, um aparato normativo que garanta o exercício do direito essencial em comento ao indivíduo, a revisão judicial dificilmente será justificada, perdendo, por assim ser, sua razão de existir. Quando, somado a isso, a revisão judicial for reclamada para criminalizar condutas em abstrato (e não para garantir um direito moral essencial individual), sua atuação termina por carecer de sentido, sobretudo quando analisada em conjunto com as demais premissas orientadoras do papel do intérprete e da construção de um sistema de normas que privilegia o exercício racional do direito de punir por parte do Estado. Por isso, qualquer discussão que altere a tutela jurídica conferida a um bem jurídico valorado socialmente deve ser realizada na estrutura adequada para tanto, qual seja, o Poder Legislativo.

Por assim ser, a função contramajoritária mencionada pelos Ministros, no caso, diria respeito à proteção de direitos morais individuais, que, sim, seriam trunfos contra o pensamento majoritário, o que não autorizaria, contudo, que o Poder Judiciário fizesse às vezes de legislador, dado que, nesses casos, os direitos morais individuais (daqueles que integram a comunidade LGBT) já estão, em alguma medida, protegidos pelas normas incriminadoras já existentes.

Isso sendo considerado, não se visualiza necessidade na relativização do papel de aplicador de normas conferido ao Poder Judiciário, apenas justificável em casos excepcionais

(garantia de um tratamento digno mínimo aos indivíduos), sobretudo quando a quebra da normalidade for requerida para criminalizar condutas em sentido amplo.

Todavia, ainda que não houvesse um grau mínimo de proteção a ponto de dispensar a gravosa criação judicial do direito, a dogmática penal pautada no princípio da legalidade, como dito, vedaria qualquer possibilidade de criminalização de condutas por meio da instância judiciária, uma vez que a necessidade de que as infrações penais sejam estabelecidas por meio de lei em sentido formal impõe, como aduz Bittencourt, a não admissão de desvios ou exceções, sendo função exclusiva da lei criminalizar condutas e estabelecer as consequentes sanções penais.

Como exposto inicialmente, a dogmática penal tem, como marco de sua construção, o Classicismo. Como salto do Direito Penal do terror para o Direito Penal Liberal, é a Escola Clássica o movimento que estabelece as bases para a institucionalização daquilo que Juarez Cirino dos Santos³⁶ chamou de o mais importante instrumento de proteção individual no Estado Democrático de Direito, compreendido como princípio da legalidade (ou reserva legal) – o que leva também à proibição da retroatividade da incriminação, da indeterminação dos tipos penais e do uso do costume e da analogia como métodos de incriminação.

Contudo, percebe-se, nos votos proferidos, que para driblar a impossibilidade de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário, ante a reserva absoluta de lei formal em matéria penal, o Min. Alexandre Moraes sinalizou para o uso da técnica da interpretação conforme a constituição, em privilégio ao princípio da separação dos poderes, como arguido pelo Min. Celso de Melo.

Como resultado, foi firmado entendimento de que a interpretação que melhor se adequa à Constituição é aquela que privilegia os princípios da dignidade humana, os fundamentos e os objetivos fundamentais da república, o que inviabilizaria qualquer diferenciação valorativa entre os preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e os preconceitos derivados de orientação sexual ou identidade de gênero, pois vedadas quaisquer formas de discriminação.

Porém, inegavelmente, o instituto utilizado para dar eficácia à interpretação conforme foi a *analogia*, consistente no emprego da lei penal a casos não previstos, mas semelhantes,

³⁶SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 4º ed. ver., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 20.

como dispôs Dollinger³⁷. Em outros termos, para não criar um tipo penal, incluiu-se, no conceito de racismo, os preconceitos de orientação sexual ou identidade de gênero, afastando a sua compreensão em uma dimensão biológica ou antropológica, para compreendê-la sob uma dimensão social.

Com isso, além de desconsiderar que o princípio da legalidade é também um valor constitucional – que deveria ser sopesado na interpretação conforme – tratou-se o entendimento de uma espécie de “drible hermenêutico”, incapaz, contudo, de ocultar sua real natureza, consistente na criminalização de condutas por meio de uma decisão judicial. Isso porque para firmar o entendimento de que determinada conduta estritamente não prevista em lei é criminosa a partir de determinado momento, por meio da analogia, estende-se a interpretação de um conceito para abarcar um significado diverso daquele dado inicialmente pelo legislador. O resultado prático demonstra o afirmado.

Antes da decisão judicial em comento, por exemplo, caso fosse alguém impedido de acessar um estabelecimento comercial, negando-se o proprietário a atendê-lo por conta de sua opção sexual, a responsabilização civil seria de rigor, ante o constrangimento experimentado com tal conduta, além da possibilidade de responsabilização criminal pela prática de crime contra a economia popular, nos termos do art. 2º, inc. I, da Lei 1.521/51³⁸. Depois da decisão judicial, porém, a conduta ora descrita se amolda, agora, ao que prevê o art. 5º da Lei 7.716/89, que dispõe ser crime recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador, sem prejuízo da responsabilização civil cabível.

Com esse cenário, perigos se apresentam no horizonte, considerando a formação de um precedente que pode vir a ser considerado como apto a sustentar respostas, no futuro, para casos semelhantes. Admitir que o órgão jurisdicional diga que o que está no tipo penal não é só aquilo que positivou o legislador endossa excessivamente o seu controverso protagonismo na vida política, podendo servir a modelos políticos autoritários, com tipos penais imprecisos, elásticos, indeterminados e abertos o suficiente a ponto de serem preenchidos ao sabor das

³⁷ DOLLINGER, Felix Magno Von. Omissão legislativa e o princípio da legalidade penal no Brasil. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/felix-magno-omissao-legislativa-principio-legalidade-penal#_ftn5. Acesso em: 12 abr. 2020.

³⁸ Art. 2º. São crimes desta natureza: I - recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento. IN: BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.

circunstâncias particulares com critérios arbitrários, ao mesmo tempo em que pode criar um cenário de segurança e instabilidade, impedindo a concreta apreensão dos termos que compõem os modelos proibitivos de condutas.

Dito isso, em que pese não ser possível desconsiderar o papel contramajoritário exercido pela Suprema Corte, mesmo a compreensão constitucional iluminista do Min. Luís Roberto Barroso – para o qual o dever de garantir os direitos das minorias forçaria o STF a exercer suas funções de forma iluminista para empurrar a história em certas conjunturas mesmo contra as vontades majoritárias³⁹ – não autorizaria a criminalização de condutas por meio de uma decisão judicial. Admitir o contrário, desconsiderando *o que é o direito* para responder *ao que é mais justo*, levaria a um confronto com o paradigma maior do Direito Penal moderno, qual seja o princípio da legalidade. Em sentido contrário, a consciência de que, também como os fins, os meios importam, é condição necessária para a manutenção de uma ordem democrática, cujos contornos de criação e aplicação do direito em matéria penal são bem delineados pelo texto normativo que a consagra.

De todo modo, como dito, há, de fato, não só nesse caso, um grau de indeterminação no direito. Herbert H. L. Hart já dissera que isso decorre de uma condição inerente à linguagem humana, imprecisa o suficiente a ponto de não conseguir antever todas as situações que desembocarão em conflitos por meio de padrões abstratos⁴⁰.

Contudo, como dito por Dworkin, há respostas certas. Estas, tanto se aplicam ao Poder Legislativo quanto ao Poder Judiciário. Assim, ainda que as várias proposições que orbitem em torno da questão central – separação de poderes, dogmática penal, princípio da legalidade, dignidade da pessoa humana e isonomia, por exemplo – indiquem várias interpretações possíveis, há aquela que melhor se adéqua à função jurisdicional, bem como aquelas que são melhores do ponto de vista político. Considerando-as, pode-se concluir que criminalizar a homofobia pelo Poder Judiciário não poderia ser, em privilégio à dogmática penal, mesmo que se admita o uso de métodos hermenêuticos para além da subsunção em casos difíceis, a resposta dada pela Suprema Corte.

Isso conduz à conclusão de que, ante as interpretações possíveis, o STF poderia ter reconhecido o estado de omissão constitucional e determinado a notificação do Poder

³⁹ Em artigo, Barroso defende papel “iluminista” do Supremo. Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁴⁰ HART, *O Conceito*, p. 167.

Legislativo acerca da inércia, para sanar a situação, consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, mas não ter estendido o conteúdo de uma lei para aplicá-la a uma situação não previamente por ela própria consagrada, em matéria penal, pois, como disse o Min. Marco Aurélio no próprio julgamento conjunto, não há crime sem lei anterior que o defina, e, quando a Constituição se refere à lei, é a lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como problema central a coerência decisória do julgamento da ADO 26 e do MI 4733 com a dogmática penal, tendo sido construído, por isso, uma *explicação de sentido* da decisão a partir da interpretação formada, considerando o papel institucional do Poder Judiciário.

Após, reconstruídos brevemente alguns aspectos da teoria de Dworkin, por ser sua proposta teórica razoável para justificar o papel contramajoritário exercido pela Suprema Corte e invocado pelos Ministros para legitimar a intervenção do Judiciário nesse caso, fora possível concluir que a interpretação conforme conferida pelos ministros não é compatível com a função jurisdicional, posto que estender a tipificação prevista para os crimes previstos na Lei 7.716/89 à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, configurou uma espécie de incriminação penal por efeito de decisão judicial.

Com efeito, a excepcional revisão judicial do tema não seria justificável, dado que a lei, em alguma medida, já tutelara os interesses da minoria, não havendo direito como trunfo a ser reconhecido. Por essa razão, a análise da conveniência e oportunidade acerca da alteração da tutela jurídica deve ser realizada na estrutura adequada para tanto, qual seja o Poder Legislativo.

Além disso, a revisão judicial, em matéria penal, tem condicionantes particulares, partindo, antes de tudo, do princípio da estrita legalidade para, posteriormente, passar ao processo de atribuição de sentido do texto normativo. Desse modo, o espectro interpretativo é limitado, não podendo o intérprete, ainda que admitida a interpretação analógica, afastar-se do sentido originalmente atribuído pelo legislador quando da conformação do direito penal incriminador, para incluir novos mandamentos ou proibições inicialmente por ele não

consagrados, sob pena de esvaziamento da legalidade, proibitiva, em seu sentido amplo, da analogia in malam partem e da interpretação extensiva em matéria de incriminação, em privilégio ao princípio da taxatividade.

Do contrário, se o desvio típico deixa de ser uma conduta formalmente prevista para englobar também aquilo que é substancialmente ou ontologicamente tido como desviante pelo Poder Judiciário, mesmo que em sede de controle de constitucionalidade, o ideal de delito como resultado de um processo de definição normativa poderá vir a ter sua função de proteção da liberdade dos indivíduos contra o poder punitivo estatal exaurida, dando lugar a criminalizações tanto arbitrárias, quanto intoleráveis.

Por isso, a decisão judicial proferida no bojo da ADO 26 e o do MI 4733, ao se fundamentar em uma interpretação que privilegia os valores constitucionais por meio da criminalização de condutas através da analogia e da interpretação extensiva, não se sustenta quando confrontada com outros valores constitucionais essenciais à ordem democrática, como (a) os princípios que norteiam e restringem a atuação estatal em sede de persecução penal, uma vez que a criminalização de novas condutas sem a criação de novos tipos penais foi resultado alcançado pela decisão ora questionada, além (b) das disposições que institucionalizam o papel do Poder Judiciário, mesmo quando concebido como detentor de uma função contramajoritária de garantidor dos direitos das minorias.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. *Revista Sequência*, nº 57, p. 237-260, dez. 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 13 jun. 2019. BRASIL.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4.733. Rel. Min. Edson Fachin. Diário de Justiça, Brasília, 13 jun. 2019. BRASIL.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

DOLLINGER, Felix Magno Von. Omissão legislativa e o princípio da legalidade penal no Brasil. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/felix-magno-omissao-legislativa-principio-legalidade-penal#_ftn5. Acesso em: 12 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EM artigo, Barroso defende papel “iluminista” do Supremo. Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>. Acesso em: 15 mai. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

HART. H. L. A. O conceito de direito. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Conrado Hübner. Controle de constitucionalidade e democracia. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias. Coronavírus, responsabilidade civil e honorários sucumbenciais. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-10/direito-civil-atual-coronavirus-responsabilidade-civil-honorarios-sucumbenciais>. Acesso em: 12 abr. 2020.

POLI, Vinicius. Quem deve ser o detentor da última palavra, judiciário ou legislativo? Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 2: 355-380, jul./dez. 2015.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 4º ed. ver., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 20.