

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**CRIMINALIZAÇÃO DA “HOMOFOBIA” E A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO
ESTATAL**

TEO SECCO DE OLIVEIRA ALVES

Rio de Janeiro

2021

TEO SECCO DE OLIVEIRA ALVES

**CRIMINALIZAÇÃO DA “HOMOFOBIA” E A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO
ESTATAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Tiago Joffily.

Rio de Janeiro

2021

CIP - Catalogação na Publicação

AT314c Alves, Teo Secco de Oliveira
CRIMINALIZAÇÃO DA "HOMOFOBIA" E A EXPANSÃO DO
PODER PUNITIVO ESTATAL / Teo Secco de Oliveira
Alves. -- Rio de Janeiro, 2021.
76 f.

Orientador: Tiago Joffily.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Criminalização da homofobia. 2. Expansão do
poder punitivo estatal. 3. ADO 26. 4. MI 4733. I.
Joffily, Tiago, orient. II. Título.

TEO SECCO DE OLIVEIRA ALVES

**CRIMINALIZAÇÃO DA “HOMOFOBIA” E A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO
ESTATAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Tiago Joffily

Data da Aprovação: 07/06/2021

BANCA EXAMINADORA:

Orientador - Tiago Joffily

Membro da Banca - Mariana de Assis Brasil e Weigert

Membro da Banca - Antonio José Teixeira Martins

Rio de Janeiro

2021

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por tudo o que ele fez por mim desde o meu primeiro dia de vida.

Agradeço à minha esposa Thayane Curi que sempre esteve ao meu lado em toda essa jornada, me apoiando, me entendendo, sendo minha melhor amiga e me preenchendo com paz e amor.

Agradeço aos meus pais José Alves e Sonia Secco por sempre terem feito o possível e o impossível para me apoiar e me ajudar a alcançar meus sonhos.

Agradeço ao meu irmão Tiago Secco pela parceria e atenção nos momentos em que precisei.

Agradeço ao meu orientador Tiago Joffily pela paciência, confiança e por todas as ensinamentos e contribuições durante esse processo.

Agradeço aos meus colegas de curso pela oportunidade do convívio, pelas trocas de ideias e apoio ao longo dessa jornada, principalmente ao Matheus Menezes.

Agradeço à Faculdade Nacional de Direito, local em que pude crescer não só academicamente, mas como pessoa, e a todo o seu corpo docente.

"O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade." (John Locke)

RESUMO

A expansão do poder punitivo estatal tem como resultado a flexibilização de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, e a presente pesquisa tem como objetivo promover um estudo sobre a tendência de expansão desse, observada através do julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, que culminou na criminalização da “homofobia”. Dessa maneira, por meio da revisão literária de artigos e obras acadêmicas foram identificados os institutos e princípios relacionados ao tema, além de ser feito um estudo acerca do ativismo judicial e a expansão do poder punitivo estatal. A seguir foi feita uma análise da homofobia sob o prisma da CRFB/88, para enfim ser possível compreender os resultados do julgamento e aferir a sua (in)constitucionalidade. A partir da condução do referido processo de pesquisa foi possível concluir que essa expansão do poder punitivo estatal infla o Direito Penal a ponto de lhe retirar grande parte da sua efetividade, formando assim um ciclo vicioso que o afasta cada vez mais da sua característica de *ultima ratio*. Ademais, restou demonstrada a inconstitucionalidade da decisão proferida no julgamento, principalmente por violar frontalmente o princípio da legalidade, além de ter sido concluído que a criminalização da “homofobia” não é o caminho adequado para combater esse problema, devendo dar lugar a uma atuação do Estado que vise uma verdadeira transformação social.

Palavras-chave: criminalização da homofobia; expansão do poder punitivo estatal; ADO 26; MI 4733.

ABSTRACT

The State's punitive power expansion results in the flexibilization of fundamental rights and guarantees of citizens, and this research aims to promote a study on the trend of expansion of this, observed through the joint judgment of ADO 26 and MI 4733, which culminated in criminalizing “homophobia”. Thus, based on literary review of articles and academic works, the institutes and principles related to the theme were identified, in addition to a study on judicial activism and the expansion of state punitive power. Subsequently, an analysis of homophobia was made from the perspective of CRFB/88, in order to finally be able to understand the results of the trial and assess its (un)constitutionality. The conduct of the aforementioned research process permits the conclusion that this expansion of the state's punitive power inflates Criminal Law to the point of removing much of its effectiveness, thus forming a vicious cycle that increasingly distances it from its ultima ratio characteristic. In addition, the unconstitutionality of the decision issued in the trial was demonstrated, mainly for violating frontally the principle of legality, as well to concluding that the criminalization of “homophobia” is not the appropriate way to combat this problem, and it should give way to State action aimed at real social transformation.

Keywords: homophobia criminalization; State's punitive power expansion; ADO 26; MI 4733.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	INSTITUTOS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS À OCORRÊNCIA DA ANALOGIA IN MALAM PARTEM NO DIREITO PENAL	11
2.1	ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL	11
2.1.1	INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL	11
2.1.2	ANALOGIA	15
2.2	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	16
2.3	PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	21
3	ATIVISMO JUDICIAL E EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL 24	
3.1	ATIVISMO JUDICIAL	24
3.2	EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL	29
3.2.1	Administrativização do Direito	35
4	HOMOFOBIA	39
4.1	HOMOFOBIA E A CRFB/88	41
5	CRIMINALIZAÇÃO DA "HOMOFOBIA" - ADO 26 E MI 4733	44
5.1	INQUÉRITO Nº 3.590	44
5.2	ADO 26	45
5.3	MI 4733	48
5.4	JULGAMENTO CONJUNTO DA ADO 26 E DO MI 4733	50
5.5	A INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO	54
5.6	CRIMINALIZAÇÃO DA "HOMOFOBIA" E A CARACTERÍSTICA DE <i>ULTIMA RATIO</i> DO DIREITO PENAL	64
6	CONCLUSÃO	69
	REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como foco principal abordar a tendência de expansão do poder punitivo estatal no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se para tanto da análise do emprego da analogia *in malam partem* no âmbito do Direito Penal, estudando mais especificamente a utilização do referido fenômeno no julgamento da ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 26 e do MI (Mandado de Injunção) 4.733, que criminalizou a “homofobia e a transfobia”¹.

O referido tema encontra sua relevância na inerente flexibilização de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos ocorrida com a adoção de uma conduta ativista por parte do Poder Judiciário no sentido de inflar ainda mais o poder punitivo estatal, valendo-se até mesmo do instituto da analogia *in malam partem* para equiparar as condutas homofóbicas e transfóbicas aos crimes presentes na Lei nº 7.716/89.

A fim de destrinchar tal matéria serão identificados e diferenciados os institutos da analogia e da interpretação, institutos que cumprem um papel basilar no entendimento do assunto ora abordado, para em seguida serem analisados os princípios da legalidade e da intervenção mínima, os quais são diretamente impactados pelo julgamento em estudo, a despeito de serem princípios basilares para um Estado Democrático de Direito.

Em seguida, será realizada uma análise do ativismo judicial, passando primeiramente pelo fenômeno da judicialização da política, o qual, diferentemente daquele, não passa por uma atitude proativa do Poder Judiciário. No primeiro há um verdadeiro rebaixamento dos outros Poderes frente ao Judiciário, que sob o pretexto de buscar um máximo aproveitamento dos direitos fundamentais acaba obtendo o resultado oposto.

Posteriormente, será abordado o tema da expansão do Direito Penal, ressaltando o papel fundamental desempenhado pelos meios de comunicação e as reais intenções encontradas por

¹ Os termos homofobia e transfobia encontram-se entre aspas uma vez que, na verdade, não foram criminalizadas a homofobia e a transfobia em si, e sim as condutas homofóbicas/transfóbicas, ou seja, a exteriorização daqueles preconceitos.

detrás desse fenômeno. Ademais, a perigosa confusão hoje observada entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal também será abordada.

Por fim, a homofobia será conceituada e analisada sob o prisma da CRFB/88 e, logo após, será feita a análise do julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733. Para tanto, será observada a maneira como a matéria é tratada pela Suprema Corte desde o Inquérito nº 3.590, seguindo-se na análise específica de cada uma das citadas ações e do respectivo julgamento. Ato contínuo será apreciada a (in)constitucionalidade da decisão e, finalmente, será analisada a criminalização da homofobia frente à característica de *ultima ratio* do Direito Penal.

O método a ser empregado na presente pesquisa é o indutivo, buscando explorar os conceitos relevantes ao tema estudado e a partir disso contextualizá-los ao julgamento da ADO 26 e do MI 4733, objetivando chegar a uma conclusão quanto a constitucionalidade da criminalização da homofobia e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal e a sua relação com a atual tendência de expansão do poder punitivo estatal.

Quanto a técnica de pesquisa a ser empregada na presente monografia será utilizada a revisão bibliográfica, tanto através da pesquisa documental, passando pela análise de leis, acórdãos do STF e pareceres jurídicos, como da pesquisa bibliográfica, por meio da utilização de livros, artigos e demais publicações.

2 INSTITUTOS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS À OCORRÊNCIA DA ANALOGIA IN MALAM PARTEM NO DIREITO PENAL

No presente capítulo serão analisados os principais institutos e princípios que se relacionam com a ocorrência do fenômeno da analogia *in malam partem* no Direito Penal. Tal análise visa construir uma base em relação aos elementos que mais interferem na presente pesquisa, possibilitando o posterior aprofundamento no tema.

Primeiramente, é necessário caracterizar e diferenciar os institutos da analogia e da interpretação da Lei Penal, dois elementos de suma importância no desenvolvimento da presente temática, não somente quanto a identificação dos seus conceitos, mas também a fim de possibilitar a identificação e diferenciação entre eles na prática.

Posteriormente, serão abordados os princípios da legalidade e da intervenção mínima, percorrendo desde os seus conceitos nucleares até a análise dos demais princípios e funções que deles decorrem.

2.1 ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

2.1.1 INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

De maneira a introduzir o assunto, se mostra interessante ressaltar o fato de que a utilização da interpretação no âmbito do Direito Penal já foi rechaçada de maneira absoluta. Nesse sentido, ainda no século XVIII, afirma Beccaria² que o Poder Judiciário, quando do julgamento de uma conduta criminosa, não poderia se utilizar do instituto da interpretação, visto que não é ele o legitimado para tal, sendo possível simplesmente analisar se determinado ato seria ou não contrário ao disposto em lei, o que afastava por completo a possibilidade da interpretação judicial.

No entanto, é necessário observar que na referida época a intervenção estatal se dava através de um Estado absolutista, onde a vontade desse se associava de maneira praticamente indivisível com a vontade do próprio monarca, muitas vezes se esquecendo do interesse público.

²BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 32.

Dessa maneira, as arbitrariedades vivenciadas pela sociedade através dos poderes instituídos, inclusive o Poder Judiciário, conduziam naturalmente à necessidade de afastar das mãos desses qualquer prerrogativa que possibilitasse o arbítrio. No entanto, com o passar do tempo, também se desenvolveram as concepções a respeito do instituto da interpretação.

Conceituar de maneira definitiva a interpretação é adentrar um terreno que ainda hoje é rodeado de incertezas, se tratando de atividade de grande dificuldade tendo em vista o caráter complexo daquela, mas para o fim da presente pesquisa será utilizada a definição empregada por Barroso³, segundo a qual “a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos [...], notadamente para o fim de solucionar problemas”, enquanto a hermenêutica se trata de “um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito”, sendo aquela uma atividade prática sistematizada por essa, portanto.

Os métodos clássicos de interpretação datam da escola de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, que distinguiu os métodos gramatical, sistemático, histórico e após acrescentado o teleológico.

Nessa esteira, se utilizando dos métodos clássicos de interpretação desenvolvidos por Savigny, é possível fracionar os métodos de interpretação em quatro espécies distintas, quais sejam, a gramatical, a sistemática, a teleológica e a histórica⁴. Dentre as citadas, cumpre ressaltar que a primeira é ao mesmo tempo um ponto de partida e um ponto limite que não deve ser ultrapassado, uma vez que deve anteceder qualquer outra espécie, enquanto caracteriza um quadro dentro do qual o intérprete se vê restrito.

Outra diferenciação é quanto a sua origem, podendo ela ser autêntica/legislativa, doutrinária ou judicial, sendo esta última, que advém do Poder Judiciário, a espécie que desempenhará papel central no desenvolvimento do texto, visto que ela, como afirma Rosa⁵,

³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 304.

⁴CANTARELLI, Priscila Dalla Porta Niederauer. Uma análise dos métodos clássicos de interpretação constitucional em relação à nova hermenêutica: os princípios constitucionais como diretrizes. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 29.1. 2009.

⁵ROSA, Antonio José Miguel Feu. Direito Penal: parte geral. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

em determinadas ocasiões remodela o disposto em lei de tal maneira que se perde sua originalidade, trazendo à tona uma completa novidade.

Ademais, outra distinção que pode ser estabelecida, e se mostra como a mais relevante para o presente estudo, consiste naquela inerente ao resultado produzido, podendo se tratar de uma interpretação declarativa, restritiva, extensiva ou analógica.

A primeira é definida por Hungria e Fragoso⁶, como aquela onde a divergência encontrada em um enunciado legal pode ser resolvida sem que seja necessário suprimir ou acrescentar nada, situando-se entre as outras duas espécies.

A segunda toma lugar quando uma lei acaba dizendo mais do que realmente queria (*plus dixit quam voluit*), realizando uma verdadeira restrição da amplitude do disposto em lei. A respeito desse modo de interpretar, tomando-se em consideração a jurisprudência alemã, que vinha se mostrando demasiadamente favorável a interpretações extensivas no âmbito do Direito Penal:

“Sob o prisma do princípio *nullum crimen* é precisamente o contrário o justo: é dizer, uma interpretação restritiva que atualize a função de Magna Carta do Direito Penal e sua ‘natureza fragmentária’ e que restrinja conceitualmente só o âmbito de punibilidade que seja indispensável para a proteção do bem jurídico”⁷ (tradução nossa)⁸.

Por sua vez, a interpretação analógica se trata de mais uma espécie disponível para o exercício da hermenêutica, a despeito do entendimento de alguns doutrinadores⁹, uma vez que nem sempre será extensiva. Essa separação se faz necessária pois ela não necessariamente conduzirá a uma maior amplitude do texto legal, nesse sentido Peluso¹⁰ alega que apesar de ser

⁶HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Claudio Heleno. 5. ed. Comentários ao Código Penal. v. 1, t. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1976. P. 90.

⁷ ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002. p. 73.

⁸"Bajo el prisma del principio *nullum crimen* es precisamente lo contrario lo justo: es decir, una interpretación restrictiva que actualice la función de carta magna del Derecho penal y su "naturaleza fragmentaria" y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico. "

⁹Nesse sentido, GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. V. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

¹⁰PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Analogia e Direito Penal”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT, v. 118, jan.-fev., 2016. p. 14.

possível o alargamento do texto, também é possível a exclusão de "supostos que a letra da lei poderia admitir".

Já a interpretação analógica é definida como aquela na qual a própria lei permite e indica a sua utilização, sendo prevista uma sequência enumerada seguida de uma fórmula genérica, existindo alguns exemplos¹¹ da sua ocorrência no próprio Código Penal Brasileiro, dentre eles o seu Artigo 121, § 2º, I, que afirma ser qualificado o homicídio quando cometido "mediante paga ou promessa de recompensa, **ou por outro motivo torpe**" (grifo nosso).

Por fim, a interpretação extensiva é a que mais se assemelha à analogia. Nos termos do que afirma Ferraz Junior¹² essa espécie se trata "de um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra". Ademais, em consonância com o supracitado a respeito da característica de ponto limite da interpretação gramatical, Peluso¹³ afirma que "o intérprete se utiliza do sentido comum das palavras utilizadas na norma jurídica, movendo-se dentro do *quadro das significações literais possíveis*, a englobar todos os supostos de fato aí admitidos" (grifo nosso).

No entanto, Zaffaroni et al.¹⁴ afirmam ser necessária a observância do princípio da interpretação restritiva no Direito Penal, o qual deriva diretamente da excepcionalidade da criminalização primária. De fato, a partir de um mesmo texto é possível obter diversas interpretações diferentes, tanto expansivas como restritivas, mas esses autores afirmam a necessidade dessa divergência de possibilidades ser resolvida pela forma mais limitada da criminalização.

Como exceção, aceitam a aplicação de uma interpretação mais ampla somente no caso em que a interpretação restritiva tem "uma consequência deformadora ou absurda, que o literal

¹¹São outros exemplos da manifestação da interpretação analógica o Artigo 61, Inciso II, alíneas "c" e "d", além dos Incisos III e IV do Artigo 121, todos do Código Penal

¹²FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 297.

¹³PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. "Analogia e Direito Penal". In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT, v. 118, jan.-fev., 2016. p. 13.

¹⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

mais amplo evita”¹⁵. Portanto, ressaltam que a interpretação ocorrida de maneira restritiva deve ser defendida, uma vez que se trata de um importante instrumento no combate do que denominam de tipificação irresponsável.

2.1.2 ANALOGIA

De acordo com Batista¹⁶ "no direito, teríamos analogia quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa solução legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante", ocorrendo, portanto, integração da norma ao invés da sua interpretação. Segundo Jesus¹⁷ esse fenômeno "tem por fundamento a identidade da *ratio legis*, com inspiração no princípio de que, onde existe a mesma razão de decidir, é de aplicar-se o mesmo dispositivo de lei: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*", reforçando a importância da segurança jurídica. Ademais, a utilização da analogia como forma de integrar as lacunas também encontra respaldo no princípio da igualdade, uma vez que situações semelhantes devem ser tratadas de forma correspondente.

Dessa maneira, o intérprete vai trazer a vida um novo direito, fugindo da originalidade daquilo expressamente previsto no texto legal, transformando-se num verdadeiro legislador na tentativa de superar as eventuais lacunas do ordenamento jurídico.

Em relação as lacunas a serem preenchidas por meio da analogia, Engisch¹⁸ as conceitua como "uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico". Nessa esteira, Diniz¹⁹ afirma que o Direito sempre será lacunoso e da mesma maneira como na interpretação extensiva (aplicável em outras áreas do Direito, mas, em regra, não ao Direito Penal, por força do princípio da interpretação restritiva), se mostra irrazoável esperar que o legislador elenque a totalidade das situações similares, ainda mais seria pretender que esse regulasse toda e qualquer relação jurídica.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 211.

¹⁶BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 72.

¹⁷JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. vol. 1. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93.

¹⁸ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Trad. J. Baptista Machado. 7a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 276.

¹⁹DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 21a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

A despeito da inaplicabilidade da interpretação extensiva no âmbito do Direito Penal, a fim de sanar qualquer dúvida a respeito da diferenciação entre essa e o método integrativo da analogia, nas palavras de Ferraz Junior²⁰ fica claro que aquela "se limita a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, apenas não havia sido explicitado pelo legislador", enquanto nesse "o intérprete toma de uma norma e aplica-a um caso para o qual não havia preceito nenhum, pressupondo uma semelhança entre os casos".

A principal diferenciação que pode ser traçada no estudo da analogia é quanto o seu resultado, se favorável ao réu é denominada de analogia *in bonam partem*, enquanto se for prejudicial ao réu será conhecida por analogia *in malam partem*.

Aquela favorável ao réu, segundo Batista²¹, possui quase unanimidade dentro da doutrina brasileira em relação a possibilidade de sua utilização, tendo como exceção a opinião de Hungria. Na outra mão, a analogia *in malam partem* encontra um limite quando acarretar integração que diga respeito a normas definidoras de crimes e que cominem ou agravem penas, tendo esse limite como seu principal fundamento o princípio da legalidade, que será analisado em seguida.

Finalmente, interessante notar que a Alemanha nazista se utilizava amplamente do instituto da analogia como fonte de criação do Direito Penal e, ainda nos dias atuais, a China é um dos exemplos onde essa continua a ser aceita quando se trata de normas penais incriminadoras. Batista²² aduz que o conceito material de crime ainda prevalece nesse sistema jurídico, sendo a conduta criminosa oferecida com termos muito vagos, como a ofensa "a ordem pública" ou "todo ato socialmente nocivo", o que possibilita a ocorrência de arbitrariedades por parte do Estado, algo que era rechaçado desde Beccaria no século XVIII, conforme anteriormente citado.

2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

²⁰FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 297.

²¹BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

²²*Ibidem*. p. 73.

De acordo com Prado²³ o princípio da legalidade é a "pedra angular do Estado de Direito", o qual realiza uma verdadeira restrição ao *ius puniendi* estatal, resguardando a liberdade do cidadão e promovendo a segurança jurídica. A sua importância é tamanha que está presente em dois dos documentos internacionais mais importantes, quais sejam a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴ e o Pacto de São José da Costa Rica²⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio encontra-se positivado tanto no Artigo 5º, Inciso XXXIX da CRFB²⁶, quanto no Artigo 1º do Código Penal²⁷, constituindo assim, nas palavras de Tavares²⁸, um "postulado normativo, que não pode ser flexibilizado". Ele é um alicerce importantíssimo na proteção de um dos direitos fundamentais mais basilares do Estado Democrático de Direito, a liberdade do ser humano e por isso se mostra necessário o status a ele conferido.

De acordo com Batista²⁹, é possível destrinchá-lo em quatro diferentes funções, representadas pelas expressões *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; e *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

Cada uma dessas teria um alvo determinado, se dirigindo a primeira tanto ao legislador quanto ao juiz; a segunda e a terceira têm como destinatário específico o juiz; enquanto a última se dirige primordialmente ao legislador, sem deixar de se direcionar, ainda que de forma subsidiária, ao juiz³⁰.

²³PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 130.

²⁴Artigo XI, 2: "Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso."

²⁵Artigo 9º: "Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado".

²⁶Artigo 5º, Inciso XXXIX: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"

²⁷Artigo 1º: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

²⁸TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 60.

²⁹BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

³⁰BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionais de Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi. 1999.

Preliminarmente, é interessante notar que o ponto em comum entre todas as expressões supracitadas é o fato de que o crime por si só não basta, sendo necessário que ele seja acompanhado de uma pena, entendida como aquelas previstas no texto legal, oriundas da deliberação legislativa; as aplicadas pelo Poder Judiciário; e as executadas pelo Poder Executivo.

A primeira das funções, que visa proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), é válida frente a qualquer alteração que agrave a situação do réu, sendo possível, portanto, a sua retroatividade caso seja benéfica a esse. Ademais, conforme aduz Hungria e Fragoso³¹ é incoerente o fato de esperar que os cidadãos se ajustem a uma determinada norma de conduta, que é o que constitui uma norma penal, se ela sequer existe, frustrando assim o seu caráter preventivo.

Existem duas questões controversas em relação a essa função do princípio da legalidade, uma é quanto a retroatividade nos casos de leis excepcionais e leis temporárias, enquanto a outra diz respeito a retroatividade nos casos de modificações jurisprudenciais. Em relação àquela, o Artigo 3º do CP³² é claro ao afirmar que a lei nova mais benéfica não retroagirá se o fato se deu durante a vigência de lei excepcional ou temporária, entretanto cumpre ressaltar que, conforme afirma Batista³³, ainda nesses casos a retroatividade da norma penal que favoreça o réu deve retroagir para alcançar os fatos pretéritos. Tal afirmação merece prosperar uma vez que, a despeito da redação literal do citado Artigo, esse não foi recepcionado pela CRFB/88, visto que não há no seu Artigo 5º, Inciso XL³⁴ qualquer exceção a sua aplicação.

Quanto a mudança da jurisprudência, é certo que essa desempenha papel com efeitos semelhantes ao da própria lei, fato esse que enseja a proteção da confiança daquele que por ela se pautou, nesse sentido Tavares³⁵ entende se estender a retroatividade às mudanças jurisprudenciais quando essas resultarem em uma verdadeira integração legal, modicando até

³¹HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Claudio Heleno. 5. ed. Comentários ao Código Penal. v. 1, t. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

³²Artigo 3º: "A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência".

³³BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 67.

³⁴Artigo 5º, Inciso XL: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

³⁵TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 62.

mesmo o sentido da proibição ou da determinação expostos na lei, sob pena de ocorrer uma quebra de confiança na ordem jurídica.

A necessidade de que a criação de crimes e a cominação de penas sejam realizadas por meio de lei escrita (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*) afasta, conseqüentemente, qualquer possibilidade do costume o fazer, o que não acarreta na sua exclusão da prática penal, visto que conservam sua função integrativa, possuindo "grande importância para a elucidação do conteúdo dos tipos"³⁶.

As condutas tipificadas e inseridas no Direito Penal devem ter como fonte exclusiva lei emanada do Congresso Nacional, conforme dispõe a CRFB no seu Artigo 22, inciso I³⁷. Dessa maneira, por expressa previsão constitucional, a lei federal, precedida do devido processo legislativo, é a única fonte capaz de materializar o poder punitivo estatal, sem qualquer exceção.

A constitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas é um assunto que causa certa divergência entre os doutrinadores, uma vez que não seria possível que uma norma penal possuísse pena determinada, mas que dependesse de um ato normativo hierarquicamente inferior para se complementar. Em que pese parte da doutrina entender não haver violação ao princípio da legalidade, merece prosperar a tese contrária, uma vez que admitir a possibilidade do uso desse tipo de norma além de acarretar no esvaziamento da vontade popular, que não será representada através da discussão pelo Parlamento, ocorre a delegação de uma função atribuída de forma exclusiva pela CRFB ao Congresso Nacional.

Nos termos do que afirma Tavares³⁸ a impossibilidade da devida apreciação da matéria pelo órgão competente permite que regimes totalitários se aproveitem das normas penais em branco de complementação heteróloga para manipular normas criminalizadoras de acordo com seus interesses, travestindo-se de uma aparente conformidade com o princípio da legalidade

³⁶TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal – de acordo com a lei n. 7.209, de 11/7/1984 e a Constituição de 1988. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 25.

³⁷Art. 22, Inciso I: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

³⁸TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 61-62.

enquanto o burlam, o que fere esse no seu aspecto mais importante, que é a preservação da liberdade.

A terceira das funções (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) visa proibir a utilização da "analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas", ocorrendo essa, conforme visto acima "quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa solução legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante", sendo possível, portanto, a utilização da analogia *in bonam partem*³⁹.

Nas palavras de Bobbio, a analogia é aquele "procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulamentados"⁴⁰. Tal observação constitui um ponto-chave do assunto tratado na presente pesquisa, visto que a utilização errada desse procedimento permite que o Poder Judiciário expanda o Direito Penal de maneira inconstitucional, extrapolando o sentido gramatical conferido pela lei.

Importante notar que a analogia é um instituto comumente utilizado por ditaduras, como forma de controlar o Direito Penal de acordo com seus interesses, lembrando Batista⁴¹ de dois casos ocorridos no Brasil, um durante o Estado Novo e o outro durante a ditadura militar⁴².

A última função, que traduz a necessidade de que as leis penais sejam claras e precisas, afastando incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), é essencial para barrar arbitrariedades perpetradas pelo Poder Judiciário, uma vez que quanto menos precisos os elementos constantes na norma, menos efetiva é a preservação da segurança jurídica, abrindo portas para o manuseamento dessa imprecisão por governos totalitários.

³⁹BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 72.

⁴⁰BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, ver. Téc. Cláudio De Cicco, apresentação de T. S. Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 151.

⁴¹BATISTA, *op. cit.*, p. 74.

⁴²No Estado Novo, a aplicação da analogia se deu por meio do decreto-lei nº 4.166 de 1942, uma vez que o seu art. 5º, §6º afirmava de maneira expressa que o juiz poderia se utilizar da analogia para caracterização do crime. Já na ditadura militar, a aplicação da analogia pode ser observada quando da aplicação do tipo de sequestro nos casos de apoderamento ilícito de aeronaves.

No sistema jurídico brasileiro o Congresso Nacional, tendo em vista que esse é o legitimado para criação do Direito Penal, terá o dever de exercer essa função buscando se afastar ao máximo de definições genéricas e expressões incertas.

Um dos desdobramentos mais importantes dessa última função do princípio da legalidade é o de impedir a demasiada liberdade do juiz quando da aplicação da pena ao tomar como base os largos parâmetros fixados pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, Batista⁴³ reforça não ser permitido que sejam atribuídas penas máximas e mínimas tão discrepantes, sob pena de se favorecer o arbítrio judicial.

Por fim, sob a ótica da intervenção do poder punitivo estatal, Muñoz Conde⁴⁴, realiza uma releitura do princípio da legalidade, denominando-o como princípio da intervenção legalizada, e afirma que

"A seriedade dos meios que o Estado utiliza na repressão do crime, a intervenção drástica nos direitos mais básicos e, por isso mesmo, fundamentais do povo e o caráter de *ultima ratio* que possui essa intervenção impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo do Estado e restrinja sua aplicação dentro de limites que excluam toda arbitrariedade e excesso por parte daqueles que detêm ou exercem esse poder punitivo. Esse princípio, tradicionalmente designado pelo nome de 'princípio da legalidade', estabelece que a intervenção punitiva do estado, tanto pela configuração do crime como na determinação, aplicação e execução de suas consequências, deve ser governada pelo 'estado de direito', entendida como expressão da 'vontade geral'"

2.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima traz consigo o mandamento de que somente os ataques mais reprováveis a bens jurídicos merecem sofrer a intervenção do Direito Penal, atuando de maneira subsidiária aos demais ramos do Direito, os quais deverão cuidar daqueles distúrbios mais leves. Nessa toada Muñoz Conde⁴⁵ afirma que:

"dentro do sistema jurídico, o direito penal tem a tarefa mais ingrata e temível: a de sancionar com as sanções mais graves os ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos mais importantes e, nesse sentido, pode-se dizer que o direito penal deve ser

⁴³ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

⁴⁴MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal – parte general. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 85-86 (tradução nossa).

⁴⁵MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 74 (tradução nossa).

subsidiário ao restante dos regulamentos do sistema jurídico, uma vez que nele se expressa seu caráter de '*ultima ratio*'; isto é, quando o ataque não é muito grave ou o bem legal não é tão importante, ou quando o conflito pode ser resolvido com soluções menos radicais do que as próprias sanções penais, elas devem ser as aplicáveis."⁴⁶.

Dessa maneira, por ser o Direito Penal a intervenção mais radical na esfera da liberdade do indivíduo ele deve prevalecer somente quando não for possível proteger os bens jurídicos de alguma outra maneira, que muitas das vezes se mostram até mais eficientes do que a própria sanção penal. Além disso, conforme afirma Tavares⁴⁷, é necessário que a lesão seja intolerável a fim de que seja possível a interferência daquele ramo do Direito.

Ademais, a despeito das diversas divergências doutrinárias quanto a sua conceituação, é importante entender o que é bem jurídico, o qual é definido por Welzel, conforme citado por Prado, como um "bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente"⁴⁸.

No entanto, muitas vezes outros ramos do Direito, que não o Penal, serão suficientes e adequados para realizar a proteção dos bens jurídicos, os quais, portanto, "não são protegidos de modo absoluto pelo Direito Penal, sendo que este último tão somente os protege diante de certas formas de agressão"⁴⁹ e somente quando aquela primeira proteção não se mostrar suficiente e a tutela penal for a única possível, surgirão os bens jurídicos penais.

Esse princípio possui dois destinatários, sendo o primeiro o legislador, que deve ser orientado quando da escolha de quais são as condutas que necessitam ser criminalizadas, além de orientá-lo na necessidade de descriminalização de outras condutas⁵⁰, evitando assim a

⁴⁶"Pero dentro del Ordenamiento jurídico, al Derecho penal le correspondela tarea más ingrata y temible: la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del Ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de «ultima ratio»; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas las aplicables".

⁴⁷TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 76.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.30

⁴⁹ *Ibidem.* p. 31

⁵⁰A descriminalização é um fenômeno não somente possível, como também necessário, uma vez que um bem jurídico que antes se mostrava merecedor da rígida e pesada proteção pelo Direito Penal, não o mereça mais após o decurso de determinado tempo devido a uma alteração no valor que era atribuído a ele.

indevida expansão penal. O outro destinatário é o próprio operador do Direito, que deve buscar ao máximo se pautar e utilizar os outros ramos do Direito antes de se socorrer do Direito Penal.

A doutrina comumente o separa em dois diferentes princípios, o da subsidiariedade e o da fragmentariedade. Aquele diz respeito ao fato de o sistema penal ser subsidiário, secundário em relação aos demais ramos do direito, devendo ser responsável somente por problemas que não sejam possíveis de serem resolvidos nesses.

Ainda no âmbito do princípio da subsidiariedade encontra-se o fenômeno da Administrativização do Direito Penal, o qual será estudado no próximo capítulo, mas pode desde já ser entendido como a utilização desse ramo do Direito como meio de solução primária dos conflitos sociais, acarretando assim uma dificuldade de identificação das fronteiras existentes entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionatório.

Por sua vez, o princípio da fragmentariedade está relacionado com a diferenciação entre bem jurídico e bem jurídico penal, visto que, conforme explicitado acima, o Direito Penal não é o responsável por guardar todos os bens jurídicos, mas somente os que se mostrem essenciais e desguardados pelos outros ramos do Direito. O Direito Penal não pode ter a pretensão de cobrir toda e qualquer lesão a bens jurídicos, deve se fazer presente e efetivo somente quando for constatada a sua indispensabilidade.

Prado⁵¹ ainda esclarece que "a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacuna na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, prejudicial para a liberdade", afastando a ingerência abusiva do Estado na liberdade do cidadão.

⁵¹PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 103.

3 ATIVISMO JUDICIAL E EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL

3.1 ATIVISMO JUDICIAL

Preliminarmente, a fim de entender corretamente o fenômeno do ativismo judicial, se faz necessário realizar a devida conceituação do fenômeno denominado judicialização da política, para em seguida ser possível identificar as diferenças entre eles. Ambos são comumente encontrados nas atuais democracias, não sendo o Brasil um caso isolado das suas manifestações.

A CRFB elencou no seu Artigo 2º⁵² o princípio da divisão dos poderes, o qual afirma a independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sem, contudo, renunciar à harmonia entre esses. Dessa maneira, importante notar que tanto a independência quanto a harmonia não são absolutas, devendo coexistirem e, dessa maneira, esse princípio possui uma "linha fronteira", sendo "ancorado na acepção de discricionariedade: **um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros**"⁵³ (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, de maneira mais incisiva, Roxin⁵⁴ (tradução nossa)⁵⁵ reafirma a necessidade de impedir que um Poder invada a competência do outro e aduz que “através da divisão de poderes, expressa no princípio da legalidade, o juiz é dispensado da função de criar o Direito e é reduzido a função de aplicar o Direito”, afastando-se, portanto, de uma eventual interferência na atividade típica do Poder Legislativo.

Apesar do citado princípio estar expressamente positivado na atual CRFB, foi com essa que o processo brasileiro da judicialização da política teve origem, sendo tratada por Barroso⁵⁶

⁵²Art. 2º: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

⁵³CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.299.

⁵⁴ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general, t. 1, 1997, tradução Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ed. Civitas, Madri, p. 145.

⁵⁵"Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho".

⁵⁶BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.440.

como uma circunstância afastada de qualquer opção própria do Poder Judiciário, e sim como uma consequência do atual sistema político e do contexto social do país⁵⁷.

De acordo com Vieira, Camargo e Silva⁵⁸, tomando como base uma visão institucional, "a judicialização da política define-se como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais", correndo-se um risco iminente de ultrapassar a supracitada "linha fronteira", que se mostra bastante volátil. Ademais, "o crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais estes se manifestam sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário"⁵⁹.

No âmbito do sistema jurídico brasileiro, esse fenômeno encontra suas bases em duas principais causas. A primeira delas é a ampla constitucionalização dos mais variados temas, o que é facilmente observado na atual CRFB, e por si só já acarreta uma atuação mais política pelo Poder Judiciário. Cumpre ressaltar, ainda, que essa tendência de constitucionalização é observada no contexto mundial desde o período pós segunda guerra, visto que os Estados buscavam não deixar dúvidas quanto a mudança de sentido após regimes totalitários.

Ademais, as normas constitucionais são dotadas de uma maior abertura e abstração, o que exige do Poder Judiciário uma nova função de concretização dessas, modificando de vez o paradigma positivista, cabendo aos juízes e tribunais "densificar e dar significado a esses

⁵⁷Nesse sentido, afirmam Vieira, Camargo e Silva (2009, p. 44-45) que "em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, [...] têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões", o que demonstra que o próprio Poder Legislativo estaria abrindo mão de uma função tipicamente sua a fim de não se colocar em situações passíveis de gerar desagrado de significativa parcela da sociedade.

⁵⁸VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, 2009, p. 40. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/>>. Acesso em: 13 de mai. de 2020.

⁵⁹BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, June 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 de mai. De 2020.

direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento”, o que “reflete em grande expansão de sua autoridade”⁶⁰.

A segunda decorre de um importante mecanismo utilizado para possibilitar a completa superação do regime ditatorial vivido no Brasil, a elasticidade conferida ao sistema de controle de constitucionalidade, que, nos termos do que aduz Barroso⁶¹ além de existirem dois meios possíveis de se alegar a inconstitucionalidade, seja o controle concentrado, seja o controle difuso, também houve com a CRFB/88 um grande aumento no rol de seus legitimados ativos.

Antes de 1988, somente o PGR (procurador geral da república) possuía a prerrogativa de representar pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, enquanto atualmente existem nove incisos elencando diversos legitimados⁶², o que acaba por permitir que cada vez mais questões políticas e morais marquem presença nas pautas da suprema corte.

Nessa esteira, Vianna et al⁶³ ressaltam a importância tanto dos direitos fundamentais estarem positivados na Constituição e serem, conseqüentemente, tutelados pelo STF, quanto da democratização do acesso à justiça, que nesse âmbito se materializou através da ampliação do rol supracitado, possibilitando que a sociedade se torne mais ativa e influenciadora. Dessa maneira, como uma forma de superação aos anteriores regimes totalitários, a atual Constituição traz a possibilidade de as minorias lutarem por seus direitos e não estarem reféns da maioria que preenche os bancos do Poder Legislativo.

⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, June 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 de mai. De 2020.

⁶¹BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 440.

⁶²Art. 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶³VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 44.

No entanto, importante notar que a despeito do STF possuir uma responsabilidade frente à omissão legislativa a fim de efetivar os direitos constitucionalmente previstos, ele “se incumbiu de determinar quais os limites de sua atuação, ou seja, de não ser legislador positivo, pelo contrário, deixou assentado que tal função cabe ao Legislador”⁶⁴.

Por sua vez, segundo o que afirma Barroso⁶⁵, a despeito de já ser uma realidade presente no âmbito jurídico anteriormente, a expressão "ativismo judicial", como é nomeado o fenômeno atualmente, foi cunhada nos EUA (Estados Unidos da América) no final dos anos 40 e muito utilizada durante os anos entre 1954 e 1969, período no qual a Suprema Corte Americana passou a proferir diversas decisões de cunho progressista na matéria de direitos fundamentais⁶⁶, passando a participar de maneira mais ativa na vida política da sociedade através da busca pela concretização dos valores constitucionais.

Dessa maneira, o ativismo judicial deve ser tratado como "uma atitude, a escolha de um modo específico e **proativo** de interpretar a Constituição, **expandido o seu sentido e alcance**" a fim de aproveitar ao máximo os princípios presentes no texto constitucional, o que faz com que os assuntos notadamente políticos passem para as mãos do Poder Judiciário (grifos nossos)⁶⁷. No entanto, nota-se uma grande fluidez na utilização desse termo, visto que muitas vezes ele é utilizado como um meio de combate a decisões que contrariem as convicções políticas de quem a esteja utilizando.

Ramos⁶⁸, afirma restar claro que a ocorrência desse fenômeno está relacionada a uma efetiva "ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional", colocando assim os outros Poderes em uma certa posição de inferioridade, uma vez que ocorre uma "incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas" a esses,

⁶⁴ ALVES, Fernando de Brito. MACHADO, Edinilson Donisete. Democracia e judicialização da política – problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 3, p.13-46, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/23364>>. Acesso em: 14 de mai. de 2020.

⁶⁵BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 441- 443.

⁶⁶São exemplos de decisões: o direito dos acusados serem defendidos por advogado (Gideon v. Mainwright, 1963), o direito à não autoincriminação (Miranda v. Arizona, 1966), entre outros.

⁶⁷BARROSO, *op. cit.*, p. 442.

⁶⁸RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117.

desnaturando assim a atividade tipicamente atribuída ao Poder Judiciário pelo ordenamento jurídico.

A história do ativismo judicial precisa ser vista a partir do positivismo, no qual o Poder Legislativo desempenhava um papel central ao lado da lei que era por ele produzida, ocorrendo um esvaziamento dos tribunais, que estavam limitados a reproduzir o disposto no texto legal sem a possibilidade de realizar qualquer juízo interpretativo, tendo uma atuação engessada.

No entanto, após o período da Segunda Grande Guerra se tornou nítido que o império do Poder Legislativo não era a melhor escolha, conduzindo os sistemas jurídicos a um Estado Democrático de Direito, no qual as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, e é delegado cada vez mais poder ao judiciário, além de se aproximar o direito da moral.

No âmbito do sistema jurídico brasileiro, importante notar que a superação do positivismo deve ser analisada desde a ampla constitucionalização promovida pela atual Carta Magna, que não foi percebida em resultados pela sociedade, pois essa não via seus direitos e garantias fundamentais serem efetivados, o que por consequência fez com que essa passasse a buscar tal efetivação através dos tribunais e não mais através do Parlamento, acarretando a exacerbada judicialização vista acima.

O ex-ministro do STF Cezar Peluso, quando ainda presidia o referido órgão, ao ser questionado a respeito de qual era o caminho que esse trilhava afirmou que:

"O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição analítica, bem diferente da americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: a Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado com tanta frequência. E, veja bem, uma vez acionado, ele decide. Isso já foi chamado de "ativismo judicial a convite constitucional", o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da

Corte chamam a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direitos dos homoafetivos"⁶⁹.

Tomando como base o trecho acima transcrito, resta claro que a expressão "ativismo judicial **a convite constitucional**" tem como fim legitimar tal inclinação da Corte, que na busca pela proteção dos direitos e garantias fundamentais expressos na CRFB estaria legitimada a interferir na esfera dos outros poderes, visto que teria a obrigação de concretizar o disposto na Carta Magna, independentemente do grau de politização do seu texto.

Nesse sentido, Barroso⁷⁰ aduz que o STF, como guardião da Constituição, também possui um papel representativo, devendo atender as demandas sociais e os anseios políticos que o Poder Legislativo não atendeu, o que acarreta no desenvolvimento de uma visão por parte da sociedade e por parte da própria Corte de que são os verdadeiros representantes das decisões soberanas elencadas na CRFB, ocasionando o rompimento com a antiga visão de que o judiciário seria simplesmente um mero reproduzidor da lei e o alçando a um novo patamar de importância e tamanho.

3.2 EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL

A fim de solucionar as demandas da sociedade por um maior enfrentamento ao crime e pela promoção da segurança, o Direito Penal passou a sofrer severas mudanças, tanto na cominação de penas, através de punições mais severas, quanto na criação de novos tipos penais, como forma de expandir o seu campo de atuação.

Nesse sentido, aduz Sanchez⁷¹ que

a criação de novos bens jurídicos penais, a ampliação de espaços de riscos juridicamente relevantes para o âmbito criminal, a flexibilidade de regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais de garantia seriam

⁶⁹STF enfrenta polêmicas com independência, diz Peluso. CONJUR, 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>>. Acesso em: 17 de mai. de 2020.

⁷⁰BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 476 – 477.

⁷¹SANCHEZ, Jesus Maria Silva. La Expansión Del Derecho Penal – Aspectos de La Política Criminal en las sociedades postindustriales. 2 ed. Madri: Civitas Ediciones, 2001, p. 20.

aspectos dessa tendência geral, que pode ser referenciada pelo termo “expansão”.
(tradução nossa)⁷²

No entanto, desde já é importante observar que a utilização em excesso do Direito Penal não culminará em uma maior proteção dos bens jurídicos e na conseqüente promoção da segurança, e sim reduzirá todo esse sistema a uma função simbólica, dotada de quase nenhuma efetividade.

Segundo Batista⁷³ uma conduta humana passa a ser chamada 'ilícita' quando se opõe a uma norma jurídica" e "o elemento que transforma o ilícito em crime é a **decisão política**". O agravamento das políticas criminais, que pode ser notado no Direito Penal brasileiro, não deixa de alcançar e relativizar nem mesmo garantias fundamentais tão caras à manutenção do Estado Democrático de Direito como, por exemplo, o princípio da legalidade, que tem como fim a proteção das garantias individuais, configurando, assim, uma verdadeira involução no tocante aos avanços conquistados pelos indivíduos frente ao Estado.

Importante notar que esse agravamento das políticas criminais eleva o Direito Penal a um patamar de agente solucionador, que o permite se expandir e se entranhar cada vez mais em áreas que antes não alcançava, entretanto se ignora que ele caracteriza a forma mais extrema de intervenção nos direitos fundamentais dos indivíduos, sendo capaz de privá-los da própria liberdade.

A referida tendência das sociedades em se preocupar cada vez mais com questões de segurança pública, advém do crescente sentimento de insegurança e medo vivenciado. No entanto, conforme afirma Toledo⁷⁴ aqueles que buscam combater o crime utilizando-se da edição de leis penais se encontram em um "círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, freqüentemente, a operar ou como importante fator criminógeno ou como intolerável meio de opressão".

⁷²"Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios políticocriminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión»"

⁷³BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p 41-42.

⁷⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, 5ed. – São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4.

Dentre as causas que podem ser elencadas para essa proliferação da insegurança, destaca-se o papel fundamental dos meios de comunicação, hoje dotados de alcance e rapidez incomparáveis com períodos anteriores. Zaffaroni⁷⁵ aponta para a existência de uma "criminologia midiática", a qual cria uma realidade "através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista".

A mídia⁷⁶ então passa, através de uma visão puramente mercadológica, de busca do lucro, a trazer cada vez mais informações impactantes, que possam gerar audiência, retratando acontecimentos violentos e inflamando esse desejo de combate à criminalidade e promoção da segurança, transformando o crime em uma valiosa mercadoria e muitas das vezes deixa de lado informações diretas e imparciais para dar lugar a uma exposição carregada de emoção. Ademais, a isso se soma o recente fenômeno de compartilhamento de informações falsas, mundialmente conhecidas como "*fake news*", que possuem muitas vezes interesses econômicos e políticos.

Pastana⁷⁷ alerta para o fenômeno da antecipação de uma vitimização futura, consequência direta da maneira como a mídia transmite informações, acarretando a interiorização dos episódios violentos retratados como se fizessem parte da realidade de todos, gerando uma "sociabilidade da insegurança". Diante desse contexto apresentado, a sociedade passa a exigir cada vez mais que o Estado intervenha onde antes não o fazia, principalmente através da inflação do Direito Penal.

Em relação aos crimes relacionados a homofobia, conceito a ser destrinchado no próximo capítulo, mas que pode, preliminarmente, ser entendida como "uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal"⁷⁸, também é

⁷⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302.

⁷⁶Para o presente trabalho, a mídia deve ser entendida como todos os meios possíveis de comunicação de massa, como televisão e rádio, por exemplo.

⁷⁷PASTANA, Débora Regina. Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo. In: Estudos de Sociologia. Araraquara, v. 12, n. 22, p. 95. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/350/214>>. Acesso em: 01 de jun. de 2020.

⁷⁸BORILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 13.

possível notar essa exploração midiática através de manchetes passionais e com pouca precisão de dados, como, por exemplo, em uma matéria do New York Times reproduzida pelo Bol notícias⁷⁹, na qual se afirma haver uma "epidemia de violência homofóbica", o que contribui para a proliferação do sentimento de insegurança vivido por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT).

Nessa esteira, Sanchez⁸⁰ afirma

"não ser estranho que a expansão do Direito penal se apresente como uma espécie de perversidade do aparato estatal, que busca nela uma solução (aparente) fácil para os problemas sociais, deslocando para o plano simbólico (isto é, da declaração de princípios, que tranquilizam a opinião pública) o que deveria ser resolvido no nível instrumental (de proteção efetiva)". (tradução nossa)⁸¹

De acordo com Santoro Filho, conforme citado por Guimarães⁸² o Direito Penal simbólico se dirige às massas populares com o fim de “desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos”, sem que se dê conta que esse simbolismo, dentre outros fatores, é uma das principais causas do “aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam, da criminalidade”.

Nesse mesmo sentido Pastana⁸³ afirma

que o sistema penal brasileiro caminha atualmente menos para a consolidação democrática, e muito mais para a atuação simbólica, traduzida em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias processuais, endurecimento da execução penal entre outras medidas igualmente

⁷⁹<https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/internacional/2016/07/06/brasil-esta-enfrentando-uma-epidemia-de-violencia-antigay.htm>

⁸⁰ SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *La Expansión Del Derecho Penal – Aspectos de La Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madri: Civitas Ediciones, 2001, p. 21.

⁸¹"No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales,desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)"

⁸² GUIMARÃES, Caroline Alves Cardadeiro. *Criminalização da Homofobia: a tensão entre Direito Penal simbólico e o reconhecimento de minorias*. Rio de Janeiro, 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10788/Caroline%20Alves%20Cardadeiro%20Guimar%C3%A3es.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 01 de jun. de 2020.

⁸³ PASTANA, DEBORA. Contornos do Estado Punitivo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Ufpr*. Curitiba. v. 46, p 207-221. 2007. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14981>>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

severas. Tal sistema opera no sentido do “excesso de ordem”, único capaz de tranquilizar nossa atual sociedade de consumo hedonista e individualista.

A partir disso, o Direito Penal passa a ser utilizado com fins políticos e embalado pela grande pressão social, deixando de ser pensado para cumprir efetivamente sua finalidade, sendo colocada de lado a opinião de especialistas no assunto para ser utilizado em campanhas eleitorais populistas.

Isso ocorre não só com a anuência da sociedade, mas com a exigência por parte dessa, que, nos exatos termos do que afirma Pastana⁸⁴, "passou a aceitar um controle mais ostensivo temendo não mais o Estado opressor, mas sim o marginal, o bandido", preferindo assim a violência institucional, advinda do Estado, à violência criminal, sem que se dê conta de que o conhecido ditado “os fins justificam os meios” não pode vir a ser aplicado no campo criminal, pois serve como justificativa para cada vez mais limitações dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Zaffaroni⁸⁵ anuncia que "os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador", fazendo uma analogia entre a aposta no sistema penal como solução dos problemas sociais e um investimento realizado em uma construtora insolvente, visto que aquele é a empresa de "mais notória insolvência estrutural em nossa civilização"

Dentre os frutos diretos desse expansionismo penal, cumpre destacar dois facilmente observados no nosso sistema jurídico, quais sejam, a proliferação de normas incriminadoras com quase nenhuma precisão, o que afronta de forma explícita o princípio da legalidade acima estudado, podendo ser exemplificado através do delito presente no parágrafo único do Artigo 4º da L. 7.492/86, no qual o legislador se contentou em somente criminalizar a "gestão temerária" de instituição financeira; além da proliferação de punição a atos preparatórios, antecipando-se a lesão do bem jurídico, fenômeno facilmente observado no Estatuto do

⁸⁴ PASTANA, Débora Regina. Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo. In: Estudos de Sociologia. Araraquara, v. 12, n. 22, p. 93. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/350/214>>. Acesso em: 01 de jun. de 2020.

⁸⁵ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal, Rio de Janeiro: Revan, 5ed, 2001, p. 27

Desarmamento (L. 10.826/03) que prevê penas consideravelmente graves tanto para a posse quanto para o porte ilegal de armas.

Ademais, outra manifestação dessa expansão no Brasil pode ser vista através do exemplo encontrado na L. 12.737/12, intitulada como "Lei Carolina Dieckman" e dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Tal lei traz no seu corpo tipos penais que podem ser classificados como "crimes de plástico", podendo ser definidos como aquelas condutas que passam a ser consideradas penalmente relevantes dentro de um específico momento histórico e de uma específica sociedade, onde o Direito Penal volta a aparecer como uma solução para todos os males, e o Poder Legislativo, movido pela pressão popular e midiática, passa a trazer novas "soluções" e ampliam em quantidade e em severidade os tipos penais, ainda que esses não contem com a desejada e necessária efetividade.

Dessa maneira, a difusão da ideia de que a criminalização é a melhor solução para resolver os problemas da sociedade como um todo gera a citada expansão penal, desconsiderando a característica de *ultima ratio* do Direito Penal e aumentando o poder punitivo do Estado ao mesmo tempo em que lhe retira eficácia.

Nos termos do que afirma Luisi, conforme citado por Oliveira,

este perverso processo criminalizador traz em seu bojo uma violência aos direitos humanos. De um lado porque cominada pena a pequenas e poucos relevantes infrações, que podem ser enfrentadas, e com mais eficiência, por outras sanções à disposição do ordenamento jurídico, se violenta, sem real necessidade, um dos mais relevantes direitos do homem, a sua liberdade⁸⁶.

O Direito Penal quis "abraçar o mundo" e tomar para si a resolução de todos os tipos de problema encontrados na sociedade, entretanto ao se fazer demasiadamente amplo, ele passa a ser dotado de quase nenhuma utilidade prática. Nesse sentido, Garcia, citado por Ribeiro, afirma que há

uma 'atividade legislativa temperamental', refletindo, erroneamente a esperança que a sociedade deposita no Direito Penal [...]. A ameaça do legislador com sanções graves, embora saiba de antemão que não vai ser capaz de proteger eficazmente os bens

⁸⁶OLIVEIRA, Marcia Cristina de. Seletividade punitiva e direitos humanos: descompassos entre a programação constitucional e a atuação concreta do sistema punitivo brasileiro, Ijuí, 2014, p. 45

jurídicos a que se propõe, acaba por criar uma imagem de Direito Penal incapaz, por um lado, e puramente intimidatório, por outro⁸⁷.

Ferrajoli⁸⁸ vê na pena não somente a função de prevenção à delitos, mas também a imprescindível função de impedir a ocorrência de punições injustas, visto que ela "tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinqüente contra reações informais", sendo, portanto, indispensável à uma convivência harmônica da sociedade a sua existência.

No entanto, o mesmo autor deixa claro ser uma consequência

"própria desta extensão maciça do direito penal, sua incursão sobre a estrutura garantista da jurisdição, turvando a legitimidade, favorecendo o exercício distorcido e **aumentando a diferenciação entre normatividade dos princípios e efetividade das práticas**. A ilusão panpenalística é sempre funesta ao garantismo⁸⁹, sendo o instrumental penal inidôneo para enfrentar todos os males sociais sem se romper ou corromper" (grifo nosso).

Dessa maneira, no sentido inverso do que se verifica na prática, seria preciso esvaziar o Direito Penal e cuidar para que, por exemplo, crimes de perigo contra bens difusos e coletivos fossem transferidos para órbita da Administração Pública e não mais do Poder Judiciário, retirando deles a sua atual natureza penal, e, conseqüentemente restringindo o tão sobrecarregado rol de infrações penais.

3.2.1 Administrativização do Direito Penal

Conforme visto no capítulo anterior, o fenômeno da Administrativização do Direito está relacionado a uma ruptura com o princípio da subsidiariedade, verificando-se quando aquilo

⁸⁷RIBEIRO, Felipe Roberto Renz. A ampliação da esfera penal do Estado e seus reflexos nos crimes de trânsito. Três Passos, 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

⁸⁸FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

⁸⁹"'garantismo' designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade", próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos" (FERRAJOLI, 2002, p. 684)

que deveria ser tratado somente no âmbito Administrativo passa a migrar para o campo do Direito Penal.

Nos termos da lição de Sanchez⁹⁰,

"É possível dizer que se trata de uma característica do Direito penal das sociedades pós-industriais o assumir, em ampla medida, como raciocínio, a lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente adequada ao Direito Administrativo. É isso que se deseja indicar quando se refere ao processo de "administrativização" em que, na nossa opinião, o Direito Penal está imerso. Isso poderia ser levado ainda mais longe: assim, é possível afirmar não só que o direito penal assume o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionador, mas também que se converte, inclusive, em um direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais" (tradução nossa)⁹¹.

Dessa maneira, é necessário entender qual a diferença entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal a fim de possibilitar a compreensão do porquê a confusão entre eles merece críticas. Nesse sentido, Sanchez⁹² aduz que aquele "dispensa uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito" (tradução nossa)⁹³.

Tal definição se encontra em completa dissonância com o Direito Penal, que deve cuidar da proteção do risco que seja concreto e passível de imputação pessoal a determinado sujeito que tenha praticado conduta lesiva a um bem jurídico, não podendo se pautar simplesmente por uma "transcendência global" de certa conduta, devendo haver a citada violação para serem dotados de legitimidade os tipos penais.

⁹⁰SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *La Expansión Del Derecho Penal – Aspectos de La Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madri: Civitas Ediciones, 2001, p. 130.

⁹¹ "Pues bien, puede afirmarse que es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo 309_ Es esto lo que se quiere indicar cuando se alude al proceso de «administrativización» en que, a nuestro juicio, se halla inmerso el Derecho penal. Ello podría llevarse incluso más lejos: así, no sólo en cuanto a afirmar que el Derecho penal asume el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, sino que incluso, a partir de ahí, se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales"

⁹² SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *La Expansión Del Derecho Penal – Aspectos de La Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madri: Civitas Ediciones, 2001, p. 126-127.

⁹³"exime de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la transcendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara lícito"

Sanchez ⁹⁴ explica que o constante estado de insegurança que a sociedade atualmente experimenta acaba por conduzir-nos a um verdadeiro "Estado de Prevenção", o qual toma como fim a redução dos riscos para, conseqüentemente, promover a segurança. No entanto, importante notar que, dessa maneira, as condutas passam a ser criminalizadas não por serem socialmente indesejadas, mas para que passem a ser assim consideradas. Com isso, o Direito Penal que deveria se basear em efetivas respostas a lesões consideradas importantes, passa a ser um instrumento político de segurança pública, recheado de penalizações com quase nenhuma efetividade.

Conforme aduz Carvalho⁹⁵ essa exacerbada criminalização culmina em uma dupla falência do sistema penal,

"que se manifesta de um lado na crise de eficiência, e de outro na crise das garantias, e por isso agride ambas funções de tutela que justificam o direito penal: as funções de tutela social, a defesa das partes ofendidas contra os crimes, e as funções de garantia individual, a tutela dos indiciados contra as punições injustas".

Por fim, conforme citado por Lutz, precisas são as palavras de Cepeda ao afirmar que

o fenômeno expansivo, como foi dito no início, não se traduziu apenas em um aumento contínuo de condutas que se elevam à categoria de crime, mas também deu lugar a um novo modelo de política criminal que parece contradizer os princípios programáticos que devem orientar a atividade legislativa no campo criminal. Assim, juntamente com a **flexibilidade dos critérios dogmáticos de imputação** (por exemplo, aqueles relacionados à relação causal, à imputação objetiva do comportamento e do resultado, à imputação subjetiva ou à relação de autoria), há uma **flexibilização das garantias** político-criminais materiais e processuais (por exemplo, o princípio da legalidade penal e processual, a importância progressiva dos acordos entre as partes no processo e a diminuição das formalidades dos mesmos, o **princípio da taxatividade** na preparação de tipos criminais, o princípio da não retroatividade das disposições prejudiciais ao réu, o **princípio da proibição da analogia em malam partem** ou o princípio da culpa)⁹⁶. (grifos e tradução nossos)⁹⁷

⁹⁴*Ibidem*, p. 138-139.

⁹⁵CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 81.

⁹⁶LUTZ, Luciano Stumpf. Terrorismo, Direito Penal do Inimigo e complexidade: sobre os limites e as possibilidades do direito e da ciência jurídica na definição do terrorismo, São Leopoldo, 2014, p.23.

⁹⁷"Con carácter general, se puede afirmar que el fenómeno expansivo, como se decía al principio, no sólo se ha traducido en un incremento continuado de comportamientos que se elevan a la categoría de delito, sino que ha dado paso a un nuevo modelo de política criminal que parece contradecir los principios programáticos que deben orientar la actividad legislativa en el campo penal. Así, unido a la flexibilidad de los criterios dogmáticos de imputación (por ejemplo, los relativos a la relación de causalidad, a la imputación objetiva de la conducta y el

Destarte, como em um ciclo sem fim, os acontecimentos que antes eram objetos somente do Direito Administrativo sancionador e agora passam a ser inseridos no rol de crimes acarretam um inevitável aumento do número de crimes, o que conduz o Poder Legislativo, com o respaldo de parte da sociedade, a engordar cada vez mais a lista de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, que pouco a pouco deixa de lado sua característica de *ultima ratio* e, ao contrário, passa a ser tratado como *prima ratio*, ameaçando um dos direitos mais importantes da pessoa humana, sua liberdade.

resultado, a la imputación subjetiva o la relación de autoría), existe una flexibilización de las garantías político-criminales materiales e procesal (por ejemplo, el principio de legalidad penal y procesal, la progresiva importancia de los acuerdos entre las partes en el proceso y la disminución de las formalidades del mismo, el principio de taxatividad en la elaboración de los tipos penales, el principio de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para el reo, el principio de prohibición de analogía in malam partem o el principio de culpabilidad)".

4 HOMOFOBIA

Enunciar o conceito e o que representa a homofobia, sem a pretensão de esgotar esse assunto dotado de considerável complexidade, se faz essencial para o desenvolvimento da presente pesquisa, em ordem de compreender o porquê da busca pela sua criminalização e outras formas de combate.

Conforme dito no capítulo anterior, nas palavras de Borillo⁹⁸, a expressão homofobia, formada pelos radicais "homo" e "phobia", que representam o medo do semelhante, "é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal", transfigurando-se em uma "atitude de hostilidade contra os homossexuais", devendo seu conceito ser estendido, para os fins do presente trabalho, a todos os integrantes do grupo LGBT.

Essa manifestação se faz presente na rotina da sociedade das mais variadas maneiras, fazendo dela um fenômeno complexo e variado, que pode se mostrar através de brincadeiras supostamente inocentes, como uma simples piada que ridicularize a classe LGBT, mas também se revela através de ataques físicos e até mesmo extermínios como o holocausto na Alemanha nazista⁹⁹.

A homofobia ao inferiorizar os homossexuais conseqüentemente eleva os heterossexuais a um patamar superior, no qual devem ser tratados como uma espécie de modelo a ser seguido e, com isso, qualquer escolha ou comportamento que se desvie dele passa a ser considerada anormal, configurando-se assim o que se convencionou chamar de "homofobia geral", que visa "denunciar os desvios e deslizos do masculino em direção ao feminino e viceversa, de tal modo que se opera uma reatualização constante nos indivíduos ao lembrar-lhes sua filiação ao 'gênero correto'"¹⁰⁰. Já a "homofobia específica", que efetivamente interessa à presente pesquisa, seria aquela direcionada especificamente ao grupo LGBT.

⁹⁸BORILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 13.

⁹⁹*Ibidem*, p. 16

¹⁰⁰*Ibidem*, p. 26

Um dos principais meios de acesso à informação sobre casos de homofobia são os relatórios de mortes LGBT¹⁰¹ publicados anualmente pelo Grupo Gay da Bahia¹⁰², que possuem como um de seus fins contribuir para que sejam criadas estratégias de combate que possibilitem o enfrentamento dessa manifestação no Brasil.

No entanto, cumpre ressaltar que "o modelo adotado para o monitoramento de mortes violentas de LGBT+ segue a orientação básica de identificar notas jornalísticas publicadas em jornais brasileiros e demais meios de comunicação"¹⁰³. Dessa maneira, os dados não são oficiais e apresentam uma dificuldade quanto a real validação das informações ali apresentadas, visto que, devido a precariedade de coleta de dados por parte dos órgãos oficiais, ainda que a mídia traga uma notícia sobre a morte de um integrante do grupo LGBT não é possível afirmar com certeza que essa teve como motivação um ato homofóbico.

Feitas essas ressalvas, ao analisar os dados presentes no relatório referente ao ano de 2019 é possível perceber que entre os anos de 2013 e 2017 houve uma tendência de aumento nesses crimes, chegando a alcançar um número de 445 mortes neste último ano, entretanto no período entre 2017 e 2019 houve uma queda no número de casos, sendo registradas 329 mortes neste último ano, o que não exclui o fato de que desde 2000 foram registradas mais de 4809 mortes pelo relatório, um número que realmente demanda atenção das autoridades. Além disso, cumpre expor que essas 329 mortes violentas registradas representam a morte de 1 integrante do grupo LGBT a cada 26 horas no decorrer do ano de 2019.

Dessa maneira, a sociedade como um todo e, principalmente, os integrantes do grupo LGBT passam a encarar a criminalização, e consequente expansão do Direito Penal, como a

¹⁰¹Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 10 de jun. de 2020

¹⁰²"O Grupo Gay da Bahia é a mais antiga associação de defesa dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil [...] é uma entidade guarda-chuva que oferece espaço para outras entidades da sociedade civil que trabalham em áreas similares especialmente no combate a homofobia e prevenção do HIV e aids entre a comunidade e a população geral". Trecho retirado do site da própria associação. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/about/o-que-e-o-ggb-nossa-historia/>>. Acesso em: 10 de jun. de 2020.

¹⁰³OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia/ José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott. – 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

solução para o enfrentamento de um real problema de segurança pública que são os ataques homofóbicos, tanto de ordem física como de ordem psicológica.

4.1 HOMOFOBIA E A CRFB/88

Importante notar a sutil diferença elencada por Rios¹⁰⁴ entre preconceito e discriminação, uma vez que a homofobia seria uma manifestação de ambos. O referido autor afirma que apesar dos conceitos serem correlatos, são essencialmente diferentes, sendo aquele "percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções", enquanto esse materializa as "atitudes arbitrarias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos". A partir desse entendimento, a presente pesquisa tratará da homofobia na sua modalidade discriminatória, enquanto uma exteriorização dos sentimentos.

Sendo assim, importante notar que o termo homofobia deve ser utilizado entre aspas quando estiver fazendo referência ao julgamento da ADO 26 e do MI 4733 – que será estudado no próximo capítulo, popularmente conhecido como a “criminalização da ‘homofobia’”, uma vez que é impossível punir a homofobia, visto que essa é essencialmente interna e integra o preconceito, o que está ao alcance dos tentáculos do Direito Penal é, na verdade, a exteriorização de condutas homofóbicas.

A pretensão de punir alguém por ser homofóbico é querer punir a pessoa pelo que pensa e o direito penal não pode punir quem quer que seja pela sua ideologia, seus desejos e

¹⁰⁴RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. 2007. p. 27-28 e 31. Disponível em: <

pensamentos, só podendo adentrar no âmbito da punição quando esses são exteriorizados através de condutas que denotem esse preconceito. Dessa maneira, é tecnicamente errado falar que o STF criminalizou a homofobia, sendo mais correta a afirmação que o julgamento resultou na criminalização de condutas homofóbicas.

Nessa esteira, "a homofobia viola de modo intenso e permanente uma série de direitos básicos, reconhecidos tanto pelo direito internacional dos direitos humanos, quanto pelo direito constitucional"¹⁰⁵, mas é notório que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se mostrado conscientes das diversas ofensas causadas por tal discriminação, que afeta direitos tão básicos como a liberdade individual, a dignidade humana e até mesmo a vida.

O livre exercício da sexualidade "integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade"¹⁰⁶. Tal direito deve ser visto tanto como de primeira geração quanto de segunda geração, visto que traz ao indivíduo uma garantia de liberdade, que é expressamente prevista pela CRFB no seu Artigo 5º¹⁰⁷, ao mesmo tempo em que deve ser interpretado como a necessidade do Estado conferir especial proteção à classe daquele grupo minoritário que sofre com a homofobia. A realização completa da condição de ser humano não pode se dissociar do direito ao livre exercício da sexualidade, que é necessário à preservação da dignidade humana. Ademais, além da liberdade expressamente prevista, a CRFB prevê no mesmo artigo o direito à igualdade, que não permite a ocorrência de discriminação, devendo ser conferidos iguais direitos a todos, contemplando assim a indiferença quanto a orientação sexual do indivíduo¹⁰⁸.

Em que pese a Carta Magna brasileira não possuir uma menção expressa em relação a discriminação motivada pela orientação sexual, cabe notar que o Brasil firmou a Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância, na qual está expressa a

¹⁰⁵*Ibidem*, p. 39.

¹⁰⁶DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. 2010. p. 1. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_650\)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_650)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)>. Acesso em: 11 de jun. de 2020.

¹⁰⁷Art. 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

¹⁰⁸DIAS, *Op. cit.*, *passim*.

discriminação por conta da orientação sexual e que, como todas as outras manifestações discriminatórias, deve ser completamente erradicada.

Diante do exposto, resta claro que a homofobia afronta a CRFB e todo o ordenamento jurídico brasileiro, seja pela ofensa aos direitos da liberdade e igualdade, seja pelo desrespeito ao princípio da dignidade humana, expressamente previsto como um dos fundamentos da República, sendo necessário, portanto, que se assegure o direito à liberdade de orientação sexual.

5 CRIMINALIZAÇÃO DA "HOMOFOBIA" - ADO 26 E MI 4733

5.1 INQUÉRITO Nº 3.590

Em janeiro de 2013, o PGR ofereceu denúncia em face do deputado federal Marco Feliciano, uma vez que o mesmo supostamente teria praticado o crime previsto no Artigo 20 da Lei de Racismo¹⁰⁹ (L. 7.716/89) ao ter feito uma publicação na rede social "Twitter" afirmando que “a podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (*sic*) rejeição”¹¹⁰.

Nesse sentido, o MPF argumentou que a divulgação de tal pensamento pelo deputado federal em uma rede social induziria à discriminação dos homossexuais, extrapolando assim os limites conferidos pela imunidade parlamentar.

Em seguida, o Ministério Público utiliza-se do precedente resultante do Habeas Corpus nº 82.424/RS, conhecido como o caso Ellwanger, "no qual teriam sido estabelecidas premissas sobre o tema da discriminação e do racismo, visando conferir enfoque ampliado ao conceito de raça constante do tipo penal no qual baseada a acusação"¹¹¹.

O relator ministro Marco Aurélio afirmou que a imunidade parlamentar conferida ao deputado não se aplicaria ao caso, visto ser pressuposto da sua incidência o vínculo entre o pensamento exposto e o desempenho do cargo, o que não restaria caracterizado no caso concreto. No entanto, votou pela procedência dos argumentos da defesa quanto a atipicidade da conduta, visto que teria ocorrido, na verdade, uma discriminação em virtude da opção sexual, enquanto o artigo da Lei de Racismo somente versa sobre a discriminação ou o preconceito relacionado a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não contemplando os decorrente da opção sexual do indivíduo. Dessa maneira, utilizando-se do princípio disposto no Artigo 5º,

¹⁰⁹ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

¹¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Inq. 3590. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 12.08.2014. Public. 12.09.2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4352153>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

¹¹¹*Ibidem*

inciso XXXIX da CRFB¹¹², decidiu pelo não recebimento da denúncia, uma vez que o ato praticado se tratava de uma conduta atípica.

O ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o voto do relator pelo não recebimento da denúncia, enfatizando que o possível acolhimento do pleito poderia vulnerar princípios tão caros ao Estado Democrático de Direito, uma vez que através de decisão judicial seria obtida uma punição criminal sem que existisse uma lei que claramente definisse como ilícita a conduta em análise.

A ministra Rosa Weber endossou na íntegra as anteriores manifestações dos ministros, se pautando no princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* e na taxatividade presente no delito do Artigo 20 da L. 7.716/89.

Por fim, o ministro Luiz Fux cuidou de expor a reprovabilidade do comentário feito pelo parlamentar, que ofende o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Em seguida, afirmou que entender a conduta em análise como um crime contra a honra criaria um preconceito às avessas e optou pela impossibilidade de reconhecer a opção sexual incluída no conceito de raça, acompanhando integralmente o voto do relator, reforçando que não há crime sem lei anterior.

Isto posto, a 1ª Turma do STF rejeitou de maneira unânime a denúncia por atipicidade da conduta, uma vez que se a decisão fosse proferida em sentido diverso resultaria na violação da proibição do uso da analogia *in malam partem* no Direito Penal e da taxatividade inerente aos tipos penais. No entanto, em que pese o exposto, essa matéria foi revista pelo plenário do STF em 2019 por meio da ADO 26 e do MI 4733.

5.2 ADO 26

¹¹²XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Em dezembro de 2013 foi proposta pelo Partido Popular Socialista a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26¹¹³ cujo relator foi o ministro Celso de Mello, e tinha como pedidos (A) o reconhecimento do enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo, fazendo parte, portanto, do mandado de criminalização do inciso XLII do Artigo 5º da CRFB; (B) o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar especificamente a homofobia e a transfobia, determinando que esse aprove legislação criminal que puna tais condutas dentro de prazo razoável a ser estipulado pelo STF; e (C) caso se finde o referido prazo sem a criminalização, ou caso o Tribunal entenda desnecessária sua fixação, requereu-se que a Suprema Corte, através de decisão judicial, tipificasse as condutas de homofobia e transfobia como crimes específicos, seja através da inclusão nos delitos da Lei de Racismo, seja através da criminalização na "forma que esta Suprema Corte julgar mais pertinente/adequada", além da responsabilidade civil do Estado Brasileiro em relação as vítimas desse crime.

O Senado Federal¹¹⁴ argumentou pela inexistência de mandado de criminalização referente a homofobia, visto que o artigo da Constituição invocado não prevê a punição através da criminalização especificamente e reforçou a distinção entre os conceitos de racismo e homofobia. Além disso, alegou não haver mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional, elencando diversos projetos de lei em trâmite na época que tinham por objeto os temas da homofobia e da discriminação, requerendo, então, a improcedência da ação em respeito a legalidade penal e a separação dos poderes. Por sua vez, a Câmara dos Deputados¹¹⁵ reafirmou a posição institucional da casa que aprovou em 2006 projeto de lei que "determinava sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas", que encontrava-se desde então disponível para análise do Senado Federal.

¹¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADO 26. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 13.06.2019. Public. 01.07.2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sequebjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

¹¹⁴Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7197637&prcID=4515053&ad=s#>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

¹¹⁵Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=361878178&prcID=4515053&ad=s#>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

O MPF¹¹⁶ se manifestou nos autos pelo não conhecimento parcial da ação no tocante as indenizações das vítimas, por esse pedido ser incompatível com a sistemática da ADO. Quanto ao mérito da parte a ser conhecida, o PGR Rodrigo Janot sustentou dever ser julgado procedente o pleito, através da interpretação atualizada da Constituição por meio dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana como forma de incluir os atos discriminatórios e preconceituosos motivados pela orientação sexual e/ou identidade de gênero na Lei de Racismo, uma vez que o racismo deveria ser conceituado a partir de uma "dimensão abertamente cultural e sociológica". Dessa maneira, o mandado de criminalização que originou a supracitada lei abrangia também os casos de homofobia.

Ademais, alegou restar configurada a mora inconstitucional do CN (Congresso Nacional), tendo em vista o irrazoável lapso temporal da tramitação dos projetos de lei, uma vez que a determinação de punição de discriminações que atentem contra direitos e liberdades fundamentais e o mandado de criminalização do racismo geram, na verdade, um dever de tratamento penal específico. Dessa maneira, não restaria ofendido o princípio da reserva legal, que deveria ser visto a partir da supremacia da Constituição, das determinações de proteção da dignidade da pessoa humana, da previsão de mecanismos voltados para o combate da omissão inconstitucional e do papel do STF na concretização da Constituição.

Com isso, sugeriu a fixação de prazo razoável para o Legislativo cumprir seu dever constitucional de criminalizar condutas homofóbicas. Ademais, caso não seja observado esse prazo, concluiu pela possibilidade de aplicação da Lei 7.716/1989 para todas as formas de homofobia e transfobia através da técnica de interpretação conforme a Constituição, por uma decisão de perfil moderadamente aditivo.

Por sua vez, a Advocacia-Geral da União¹¹⁷, já em novembro de 2018, se manifestou nos autos pela improcedência dos pedidos formulados. Preliminarmente, alegou não ser possível que o STF estipule um prazo para que o Poder Legislativo aprove projeto de lei que

¹¹⁶Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8707709&prcID=4515053&ad=s#>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

¹¹⁷Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748686816&prcID=5590039#>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

tipifique condutas homofóbicas e muito menos que a própria corte o faça por meio de decisão judicial, medidas essas que além de não possuírem previsão no §2º do Artigo 103 da CRFB¹¹⁸, se reconhecidas afrontariam tanto o princípio da separação dos poderes, quanto o princípio da legalidade, que deve ser estritamente observado. Sem prejuízo do já exposto, afirmou não haver mora inconstitucional por parte do CN, visto que não há mandado de criminalização específico referente as condutas homofóbicas.

5.3 MI 4733

O mandado de injunção 4733¹¹⁹ é da autoria da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) e foi proposto no ano de 2012 em face do Congresso Nacional. Ele possuía pedidos semelhantes aos da ADO acima analisada, quais sejam, (A) o reconhecimento do enquadramento da homofobia no conceito ontológico-constitucional de racismo ou, subsidiariamente, o reconhecimento de que tais práticas configuram discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais e (B) a declaração, fundamentada nos mesmos incisos do Artigo 5º da CRFB acima mencionados, da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia.

O Senado Federal se manifestou no sentido da "falta de interesse de agir pela inadequação da via eleita, seja pela ausência de dever constitucional de legislar, seja pela ausência de mora legislativa", além de apontar a afronta ao princípio da reserva legal penal. A Câmara dos Deputados, no mesmo sentido, alegou a "inexistência de omissão inconstitucional ou óbice incontornável ao exercício dos direitos de liberdade e igualdade dos cidadãos LGBT em razão da ausência de tutela penal"

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, afirmou que o mandado não pretende assegurar o exercício de um direito concretamente consagrado na Constituição e que os fundamentos invocados pelo impetrante impõem ao Estado o dever de combater e punir

¹¹⁸§ 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.

¹¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 4733. Rel. Min. Edson Fachin. Julg. 13.06.2019. Public. 01.07.2019 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, não havendo qualquer menção específica a tipificação de condutas homofóbicas. Por fim, alegou ser impossível suprir judicialmente uma omissão legislativa na seara do Direito Penal, fundamentando-se no princípio da reserva legal penal.

O PGR Roberto Gurgel defendeu o não cabimento do mandado de injunção, fundamentando-se na inexistência de mora legislativa, uma vez que já existia na época projeto de lei sendo apreciado pelo CN, além do fato de já existir legislação aplicável aos delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual.

Diante do exposto, em outubro de 2013, o ministro relator Ricardo Lewandowski proferiu decisão monocrática¹²⁰ na qual firmou seu entendimento no sentido da aplicabilidade do Artigo 20 da L. 7.716/89 e acolheu os argumentos oferecidos pela AGU e pela PGR, aduzindo não ser possível o ajuizamento do MI no caso concreto, por não restar configurada sua causa de incidência, além da inexistência de mora inconstitucional e impossibilidade de suprimento judicial da suposta omissão legislativa no âmbito do Direito Penal, por conta do princípio da legalidade. Dessa maneira, decidiu pelo não conhecimento da ação.

No entanto, foi interposto agravo regimental pela ABGLT, o qual obteve parecer favorável do novo PGR¹²¹ Rodrigo Janot, que opinou pelo provimento do recurso em ordem de que fosse reconhecido o MI e posteriormente deferido parcialmente o pedido. Nesse sentido, afirmou ser possível que a Suprema Corte realize a fixação de prazos para o Congresso Nacional editar a norma pretendida e defendeu a "reconfiguração" do princípio da legalidade, de forma a possibilitar uma excepcional e supletiva regulamentação por intermédio da jurisdição constitucional. Ademais, defendeu a interpretação do Artigo 20 da L. 7716/89 para que abarque as condutas homofóbicas além de, subsidiariamente, que o STF estaria autorizado a determinar a aplicação do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, ainda que ambos ainda estivessem somente tramitando.

¹²⁰Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=180741204&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

¹²¹Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=4923201&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

5.4 JULGAMENTO CONJUNTO DA ADO 26 E DO MI 4733

A ADO 26 e o MI 4733 foram reunidos para julgamento conjunto, que se iniciou no dia 20 de fevereiro de 2019 e se encerrou em 13 de junho do mesmo ano. A decisão do plenário se deu nos seguintes termos, de acordo com o disposto no acórdão da ADO:

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 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 improcedente¹²².

Dessa maneira, cumpre analisar os votos proferidos e o voto condutor do ministro Celso de Mello, relator da ADO 26, decidiu (A) reconhecer a existência do estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional frente à existência do mandado de criminalização disposto nos incisos XLI e XLII do Artigo 5º da CRFB e sua consequente omissão normativa

¹²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADO 26. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 13.06.2019. Public. 01.07.2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

inconstitucional; (B) cientificar o Congresso Nacional, nos termos do disposto na Constituição e na Lei 9.868/99; e, por fim (C) dar interpretação conforme à Constituição a fim de enquadrar as práticas homofóbicas e transfóbicas, "qualquer que seja a forma de sua manifestação", nos delitos da Lei de Racismo, justificando tal medida no reconhecimento de que tais condutas estariam inseridas no conceito de racismo social utilizada no julgamento do HC 82.424/RS e porque também se enquadrariam "ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais", aplicando-se tal entendimento desde a data da conclusão do julgamento¹²³.

Em seguida, votou o ministro relator do MI 4733 Edson Fachin no sentido de julgar procedente a ação a fim de reconhecer a mora inconstitucional do CN e aplicar a Lei de Racismo para os crimes resultantes de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Para tanto, afirmou que a proteção dos direitos fundamentais pode implicar também na criação de tipos penais próprios, pautando todo seu voto em cinco premissas, quais sejam, (A) ser atentatório ao Estado Democrático de Direito todo tipo de discriminação; (B) estar a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual asseguradas pelo direito à igualdade; (C) existir na CRFB um mandado constitucional de criminalização para toda discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais; (D) haver uma omissão legislativa por parte do Poder Legislativo; e (E) a perversidade de todos os tipos de discriminação¹²⁴.

O ministro Alexandre de Moraes afirmou que o padrão protetivo em relação a efetivação da proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos vulneráveis adotado pelo CN, "sempre se pautou pela necessidade de, além de normas administrativas e civis, incluir a criação de tipos penais específicos", utilizando-se de exemplos como o Código de Defesa do Consumidor e a violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido, declarou a omissão inconstitucional do CN, pelo reconhecimento do mandado de criminalização na Constituição e concedeu interpretação conforme à Constituição para aplicação integral da Lei de Racismo às condutas homofóbicas e transfóbicas¹²⁵.

¹²³Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 02 de jul. de 2020.

¹²⁴Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin1.pdf>>. Acesso em: 02 de jul. de 2020.

¹²⁵Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>>. Acesso em: 02 de jul. de 2020.

O ministro Luís Roberto Barroso, que também acompanhou o voto dos relatores aduziu que as condutas homofóbicas são atentatórias aos direitos e as liberdades fundamentais, sendo esse um efetivo problema no Brasil, pois há um número bastante expressivo de ocorrências. Dessa maneira, considerando o grupo LGBT como uma parcela vulnerável da sociedade, considerou que a criação primária de leis é competência do Poder Legislativo, mas em casos de injustificada omissão desse, especialmente em relação a direitos fundamentais, o STF deve agir para fazer valer a Constituição e garantir os direitos das minorias¹²⁶.

Em seu voto, a ministra Rosa Weber tratou a questão da homofobia como algo urgente, que impõe ao Estado uma atuação positiva, visto que a sociedade ainda carrega práticas que evidenciam a heteronormatividade. Dessa maneira, considerou que o Congresso Nacional encontrava-se em mora inconstitucional em relação ao disposto no Artigo 5º, inciso XLI da CRFB e o simples trâmite de projetos de lei não obstaría a configuração da mora, considerando o conceito do racismo social para abarcar as discriminações de gênero e orientação sexual, enquadrando-as, conseqüentemente, na Lei de Racismo¹²⁷.

Nesse mesmo sentido, o ministro Luiz Fux considera que o fato de existirem projetos de lei referentes ao assunto tratado nas ações não é capaz, por si só, de suprir a omissão do Poder Legislativo, ainda mais pela maneira descontínua que esses tramitam, exigindo que o STF atue na defesa desse grupo vulnerável e no combate às condutas homofóbicas que são cotidianas e não simples fatos isolados. Aduziu, ainda, que a Corte não estaria criando uma norma penal e sim realizando a simples interpretação de uma lei infraconstitucional e entendendo o racismo no seu conceito social¹²⁸.

A ministra Cármen Lúcia, que também acompanhou os relatores no sentido de enquadrar as condutas homofóbicas no conceito de racismo social, afirmou ser impossível negar a mora inconstitucional do Poder Legislativo que não atuou para proteção do grupo vulnerável

¹²⁶Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/2019/02/25/julgamento-da-ado-26-e-do-mi-4733-omissao-na-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia/>> e <<https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>>. Acesso em: 05 de jul. de 2020.

¹²⁷Disponível em: <<https://youtu.be/UFUa1EJeDMo?t=70>>. Acesso em: 05 de jul. de 2020.

¹²⁸Disponível em: <<https://youtu.be/UFUa1EJeDMo?t=1636>>. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

LGBT frente às discriminações sofridas por esse, as quais constituem uma verdadeira barbárie. Dessa maneira, afirmou que a tutela dos direitos fundamentais precisa ser plena para que se dê efetividade à Constituição¹²⁹.

O primeiro a divergir dos relatores foi o ministro Ricardo Lewandowski, que apesar de reconhecer a mora do Congresso Nacional e a consequente necessidade de cientificá-lo disso, reconheceu não ser possível o enquadramento da homofobia na Lei de Racismo, sendo indispensável que a criminalização decorra da lei exclusivamente. Sendo assim, afirmou que estender um delito de maneira a alcançar condutas que não foram "especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos", não cabendo ao Poder Judiciário a atividade de criação de tipos penais, votando no sentido de prover parcialmente a ação pelo reconhecimento da mora legislativa e cientificar o Congresso Nacional para que adote as providências necessárias¹³⁰.

Por sua vez o ministro Gilmar Mendes acompanhou os relatores pela procedência das ações, fundamentando-se no reconhecimento da mora do Congresso Nacional, que não se afasta pela simples tramitação de projetos de lei; na proteção de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana; e na compatibilidade da interpretação conferida ao racismo – através de um conceito histórico, sociológico e cultural, enquadrando as condutas homofóbicas na Lei de Racismo – com a Constituição. Além disso, ainda se referiu à questão da proteção insuficiente e o do direito ao autodesenvolvimento¹³¹.

Em posicionamento firme a favor do respeito ao princípio da legalidade, o Ministro Marco Aurélio inicia seu voto enunciando que o "céu é o limite, não é no Supremo". Nesse sentido, julgou improcedentes ambas as ações, considerando-as vias inapropriadas para os pedidos, não reconhecendo a omissão do Poder Legislativo e afirmando ser impossível a extensão da Lei de Racismo pela quebra da taxatividade dos delitos elencados nela,

¹²⁹Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

¹³⁰Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/legislativo-tipificar-crime-defende.pdf>>. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

¹³¹Disponível em: <https://youtu.be/qZUGC_1_0GY?t=2443>. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

configurando-se o acolhimento do pedido uma afronta à expressa e clara restrição disposta na Constituição. Sem prejuízo do seu voto, o ministro fez questão de reconhecer a persistência do grave quadro de discriminação contra o grupo LGBT existente no país, mas que o STF, como guarda da constituição, não tem falhado no âmbito do reconhecimento das diversas orientações sexuais e identidades de gênero, esforçando-se no sentido de concretização da proteção aos grupos vulneráveis, sempre se atendo aos limites de atuação impostos pela própria Lei Maior¹³².

Por fim, o ministro Dias Toffoli, acompanhou o ministro Ricardo Lewandowski no sentido de reconhecer a omissão legislativa, sem que fosse realizado o enquadramento das condutas homofóbicas na Lei de Racismo. O presidente do STF ainda fez questão de ressaltar que apesar das divergências existentes, todos os ministros afirmaram nos seus votos o repúdio à discriminação, ao ódio, ao preconceito e a violência por razões de orientação sexual¹³³.

5.5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO

Preliminarmente, importante lembrar que a judicialização da política e o ativismo judicial, sob o pretexto de estarem contribuindo e sendo necessários para a efetivação dos direitos elencados na Constituição, acabam gerando uma crise de segurança jurídica na qual, paradoxalmente, a consequência é o desrespeito ao próprio texto constitucional.

Ademais, nos termos do estudado no capítulo anterior, foi possível perceber por parte da mídia, durante o julgamento da criminalização da “homofobia”, um maior enfoque do que quando comparado a outras ações que tramitam na Suprema Corte, contando também com grande apelo de parte da sociedade que, por meio de redes sociais, manifestaram seu apoio ao provimento dos pedidos da ADO 26 e do MI 4733 - tendo tal apelo, de maneira contraditória, vindo em grande parte de grupos que normalmente defendem um Direito Penal reduzido - fatos esses que acabam influenciando no resultado de julgamentos, não sendo diferente no caso ora analisado.

Diante do anteriormente discorrido resta demonstrado que a decisão do STF se encontra imersa em um cenário que evidencia não só a judicialização da política, ocasionada por uma

¹³²Disponível em: <https://youtu.be/qZUGC_1_0GY?t=5026>. Acesso em: 07 de jul. de 2020.

¹³³Disponível em: <https://youtu.be/qZUGC_1_0GY?t=7756>. Acesso em: 07 de jul. de 2020.

falta de confiança na atuação do Poder Legislativo em prol da efetivação de direitos da sociedade, como também o ativismo judicial, com o judiciário, por opção própria, interpretando a Constituição de maneira proativa, expandindo-se para além das atividades que tipicamente são atribuída para si e, conseqüentemente, invadindo o núcleo essencial de atividades dirigidas ao Poder Legislativo.

Cumprе ressaltar, ainda, que não está em pauta a discussão sobre a efetiva gravidade das condutas homofóbicas e toda a cultura discriminatória que se esconde por detrás dela e possui conseqüências terríveis para qualquer sociedade, mas, assim como nos votos dos ministros que independentemente de eventuais divergências fizeram questão de manifestar seu repúdio a tais atos, busca-se realizar uma análise técnica e jurídica da decisão e seus efeitos, uma vez que o altruísmo do combate a homofobia, tendo como pressuposto o combate a todos os tipos de discriminação não vai se justificar por todo e qualquer meio.

O primeiro ponto controverso da decisão ora analisada é quanto a existência de um mandado de criminalização específico para a discriminação homofóbica expresso nos incisos XLI e XLII do Artigo 5º da CRFB. Esses referidos mandamentos definem uma opção política, por meio da qual o Poder Constituinte atribui um dever de criação e efetiva aplicação de uma sanção penal.

Dessa forma, ao analisar os dois incisos mencionados é possível perceber uma nítida diferença entre eles, uma vez que enquanto o primeiro afirma que "a lei punirá", o segundo traz expressamente a afirmação que "a prática do racismo constitui crime", o que desde já evidencia o tratamento diferenciado conferido pela Constituição às duas situações. Dessa maneira, diferentemente do caso do racismo, as discriminações que atentem contra direitos e liberdades fundamentais devem ser punidas na forma que o Poder Legislativo considere adequada após deliberação democrática, visto que não há qualquer mandamento por parte do dispositivo para que seja aplicada uma punição criminal.

Em seguida, utilizou-se como fundamento para adoção do conceito social de racismo o julgamento do caso Ellwanger (HC nº 82.424/RS)¹³⁴, entretanto se faz necessário compreender qual foi o verdadeiro objeto e alcance dessa decisão. No caso em tela, o impetrante Siegfried Ellwanger Castan era o proprietário da editora "Revisão Editora Ltda." na qual publicou obras próprias e de terceiros que continham conteúdos antissemitas, motivo pelo qual o Ministério Público, em novembro de 1991, o denunciou pela prática do crime disposto no Artigo 20 da Lei de Racismo.

Após diversos recursos, o réu impetrou o referido *Habeas Corpus* perante o STF, baseado na suposta prescrição do delito cometido, mas que foi indeferido pelo voto da maioria. Foi justamente nessa decisão que a Corte reconheceu o conceito social de racismo, utilizado para fundamentar as decisões da ADO 26 e do MI 4733.

De fato, não é mais possível afirmar cientificamente que a espécie humana é dividida em raças, sendo assim o STF considerou que o racismo advém de um processo político-social de discriminação onde as raças, como fator de exclusão, são socialmente construídas. Dessa maneira, os judeus poderiam ser enquadrados dentro do conceito de raça pelo pensamento do nacional-socialismo difundido por meio das publicações realizadas pela editora, nas quais os judeus e os arianos seriam componentes de raças distintas e aqueles estariam carregados por uma posição de inferioridade que justificariam não só a segregação como até mesmo o extermínio.

O Poder Constituinte, considerando a gravidade e a fim de externar a devida repulsa à prática do crime de Racismo previu expressamente ser ele dotado de imprescritibilidade, como forma de não deixar dúvidas quanto a abjeção a esse crime, sendo justamente essa característica que o impetrante pretendia afastar através do não reconhecimento da sua conduta como racismo, com a consequente extinção da punibilidade. No entanto, ao negar o HC o STF entendeu que a imprescritibilidade expressa no texto constitucional é aplicável aos atos de discriminação contra judeus.

¹³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves. Julg. 17.09.2003. Public. 30.09.2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 10 de jul. de 2020.

De acordo com isso, resta claro que, diferentemente do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, no caso Ellwanger não houve a extensão de um tipo penal e a consequente definição de uma nova conduta incriminadora, mas foi decidido que uma conduta já abarcada expressamente pela redação do artigo, visto que esse contém a expressão "religião", fosse alcançada pela vedação constitucional do curso da prescrição. Sendo assim, o HC 82.424/RS não deve prevalecer como precedente aceitável para um julgamento que resulte na extensão de um tipo penal.

Seguindo na análise, encontra-se o ponto mais preocupante da decisão, que é a afronta direta ao princípio da legalidade. Conforme leciona o professor Rodrigo Machado¹³⁵, ao optar pela democratização estatal, a CRFB/88 se voltou para uma tutela primeira e máxima dos direitos e garantias individuais fundamentais, respectivamente pela posição desses direitos no texto constitucional e pela extensão conferida a sua disciplina. Um exemplo disso é facilmente identificado com a análise da Constituição de 1967, a qual abordava os direitos e garantias fundamentais no seu Artigo 150º e atualmente, seguindo essa tendência de ordem de importância, encontram-se situados no Artigo 5º da CRFB/88, estando localizado o princípio da legalidade até mesmo antes do mandado de criminalização do racismo, o que realça o tamanho de sua importância.

A frase utilizada pelo ministro Celso de Melo, relator da ADO 26, durante seu voto, ajuda a compreender o problema gerado pela decisão proferida, que foi guiada pelo seu próprio voto, tendo ele afirmado que "nada compensa a ruptura da ordem constitucional, porque nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental"¹³⁶.

De início, cumpre lembrar a redação literal do inciso XXXIX do Artigo 5º da CRFB, o qual afirma que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Nessa esteira, resta claro que uma decisão proferida no âmbito do Poder Judiciário, por maior que seja o esforço interpretativo empregado, não pode vir a ser enquadrada dentro do

¹³⁵Fala do professor Rodrigo Machado nas disciplinas Direito Processual Penal I e II, UFRJ, em 2019.

¹³⁶Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 11 de jul. de 2020.

conceito de "lei" que é utilizado naquele, nem mesmo no caso dessa decisão ser proferida pela mais alta Corte do país.

Os ministros do STF, principalmente no voto do relator, reconheceram e fizeram questão de afirmar a impossibilidade do uso da analogia *in malam partem* no Direito Penal, travestindo o resultado do julgamento como uma mera interpretação, o que supostamente não afrontaria a função *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* oriunda do princípio da legalidade, entretanto, ainda assim, essa orientação estaria em dissonância com o princípio da interpretação restritiva.

No entanto, a partir do resultado obtido no julgamento ora em análise, em conjunto com o acima estudado a respeito da analogia, verifica-se um perfeito enquadramento entre esses, e o conseqüente afastamento da possibilidade de caracterizá-lo como uma simples interpretação conforme à Constituição.

Conforme visto anteriormente, por meio da analogia, o intérprete se afasta do disposto originalmente no texto legal e passa a exercer uma função tipicamente legislativa a fim de superar as eventuais lacunas presentes no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o ato de suprir uma lacuna através de uma decisão judicial configura explícito emprego de analogia, sendo exatamente isso o ocorrido na decisão da ADO 26 e do MI 4733.

Tal afirmação resta configurada a partir do momento em que o STF declara a existência da mora do Poder Legislativo na criação de uma lei específica - a criminalização dos atos de homofobia, o que configuraria, na verdade, uma situação de lacuna do ordenamento e, a partir disso, não se contenta em afastar interpretações divergentes para enfim acolher a que seja mais constitucionalmente adequada, mas passa a suprir aquela incompletude identificada.

Caso se tratasse de mero ato de interpretação, não haveria motivo para declarar a mora do Poder Legislativo, uma vez que esse teria, na verdade, cumprido o seu dever constitucional de legislar sobre o tema, e tanto não foi isso que ocorreu que a decisão declarou que os efeitos da suposta interpretação somente se aplicariam a partir da data em que fosse concluído o julgamento, explicitando assim a anterior atipicidade da conduta e o surgimento de um novo tipo penal.

Ainda sob essa perspectiva, mesmo sendo efetivamente reconhecida a mora legislativa do Congresso Nacional em cumprir um mandado de criminalização, que conforme visto acima não é o enquadramento correto para o disposto no inciso XLI do Artigo 5º da CRFB, a solução correta a ser empregada pela Suprema Corte, seria aquela expressamente disposta no Artigo 103, §2º da CRFB¹³⁷, cientificando-se o Poder Legislativo da sua mora para que essa fosse então suprida, revestindo-se essa decisão de um caráter declaratório.

De fato, com o advento da Lei que regula o Mandado de Injunção (L. 13.300/16) esse remédio constitucional passou a adotar expressamente a tese concretista, na qual o próprio tribunal assume para si a função de regulamentar o direito através de uma decisão de caráter mandamental e não meramente declaratório. Com isso, tal perspectiva foi de certa forma importada para a ADO, tendo como exemplos disso tanto a ADO 24¹³⁸ como a ADO 25¹³⁹, nas quais o STF fixou, respectivamente, prazos de 120 dias e 12 meses para que o Congresso Nacional legislasse.

A despeito dessa mudança de entendimento – aplicação da tese concretista nos julgamentos de ADOs – ter seu lado positivo como sendo, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia¹⁴⁰, “um passo adiante na natureza recomendatória que se tinha no julgamento das ADOs”, é necessário entender que a referida “importação” é inaplicável nos casos de julgamento de uma ação que possa resultar na expansão de um tipo penal.

Ainda assim, o ministro relator considerou que adotar a medida constitucionalmente prevista, o apelo ao legislador, "nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, quando não inócua, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo"¹⁴¹, passando por cima do

¹³⁷ § 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.

¹³⁸ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313538876&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 de mai. de 2020

¹³⁹ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>>. Acesso em: 18 de mai. de 2020

¹⁴⁰ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330861>>. Acesso em: 18 de mai. de 2020.

¹⁴¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 11 de jul. de 2020.

princípio da legalidade e da separação dos poderes para suprir uma lacuna baseando-se em uma futura e incerta ineficácia de medida nunca antes tomada – fato esse que por si só também impediria o preenchimento da lacuna diretamente pelo Poder Judiciário no julgamento de MI, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 8º da L. 13.300/16¹⁴².

Diante do exposto, resta demonstrado que, em verdade, foi feita uma analogia *in malam partem* em matéria de Direito Penal, terminantemente proibida no ordenamento jurídico pátrio, e não uma simples interpretação conforme a Constituição, como foi alegado pelo STF.

Seguindo na análise do princípio da legalidade, a sua outra função afrontada pela decisão que criminalizou a "homofobia" foi a *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, que afasta do Estado a possibilidade de confeccionar normas penais incriminadoras com redações vagas e indeterminadas.

O princípio da taxatividade apresenta uma barreira quanto à conceituação político-social empregada pelo STF ao racismo. O ministro relator da ADO 26 adotou o conceito de racismo segundo o qual esse seria um processo de desumanização do outro que busca possibilitar a adoção de processos de discriminação e de exclusão sociais em relação a determinados grupos dominados e minoritários, reduzindo, no caso específico, os homossexuais a uma condição de inferioridade quanto ao acesso e gozo de direitos, bens, serviços e oportunidades.

Nessa esteira, importante observar que a expressão "racismo", apesar de ser esse o nome pelo qual a Lei 7716/89 é conhecida, não consta em nenhum dos seus artigos e sim a palavra "raça". Com isso, o voto condutor também tratou de oferecer uma conceituação a essa, que não poderia ser limitada a representar somente um conceito fenotípico, mas representaria uma arbitrária construção social que tem por fim a criação de mecanismos destinados a justificar a desigualdade, sustentando-se na hegemonia de um determinado grupo dominante e, diante disso, o racismo deveria se revestir de um conceito geral, abstrato e de caráter amplo.

A adoção dos referidos conceitos foge completamente do conteúdo semântico das citadas expressões e passa a englobar uma variadíssima e indefinível gama de condutas típicas,

¹⁴² Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

como, por exemplo, o preconceito que seja dirigido a obesos, anões ou qualquer parte integrante de um grupo que esteja situado fora do padrão da época. Dessa maneira, a necessidade de clareza e precisão das normas penais incriminadoras é deixada de lado para dar espaço a uma incriminação vaga e indeterminada, possibilitando uma futura arbitrariedade por parte do próprio Poder Judiciário que passa a ter liberdade para navegar nas imprecisões do tipo penal.

Nos termos do que foi analisado em capítulo anterior, de acordo com a lição de Tavares¹⁴³, devido a elevada importância para o ordenamento jurídico, o princípio da legalidade se trata de um postulado normativo, uma vez que está disposto expressamente tanto na Constituição quanto no Código Penal, o que impossibilita a sua "reconfiguração", conforme defendido pelo PGR¹⁴⁴, a qual se trataria na verdade de uma efetiva flexibilização.

Continuando nessa mesma linha de raciocínio, Barroso¹⁴⁵, atual ministro da Suprema Corte, e que optou por acompanhar o voto dos ministros relatores, aduz ser indispensável que o Poder Judiciário adote certo rigor dogmático quando da aplicação de "regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido", visto que o abuso da discricionariedade judicial na solução de casos que envolvam tais regras e princípios pode ser "extremamente problemático para tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial".

Como forma de afastar tais consequências, o mesmo autor sugere a utilização de dois parâmetros, que são a prevalência da lei, visto que se trata de uma manifestação inequívoca e válida do Poder Legislativo, e a prevalência da regra frente aos princípios de mesma hierarquia, uma vez que o legislador e/ou o constituinte atuou de maneira expressa descrevendo a conduta que deveria ser seguida e, conseqüentemente, respeitada pelo intérprete. Dessa maneira, a adoção desses dois parâmetros concretizaria "os princípios da separação de poderes, da segurança jurídica e da isonomia [...] minimizando a intervenção do intérprete judicial".

¹⁴³TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 60.

¹⁴⁴Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=4923201&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 de jul. de 2020.

¹⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.431-433.

Sendo assim, o princípio da legalidade, postulado normativo, que é também veiculado por meio de uma regra, afasta de si o juízo de ponderação e torna imperioso o respeito aos seus limites semânticos, o que não foi observado no julgamento estudado na presente pesquisa.

Conforme afirma Araújo,

No juízo de adequação típica, não há o que cortar ou esticar: ou o fato se adéqua, justa, exata e perfeitamente à previsão legal (como mão à luva, sem folgas ou apertos), ou, sob a ótica do tipo penal em questão, esse mesmo fato se apresenta como atípico ou, quem sabe, passível de enquadramento em tipo penal diverso. Isto porque, no âmbito penal de incriminação, a atitude procustiana de cortar ou esticar é proibida pela Constituição¹⁴⁶.

Tavares¹⁴⁷, nesse mesmo sentido, expõe que sob a luz do princípio da legalidade, "se uma conduta não estiver prevista na lei penal como criminosa, nada poderá transformá-la em criminosa, nem a vontade dos governantes, nem as decisões judiciais, **ainda que seus possíveis efeitos possam ser considerados socialmente relevantes**" (grifo nosso), enquadrando-se perfeitamente no presente caso, porquanto independentemente da relevância social do assunto debatido, caso os juízes e tribunais avoquem para si o poder de criminalizar condutas por meio da analogia, como forma de suprir uma suposta inércia legislativa, sob o pretexto da concretização de direitos fundamentais, restará esvaziado de maneira substancial o princípio da legalidade.

Ademais, como forma de complementação à análise do julgamento, interessante notar que tanto os ministros como os autores da ADO 26 e do MI 4733 (incluindo-se nesse rol os diversos *amicus curiae* que realizaram sustentação oral) se apoiaram na problemática situação vivida no Brasil em relação aos homicídios e lesões à integridade física perpetrados contra os integrantes do grupo LGBT, entretanto não é possível identificar um único tipo incriminador na Lei 7.716/89 que diga respeito a essas condutas.

¹⁴⁶ARAÚJO, José Osterno Campos de. O olho da lei, a cama de Procusto e a lente da legalidade. 2017. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/o-olho-da-lei-a-cama-de-procusto-e-a-lente-da-legalidade/>>. Acesso em: 13 de jul. de 2020.

¹⁴⁷TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p. 60.

Tais crimes fazem parte da complicada crise de segurança pública vivenciada no país, e como forma de embasar tal afirmação segue a comparação no número de mortes entre o Brasil e a Argentina, ambos países integrantes da América do Sul: segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública¹⁴⁸ no ano de 2018 o Brasil registrou um total de 48.962 homicídios dolosos, enquanto a Argentina registrou 2.362 casos¹⁴⁹. A realidade de violência no país se torna ainda mais clara quando realizada a comparação com países da Europa, como Portugal, que registrou 87 homicídios consumados também no ano de 2018¹⁵⁰.

Além disso, as referidas condutas já se encontram indiretamente tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro - tendo como exemplo até mesmo a configuração da prática de um crime hediondo como o homicídio qualificado por motivo torpe, que na análise do caso concreto pode ser configurado pela homofobia. A despeito de não haver a nomeação específica dos crimes praticados em face do grupo LGBT, conforme veremos adiante, o combate a essas condutas discriminatórias não encontra no Direito Penal o seu fim ideal.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que cabe ao Poder Legislativo determinar de qual maneira os atos discriminatórios mencionados no inciso XLI do Artigo 5º da CRFB serão punidos e não o Poder Judiciário, tendo em vista o perigoso precedente aberto pela Suprema Corte no qual o princípio da legalidade é violado e se institui um verdadeiro confronto com o Congresso Nacional.

A decisão do julgamento que foi comemorada por setores mais progressistas da sociedade, o que pôde ser observado através de manifestações que se utilizaram, inclusive, do slogan "criminaliza STF", pode se tornar uma perigosa armadilha a ser utilizada em desfavor da sociedade como um todo, mas principalmente em desfavor daqueles que a defenderam, uma vez que foi possibilitada a extensão de tipos penais incriminadores por parte do Poder que não detém legitimidade constitucional para tanto e é composto por indivíduos de determinada classe

¹⁴⁸Disponível em: <https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

¹⁴⁹Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales>>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

¹⁵⁰Disponível em: <https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Vitimas_Homicidio-2018.pdf>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

social que, naturalmente, externam convicções moldadas por essa, e que não estão sujeitos à escolha por parte da sociedade.

Nessa esteira, a analogia se mostra um poder com pouca ou quase nenhuma restrição, não podendo ser tolerada dentro de um Estado Democrático de Direito de maneira a permitir a restrição de um dos direitos mais caros aos indivíduos, que é a liberdade. A definição de crimes não pode estar sujeita ao puro arbítrio do intérprete, como verificado no julgamento da ADO 26 e do MI 4733, sob o risco de legitimar decisões arbitrárias.

Nesse sentido, afirma Fernandes que

A experiência, cada vez mais, é a de uma total prescindibilidade das regras que dizem respeito à repartição de poderes e soberania popular em favor das demandas por mais punição e por mais atuação judicial. Quando se autoriza que o STF inclua uma elementar criminalizadora em uma lei – já que não há controvérsia quanto ao sentido de algum dos termos da norma –, inevitavelmente se está alterando o jogo republicano, atribuindo capacidade legislativa a órgão não eleito. Abre-se uma nova porta para que uma elite sem representatividade, e que já se revelou alinhada aos arranjos políticos e da razão neoliberal, assuma protagonismo no processo de delineamentos da pós-democracia brasileira¹⁵¹.

5.6 CRIMINALIZAÇÃO DA "HOMOFOBIA" E A CARACTERÍSTICA DE *ULTIMA RATIO* DO DIREITO PENAL

O sentimento de medo e insegurança experimentado de maneira potencializada pelas sociedades modernas acaba por conduzir os cidadãos de uma maneira geral a uma busca mais intensa por respostas penais do Estado, o que se evidencia na pauta pela criminalização da "homofobia" por parte do grupo LGBT, tradicionalmente relacionado a grupos políticos de esquerda, cujas reivindicações visam reduzir o Direito Penal e expor suas duras consequências.

¹⁵¹FERNANDES, Luciana Costa. Criminalização da LGBTQI+fobia no Brasil pós-democrático: possíveis discussões a partir da crítica criminológica. Boletim IBCCRIM n° 332, 2019. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6410-Criminalizacao-da-LGBTQIfobia-no-Brasil-pos-democratico-possiveis-discussoes-a-partir-da-critica-criminologica>. Acesso em 16 de jul. de 2020.

Nesse sentido, Carvalho¹⁵² busca entender "se é legítimo no Estado Democrático de Direito diferenciar os crimes em geral daqueles praticados por preconceito ou discriminação de orientação sexual". O autor, ao percorrer tal questionamento, entende ser legítimo que fosse conferida uma adjetivação a condutas já tipificadas que viessem a ocorrer motivadas pela homofobia. Para tanto, não haveria qualquer qualificação da conduta que pudesse ocasionar o aumento de pena ou outra condição mais gravosa, mas tão somente a especificação desse tipo de violência através de um *nomen juris* próprio, como forma de dar visibilidade ao problema.

Ademais, alega que seria até mesmo discriminatório não assegurar ao grupo LGBT políticas públicas de igualização e de defesa, uma vez que essas foram asseguradas a outros grupos minoritários como mulheres e afrodescendentes. Em seguida, ressalta que seria demasiadamente romântico pretender que o movimento LGBT deixasse de procurar a solução para os seus problemas no Direito Penal, uma vez que grupos como os supracitados já o fizeram.

Nessa esteira, ressalta que a sociedade se encontra imersa em uma cultura punitivista, o que torna inegável o efeito simbólico que a criminalização de condutas motivadas pela homofobia teria. No entanto, como o mesmo afirma, "qualquer uso do direito penal deve ser avaliado com a máxima cautela", visto que sua convocação gera diversos riscos e, além disso, reconhece que "as políticas antidiscriminatórias **não punitivas** de reconhecimento dos direitos civis **têm sido eficazes** na nominação e na exposição do problema das violências homofóbicas"¹⁵³ (grifos nossos).

Sendo assim, tomando como premissa a completa inconstitucionalidade da criminalização da "homofobia" por parte do STF no julgamento da ADO 26 e do MI 4733 e continuando nessa última linha de pensamento ressaltada por Carvalho, nas palavras de Ferrajoli¹⁵⁴ "o legislador penal não tem o poder de dispor ou predispor proibições, penas e juízos "quando" e "como" quiser, mas apenas na presença das condições estabelecidas como necessárias pelos princípios garantistas enunciados na Constituição".

¹⁵²CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. O Direito da Sociedade. p. 187-211, 2012. P. 199.

¹⁵³ *Ibidem*, p.209

¹⁵⁴FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 560.

Isto posto, o efeito simbólico ressaltado por Carvalho, quando analisado através da lupa do princípio da intervenção mínima, entendendo o Direito Penal como a *ultima ratio*, não merece prosperar como motivação suficiente para que se dê vida a um novo tipo penal incriminador, sob pena de contribuir para uma indevida expansão desse ramo do Direito, que ao mesmo tempo que lhe retira eficácia, aumenta o poder punitivo estatal.

Segundo Yarochesky "no Brasil há 1.688 tipos penais"¹⁵⁵, o que denota o quão inflado encontra-se o Direito Penal. A expansão do poder punitivo estatal se torna ainda mais clara quando se observa o aumento de leis penais aprovadas por década, tendo sido aprovadas durante as décadas de 1940 até a de 1980 um total de 122 leis penais, enquanto nas décadas de 1990, 2000 e de 2010 a 2017 foram aprovadas, respectivamente, 68, 70 e 61 leis penais, perfazendo um total de 199, número consideravelmente maior mesmo contando com mais de duas décadas de diferença na contagem¹⁵⁶.

No entanto, a criminalização de condutas não surte o efeito que é almejado por aqueles que tanto a reclamam ao Poder Legislativo, que é a diminuição da criminalidade. O Brasil é um exemplo de excelência nesse aspecto, uma vez que se trata de um país com uma vasta lista de tipos incriminadores, possuindo a 3º maior população carcerária do mundo¹⁵⁷, mas esses fatos não alteram o grande número de crimes cometidos no país e a sua conseqüente crise de segurança pública.

Assim como a violência contra a mulher, a discriminação contra homossexuais se trata de um processo cultural, um problema histórico e enraizado na sociedade, que não se rompe “com a utilização de leis penais punitivas. A severidade das sanções penais ou dos mecanismos de repressão em nada contribui para a pacificação social”¹⁵⁸. Ao tipificar novas condutas como

¹⁵⁵YAROCHEWSKY, Leonardo. Por uma política-criminal responsável. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/blog/por-uma-politica-criminal-responsavel>>. Acesso em: 21 de jul. de 2020.

¹⁵⁶FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura e MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT, v. 147, set. 2018. p. 27-65.

¹⁵⁷Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em: 23 de jul. de 2020.

¹⁵⁸SALIBA, Mario Gonçalves. Violência doméstica e familiar: crime e castigo. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/artigos/Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20e%20familiar.%20Maur%C3%ADcio%20G.pdf>>. Acesso em: 24 de jul. de 2020.

crimes o resultado obtido é, na verdade, a contribuição para um sistema que reforça as desigualdades de classe e de raça.

A materialização desse sistema desigual e seletivo pode ser analisada através de recente pesquisa patrocinada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro¹⁵⁹, na qual restou constatado que 78,7 % dos presos em flagrantes no Rio de Janeiro são pretos ou pardos. Além disso, em comparação com presos brancos, os pretos e pardos obtêm em menos casos a liberdade provisória e são alvos de agressões mais vezes. Ademais, também é possível observar que 64,3% dos presos possuem somente o ensino fundamental, denotando assim que o Direito Penal está consideravelmente mais presente na vida de grupos já marginalizados.

Além disso, nos termos do que expõe Ferrajoli¹⁶⁰, é necessário entender que

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos

Não obstante a não recomendação da utilização do Direito Penal, se faz não somente necessário, mas urgente que sejam tomadas medidas efetivas no combate à homofobia. No entanto, tais medidas devem buscar uma verdadeira transformação social na qual esse problema, já internalizado na cultura brasileira, seja desconstruído. Karam¹⁶¹ afirma que a utilização do Direito Penal

¹⁵⁹Disponível em: <[http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/relat%C3%B3rio_audi%C3%A2ncias_de_cust%C3%B3dia_2017-2019_-_6v_\(2\).pdf](http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/relat%C3%B3rio_audi%C3%A2ncias_de_cust%C3%B3dia_2017-2019_-_6v_(2).pdf)>. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 310.

¹⁶¹KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro n° 1, ano 1, p. 79-92, jan/jun. 1996.

Não só desvia as atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estaria satisfatoriamente resolvido.

Dessa forma, tomar o Direito Penal como um instrumento válido na busca pela diminuição da discriminação homofóbica, ainda que pelo seu efeito simbólico ressaltado por Carvalho, acaba por acarretar a expansão do poder punitivo do Estado, que já tanto aflige as minorias.

6 CONCLUSÃO

Conforme apresentado ao longo da presente pesquisa, restou demonstrada a importância do estudo acerca do presente tema a partir das diversas consequências atentatórias ao Estado Democrático de Direito, advindas da flexibilização e superação de diversos direitos e garantias fundamentais.

A fim de entender o ativismo judicial vivenciado no ordenamento jurídico brasileiro foi explorado o conceito da judicialização da política, através da identificação das causas desse fenômeno. Em seguida, conclui-se que o ativismo judicial se trata de uma escolha a respeito de como o Poder Judiciário passa a se comportar, expandindo cada vez mais seus limites e suas possibilidades, buscando legitimar a interferência em outros poderes acobertada pelo dever de concretizar as normas constitucionais.

A partir disso, passou-se a estudar a tendência de expansão do poder punitivo estatal, a qual possui como causa a busca por uma maior segurança, motivada pelo medo. Restou demonstrado, ainda, o papel fundamental que exercem os meios de comunicação nesse processo.

Essa expansão leva o Direito Penal até áreas e assuntos cada vez mais distantes da sua natureza, acabando por relativizar até mesmo garantias fundamentais basilares de um Estado Democrático de Direito. O Estado passa então a buscar nesse ramo uma solução fácil e populista, culminando, na verdade, no seu simbolismo e no seu uso político e motivado pela pressão social. Diante disso, como uma das suas consequências surge a proliferação de normas incriminadoras com cada vez menos precisão.

Verificou-se, ainda, que a tentativa de resolver todos os tipos de problemas e anseios da população através do Direito Penal, inflando-o, passa a retirar desse quase toda sua utilidade prática. Com isso, ocorre a Administrativização desse ramo do Direito, rompendo com o princípio da subsidiariedade, passando a ser tratado no campo do Direito Penal aquilo que deveria ter seu fim no âmbito Administrativo. Concluiu-se então que esse fenômeno gera um ciclo vicioso, no qual ocorre um inevitável aumento do número de crimes, seguido do aumento

de tipos penais e o consequente afastamento do Direito Penal da sua característica de *ultima ratio*, colocando em xeque o direito fundamental à liberdade.

Isto posto, o conceito de homofobia foi brevemente explorado, além de terem sido ressaltados dados sobre esse tipo de violência e a maneira como eles são coletados. A partir disso, foi possível reconhecer que a homofobia e sua exteriorização violam o ordenamento jurídico brasileiro ao atentar contra direitos fundamentais basilares como a liberdade individual, a dignidade da pessoa humana, entre outros. Sendo assim, é necessário que o direito à liberdade de orientação sexual seja assegurado a todos.

Antes de adentrar no julgamento que culminou na criminalização da “homofobia”, foi analisado o Inquérito nº 3.590, que se tratava de uma denúncia a respeito de um deputado federal que teria praticado o crime do Artigo 20 da L. 7.716/89, ao realizar uma conduta homofóbica. A denúncia foi rejeitada de maneira unânime tendo em vista a atipicidade da conduta e o risco de ser realizada uma analogia *in malam partem* e uma quebra da taxatividade caso aquela fosse acolhida.

Em que pese o referido julgamento, em 2019 o plenário do STF reviu essa matéria através do julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, ações que foram individualmente analisadas na presente pesquisa. No decorrer do julgamento, somente os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli divergiram dos demais, tendo restado reconhecido, entre outros, o enquadramento das condutas homofóbicas e transfóbicas nos tipos penais da L. 7.716/89.

Dessa maneira, foi examinada a (in)constitucionalidade dessa decisão, e como resultado foram reconhecidas: (a) a inexistência de um mandado de criminalização referente à “homofobia”; (b) a inaplicabilidade do precedente firmado no HC 82.424/RS, tendo em vista que nesse não houve qualquer extensão do tipo penal, e sim a extensão da vedação constitucional do curso da prescrição; (c) a afronta ao princípio da legalidade, seja pela configuração da aplicação da analogia *in malam partem*, tendo em vista a impossibilidade do enquadramento da decisão como uma simples interpretação, seja pelo desrespeito ao princípio da taxatividade. Diante desses resultados verificou-se a abertura de um perigoso precedente pela Suprema Corte.

Por fim, foi analisada a criminalização da “homofobia” frente a característica de *ultima ratio* do Direito Penal, tendo restado demonstrado que o Direito Penal não é o instrumento adequado para o combate a esse problema da sociedade, em que pese a flagrante necessidade do Estado atuar efetivamente no combate à homofobia, tendo como fim uma verdadeira transformação social.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito. MACHADO, Edinilson Donisete. **Democracia e judicialização da política – problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 3, p. 13-46, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/23364>>.
- ARAÚJO, José Osterno Campos de. **O olho da lei, a cama de Procusto e a lente da legalidade**. 2017. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/o-olho-da-lei-a-cama-de-procusto-e-a-lente-da-legalidade/>>.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionais de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, June 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso>.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, ver. Téc. Cláudio De Cicco, apresentação de T. S. Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BORILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 13.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CANTARELLI, Priscila Dalla Porta Niederauer. **Uma análise dos métodos clássicos de interpretação constitucional em relação à nova hermenêutica: os princípios**

constitucionais como diretrizes. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 29.1. 2009.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias.** 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer.** O Direito da Sociedade. p. 187-211, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos.** 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_650\)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_650)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)>.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 21a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico.** Trad. J. Baptista Machado. 7a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERNANDES, Luciana Costa. **Criminalização da LGBTQI+fobia no Brasil pós-democrático: possíveis discussões a partir da crítica criminológica.** Boletim IBCCRIM nº 332, 2019. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6410-Criminalizacao-da-LGBTQIfobia-no-Brasil-pos-democratico-possiveis-discussoes-a-partir-da-critica-criminologica>.

FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura e MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **Pós-Constituição de 1988: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT, v. 147, set. 2018. p. 27-65

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** V. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GUIMARÃES, Caroline Alves Cardadeiro. **Criminalização da Homofobia: a tensão entre Direito Penal simbólico e o reconhecimento de minorias.** Rio de Janeiro, 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) Fundação Getúlio Vargas. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10788/Caroline%20Alves%20Cardadeiro%20Guimar%C3%A3es.pdf?sequence=2>>.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Claudio Heleno. 5. ed. **Comentários ao Código Penal**. v. 1, t. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. vol. 1. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro nº 1, ano 1, p. 79-92, jan/jun. 1996

LUTZ, Luciano Stumpf. **Terrorismo, Direito Penal do Inimigo e complexidade: sobre os limites e as possibilidades do direito e da ciência jurídica na definição do terrorismo**. São Leopoldo, 2014

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal – parte general**. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia**. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

OLIVEIRA, Marcia Cristina de. **Seletividade punitiva e direitos humanos: descompassos entre a programação constitucional e a atuação concreta do sistema punitivo brasileiro**, Ijuí, 2014, p. 45

PASTANA, Débora. **Contornos do Estado Punitivo no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Ufpr. Curitiba. v. 46, p 207-221. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/350/214>>.

_____. **Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo**. In: Estudos de Sociologia. Araraquara, v. 12, n. 22. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/350/214>>.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Analogia e Direito Penal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT, v. 118, jan.-fev., 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts, 1º a 120**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

RIBEIRO, Felipe Roberto Renz. **A ampliação da esfera penal do Estado e seus reflexos nos crimes de trânsito**. Três Passos, 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

RIOS, Roger Raupp. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação**. 2007. Disponível em: <[ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito Penal: parte geral**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/30426292/Livro_Rompa_o_Silencio.pdf?1358046517=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DRompendo_o_silencio_homofobia_e_heteross.pdf&Expires=1591910150&Signature=LLngR-8nnlPvP5SMkF1XjlGiLUrcb3JZW4V~Hz2tZ7RreRxXSF7BUOK4IEZ0heeEDGUrxEBPcCIYlo5YYGxgwlgmR4qCeY0YrlQwMb29jtTiHqVzn9sS8I2xCvw97KKeTHPalLUo4Jx6WbMbmVpYft6d3326mXNOOIWBoqml8mELnsC3ro2IXuVL-5W-EmP1UZ15vTPYVb-4C5b9cT5geZAHVULmIjVp5ovcJlIp~-B2AgS-yCayLsPz~W2l7CPEZQyCQZX34c2ofPX5bZ22SyEW-TeF2FWqva2de~wxsE6rp43Wc6HFCGsn-b776Xs2-N9nn8ssA7eUjeb00WMYAw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#>.</p>
</div>
<div data-bbox=)

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**, t. 1, tradução Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ed. Civitas: Madri, 1997.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SALIBA, Mario Gonçalves. **Violência doméstica e familiar: crime e castigo**. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/artigos/Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20e%20familiar.%20Maur%C3%ADcio%20G.pdf>>.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **La Expansión Del Derecho Penal – Aspectos de La Política Criminal en las sociedades postindustriales**. 2 ed. Madri: Civitas Ediciones, 2001.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal – de acordo com a lei n. 7.209, de 11/7/1984 e a Constituição de 1988**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Princípios básicos de direito penal**. 5ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999,

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial**. In: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/>>.

YAROCHEWSKY, Leonardo. **Por uma política-criminal responsável**. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/blog/por-uma-politica-criminal-responsavel>>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, Rio de Janeiro: Revan, 5ed, 2001, p. 27.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.