



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO OU ANALOGIA *IN MALAM*
PARTEM?

Annie Akil Pedersen

Rio de Janeiro
2021

ANNIE AKIL PEDERSEN

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO OU ANALOGIA *IN MALAM*
PARTEM?

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientadora:

Profa. Elisa Ramos Pittaro Neves

Coorientadora:

Profa. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2021

ANNIE AKIL PEDERSEN

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO OU ANALOGIA *IN MALAM*
PARTEM?

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Latu Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2021. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidada: Prof^{fa} Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero – Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientadora: Prof.^a Elisa Ramos Pittaro Neves – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - EMERJ - NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

À filosofia que, com sua tradição, tem me ensinado a me compreender como indivíduo, fornecendo-me meios para encontrar meu lugar na sociedade e, conseqüentemente, aportar para a construção de um mundo novo e melhor por meio da Justiça.

AGRADECIMENTOS

A conquista desta vitória e a realização deste sonho não seriam possíveis sem a presença de Deus e sem o meu discernimento e sem a minha força de vontade. Então, antes de qualquer coisa, agradeço imensamente a Ele por ter apontado o caminho e a mim mesma por ter tido olhos de ver e ouvidos de ouvir. Sem isto, não seria nem possível cogitar a caminhada.

Depois de iniciado o caminho, eu não teria conseguido chegar até aqui sem a ajuda de vários anjos em forma de pessoas com as quais a vida me presenteou. Lembro de cada um de vocês, mas, neste momento, gostaria de agradecer em especial:

À minha orientadora professora Elisa Ramos Pittaro Neves que, além de seu imenso conhecimento intelectual na área do Direito Penal e do Direito Processual Penal, não deixa a desejar no lado humano: sempre solícita, amiga e carinhosa. Um verdadeiro mastro de apoio e fonte de inspiração.

Todo o Setor de Monografia da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, em especial a minha coorientadora professora Mônica Fetzner pelo carinho maternal e orientação impecável. Muito obrigada pela confiança.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro por proporcionar um ambiente ideal de estudos, reflexões e amadurecimento profissional. Formar-me nesta escola é uma honra sem precedentes e um sonho que se esboçou em minha mente e em meu coração antes mesmo de eu iniciar a faculdade de Direito. É muito bom ver este sonho realizado. Sei que é uma etapa importante e fundamental desta minha jornada até meu sonho de virar magistrada.

Às minhas filhas Ace, Laura e Isis que são minha fonte de inspiração e de força, além de serem um dos motivos de eu trabalhar na conquista dos meus sonhos incansavelmente todos os dias. Se hoje sou uma pessoa melhor, devo isso a vocês também.

Enfim, agradeço a todos os que, com palavras e atitudes, me ajudaram, de alguma forma, a chegar até aqui.

“A moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem. Toda lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência à qual será constringida a ceder. Assim, a menor força, continuamente aplicada, destrói, por fim, um corpo que pareça sólido, porque lhe comunicou um movimento violento. Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir.”

Cesare Beccaria

SÍNTESE

No julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733 do Distrito Federal, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional ao não legislar e, conseqüentemente, não criminalizar atos caracterizadores de homofobia e de transfobia. A principal fundamentação do Supremo foi o fato de que os mandados de criminalização previstos na Constituição Federal de 1988 (CRFB) em seu artigo 5º, incisos XLI e XLII, não estariam sendo observados pelo Poder Legislativo, o que, segundo a Corte, justificou esta expansão do bem jurídico penal tutelado pela Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89) pelo Poder Judiciário. Desta forma, o Supremo enquadrou atos homo- e transfóbicos nos tipos penais definidos na lei de Racismo até que o Congresso edite lei sobre a matéria. Importante ressaltar que o aspecto que se busca discutir com este trabalho não é se condutas homofóbicas devam ser criminalizadas, pois não há dúvidas acerca do fato de que condutas que violem qualquer direito fundamental deve, de fato, ser rechaçadas pelo Estado Democrático de Direito. Na verdade, busca-se, com este trabalho, analisar a dimensão constitucional em face do Direito Penal, mais precisamente os limites, possibilidade e riscos da expansão da tutela de bem jurídicos penais pelo Poder Judiciário por meio de ações constitucionais como, no caso em tela, a Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Partindo desse contexto de expansão da tutela penal por parte do Judiciário, o presente trabalho realizará uma análise crítica acerca da efetivação dos mandados de criminalização previstos na Constituição Federal pelo STF, mais precisamente se este fenômeno seria uma interpretação conforme a Constituição ou uma forma de analogia *in malam partem* por instância superior, o que é vedado pelos princípios penais tais como o da reserva legal e o da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Expansão do Direito Penal; Controle de Constitucionalidade; Homotransfobia; Analogia *In Malam Partem*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A EVOLUÇÃO DA TUTELA PENAL DOS BENS JURÍDICOS.....	13
1.1 Da justiça divina à racionalização da pena: os ideais do Iluminismo.....	14
1.2 O delito como lesão a direitos subjetivos: as considerações de Feuerbach	17
1.3 Birnbaum e o nascimento do bem jurídico-penal.....	18
1.4 Karl Binding e o positivismo do bem jurídico	21
1.5 Franz Von Liszt e o bem jurídico como um interesse da realidade social.....	23
1.6 Welzel e a duplicidade da abordagem de bem jurídico.....	24
1.7 A fundamentação constitucional do conceito de bem jurídico de Klaus Roxin	27
1.8 A funcionalização e desmaterialização do direito penal de Günther Jakobs	28
2. A SOCIEDADE DE RISCO E O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL	34
2.1 A resposta criminal na atual sociedade mundial do risco	36
2.2 A separação dos poderes.....	38
2.3 Os princípios penais fundamentais e a separação dos poderes	53
3. A NECESSÁRIA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO	66
3.1 Mandados expressos de criminalização como forma de proteção dos direitos fundamentais na constituição brasileira de 1998.....	68
3.2 Controle de constitucionalidade da omissão legislativa: o STF como legislador positivo em matéria penal	70
3.3 Ação direta de constitucionalidade por omissão nº 26 e mandado de injunção 4.733 do Distrito Federal.....	72
3.4 A teoria do diálogo institucional.....	84
CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS	91

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
Art. – Artigo
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC – Código Civil
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
HC – Habeas Corpus
MI – Mandado de Injunção
Min. – Ministro
MP – Ministério Público
Nº – Número
P. – Página
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
Red. – Redator
Rel. – Relator
Res. – Resolução
Resp – Recurso Especial
RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SV – Súmula Vinculante
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva discutir se a tutela penal realizada pelo Poder Judiciário para proteger novos bens jurídicos na atual “sociedade de risco” seria uma forma de interpretação conforme a constituição ou uma *analogia in malam partem*.

Parte-se do pressuposto que tal conduta vai de encontro aos princípios penais constitucionais já consolidados como o da segurança jurídica e o da reserva legal, uma vez que esta tutela jurisdicional enquadra condutas não antes tipificadas penalmente em tipos penais já existentes, ocorrendo, desta forma, uma expansão do direito penal por meio do Judiciário.

O pano de fundo que motiva a presente pesquisa é o julgamento da Ação Direta] de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733/DF. Nestas ações, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que houve omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional por este ter se mantido inerte em relação à emissão de comando normativo incriminador acerca dos atos atentatórios à orientação sexual e à identidade de gênero.

Assim, entendeu a Suprema Corte que o Congresso foi de encontro ao comando preconizado no artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal, que prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

Por este motivo, o Supremo enquadrando esses atos no tipo penal definido na lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989) até que o Congresso edite lei sobre a matéria, ocorrendo, assim, uma expansão pelo Judiciário do bem jurídico tutelado pela referida lei.

Com o advento de novas formas de interação social da atual chamada “sociedade de risco”, surgem, como consequência, novos contextos nos quais os delitos podem ser cometidos e, conseqüentemente, novas condutas passíveis de criminalização. Exemplo desse fenômeno são os crimes cibernéticos, tais como o *cyber-bullying*, o estelionato virtual e os crimes sexuais como o *porn revenge*. Além disso, para trazer à baila outra situação, o direito penal ainda carece de uma tutela penal específica nos crimes de gênero que, atualmente, não levam em consideração a violência cometida, por exemplo, contra transsexuais num contexto de violência doméstica.

Diante deste contexto, é cada vez mais normal observar a expansão do direito penal por meio do ativismo judicial com a justificativa de que os mandados de criminalização

previstos na Constituição Federal devem ser cumpridos sob pena de ocorrer omissão inconstitucional por parte do Legislativo, como ocorreu na ADO nº 26.

Partindo desse contexto de expansão da tutela penal por parte do Judiciário, o presente trabalho enfoca a temática da efetivação dos mandados de criminalização previstos na Constituição Federal pelo STF, mais precisamente se este fenômeno seria uma interpretação conforme a Constituição ou uma forma de analogia *in malam partem* por instância superior, o que é vedado pelos princípios penais tais como o da reserva legal e o da segurança jurídica.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a apresentação do desdobramento do entendimento acerca da tutela do bem jurídico-penal e, conseqüentemente, o conceito de delito e sua criação, ao longo da história até os dias atuais. Esta análise se faz importante para que possamos entender o momento atual da tutela jurídica penal a partir dos motivos que os moldaram.

Segue-se, ponderando, no segundo capítulo, sobre até que ponto a interpretação conforme a constituição pode relativizar princípios penais, como o da segurança jurídica e o da reserva legal. Analisa-se, nesta parte do trabalho, se os direitos penais protetivos para o agente, tais como a segurança jurídica e a reserva legal, podem ser relativizados pela interpretação conforme a constituição sem que isso venha a prejudicar o agente. Pretende-se responder se esta relativização se caracteriza como analogia *in malam partem* por parte do Judiciário.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será analisado se o Poder Legislativo, de fato, encontra-se inerte em relação à legislação de certos delitos. Em caso positivo, buscará se entender como este fenômeno influencia o Supremo Tribunal Federal em suas decisões em ações que dizem respeito à tutela penal.

Tratando dos procedimentos metodológicos, requer-se conhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

Assim, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, já que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com as teses.

1. A EVOLUÇÃO DA TUTELA PENAL DOS BENS JURÍDICOS

Nos dias atuais, é praticamente inimaginável desassociar o Direito Penal do conceito de bem jurídico. Normalmente, ao se pensar naquele, remete-se logo à ideia de que sua razão de ser é a proteção deste. Segundo a teoria do bem jurídico, estes bens possuem grande relevância em si e, por isso, são merecedores de uma defesa quase que a qualquer custo.

Este pensamento acarretou em uma tutela penal bem específica, criando-se, desta forma, figuras típicas penais como meio de apontar quais condutas são passíveis de violação de bens jurídicos (ex.: matar alguém viola o bem jurídico vida) e, conseqüentemente, devem ser evitadas.

Assim, pode-se afirmar que pensar no objeto de tutela do Direito Penal é pensar em proteção a bens jurídicos.

Todavia, para que se possa realizar uma digressão sobre o conceito de bem jurídico-penal e sobre sua evolução ao longo dos tempos, é necessário que se dê um passo para trás. Isso significa ir para uma época em que ainda não existia a ideia de um bem jurídico-penal a ser tutelado, pelo menos não na concepção proposta pelo filósofo alemão Johann Michael Birnbaum¹ (1792-1877) que, já em 1824, afirmava que o objeto de tutela do Direito Penal deveria ser extraído de um bem e não de um direito, e cuja força dogmática reverbera até os dias atuais.

É interessante deter-se, por um instante, neste preâmbulo, para que se perceba contra o que o conceito de bem jurídico-penal se opõe (ou se opôs em seu nascedouro) – seu contraponto – para que, assim, entenda-se com mais acuidade o seu surgimento.

Da mesma forma, também se faz pertinente dar um passo para o futuro. Tão importante quanto lembrar que a ideia de ilícito penal já existia antes do surgimento do conceito de bem jurídico-penal é a reflexão acerca de uma outra visão de tutela penal que não abarca somente a proteção de bens da vida, mas sim, de relações sociais.

É fato inegável que, na sociedade atual, a complexidade nas interações sociais aumentou de forma ousada se comparada à da sociedade de dois séculos atrás.

Por esses motivos, autores como Gunther Jakobs² vêm afirmando que o bem jurídico-penal como objeto de tutela do Direito Penal não atenderia mais às demandas da atual

¹ LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos*: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 41.

² JAKOBS apud ibidem, p. 29.

sociedade³. Assim, ao longo das últimas décadas, foram realizados estudos que buscam chegar a uma proposta de desvencilhamento do objeto de tutela do Direito Penal da ideia de bem jurídico, como os do autor Yuri Corrêa da Luz⁴.

A partir dessa reflexão, nasce a ideia de funcionalização e desmaterialização dos conceitos no âmbito do Direito Penal e a sua pertinência na atual sociedade de risco.

É sobre este passeio na evolução do objeto de tutela do Direito Penal que o primeiro capítulo desta monografia trata.

1.1 Da justiça divina à racionalização da pena: os ideais do Iluminismo

Em épocas remotas, mais precisamente até o século XVII, o conceito de delito se confundia com o de pecado. Desta forma, cometer um crime era praticamente o mesmo que exercer uma ofensa contra a divindade. Assim, o Direito Penal desta época era marcado por punições extremamente cruéis, como a expulsão do indivíduo do seio da sociedade, o que, muitas vezes, significava uma pena de morte, tendo em vista a alta dependência entre os entes de um mesmo agrupamento humano.

Após algum tempo, já em meados da idade média, a força física era, praticamente, o meio pelo qual os tribunais eclesiásticos encontravam para punir quem cometia delitos⁵.

O Estado confundia-se na pessoa do Soberano e não havia uma clareza sobre o que especificamente deveria ser considerado uma infração. Isto ocorria porque a legitimação de punir era do Soberano que, como representante de Deus na sociedade, era quem definia os crimes e aplicava as penas conforme sua própria convicção e entendimento do que seria correto e errado, colocando os transgressores à mercê do arbítrio estatal.

Em eras pretéritas, o ilícito penal aparece contemplado em uma dimensão eminentemente teológica ou privada.-Assim, “na união social pré-histórica, que se funda na comunidade de sangue e ainda não distingue o mandamento de Deus do estatuto dos homens, o crimen é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão (Ausstossung) dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício à divindade, no primeiro momento”.-O delito é antes de

³ LOBO, Helena Regina da Costa. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. In: GRECO, Luis (Org.); MARTINS, Antônio (Org.) *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 133.

⁴ LUZ, op. cit.

⁵ LUISI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 34.

tudo e sobretudo um pecado – desobediência à vontade divina. A confusão delito-pecado e a consequente “eticização” do ilícito serão, pois, as características mais significativas desse período.⁶

Como uma forma de retaliação a essa dogmática fundada na tradição de obediência ao Soberano, surgiu, no século XVIII, o movimento chamado de Iluminismo. Nesta época, que foi permeada pelo pensamento racional em contrapartida às crenças religiosas, surgiu a ideia do modelo contratualista na sociedade.

O contrato social tinha, como base, a premissa de que não era mais a tradição religiosa que ordenava a sociedade, mas sim um acordo firmado entre os homens para que a convivência fosse possível⁷.

Dessa forma, era necessário que se encontrassem mecanismos que, ao mesmo tempo, legitimassem e limitassem o poder estatal e a arbitrariedade jurídica em torno da aplicação da pena.

Para o filósofo contratualista suíço Jean-Jacques Rousseau⁸ (1712-1778), o contrato social seria materializado em convenções gerais determinadas pelos integrantes da sociedade. Assim, ao mesmo tempo que a convenção social serviria para que os indivíduos abrissem mão de uma determinada parcela de sua própria liberdade para o bem comum, ela também teria a função de servir como limite para o poder estatal, como se fosse um manto protetor contra a arbitrariedade do Soberano.

Como escreveu Rousseau:

Vê-se por aí que o poder soberano, todo absoluto, todo sagrado, todo inviolável que é, não passa nem pode passar além dos limites das convenções gerais, e que todo homem pode dispor plenamente da parte de seus bens e da liberdade que lhe foi deixada por essas convenções; de sorte que o soberano jamais possui o direito de sobrecarregar um vassalo mais que outro, porque então, tornando-se o negócio particular, deixa o seu poder de ser competente.⁹

Por ser o *jus puniendi* uma das formas mais drásticas de intervenção do Estado na vida das pessoas, o Direito Penal não ficou fora deste âmbito de discussão. Assim sendo, conforme leciona Luiz Regis Prado, “na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 11.

⁷ LUZ, op. cit., p. 30.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Saraiva, 2007, [e-book].

⁹ Ibidem.

encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva.”¹⁰

Outro filósofo iluminista que contribuiu com a ideia de entender o indivíduo como sujeito de direitos, que se coloca antes do Estado, foi o italiano Cesare Beccaria (1738-1794). Para este pensador, as penas cruéis, principalmente a pena de morte e os suplícios, deveriam dar lugar a penas mais eficazes e proporcionais aos delitos praticados.

Seguindo o mesmo raciocínio dos contratualistas, ele defendia que o indivíduo vivia em sociedade, por meio do contrato social, não porque ele desejasse abrir mão de parcela de sua liberdade, mas sim como necessidade de sobrevivência¹¹.

Para ele, a união da liberdade de todos é o que faz nascer a soberania nacional, sendo o responsável pela guarda das leis, ou seja, pelo “depósito das liberdades” e pela sua administração, o chamado “soberano do povo”¹². As penas eram, então, o castigo a ser acometido àquele que não respeitasse esse depósito de leis, ou seja, o contrato social pactuado por todos. Nas palavras do filósofo:

[...] o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato, não de direito; e uma usurpação e não mais um poder legítimo.¹³

Nesse sentido, o “soberano do povo”, tal qual Beccaria visualizava, não poderia agir conforme seu bel prazer. Ao contrário, deveria respeitar as leis que seriam feitas pelo legislador e que não eram mais provenientes de Deus ou de um representante divino na sociedade. Pode-se, deste pensamento, vislumbrar o surgimento do princípio da legalidade em seu sentido amplo (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), cuja finalidade seria, então, restringir a ingerência do Estado na esfera privada. Dessa forma, somente o legislador poderia criar leis, uma vez que ele seria o representante da sociedade unida pelo contrato social¹⁴.

Assim sendo, a partir do Iluminismo, o Soberano não era mais o representante de Deus na sociedade, mas sim o representante do povo e guardião do contrato social firmado entre os indivíduos para que houvesse uma convivência, antes de tudo, pacífica.

¹⁰ PRADO, op. cit., p. 11.

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 9.

¹² Ibidem, p. 10.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

A partir deste pensamento, caminhou-se para o entendimento de um Direito Penal, cuja função era a tutela de bens jurídicos subjetivos e não mais as leis divinas.

1.2 O delito como lesão a direitos subjetivos: as considerações de Feuerbach

Ainda no período iluminista, com a ruptura do entendimento de que as leis provinham de Deus por meio do Soberano e com a ascendência da ideia do contrato social, o Direito Penal caminhou, cada vez mais, em direção da proteção de bens jurídicos subjetivos de liberdade e via-se afastando de sua função como instrumento de punição àqueles que transgredissem as leis divinas, adquirindo, dessa forma, um caráter garantista.

Um dos precursores dessa ideia foi o jurista alemão Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), autor do Código Penal da Baviera. Ele defendia que, por ser o Estado fruto de um contrato social, ele deveria preservar e garantir a liberdade de cada indivíduo, ou seja, seus direitos subjetivos à liberdade¹⁵.

Assim, o filósofo entendia que aquele que, de alguma forma, violasse esse direito subjetivo à liberdade, cometeria um delito.

Em suas palavras: “quem viola o contrato social, quem viola a liberdade garantida por uma lei penal, comete um delito. Este, em sentido mais amplo, deve então ser entendido como uma ação, prevista em uma lei penal, que contraria o direito subjetivo de outrem.¹⁶”

Nasce, dessa forma, o conceito material do delito como lesão de direitos. A consequência deste pensamento foi de dar ao Direito Penal um parâmetro sobre o que poderia ser considerado um delito, qual seja: uma transgressão ao direito subjetivo de liberdade.

Assim, em consonância com o pensamento iluminista da época, não era mais qualquer coisa que poderia ser considerado um delito, como era na época que imperava o arbítrio estatal. A partir desse pensamento de Feuerbach, os operadores do Direito passaram, então, a ter parâmetros definidos sobre quais ações mereciam uma reprimenda penal.

¹⁵ LUZ, op. cit., p. 39.

¹⁶ FEUERBACH apud ibidem.

Desta forma, um crime não seria mais apenas a descrição de uma mera ação em um tipo penal, mas sim, uma ação que violasse um direito subjetivo do indivíduo, sendo o Estado o garantidor da compatibilidade dessas liberdades previamente existentes¹⁷.

O conceito de delito passou, então, a ter uma função crítica de tal forma que, para Feuerbach, uma ação que não violasse um direito subjetivo de liberdade não poderia ser considerada um delito.

1.3 Birnbaum e o nascimento do bem jurídico-penal

Pelo exposto acima, pode-se concluir que o pensamento de Feuerbach¹⁸ foi um marco para o Direito Penal da época, uma vez que sugeriu um modelo teórico que, conceitualmente, opôs-se ao arbítrio estatal que reinava no Absolutismo.

Além disso, o conceito de delito ganhou um substrato material ao passar a ter contornos definidos, uma vez que se entendia como crime toda ação que violasse um direito jurídico de liberdade individual.

Apesar desse avanço na quebra do arbítrio estatal e na definição de um conteúdo material para o conceito de delito, a teoria de Feuerbach começou, gradativamente, a sofrer inúmeras críticas pelos pensadores que o sucederam, em especial pelo alemão Johann Michael Birnbaum¹⁹ (1792-1877). Essa crítica baseava-se em dois motivos, que serão expostos a seguir.

O primeiro residia no fato de Birnbaum²⁰ considerar a teoria de Feuerbach dotada de um alto grau de abstração. Nesse sentido, entendia o jurista que esta teoria abria precedente para que todo tipo de ação contra um determinado direito subjetivo pudesse ser considerado um crime. Isso se daria porque, para Feuerbach²¹, a decisão sobre o que seria uma lesão a um bem jurídico ficava dentro do campo do arbítrio do legislador, sem nenhuma condição ou parâmetros pré-definidos.

¹⁷ Ibidem, p. 40.

¹⁸ FEUERBACH apud ibidem, p. 39.

¹⁹ Ibidem, p. 41.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

Na verdade, entendia Birnbaum²² que o que, de fato, estava ocorrendo, era um mero deslocamento do poder decisório (em relação ao direito penal) do Soberano para o legislador.

Assim, para conter esta arbitrariedade, era necessário que o conceito de delito se fundamentasse não apenas em direitos subjetivos, mas que buscasse sua validade em conceitos naturais e pré-jurídicos.

De acordo com Birnbaum²³:

A teoria penal deveria (...) ser capaz de fornecer elementos concretos para a avaliação, pelo juiz, acerca da legitimidade de uma dada incriminação. (...) Ao partir da noção de direito subjetivo, a teoria de Feuerbach seria excessivamente abstrata, dificultando a identificação por parte dos operadores de Direito, daquilo que, de fato, o Estado pretende evitar por meio da criminalização de condutas.

Em suma, o objeto de tutela do Direito Penal, para Birnbaum²⁴, deveria ser extraído de um bem e não um direito.

O segundo motivo pelo qual Birnbaum²⁵ criticava a teoria de Feuerbach era o fato de esta, segundo o teórico, não explicar de forma apropriada as condutas que eram legitimamente criminalizadas à época, mas que não encontravam seu fundamento na violação de um direito subjetivo, como, por exemplo, os crimes denominados religiosos ou os crimes contra os costumes, que não encontravam seus fundamentos em direitos subjetivos. Ao contrário, eles possuíam a característica de serem direitos de cunho coletivo.

Nesse sentido, é como se Feuerbach²⁶ caísse em contradição com sua teoria, enfraquecendo, assim, sua força delimitadora. Isso ocorria porque, ao mesmo tempo que ele defendia que o Estado apenas poderia incriminar condutas que violassem direitos subjetivos, ele também aceitava e reconhecia como legítima a criminalização de certas condutas que não se enquadravam nos pressupostos de violação de direitos subjetivos. A esses tipos de delito, Feuerbach utilizava a nomenclatura “infrações de polícia” (*Polizeivergehen*).

²² LUZ, op. cit., p. 41.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem, p. 43.

²⁶ Ibidem.

Baseando-se nesses dois posicionamentos críticos à teoria de Feuerbach, Birnbaum²⁷ chegou à conclusão que “o delito deveria ser entendido como ‘toda lesão ou colocação em perigo de bens atribuíveis ao seres humanos’ e não mais como simples lesão a bens jurídicos subjetivos.”

Nasce, assim, o entendimento de um bem como objeto de tutela do Direito Penal e não mais um direito subjetivo. Além disso, esse “bem” penalmente tutelável, segundo Birnbaum²⁸, deveria ter um caráter pré-jurídico. Isso faria com que, segundo ele, o legislador não considerasse qualquer bem como merecedor de tutela do Direito Penal, mas apenas aqueles derivados da necessidade da vida social.

Com a teoria de Birnbaum²⁹, as condutas passíveis de criminalização e, conseqüentemente, o objeto de tutela do Direito Penal, acabaram sendo ampliados para abarcar todo tipo de conduta que violasse um bem atribuível a um ser humano, sendo este bem individual ou coletivo.

A partir do até aqui exposto sobre o surgimento da teoria do bem jurídico-penal, o jurista Yuri Corrêa da Luz³⁰, em sua monografia, tece uma crítica acerca da ideia já consolidada de que o bem jurídico surgiu para delimitar o poder punitivo estatal.

Para ele, ao contrário do que se costuma afirmar, a ideia de bem jurídico surgiu, justamente, para ampliar o espectro de condutas passíveis de criminalização para incluir aquelas que extrapolavam a violação de um direito subjetivo³¹. Logo, seguindo esta linha de raciocínio, o bem jurídico-penal teria um efeito de expansão e não de delimitação como muitos creem.

Segundo o autor³² “[...] o aparecimento da noção de bem jurídico se deu justamente para justificar uma ampliação da imputação, dando suporte teórico a uma expansão da intervenção penal.”

Birnbaum³³, por sua vez, abriu espaço para a fundamentação daquilo que, hoje em dia, denomina-se “delitos contra bens coletivos”. Isso ocorre porque o filósofo entendeu que o objeto passível de tutela pelo Direito Penal extrapolava a esfera dos direitos subjetivos, incluindo, conforme já mencionado, todos os bens atribuíveis ao seres humanos.

²⁷ Ibidem.

²⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 31.

²⁹ Ibidem, p. 32.

³⁰ LUZ, op. cit., p. 43.

³¹ Ibidem, p. 45.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

1.4 Karl Binding e o positivismo do bem jurídico

Em contrapartida à visão naturalista proposta por Birnbaum, conforme já exposto, o surgimento do Positivismo Jurídico, em meados do século XIX, trouxe uma outra percepção do objeto passível de tutela pelo Direito Penal.

Essa corrente filosófica não aceitava que já existissem bens tuteláveis pré-definidos – conceitos metafísicos no Direito – mas sim, que a tutela deveria provir do ordenamento jurídico. O Positivismo Jurídico, como bem explica o jurista brasileiro Paulo Nader³⁴, valorava apenas o que estava contido nas normas escritas (positivas), e rejeitava, desta forma, qualquer outro fenômeno alheio ao Direito. Existe, assim, uma forte rejeição ao chamado Direito Natural, ponto de partido para o pensamento de Birnbaum. Desta forma, para o Positivismo Jurídico, só existia uma forma legítima para ser seguida, qual seja, a norma feita pelo Estado-legislador.

Fazendo-se, então, uma análise do Direito Penal desta época positivista, não é surpresa verificar que, para os teóricos e juristas deste período, somente o Estado seria legitimado para decidir o objeto que merecia ser passível de tutela pelo Direito Penal e, conseqüentemente, o único a poder decidir quais condutas, de fato, seriam consideradas como crimes. Ou seja, o Estado-legislador possuía total discricionariedade para escolher quais condutas seriam passíveis de incriminação e quais bens jurídicos mereceriam o manto de proteção do Direito Penal.

Hans Kelsen, jurista e filósofo austríaco, foi um grande defensor do Positivismo Jurídico com a sua chamada Teoria Pura do Direito. Escreveu Kelsen sobre os delitos em sua obra de mesmo nome:

Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coação estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito; apenas pelo fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como conseqüência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coação tem o caráter de uma sanção ou conseqüência do ilícito. [...] Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - mas única e exclusivamente

³⁴ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2014, p. 352.

o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção.³⁵

Seguindo nesta linha de raciocínio, e mais especificamente no plano penal, um dos maiores representantes da ideia positivista foi o jurista alemão Karl Binding (1841-1920). Segundo ele, “o Estado pode decidir a seu arbítrio o que quer e como quer punir³⁶”. Para o teórico, bem jurídico-penal é tudo aquilo que o Estado entende ser merecedor de tutela. Isso significa que, segundo o autor, bem jurídico-penal não era conceitos pré-jurídicos, como Birnbaum entendia. Tampouco concordava com a concepção de Feuerbach de que o bem-jurídico penal tutela direitos subjetivos. Para Binding, se o Estado não entendesse que algo era digno de ser tutelado, este algo não poderia ser considerado um bem jurídico-penal.

Nesse sentido, pode-se dizer que ocorreu um “esvaziamento do conceito de bem jurídico-penal” por Binding, uma vez que ele retirou todo conteúdo pré-jurídico desse instituto, dando, ao Estado e somente a ele, o poder de preenchê-lo. Pelo outro lado, a ideia de Binding deu uma característica formal ao conceito de delito, uma vez que o Estado poderia preenchê-lo com a definição que lhe aprovesse.³⁷

Portanto, segundo Binding, bem jurídico-penal seria “tudo aquilo que, aos olhos do legislador, é valioso para garantir a existência da comunidade jurídica e que, assim, requer proteção contra lesões ou perigos concretos.”³⁸

Assim sendo, ainda que esvaziado, o conceito de bem jurídico-penal de Binding³⁹ foi, ao mesmo tempo, extremamente alargado ou, como nas palavras do jurista Franz von Liszt (1851-1919), o bem jurídico virou um “Proteus, que pode assumir todas as formas; uma palavra, que hoje significa uma coisa e amanhã pode significar outra absolutamente diversa; um papel em branco, que pode ser preenchido com qualquer conteúdo.”⁴⁰

A crítica que se fez a esse pensamento bindingniano é que se deixou unicamente ao arbítrio Estatal decidir quais condutas poderiam vir a ser um crime, sem nenhum fundamento que tomasse como ponto de partida valores humanos. Esse pensamento poderia (e deu) abertura a mais variadas arbitrariedades.⁴¹

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 78.

³⁶ BINDING apud LUZ, op. cit., p. 47.

³⁷ Ibidem, p. 48.

³⁸ BINDING apud ibidem.

³⁹ LISZT apud ibidem., p. 49.

⁴⁰ LISZT apud ibidem.

⁴¹ BECHARA, op. cit., p. 31.

Conforme leciona Paulo Nader:

O positivismo jurídico é uma doutrina que não satisfaz às exigências sociais de justiça. Se, de um lado, favorece o valor segurança, por outro, ao defender a filiação do Direito a determinações do Estado, mostra-se alheio à sorte dos homens. O Direito não se compõe exclusivamente de normas, como pretende essa corrente. As regras jurídicas têm sempre um significado, um sentido, um valor a realizar. Os positivistas não se sensibilizaram pelas diretrizes do Direito. Apegaram-se tão somente ao concreto, ao materializado. Os limites concedidos ao Direito foram muito estreitos, acanhados, para conterem toda a grandeza e importância que encerra. A lei não pode abarcar todo o *Jus*. A lei, sem condicionantes, é uma arma para o bem ou para o mal. Como sabiamente salientou Carnelutti, assim como não há verdades sem germes de erro, não há erros sem alguma parcela de verdade. O mérito que Carnelutti vê no positivismo é conduzir a atenção do analista para a descoberta do Direito Natural: 'A observação daquilo que se vê é o ponto de partida para chegar àquilo que se não vê.'⁴²

Pode-se concluir, então, que, por não ter como ponto de partida o ser humano, em sua complexidade e vicissitudes, esse pensamento penal positivista de Binding deu margem a regimes totalitários, como o Nazismo, que reduziu o significado do ser humano, dando importância apenas às leis.

1.5 Franz Von Liszt e o bem jurídico como um interesse da realidade social

Binding foi o último teórico penalista positivista e suas ideias sobre o fato de que apenas o Direito positivado ser fonte legítima para a criação de delitos foi duramente criticada até mesmo por juristas contemporâneos à sua época. Um desses críticos foi o jurista alemão Franz Eduard Ritter von Liszt (1851-1919). Para ele, o bem jurídico-penal não poderia existir por si só a partir da criação de leis, mas, ao contrário, possuía uma relação estreita com o contexto social de uma determinada época. Na verdade, Liszt defendia que, por ser o Direito fruto da vontade humana (e daí provinha sua causa de existência), o Direito Penal não poderia se desvencilhar dessa vontade.⁴³

Assim, para Liszt, os bens jurídicos-penais provinham de necessidades humanas e interesses sociais vitais. Por isso, eram situações pré-existentes ao direito positivo, não porque provinham de um direito natural, mas sim, como interesses da realidade social.⁴⁴ Ademais,

⁴² NADER, op. cit., p. 353.

⁴³ BECHARA, op. cit., p. 31.

⁴⁴ *Ibidem*.

Liszt e outros críticos contemporâneos à época de Binding afirmavam que não era correto deixar totalmente nas mãos do Estado o poder decisório de quais condutas deveriam ser incriminadas. Essa arbitrariedade abria precedentes para que qualquer tipo de conduta pudesse ser criminalizada sem que pudessem haver questionamentos acerca desta decisão estatal.⁴⁵

Percebe-se que, a partir deste pensamento positivista, estava-se indo de encontro a tudo aquilo que o Iluminismo combateu: a discricionariedade do Soberano na criação de delitos e, conseqüentemente, na aplicação da pena.

Desta forma, segundo von List, “o conceito de bem jurídico não é exclusivamente jurídico, não é pura criação do legislador; pelo contrário, é uma criação da vida, um interesse vital que é apenas protegido pelo Direito.”⁴⁶

Principalmente no período pós-guerra, foi importante para os teóricos repensar uma forma de, novamente, limitar o *jus puniendi* do Estado, justamente para que atrocidades, tais como as que ocorreram na época nazista, não encontrassem, mais uma vez, solo fértil.

Sendo assim, foi importante para esses teóricos chegar a conceitos e categorias que pudessem dar algum parâmetro de avaliação da utilização do Direito Penal. Neste contexto, e seguindo a mesma linha de raciocínio de Liszt, surgiu os pensamentos de Hans Welzel (1904-1977).⁴⁷

1.6 Welzel e a duplicidade da abordagem de bem jurídico

Hans Welzel, jurista e filósofo alemão do século XX, em contrapartida ao pensamento de Binding e seu conceito extremamente formal do delito, procurou dar, novamente, algum tipo de materialidade ao bem jurídico-penal⁴⁸.

Seguindo, então, a mesma linha de raciocínio de Liszt⁴⁹, o teórico partia do pressuposto de que não era viável deixar todo o poder decisório acerca das condutas passíveis de criminalização unicamente na mão do Estado, como uma forma de proteção dos direitos subjetivos deste, como propunha Binding.⁵⁰

⁴⁵ LUZ, op. cit., p. 51.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

Assim, para Welzel, a verdadeira proteção penal deveria ter, em sua base, a dimensão social, garantindo, desta maneira, valores ético-sociais, o que, segundo o jurista, possibilitaria o controle social.⁵¹

Para Welzel:

O Direito Penal tende ao fortalecimento e garantia dos valores ético-sociais da ação, mas, na busca dessa meta, atua submetido a princípios como o da legalidade e o da proteção de bens jurídicos, que também são, de sua parte, valiosos desde um ponto de vista ético-social e característicos do Direito Penal. Somente assim pode-se esperar que o controle social exerça, através do Direito Penal, uma função exemplar na formação dos valores ético-sociais da ação.⁵²

O jurista entendia que o Direito era uma realidade social e, por isso, para entender o Direito Penal, fazia-se necessário compreender seu papel dentro da sociedade, ou seja, sua função social. Este ponto de partida era crucial para entender o conceito de bem jurídico-penal proposto por Welzel.

Para ele, a função do Direito Penal era “proteger os valores elementares da vida em sociedade, sendo que o modo pelo qual o Direito realiza tal função é por meio de sua incidência sobre aquilo que constitui o elemento básico da realidade social: a ação humana.”⁵³

Segundo o filósofo, toda ação humana era passível de ser analisada sob dois aspectos: como “valor da ação” (*Aktwert*) e como “valor do resultado” (*Erfolgswert*).⁵⁴

Isso significa que toda conduta humana pode ser analisada tanto pelo ato em si, como pelo resultado que dela decorre. Welzel entendia que assim também ocorre com os delitos: eles podem ser entendidos como uma “ação desvalorada” ou como um “resultado desvalorado”. Exemplo de ações desvaloradas podem ser as tentativas de crimes, como, por exemplo, um roubo tentado. O resultado desvalorado ocorreria quando o agente, de fato, conseguisse se apossar da *res furtivae* no caso do roubo.

Partindo, assim, dessa dupla função da ação humana, o Direito Penal também possuiria duas funções: por um lado, ele seria responsável pela proteção contra ações de desvalores de ação, como por desvalores de resultado. Para o jurista, quando o Direito Penal se preocupar com o desvalor do resultado, ele está protegendo um bem jurídico (como, por exemplo, o bem jurídico “patrimônio” no crime de roubo).⁵⁵

⁵¹ Ibidem, p. 52

⁵² PRADO, op. cit.

⁵³ LUZ, op. cit., p. 53

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem, p. 54.

Da mesma forma, o Direito Penal teria a função de proteger a sociedade contra desvalores de ações. Partindo desta perspectiva, o Direito Penal não estaria, neste momento, protegendo bens jurídicos, mas sim, “valores sociais consubstanciados nas normas de conduta que a eles se referem (como, por exemplo, o reconhecimento da importância da vida humana, da liberdade individual, da confiança no Estado, da honra alheia etc.).”⁵⁶

Com esse pensamento de Welzel, foi possível realizar uma diferenciação entre os crimes tentados (desvalores de ação) dos crimes consumados (desvalores de resultado).

Todavia, é importante ressaltar que, para Welzel, a proteção dessas duas “esferas”, não possuíam pesos iguais. Para ele, a proteção contra os “desvalores de ação” era mais importante que a dos “desvalores do resultado”.⁵⁷

Conforme coloca o jurista:

A orientação central das normas penais é a proteção frente ao desvalor da ação [...]; a proteção de bens jurídicos, assim, é apenas um momento parcial e condicionado da verdadeira proteção penal, qual seja, aquela que garante os valores ético-sociais e exercita no sujeito uma atitude conforme o Direito.⁵⁸

Essa priorização de desvalores feita por Welzel é muito importante para que se entenda a função do Direito Penal a partir de sua perspectiva.

Isso porque, segundo o jurista, se o principal interesse do Direito Penal fosse proteger bens jurídicos penais (que está no campo do desvalor do resultado) o Direito Penal sempre chegaria, de certa forma, “atrasado”, uma vez que ele só incidiria como forma de repressão após o cometimento de um delito. Ou seja, ele teria, unicamente, um caráter negativo-preventivo em relação ao cometimento de novos delitos.

A partir do momento em que se entende o Direito Penal como uma forma de proteção aos desvalores de ação, estar-se-ia, desta forma, dando, também, um papel positivo e ético-social a ele. Isso porque o desvalor da ação se encontra num momento anterior ao do desvalor do resultado. Ou seja, segundo o raciocínio de Welzel, não se viola um bem jurídico sem que antes se viole um valor ético-social e, por isso, a proteção deste deve ser mais relevante.

Partindo, então, desta premissa colocada por Welzel, o bem jurídico-penal estaria vinculado “à função de proteção de valores essenciais de uma dada sociedade”⁵⁹.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ LUZ, op. cit., p. 55.

⁵⁸ WELZEL apud ibidem.

⁵⁹ LUZ, op. cit., p. 56.

A contribuição de Welzel, nesse sentido, foi o fato de ele ter sido o primeiro a realizar uma ligação entre a função do Direito Penal e o substrato material do conceito de delito⁶⁰.

Ao contrário do proposto por Binding, os juristas possuíam, agora, parâmetros para discernir quais condutas seriam passíveis de proteção penal.

1.7 A fundamentação constitucional do conceito de bem jurídico de Klaus Roxin

Conforme já demonstrado, para Welzel⁶¹, a proteção contra o desvalor da ação possuía uma importância maior do que o desvalor do resultado. Isso porque, para o jurista, ao se proteger o valor da ação, estava-se, também, protegendo valores ético-sociais, conseguindo, desta forma, chegar ao controle social.

Todavia, devido à dificuldade que sempre se teve, ao longo dos tempos, de definir, com precisão, quais bens jurídicos deveriam ser passíveis de proteção pelo Direito Penal (perspectiva positiva), passou-se, após Welzel, cada vez mais a tomar como ponto de partida uma posição negativa, ou seja: definir o que não deveria fazer parte da tutela do Direito Penal.⁶²

O jurista Klaus Roxin⁶³, por sua vez, foi um dos teóricos que mais contribuiu para uma legitimidade negativa de proteção pelo Direito Penal. Ele assemelha-se a Welzel no ponto que ambos afirmam que o limite do *ius puniendi* devem ser extraídos da função social do Direito Penal.

Todavia, suas ideias divergem no ponto em que, para Roxin, o Direito Penal não deveria impor padrões éticos aos indivíduos. Segundo o jurista:

O Direito Penal tem como finalidade garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, na medida em que tais objetivos não possam ser alcançados através de outras medidas sócio-políticas menos intromissivas na esfera de liberdade dos cidadãos. Roxin considera a intervenção penal como mecanismo de ultima ratio⁶⁴

⁶⁰ Ibidem, p. 58.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem, p. 60.

⁶³ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 84.

⁶⁴ LUZ, op. cit., p. 61.

Assim, Roxin possuía uma visão individualista do bem jurídico-penal, com foco unicamente no indivíduo. Sua teoria, denominada “teoria individualista do bem jurídico”, partia do pressuposto que todo bem jurídico deveria fazer referência ao livre desenvolvimento do indivíduo.⁶⁵

Dessa forma, para Roxin, a punição de comportamentos só seria legítima se esses comportamentos afetassem o livre desenvolvimento do indivíduo. Isso faz com que, por um lado, sua concepção tem o mérito de fazer com que os bens jurídicos possam ser mutáveis. Ou seja, eles seriam capazes de alterar conforme os diferentes arranjos sociais sobre os quais o Direito Penal pode incidir.⁶⁶

Todavia, uma crítica que se faz a essa perspectiva de individualização de bem jurídico é que, hoje, existem delitos que protegem bens que dizem respeito à comunidade e, até mesmo, às gerações futuras, como o meio ambiente.

1.8 A funcionalização e desmaterialização do direito penal de Günther Jakobs

O filósofo e jurista alemão Günther Jakobs⁶⁷ (1937) propõe um modelo teórico no qual o Direito Penal deve ter como função precípua a proteção contra lesão de deveres normativos.

Ao contrário da teoria do bem jurídico-penal até aqui ilustrada, Jakbos defende que o Direito Penal não deve proteger bens ou objetos já pré-definidos e existentes no mundo externo. Isso significa que o autor se desloca dessa percepção natural-causal do Direito Penal e entende que seu objeto de proteção não deve ser bens, mas sim, relações sociais.

Para o filósofo:

O relevante, de fato, é compreender que os bens, independentemente de quem os viole (a natureza ou os homens), não transitam independentes pelo mundo; pelo contrário, estão adstritos a *titulares*, de modo que são estes (e não seus bens) que detém a pretensão de não serem lesados. Colocada a questão desse ponto de vista.⁶⁸

Jakobs então sustenta ser preciso aceitar que “[...] o Direito não é um muro protetor colocado ao redor de bens, mas sim uma relação entre pessoas”⁶⁹. Ele argumenta que a teoria

⁶⁵ ROXIN, op. cit., p. 85.

⁶⁶ Ibidem, p. 66.

⁶⁷ LUZ, op. cit., p. 140.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem, p. 149.

do bem jurídico atrelada à proteção de um bem concreto e individual não explica, por exemplo, lesões ao meio ambiente ou a interesses coletivos.

Deste entendimento surgem duas opções: ou se deixa desprotegido um conjunto de fatores (como o meio ambiente) que poderiam atingir os denominados bens jurídico-penais - como a vida, a integridade física e a saúde -, ou se esvazia o conceito de bem jurídico para abarcar também parâmetros que não seriam considerados bens passíveis de tutela do Direito Penal, segundo a teoria do bem jurídico.

O filósofo afirma que, no modelo de proteção de bens jurídicos, dá-se tanta ênfase à proteção do bem em si que “[...] deixamos de atentar para a esfera de direitos e deveres do potencial autor, tornado-o como mera fonte de perigo – ou, nas palavras de Jakobs, como inimigo do bem jurídico.”⁷⁰

Isso faria com que os cidadãos fossem privados de sua esfera íntima de liberdade na qual “[...] embora possa haver lesão a algum bem, não seria lícita qualquer intervenção estatal.”⁷¹

Ele ainda sustenta que, ao se tentar proteger um bem jurídico a qualquer custo, faz-se com que o momento de incidência da proteção deste bem fique cada vez mais adiantado, adotando-se, assim., uma tutela penal cada vez mais preventista e efficientista.

Como consequência deste fenômeno, são criados, cada vez mais, crimes de perigo abstrato, de delitos de tentativa e de crimes omissivos impróprios como uma forma de garantir que o bem jurídico-penal não seja violado. Isso significa que, antes mesmo que o agente de um crime penetre, de fato, o campo de lesão de um bem jurídico, já existem normas que fazem com que a penetração deste agente em campos de perigo abstrato já faça com que a conduta seja criminalizada⁷². Um exemplo deste fenômeno é a posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Neste caso, prevê a Lei do Desarmamento que a mera posse ou guarda de arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com as normas legais na residência ou trabalho do agente já configura uma conduta delituosa.⁷³

⁷⁰ Ibidem, p. 152.

⁷¹ Ibidem, p. 153.

⁷² Ibidem, p. 154.

⁷³ Dispõe o art. 12 da Lei 10.826 de 2003: “Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Para Jakobs⁷⁴, é importante que o Direito Penal exerça uma função social de prevenção geral positiva. Para ele, a principal função do Direito Penal não é a retribuição de uma mal causado, tampouco a ressocialização do infrator, mas sim, conservar a validade de sua estrutura normativa. Ou seja, a pena é a reafirmação de confiança no sistema coletivo.

Assim, a principal função do Direito Penal para Jakobs⁷⁵ é “[...] garantir apenas e tão somente aquelas normas cuja observância seria irrenunciável para a manutenção da configuração básica da sociedade.”

Ou seja, segundo o modelo de Jakobs⁷⁶, nem toda violação a um bem jurídico é, necessariamente, uma violação passível de sofrer ingerência do Direito Penal. Da mesma forma que, pelo outro lado, nem todo delito ou situação passível de tutela penal é, necessariamente, uma lesão a um bem jurídico. Isso significa dizer que, a partir do momento que a esfera de liberdade e de competência de uma pessoa interfere na esfera de liberdade e de competência de outra, ocorreria uma conduta delituosa, não sendo imprescindível que haja a lesão a um bem jurídico.

Essa é a clara demonstração de um modelo que entende o delito como lesão a uma norma jurídica (lesão normativa) sem que necessariamente haja um bem material a ser tutelado. De acordo com essa interpretação, percebe-se que, a partir do momento que a esfera de liberdade e de competência de uma determinada pessoa adentra a esfera de liberdade e de competência de outra, ocorre o delito.

Assim, um delito passa a ser entendido como “[...] ato portador de *significado lesivo* – isto é, como comunicação que afronta deveres condensados em normas estruturantes de uma dada sociedade”⁷⁷ e não mais como mera violação de bens.

Desta forma, o dano empírico-causal que pode advir de um comportamento já não tem mais tanta importância. O foco deverá recair sobre a relação social que está sendo violada e que, por sua vez, funciona como uma forma de comunicação à sociedade de que algo está errado e que, conseqüentemente, deverá ser combatida para que a confiança no sistema coletivo seja restabelecida. Assim, a criação de crimes perigo abstrato e de crimes de perigo concreto deveriam ir além da mera fundamentação de que serviriam para proteger um bem jurídico-penal.

⁷⁴ LUZ, op. cit., p. 155.

⁷⁵ Ibidem, p. 160.

⁷⁶ Ibidem, p. 162.

⁷⁷ Ibidem.

Nesse sentido:

Isso significa, no limite, ter de partir da ideia geral de que, em uma sociedade complexa, os participantes da prática jurídico-penal devem estar aptos a discutirem a formulação de um tipo penal não simplesmente nos moldes “danificar um bem jurídico: pena de x a y”, esforçando-se para, além disso, discriminar detalhadamente *quais são os deveres* que competem a cada papel social, deveres esses que, uma vez respeitados, isentam de responsabilidade qualquer pessoa, ainda que um bem venha a ser violado⁷⁸.

Cabe, todavia, ressaltar que o dano concreto, material e perceptível a um determinado bem não perderia, de todo, sua importância. O dano ao bem jurídico teria como função precípua medir a intensidade da violação gerada pela conduta do violador e não mais ser fator determinativo da ocorrência da lesão. Assim, é possível afirmar que pode ocorrer um delito sem que necessariamente haja a efetiva lesão a um bem jurídico.

Teoricamente, este modelo explica, para enumerar alguns exemplos, os crimes de perigo abstrato, os delitos de tentativa e de transgressão, uma vez que eles seriam considerados “[...] comportamentos portadores de significado lesivo, como violações de deveres e de expectativas de segurança normativamente configuradas”, apesar de não implicarem em violação total ou parcial de bens jurídicos.⁷⁹ Esse pensamento abarcaria perfeitamente a violação a bens jurídicos coletivos, por exemplo.

Por um outro lado, sustenta Jakobs⁸⁰ que, uma vez que o Direito Penal deve ser garantidor de expectativas normativas, nem toda lesão a um bem jurídico deve ter relevância penal. Segundo esse modelo teórico, “[...] um sujeito apenas pode ser imputado por um dano a um bem se a sua proteção estiver inscrita no rol de deveres de sua esfera de competência.”⁸¹

Dessa forma, nem toda lesão a um bem constituiria um delito, apenas se este se encontrasse dentro da esfera de competência do agente⁸². Conclui-se, então, que existem lesões relevantes e lesões irrelevantes a bens jurídicos. O que deve ser levado em consideração é o ponto de vista social, o que reforça a visão de Jakobs de que o Direito Penal deve ser visto a partir da função que ele possui na sociedade e não como um fenômeno estanque e destacada do contexto social. As lesões relevantes deveriam ser evitadas pelo autor, enquanto as segundas estariam dentro de sua esfera de liberdade e de competência não necessitando, assim, da tutela ou da reprimenda penal. Neste diapasão, percebe-se que o

⁷⁸ Ibidem, 169.

⁷⁹ LUZ, op. cit., p. 163.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem, p. 165.

⁸² Ibidem.

Direito Penal leva em consideração os papéis sociais que os indivíduos desempenham na sociedade.

Em relação à escolha das normas e relações sociais que merecem tutela do Direito Penal, Jakobs sugere que esta escolha deverá ser política e não jurídica.

Segundo o autor:

Ao realizar esse procedimento, Jakobs afirma que a teoria penal não deveria interferir na escolha dos conteúdos dos deveres normativos de uma sociedade. Para ele, “se realmente a sociedade esta imersa em uma tendência de diminuição dos direitos de liberdade, (...) a decisão sobre se este processo é excessivo e desnecessário, ou, pelo contrário, se consiste em uma necessária defesa, é algo que se define politicamente, mas não jurídicopenalmente.”⁸³

Uma das consequências deste entendimento é que, ao contrário da teoria do bem jurídico-penal, quando se discute uma determinada criminalização, o objeto de tutela do direito penal não pode mais ser dado *a priori*, uma vez que os bens não passam mais a ter um valor em si.

Como a questão passa a ser normativa (e não ontológica), é necessário que se tenha um extenso debate com bons argumentos e fundamentações que “[...] levem em conta tanto os interesses regulatórios da sociedade em que se discute quanto a magnitude dos custos de liberdade em jogo relacionados a determinada criminalização.”⁸⁴

Desta forma, não deve ser uma responsabilidade exclusiva dos juristas penalistas decidirem quais seriam os bens jurídicos passíveis de tutela penal, mas sim, uma decisão que deve ser discutida pela sociedade, a depender da forma como a mesma é organizada. Deve-se levar em consideração o modelo atual da sociedade, devendo-se explicitar os diversos interesses e valores em jogo de uma determinada questão.

De acordo com a professora Marta Rodriguez de Assis Machado:

[...] enquanto permanecermos, como penalistas, assumindo de antemão um único conteúdo possível para o conceito de delito (por exemplo, sua conformação tradicional como violação de bens jurídicos individuais), estaremos subtraindo dos cidadãos “*uma parte da decisão sobre como regulamentar os diferentes setores da sociedade e que instrumentos estão a sua disposição para resolver conflitos de distintas naturezas.*”⁸⁵

⁸³ LUZ, op. cit., p. 173.

⁸⁴ Ibidem, p. 176.

⁸⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. 2007. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 114.

Como cada sociedade definirá as relações jurídicas passíveis de sua tutela penal dependerá de como ela está estruturada. O importante é ressaltar que esta discussão, segundo a proposta de desmaterialização e funcionalização do Direito Penal proposta por Jakobs, não poderá ser engessada pelos penalistas na ideia de um bem jurídico-penal estanque. Isso possibilitará uma democratização do Direito Penal e um espaço maior de debate “[...] que acentuam a relação normativa existente entre Direito Penal e sociedade.”⁸⁶

⁸⁶ LUZ, op. cit., p. 179.

2. A SOCIEDADE DE RISCO E O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

No Capítulo I, discorreu-se sobre o histórico da tutela ao bem jurídico penal, desde sua concepção clássica, que entende o Direito Penal como sendo a *ultima ratio* e defensor de bens jurídicos fragmentados e individuais, até chegar às concepções mais contemporâneas como a de Günther Jakobs⁸⁷, que defende que o Direito Penal deve proteger relações sociais.

Em apertada síntese, é possível agrupar esta evolução da tutela do bem jurídico-penal em três grupos distintos. No primeiro grupo, procedente da época primitiva e medieval, verificou-se que o Estado confundia-se com a pessoa do Soberano e não havia clareza sobre o que especificamente deveria ser considerado uma infração. O crime e pecado eram entendidos como sendo a mesma coisa.

No segundo grupo, que teve seu início com o movimento Iluminista por volta do século XVIII na Europa, observa-se o nascimento de um objeto de tutela do Direito Penal desvinculado da vontade do Estado, ou seja, do Soberano. Primeiramente, entendeu-se a infração penal como violação de um direito subjetivo, considerando-se como crime toda ação que violasse um direito jurídico de liberdade individual. Em seguida, passou-se para a concepção de um bem jurídico-penal menos abstrato, fundamentando-se em conceitos naturais e pré-jurídicos para alguns doutrinadores, em conceitos positivados para outros e, ainda, no interesse social para terceiros. O principal objetivo desta fase foi limitar o Poder Estatal.

O terceiro grupo (e mais contemporâneo) defende que o Direito Penal não deverá tutelar bens, mas sim, relações sociais, dando uma característica de desmaterialização e funcionalização do mesmo. Neste âmbito, a teoria do bem jurídico penal passou por uma reformulação: surgem as concepções constitucionalistas da teoria do bem jurídico, como a de Roxin. O Direito Penal passa, então, a ter como condição a garantia da convivência pacífica entre os cidadãos. Assim, os bens jurídicos – que podem ser encontrados na Constituição – passam a ser indispensáveis para garantir essa coexistência pacífica no meio social. Eles limitam o poder punitivo, que não pode ser livre, no sentido de que o legislador deverá observar os parâmetros e as premissas constitucionais na elaboração de normas

⁸⁷ LUZ, op. cit., p. 179.

incriminadoras. Desta forma, busca-se fortemente a limitação do poder punitivo por meio de políticas criminais.

Este entendimento contemporâneo da teoria do bem jurídico penal parte do pressuposto de que a Constituição é o ápice do ordenamento jurídico e, sendo assim, é de lá que devem emanar os bens jurídicos. Logo, o legislador não pode escolher ao seu livre arbítrio o que deve figurar como bem jurídico penal. Apenas os direitos constitucionais – explícitos e implícitos – devem ser elevados a essa categoria. Desta forma, pode-se afirmar que é a Constituição que fornecerá esse poder limitador para o criador e para o intérprete da norma penal.

Além disso, cabe ressaltar que, neste entendimento contemporâneo, o objeto de tutela do Direito Penal abarcaria lesões não apenas a bem individuais, mas também a elementos que afetam toda a coletividade, como o meio ambiente e a economia popular. Para os pensadores deste grupo, a pena é a reafirmação de confiança no sistema coletivo.

Essa mudança de objeto de tutela do Direito Penal ao longo da história está intrinsecamente ligada aos processos de transformação que vêm desafiando a sociedade contemporânea. As consequências da Revolução Industrial trouxeram riscos não antes vistos (ou previstos) para a sociedade, fazendo surgir a chamada “sociedade mundial do risco”, que pode ser assim explicada:

Os padrões coletivos de vida, progresso, controlabilidade e exploração de natureza típicos da primeira modernidade são revolucionados pela ocorrência interligada de processos como a globalização, a individualização, a revolução de gênero, o desemprego e, principalmente, pelo surgimento de riscos globais, que têm em comum a característica de serem consequências imprevisíveis da vitória da modernidade. Esses fenômenos, que, em um primeiro momento, ocorreram subrepticiamente e sem planejamento, no seio de uma modernização dita normal, autônoma e com uma ordem política e econômica inalterada, acabaram atingindo dimensões tais que colocaram em xeque os próprios fundamentos dessa ordem, impondo, inclusive, uma mudança de referenciais que não foi nem desejada, nem prevista⁸⁸.

O presente capítulo trata sobre como este pensamento mais moderno de tutela do Direito Penal – que normalmente demanda, pela sociedade, respostas de reprimendas mais céleres por parte do Estado – pode entrar em conflito com princípios penais clássicos, como o Princípio da Segurança Jurídica, Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal ao

⁸⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 19.

mesmo tempo que colide com outros princípios constitucionais como o Princípio da Não Discriminação e o Princípio da Igualdade.

Um recente e emblemático exemplo deste choque de valores foi o que ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, que alargou por meio do Poder Judiciário o tipo penal do crime de racismo para abarcar também condutas homo- e transfóbicas. Consequentemente, o bem jurídico-penal tutelado no contexto dos crimes de racismo também foi expandido para preservar o direito à honra das pessoas do grupo LGBTI⁸⁹.

2.1 A resposta criminal na atual sociedade mundial do risco

Ulrick Beck⁹⁰ (1944-2015), sociólogo alemão, afirma que a sociedade atual vive uma segunda fase de modernização, a “modernização reflexiva”, sendo esta, fruto da primeira fase da modernização, que teve seu início com a Revolução Industrial Clássica no final do século XVIII na Inglaterra, que ele intitula de “modernização simples”.

O autor afirma que há uma diferença crucial entre essas duas fases da modernização: a modernização simples, em sua época, surgiu como contraposição ao seu oposto – a sociedade tradicional, enquanto que a modernização reflexiva não surgiu como um contraponto de seu antecessor, mas sim, como “um processo de radicalização da modernidade, que levou às últimas consequências as suas premissas e acabou abalando os próprios pressupostos da sociedade industrial.”⁹¹ Ou seja, ocorreu a modernização das próprias premissas da modernização clássica.

Essa crescente modernização da própria modernização trouxe consigo, além dos benefícios, uma série de fatores que colocam em risco a vida humana. Podemos citar como exemplos os riscos ambientais, tecnológicos, armas de alto poder destrutivo.

Assim, o Direito Penal se vê cada vez mais obrigado a prover esta nova sociedade com respostas mais eficazes e assertivas, que levem em consideração as complexas e

⁸⁹ A sigla LGBTI+ significa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais. Já o símbolo “+” representa a inclusão de outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero. BRASIL. Unaid. *Manual de comunicação LGBTI*. Substitua Preconceito por informação correta. Toni Reis (org.). Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 1.

⁹¹ *Ibidem*.

dinâmicas relações sociais da atualidade, como as questões ambientais, tecnológicas e os direitos da minoria de gênero. Isso significa que o Direito Penal tenta “[...] acompanhar, reprimir e coibir – frise-se, sem muito êxito – a criminalidade produzida nessa acelerada dinâmica social.⁹²”

Ao longo do restante deste trabalho, parte-se, então, do pressuposto que, de fato, a sociedade atual está mais complexa e, por isso, requer respostas penais mais céleres e mais aptas a satisfazer todos os tipos de relações sociais (e não apenas proteger valores pré-determinados), o que nem sempre é possível com o clássico conceito de bem jurídico-penal individual e estanque, que vem sendo utilizado nas últimas centenas de anos.

A questão é: como esta expansão do Direito Penal deverá ser realizada?

Verifica-se que, não só no âmbito do Direito Penal, mas no sistema jurídico como um todo, o ativismo judicial vem aumentando com vistas a dar respostas imediatas à sociedade aos problemas jurídicos que surgem, como o que ocorreu na ADO nº 2693 e no MI nº 4.733/DF⁹⁴. Pessoas LGBTI+⁹⁵ sempre existiram. Todavia, na sociedade atual e, principalmente, após o crescente foco dos direitos fundamentais nas últimas décadas, inclusive de grupos minoritários, retirou-se o véu de um direito fundamental – o de não ser discriminado e o de ser tratado de forma igual aos demais – que estas pessoas possuem. Apesar de mandados de criminalização contra atos discriminatórios já existirem desde sempre na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos XLI⁹⁶ e XLII⁹⁷ o Poder Legislativo, até hoje, não criminalizou tais condutas, o que culminou na reação do Poder Judiciário, objeto deste estudo.

Há, então, que se fazer uma reflexão acerca de até que ponto os princípios penais constitucionais podem ser relativizados pelo Poder Judiciário (ou se podem, de alguma forma, serem relativizados) como uma forma de dar essa resposta veloz pela qual a sociedade tanto clama, ao ponto de ignorar o Princípio da Legalidade Estrita (ou Reserva Legal) e o da

⁹² POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. Ativismo Judicial e Direito Penal do risco: novos desafios. *Arquivo Jurídico*. ISSN 2317-918X. Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 105-115 Jan./Jun. De 2016, p. 31.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

⁹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁹⁶ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 maio. 2020. A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

⁹⁷ *Ibidem*. A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

Segurança Jurídica, como foi feito pelo Supremo Tribunal Federal na ADO nº 2698 e no MI nº 4.733/DF99.

Assim, será realizada uma apresentação da concepção clássica da separação dos poderes até a evidência dos Poder Judiciário nos dias atuais, o que culminou no fenômeno da constitucionalização do direito.

Neste contexto, mister se faz analisar a separação dos Poderes, pois um Estado Democrático de Direito não possui poderes ilimitados, mas sim, poderes com freios e contrapesos, o que justifica a existência da Teoria do Bem Jurídico como uma demonstração de limite deste Poder Limitado. É como se fosse dito à sociedade: o poder punitivo estatal vai até aqui. Desta forma, a atividade legislativa não é livre para legislar sobre o que quiser, uma vez que deve respeito à teoria do bem jurídico, que deverá observar princípios, tais como o da ofensividade, da fragmentariedade, da taxatividade e da proporcionalidade. Da mesma forma, deverá tais princípios também serem observados pelos outros poderes.

Em seguida, discorrer-se-á sobre os princípios constitucionais penais clássicos e que estão sofrendo impacto com esta expansão do Poder Judiciário na área penal para, então, ao final deste trabalho responder ao questionamento se o crescente ativismo judicial justifica a flexibilização destes princípios penais.

2.2 A separação dos poderes

Antes de abordar de forma mais minuciosa o papel Poder Judiciário e, conseqüentemente, do magistrado na atual sociedade de risco, é necessário realizar uma breve análise do tradicional sistema de freios e contrapesos (*checks and balances* em inglês). Isso porque, este *modus operandi* de divisão do Poder Estatal é o que legitima sua divisão em três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário e, conseqüentemente dá a cada um deles a função que lhe cabe.

Nesse sentido, cabe destacar que o Poder Estatal é uno, sendo os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário funções distintas deste Poder¹⁰⁰. Eles são como faces de uma pirâmide

⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 91.

⁹⁹ BRASIL, op. cit., nota 92.

¹⁰⁰ AMARANTE, Gustavo Justus do. Separação dos poderes e individualização da pena: a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07. *Revista de Direito Público*, Londrina, v.4, nº 2, p. 195-214, mai. 2009.

que, ao mesmo tempo que são “independentes”¹⁰¹, também deverão ser “harmônicas entre si” para compor um todo coeso, conforme propõe a atual Constituição da República¹⁰².

Assim, pode-se afirmar que um dos principais objetivos da separação dos poderes é não deixar a cargo de uma única instituição ou entidade todas as funções, responsabilidades e prerrogativas inerentes ao Poder Uno. Ao se manifestar, este Poder Primeiro se estratifica nestas três esferas, como um prisma que separa a cor base em sete, mas que, na verdade, não é nenhuma delas em particular, senão a combinação de todas.

Assim, o objetivo da separação dos poderes é “o estabelecimento de um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral.”¹⁰³

Em relações às funções precípua (ou típicas) de cada Poder do Estado, tem-se que o Poder Judiciário julga, o Poder Executivo administra e o Poder Legislativo legisla (cria leis em sentido amplo), ainda que cada um desses poderes também possam suas funções atípicas, que será demonstrado com maiores detalhes mais adiante.

Em relação ao Poder Judiciário, é função precípua do Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição Federal e dos preceitos e normas ali contidos. Além disso, está entre suas competências originárias o julgamento das ações de controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade, bem como de colmatar lacunas legislativas no caso concreto por meio dos mandados de injunção¹⁰⁴.

Todavia, com o julgamento da ADO nº 26105 e do MI nº 4.733/DF106 houve, de certa forma, uma extrapolação da função do Judiciário, uma vez que se alargou os tipos penais da Lei de Racismo para, também, abranger condutas discriminatórias contra homossexuais e transsexuais¹⁰⁷. Ainda que, pelo princípio do *non liquet*¹⁰⁸ estampado na própria Constituição

¹⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 94. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A separação dos Poderes: a doutrina e sua concretização constitucional*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

¹⁰⁴ BRASIL, op., cit., nota 94. O artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988 prevê que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

¹⁰⁵ BRASIL, op. cit., nota 91.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

¹⁰⁷ Ibidem. A ação de inconstitucionalidade por omissão possui previsão na Constituição Federal de 1998, em seu art. 103, parágrafo 2º, com a seguinte redação “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida

Federal¹⁰⁹, no Código de Processo Civil¹¹⁰ e assim também entendido pelo STF¹¹¹, o magistrado, seja ele de qual instância for, não possa deixar de “dizer o direito”, mesmo nos casos mais difíceis de resolução, os chamados *hardcases*, é de se esperar que o magistrado, em sua função jurisdicional, não faça as vezes do legislador.

Mais crítico, ainda, é quando esta extrapolação ocorre no âmbito do Direito Penal em que os princípios constitucionais como o da legalidade e o da segurança jurídica albergam o direito de um indivíduo ser condenado somente por uma conduta que esteja expressa de forma clara em um texto legal em sentido estrito (princípio da reserva legal ou da legalidade em sentido estrito).

Cabe-se verificar, ao longo deste estudo, se esta extrapolação do Poder Judiciário no caso da ADO nº 26112 e do MI nº 4.733/DF113 foi legítima ou se foi, de fato, uma analogia *in malam partem*.

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”.

¹⁰⁸ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58741/57534>>. Acesso em: 07 mai. 2020. Rafael Koatz escreve em seu artigo que “a expressão latina *non liquet*, como ensina George Marmelstein, é uma abreviatura da frase *‘iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum’*, que significa mais ou menos isso: ‘jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento’. Ao declarar o ‘non liquet’, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida.”

¹⁰⁹ BRASIL, op., cit., nota 94. A Constituição prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹¹⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07 mai. 2020. O art. 126 do Código de Processo Civil brasileiro prescreve que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”

¹¹¹ Da jurisprudência do STF colhe-se trecho do voto do ministro Carlos Ayres Britto no qual se consignou que: “[...] se ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de *non liquet*, de não resolver a causa. O juiz de qualquer instância, o Tribunal de qualquer natureza tem que solver a questão, liquidar a questão para corresponder a esse prestígio máximo que a Constituição lhes deu ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.352*. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2922909/habeas-corpus-hc-91352-sp/inteiro-teor-101178450>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

¹¹² BRASIL, op. cit., nota 91.

¹¹³ BRASIL, op. cit., nota 92.

2.2.1 Histórico da separação dos poderes

Não existe consenso sobre a derradeira origem histórica da separação dos Poderes. Todavia, apesar das controvérsias, é bem aceito entre os juristas e estudiosos da área que um dos primeiros indícios da separação foi apresentado pelo filósofo Aristóteles, na Grécia Antiga, em sua obra “A Política”. Nela, o pensador aponta três funções essenciais do Estado: a Deliberativa, a Executiva e a Judicial¹¹⁴:

Em Aristóteles, na *Política*, há a distinção de três funções exercidas na *polis*, ou no Estado *lato senso*. São uma função *deliberativa*, uma função *executiva* e uma função *judicial*. Nisto, ele se inspira na organização da república ateniense, em que, grosso modo, a Assembleia dos cidadãos deliberava sobre as grandes questões, como paz e guerra; magistrados desempenhavam as tarefas concretas que são inerentes a uma unidade política; e os tribunais julgavam os litígios e puniam os criminosos. A função deliberativa, contudo, não se limitava a estabelecer “leis”, embora o pudesse fazer, sempre respeitando o Direito – este visto como supremo e imutável. Era evidentemente mais ampla. Ademais, em nenhum momento ele recomenda a separação no exercício das três funções que identifica.¹¹⁵

Mais tarde, no final do século XVII, o filósofo inglês John Locke (1632-1704), conhecido como “pai” do Liberalismo e um dos principais teóricos acerca da teoria do Contrato Social, reafirma as ideias de Aristóteles. Em sua obra “Segundo Tratado sobre Governo Civil” ele também entende que há uma separação de funções dentro do Estado, quais sejam: a Legislativa, a Executiva e a Federativa.¹¹⁶

De acordo com Locke, a função Legislativa abarcaria não só a atividade de criar as leis, mas também de julgar. Isto é, a figura do juiz estaria inserida nela. A função Federativa deveria se incumbir das relações internacionais e deveria, junto à função Executiva, fazer parte de um mesmo órgão. Assim, a divisão mais nítida seria entre a função Legislativa e as outras duas, uma vez que estas últimas importam em forças armadas e, por isso, segundo ele, seria perigoso desvincilhá-las uma das outras¹¹⁷. A lei possuía uma força muito forte e era somente ela que deveria ser levada em consideração para a resolução de eventuais conflitos na sociedade:

¹¹⁴ MEDEIROS, Fabricio Juliano Mendes. *Separação de Poderes*. De doutrina liberal a princípio constitucional. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176530/000842_787.pdf?sequence=3>. Acesso em: 03 jan. 2020.

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 68.

¹¹⁶ AMARANTE, op. cit., p. 3.

¹¹⁷ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 2.

Locke defendia o governo pelo consentimento, com finalidade e poder limitados, além de repartir as funções estatais em executiva, legislativa e federativa [...] a doutrina da separação dos Poderes pressupõe a autonomia material da função legislativa em relação à função executiva e estabelece a supremacia da legislação (*rule of law*). É a lei – e somente ela – quem estabelece, genérica e abstratamente, os critérios para o equacionamento dos casos concretos. Assim, o papel do órgão executivo fica adstrito à solução de tais casos, mas sempre mediante a aplicação dos critérios previamente estabelecidos em lei.

Todavia, foi finalmente com o político, filósofo e escritor francês Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu (1689-1755), mais conhecido apenas como Montesquieu, que a separação dos poderes foi sistematizada. O filósofo nunca utilizou a expressão “Separação dos Poderes” em sua obra “O Espírito das Leis”. Na verdade, sua proposta era não deixar que as funções do Estado se concentrassem em um só órgão ou entidade¹¹⁸. O objetivo maior dessa separação era garantir a liberdade e a segurança individuais.

A título de ilustração, é interessante apresentar o que se escreveu sobre a experiência de Montesquieu:

Quando visitou o reino da Inglaterra, ao curso do ano de 1729, Montesquieu, passeando uma manhã nas ruas da velha Londres, notou um carpinteiro que, numa pausa de seu trabalho, lia a London Gazette. Esta constatação lhe inspirou numerosas reflexões sobre a maturidade e a liberdade políticas do povo inglês. Comparada à França, onde o povo era mantido em um estado de ignorância e de semiservidão, onde os súditos do Rei não dispunham nem da liberdade de palavra, nem de imprensa, onde o fato de desgostar do Monarca ou de um de seus cortesões fazia um simples cidadão correr o risco de ser ver privado da liberdade, a Inglaterra aparecia a Montesquieu como a terra eleita da liberdade, buscando a causa desta diferença entre os países, Montesquieu, que havia estudado sumariamente a Constituição inglesa nos escritos de Locke e de Blakstone, constatou que, contrariamente à França, onde todas as funções, legislativa, executiva e judiciária, estavam reunidas nas mãos de um só órgão, o monarca absoluto, na Inglaterra, ao contrário, essas funções se encontravam repartidas entre órgãos diferentes, o Parlamento Legiferante, o Rei Governante e a Corte julgadora das Contestações com base na regra de direito. Foi nessa divisão de funções de poder entre os órgãos diferentes que Montesquieu viu logo a causa da feliz situação do povo inglês porque, disse ele, essa separação de funções traz obstáculo à tendência natural do homem que o leva instintivamente a abusar do poder que ele detém: todo homem que tem poder é levado a abusar dele: vai até encontrar limites...Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder¹¹⁹.

¹¹⁸ BAFFA, Elisabete Fernandes. *Separação de Poderes*. Disponível em: <<https://semanacademica.org.br/artigo/separacao-de-poderes>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

¹¹⁹ MEDEIROS, op. cit., p. 3.

Assim, pode-se afirmar que foi com Montesquieu que nasceu a Teoria da Tripartição dos Poderes na qual o filósofo entende que cada um desses poderes deverá realizar, de forma exclusiva, suas respectivas funções.

Particularmente em relação ao Poder Judiciário, Montesquieu entende que o juiz deverá reproduzir apenas aquilo que a lei prevê, ou seja, ser um verdadeiro “boca da lei”. Desta forma, não havia espaço para uma hermenêutica jurídica que fosse além do previsto literalmente na norma positivada¹²⁰. Foi apenas com o surgimento do Estado Social (*Welfare State*) pós as Grandes Guerras que o juiz passou a ter um papel mais ativo voltada à garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos:

O juiz de Montesquieu, inserido no liberalismo, em nome da segurança jurídica e da certeza do direito, adotava uma atitude passiva – era, simplesmente, "a boca da lei". Porém, no Estado Social, esse juiz passa a ser interventivo, adotando uma postura ativa, voltada à garantia das condições mínimas de existência dos indivíduos, na busca de uma melhoria das condições sociais e da qualidade de vida das pessoas, o que o leva, diante a vultosa complexidade do mundo atual e da incapacidade das normas em acompanhar essa dinâmica do mundo dos fatos, a ser um juiz inegavelmente criativo.¹²¹

A Teoria da Tripartição dos Poderes passa a ser positivada nas diversas constituições ocidentais, por exemplo, na Constituição Federal Norte-Americana em 1787 na independência dos Estados Unidos, bem como com a Revolução Francesa em 1789, sendo a constituição americana a primeira a ser influenciada pela teoria de Montesquieu.

2.2.2 A separação dos poderes nas constituições brasileiras

De modo geral, é possível afirmar que, até a ocorrência da 1ª e da 2ª Guerra Mundial, a separação dos poderes era bem estanque, tendo o Judiciário sua função restrita à aplicação do que constava na lei.

Conforme já mencionado, foi apenas com o surgimento do Estado de Bem Estar Social na Europa – momento no qual também passou-se a ter uma maior preocupação com os direitos fundamentais e com a dignidade da pessoa humana devido às atrocidades vivenciadas

¹²⁰ POZZEBON; FALAVIGNO, op. cit., p. 33.

¹²¹ Ibidem.

na Europa na época nazista – que o Judiciário passou a ter um papel mais ativo no sentido de preservar esses direitos dos indivíduos.

As constituições pós-guerra “[...] não se limitam a estabelecer as competências estatais e a separar os poderes públicos, mas também contêm normas substantivas, como os catálogos de direitos fundamentais que condicionam a atuação do Estado [...].¹²²”

No que diz respeito ao Brasil, todas as constituições (desde a de 1824 até a atual), previram a separação dos Poderes.

A Constituição do período imperial brasileiro (1824) trouxe, na verdade, uma repartição quadripartite do Poder, prevendo, além dos três Poderes existentes na atualidade – Legislativo, Executivo e Judiciário –, o Poder Moderador¹²³. Este quarto Poder teve inspiração na teoria do pensador francês Benjamin Constant, que entendia o Poder Moderador como a “pedra que equilibra todas as forças das outras pedras de uma abóbada, impedindo que ela desmorone.”¹²⁴ O Poder Moderador foi a forma que D. Pedro I encontrou para continuar governando com um certo absolutismo, apesar da separação clássica dos Poderes estar prevista na então constituição do império.

Este Poder possuía, precipuamente, a função de controlar, ou seja, de “moderar” – conforme seu próprio nome sugere – os demais três Poderes, fazendo com que, em última instância, a vontade do imperador prevalecesse sobre as demais.

A primeira separação clássica dos três Poderes tal qual proposta por Montesquieu ocorreu somente na constituição de 1891¹²⁵, já na época do Brasil República. Foi também sob a égide desta Constituição que ocorreu a separação entre o Estado e a Igreja, deixando de ser o catolicismo a religião oficial do Brasil¹²⁶.

A Constituição da Segunda República de 1934 ainda previa a separação do Poder em três, todavia, com maior preponderância do Poder Executivo em seu curto período de vida.

Ainda no governo de Getúlio Vargas, a Constituição do Estado Novo de 1937, mesmo prevendo os Poderes Legislativo e Judiciário em seu texto, nada mencionava sobre o

¹²² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 33.

¹²³ Dispõe o art. 98 da constituição de 1824: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.”

¹²⁴ AMARANTE, op. cit., p. 5.

¹²⁵ A constituição de 1891 previa em seu artigo 15 que eram “órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.”

¹²⁶ BRASIL, op. cit., nota 1 (CONSTITUIÇÕES NA NOTÍCIA DO SENADO). Acesso em: 12 jan. 2020.

poder Executivo, mas sim, o Presidente da República, autoridade suprema do Estado¹²⁷. Apesar de existir essa separação no papel, a realidade era outra: o Poder ficou totalmente concentrado nas mãos do Presidente da República, sendo ele “[...] o Executivo, o Legislativo e podia suplantar declarações judiciais de inconstitucionalidade por meio de ato seu, dado a inexistência de fato do Legislativo. Destarte, era também senhor da Constituição. Seguramente, era um ditador, na acepção moderna e plena do termo.”¹²⁸

A Constituição de 1946 retomou a linha democrática e restabeleceu o equilíbrio entre os três Poderes. Entretanto, durante a vigência desta Constituição, no período parlamentarista que compreendeu a emenda nº 4 de 2 de setembro de 1961 e a emenda nº 6 de 23 de janeiro de 1963, prevaleceu um maior destaque para o Poder Executivo, uma vez que o mesmo ficou com a atividade legislativa.

A constituição de 1967, época do regime militar, previa a separação dos Poderes, mas permitia a delegabilidade do Poder de legislar, admitindo-se, assim, a lei delegada e o decreto-lei com inspiração na Constituição italiana. Cabe ressaltar que, nesta época, houve prevalência do poder Executivo, na forma do Presidente da República, uma vez que o mesmo era o “chefe da revolução”.¹²⁹

Desta forma, observa-se que ao longo de todas as Constituições brasileiras até a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário possuía um papel tímido, servindo meramente como aplicador das leis sem inovar de forma significativa no ordenamento jurídico.

2.2.3 A separação dos poderes no sistema jurídico brasileiro pós constituição de 1988

Já em relação à atual Constituição brasileira, a chamada Constituição Cidadã, promulgada em 5 de outubro de 1988, que retomou os ares democráticos, pode-se afirmar que ela manteve a separação dos Poderes em seu texto, assim como as que a antecederam. Ela prevê em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹³⁰

¹²⁷ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 6.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem, p. 5.

¹³⁰ BRASIL, op. cit., nota 94.

Todavia, é de ressaltar que foi a primeira vez que esta separação de Poderes foi elevada ao patamar de cláusula pétrea¹³¹, sendo, desta forma, proibida qualquer tentativa de abolição da mesma, conforme previsto no artigo 60, §4º, inciso III¹³² da Carta Magna.

A atual constituição não trouxe uma divisão estanque dos Poderes, mas permitiu que a mesma possuísse uma característica heterodoxa, na qual é possível observar o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) entre os três Poderes.

Esta característica se encontra na possibilidade de delegação das atribuições entre os Poderes, por exemplo, com a lei delegada¹³³, que possibilita que o poder Executivo legisfe. Além disso, é possível que o integrante de um dos Poderes se invista na função de um outro, por exemplo, com a possibilidade que um deputado ou um senador possui em ser investido na função de Ministro, sem perder o seu mandato.¹³⁴

Em relação ao Poder Legislativo, este possui, além de suas atribuições típicas de legislar, algumas atribuições administrativas, que estão, por exemplo, previstas nos artigos 48 e 49 da constituição¹³⁵, bem como a função de julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente e pelo vice-Presidente da República, conforme preconizado no artigo 52 da Constituição e seus incisos¹³⁶.

No que diz respeito ao Poder Executivo, o mesmo também possui funções atípicas, ou seja, que não são inatas à sua natureza de administração do Estado. Conforme já mencionado anteriormente, ele legisferou em relação à lei delegada e também tem a possibilidade de editar medidas provisórias com força de lei¹³⁷.

No que tange o Poder Judiciário, pode-se exemplificar sua atividade com características legisferantes por meio das súmulas vinculantes, assim como a complementação

¹³¹ Ibidem. O artigo 60, §4º, inciso III da Constituição Federal de 1988 prevê que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos Poderes;”.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem. O artigo 59, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 prevê que “o processo legislativo compreende a elaboração de: [...] IV – leis delegadas;” assim como o artigo 68 do mesmo diploma legal prevê que “as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.”

¹³⁴ Ibidem. O artigo 56, I, da Constituição Federal de 1988 prevê que “não perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;”.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ibidem. O artigo 62 da Constituição da República de 1988 prevê que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

de omissão devido à mora legislativa com os mandados de injunção¹³⁸. Neste ponto, cabe ressaltar a prerrogativa que o Judiciário possui de editar a norma sem a necessidade de determinação de prazo razoável para que o impetrado promova a edição da mesma, quando comprovado que este deixou de atender, em mandado de injunção anterior, o prazo estabelecido para a edição da norma, conforme previsto no parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 13.300 de 2016¹³⁹.

Em relação a este ponto, cabe ressaltar que o STF, seguindo o mesmo raciocínio que utilizou na ADO nº 26140, julgou, no MI nº 4.733/DF141, procedente para:

(i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero [...].¹⁴²

Conforme se verifica de trecho do próprio julgado, a decisão foi no sentido de “estender a tipificação prevista para os crimes [...]”, fazendo o Poder Judiciário, desta forma, às vezes do Poder Legislativo ao ampliar o alcance de um tipo penal que, conforme prevê a própria Constituição¹⁴³ e o Código Penal¹⁴⁴, só poderia ser feito por meio de lei em sentido estrito em observância ao princípio da reserva legal.

Seguindo esta linha de raciocínio, cabe, neste contexto, salientar a primeira decisão monocrática proferida no referido mandado de injunção pelo seu então relator ministro Ricardo Lewandowski. O ministro decidiu, monocraticamente, pelo não cabimento do *writ* injuncional no caso em tela, acolhendo as razões, à época, expostas na manifestação da Advocacia-Geral da União e no parecer da Procuradoria Geral da República. Em sua decisão, o ministro explicitou que:

¹³⁸ Ibidem. O artigo 5º, inciso LXXI da Constituição da República de 1988 prevê que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

¹³⁹ BRASIL. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 91.

¹⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 92.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ BRASIL, op. cit., nota 94. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, prevê que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹⁴⁴ O Código Penal, em seu artigo 1º, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 mai. 2020.

[...] é firme a jurisprudência desta Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do writ injuncional, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta.¹⁴⁵

Neste diapasão, o ministro apontou o acórdão prolatado no julgamento do plenário do MI 624/MA, em que ficou consignada a seguinte tese “o mandado de injunção exige para sua impetração a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direito subjetivo do impetrante.”¹⁴⁶ Assim, o ministro sustentou que não haveria, neste caso, direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna que estaria sendo obstado pela falta de norma legal regulamentadora do mesmo, mas sim, “um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas[...]”.¹⁴⁷

Mais especificamente em relação à divisão dos Poderes, o ministro Lewandowski seguiu o parecer à época da Procuradoria Geral da República que entendeu que uma decisão aditiva no referido MI feriria gravemente os princípios constitucionais penais do princípio da legalidade e da reserva legal.

Pontuou o Procurador Geral da República em seu parecer:

Ademais, caso o Supremo Tribunal Federal admita este mandado de injunção e profira uma decisão aditiva, como pretende a impetrante, haverá grave lesão à Constituição Federal, tendo em vista que a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, e lei, em sentido estrito, é somente a norma produzida pelo Congresso Nacional, sendo competência privativa da União legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal).¹⁴⁸

Sendo assim, o Ministro, em decisão monocrática de 23 de outubro de 2013, acolheu o parecer da Procuradoria Geral da República pela manifesta inviabilidade da via injuncional e não conheceu do MI nº 4.733/DF.¹⁴⁹

¹⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 92.

¹⁴⁶ BRASIL. *MI nº 624/MA*. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14724818/mandado-de-injuncao-mi-624-ma/inteiro-teor-103112136>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

¹⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 92.

¹⁴⁸ Ibidem

¹⁴⁹ A título de informação, após o não conhecimento do MI nº 4.733/DF pelo seu relator à época Ministro Ricardo Lewandowski, foi interposto agravo regimental pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), oportunidade em que foi emitido novo parecer pela Procuradoria

2.2.4 A constitucionalização do direito

Como se pode observar, em todas as constituições brasileiras, sempre existiu alguma forma de separação de Poderes. Todavia, a Constituição de 1988, por conferir força normativa aos princípios constitucionais, possibilitou que ocorresse o fenômeno conhecido como – “Constitucionalização do Direito”. Por força normativa da Constituição, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso entende ser o reconhecimento do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições¹⁵⁰. Como consequência, todos os ramos do Direito devem passar por um “filtro” constitucional, ou seja, devem ser interpretados à luz dos princípios e das regras constitucionais.

Esta nova forma de interpretar o Direito passou a ser chamada de Neoconstitucionalismo¹⁵¹ e trata da caracterização de todos os casos jurídicos como casos constitucionais em virtude do efeito irradiador do texto fundamental, outorgando, desta forma, grande ênfase ao papel do juiz e do Poder Judiciário na resolução de conflitos sociais.

Assim, a partir da década de 1990, o Judiciário ganhou grande protagonismo na tripartição dos Poderes tal qual o Poder Executivo possuía nas Constituições pretéritas.

Geral da República. Desta vez, entendeu a PGR que a ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional, motivo pelo qual, desta vez, opinou pelo conhecimento do MI e pelo deferimento, em parte, do pedido para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do artigo 20 da lei nº 7.716/2006 ou, subsidiariamente, aplicar os dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado até que o Congresso Nacional edite legislação específica. Cabe, ainda, ressaltar que, em 16 de junho de 2015 houve a substituição do relator, passando para o Ministro Edson Fachin.

¹⁵⁰ Escreve Barroso em sua obra *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*: “Em suma: o Neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional que resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007, p. 216.

¹⁵¹ Marcelo Novelino explica que o termo “Neoconstitucionalismo “[...] foi cunhado por Susanna Pozzolo em 1997, numa conferência proferida no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social realizado na Argentina, o termo neoconstitucionalismo ganhou proteção a partir das coletâneas organizadas por Miguel Carbonell. Na doutrina constitucional brasileira, diversos trabalhos foram dedicados ao estudo do tema na última década. NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2018, p. 65.

Todavia, na Europa e nos Estados Unidos, o Neoconstitucionalismo teve seu início antes da década de 90, momento em que este novo paradigma começou a se consolidar no Brasil. Após a Segunda Grande Guerra, devido às atrocidades vividas em decorrência do Nazismo, fez-se necessário colocar o ser humano no centro da proteção jurídica. Assim, a dignidade da pessoa passou a ser um forte vetor axiológico a partir da metade do século XX, “[...]consagrada expressamente nas declarações de direitos humanos e em quase todos textos constitucionais surgidos no segundo pós-guerra[...].¹⁵²

Uma das consequências deste novo paradigma foi o que a doutrina chama de “Transbordamento da Constituição” dentro do sistema normativo.¹⁵³ Isso significa que, atualmente, problemas jurídicos medianamente sérios dificilmente não terão importância constitucional. Além disso, as normas jusfundamentais passaram a não mais depender exclusivamente dos legisladores para a sua aplicação, mas também poderão ter aplicabilidade direta e imediata ao caso concreto.¹⁵⁴ Este é um ponto importante, pois retrata o contexto da ADO nº 26155 e do MI nº 4.733/DF156, em que houve uma aplicação imediata dos mandados de criminalização expostos no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição.

Desta forma, criou-se o crime de racismo social¹⁵⁷ via Poder Judiciário sem a menor ingerência do Poder Legislativo. Apesar de o Transbordamento da Constituição ser fenômeno próximo à sociedade – e até bem aceito – nos dias atuais, não podemos aceitar que ele ocorra de forma indiscriminada. Da mesma forma que se deve transbordar para regular o direito de uns, deve-se, ao mesmo tempo, observar preceitos constitucionais para se garantir as prerrogativas de outros.

Em relação ao papel do Poder Legislativo neste novo contexto, afirma-se que o Estado passou a ter mais que uma função negativa. Ao lado desta abstenção imposta aos poderes públicos pelos tradicionais meios de defesa dos direitos humanos, percebeu-se uma crescente demanda por ações positivas para a realização dos direitos prestacionais, dando início a direitos fundamentais de terceira (ligados ao valor fraternidade), de quarta (ligados à

¹⁵² Ibidem, p. 58.

¹⁵³ Ibidem, p. 59.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 91.

¹⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 92.

¹⁵⁷ Bruno Gilaberte explica que a palavra racismo na Constituição deve ser entendida na sua acepção social, ou seja, como qualquer forma de opressão, como cor da pele, questões religiosas, orientação sexual. Ou seja, esse conceito social foge de critérios meramente biológicos. GILABERTE, Bruno. *Tese firmada pelo STF*. 21 de maio de 2020, Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CaeCbq-hpx7/>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

democracia, à informação e ao pluralismo) e até mesmo de quinta geração/dimensão (direito à paz).¹⁵⁸ Nesse sentido, escreve Marcelo Novelino:

[...] a submissão do legislador à constituição, além da dimensão negativa imposta pelos limites formais e materiais, passa a ter dimensão positiva decorrente da imposição do dever de legislar com vistas a conferir plena efetividade a determinados comandos constitucionais. Para dar conta das exigências positivas decorrentes dos direitos a prestações, foram criados instrumentos de fiscalização de omissões constitucionais.¹⁵⁹

Surge, então, o Estado Democrático de Direito, responsável por suprir as deficiências do Estado liberal e que possui como vetores axiológicos o princípio da soberania popular e a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais.¹⁶⁰

Cabe ressaltar que foi justamente este controle de omissão de normas constitucionais acima mencionado um dos principais fundamentos suscitados para que o Supremo decidisse no sentido da colmatação do artigo art. 5º, incisos XLI e XLII da Constituição, o que, conseqüentemente, culminou na expansão do tipo penal do racismo na ADO nº 26161 e do MI nº 4.733/DF162.

Neste contexto, cabe trazer à baila um contraponto ao fenômeno neoconstitucionalista e à grande ingerência da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. O jurista e professor Jorge Galvão¹⁶³, em sua tese de doutorado “O neoconstitucionalismo e o fim do estado democrático de direito”, afirma que:

A ânsia de modificar a realidade social por meio da hermenêutica jurídica inerente aos discursos de várias doutrinas contemporâneas pode trazer sérios riscos ao Estado de Direito, transformando o argumento jurídico em um discurso empobrecido sobre a visão ideal de mundo para o intérprete. Em outras palavras, a baixa densidade normativa das cláusulas constitucionais pode ser interpretada erroneamente como um convite para fazer valer considerações políticas e morais do hermeneuta em detrimento do que foi estabelecido no processo político majoritário. Como consequência dessa atitude, a prática jurídica, ao invés de afunilar o espectro de considerações do intérprete, serve como camuflagem para uma atuação eminentemente política.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 60.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 91.

¹⁶² BRASIL, op. cit., nota 92.

¹⁶³ GALVÃO, op. cit., p. 17.

Conforme explicitado no trecho acima, Galvão acredita que normas constitucionais muito abertas – como no caso do racismo social – podem dar margem a precedentes e a oportunidades para interpretações meramente de cunho político por parte do hermenêuta. Neste sentido, deve-se levar em consideração que é justamente por meio do exercício mais expansivo e criativo do controle de constitucionalidade que se possibilita essa maior interferência judicial nas demais esferas decisórias. Ele afirma que:

[...] os neoconstitucionalistas compartilham a ideia de que a presença de princípios enseja uma interpretação moral da Constituição por parte dos juízes, permitindo-lhes modelar as relações sociais entre os cidadãos de modo a adequá-las aos requisitos substanciais de justiça. A partir dessa constatação, pode-se dizer que a singularidade do Neoconstitucionalismo reside na especial ênfase dada à possibilidade de modificar a sociedade por meio do Poder Judiciário.

Todavia, por mais que se espere – ou pelo menos que seja mais aceitável na sociedade atual – que o Poder Judiciário possua maior ingerência na modelagem da sociedade por meio das diversas formas de controle de constitucionalidade, não se pode aceitar que este tipo de conduta seja aplicado no Direito Penal no sentido de criar regras penais mais prejudiciais que as existentes e que passaram pelo devido processo legislativo. Conforme já analisado no Capítulo I deste trabalho, a definição do que seria um bem jurídico passível da tutela penal passou por longas transformações durante os séculos, sempre no sentido de tornar mais justo e coerente a aplicação do Direito Penal.

Fazer com que tipos penais fossem criados, novamente, sem a participação popular por meio de seus representantes eleitos seria, no mínimo, quebrar o contrato social que hoje se apresenta em nossa sociedade com o objetivo de ir de encontro às arbitrariedades estatais. É de se questionar, neste ponto: Estaria o Poder Judiciário fazendo o papel do antigo Soberano em relação ao que deve – ou não – ser considerado crime?

Nesse sentido, Daniel Sarmiento explica que a Constituição deve sim ser aplicada diretamente às relações sociais.

Escreve o autor:

É óbvio que o intérprete pode e deve aplicar diretamente a Constituição às relações sociais, independentemente de mediação legislativa. É indiscutível que ele tem de interpretar o direito infraconstitucional à luz da Lei Maior, inclusive para repudiar exegeses mais óbvias do enunciado normativo interpretado, quando estas o tornem incompatível com a Constituição. É certo, também, que ele pode deixar de aplicar

normas que, conquanto em geral compatíveis com a Constituição, produziram, no caso específico, resultados a ela ofensivos.¹⁶⁴

Entretanto, adverte o jurista que uma “panconstitucionalização” pode produzir impactos negativos na democracia brasileira, uma vez que “[...] a Constituição não pode ser vista como a fonte de respostas para todas as questões jurídicas, mas que deve haver espaços de liberdade para que o legislador e os cidadãos exerçam a autonomia política e a autônoma privada, respectivamente.”¹⁶⁵

Desta forma, há que se questionar até que ponto o ativismo judicial por meio de ações de constitucionalidade e sob o manto do argumento de proteção e efetivação dos princípios fundamentais pode ferir os núcleos duros de princípios penais constitucionais, tais como o Princípio da Reserva Legal e o Princípio da Segurança jurídica, tema que será estudado a seguir.

2.3 Os princípios penais fundamentais e a separação dos poderes

Conforme já mencionado, o Poder Judiciário, nas últimas décadas, passou a ficar mais em evidência nas resoluções dos conflitos sociais e políticos e, conseqüentemente, a possuir, cada vez mais, maior ingerência nestas questões.

Este fenômeno, fruto de uma tentativa de responder às crescentes demandas da atual sociedade de risco, faz com que haja uma espécie de colisão entre a visão clássica do garantismo penal, na qual os princípios constitucionais penais não podem, de forma alguma, serem atingidos e entre o ativismo judicial que, conforme já mencionado, procura dar soluções rápidas às mais diversas questões contemporâneas.

Em primeiro lugar, será demonstrado o que se entende por um princípio e como ele se relaciona com o Direito Penal. Em seguida, como a visão clássica dos princípios penais se dá, principalmente sob o prisma da separação dos poderes, partindo-se do pressuposto que não cabe ao Poder Judiciário inovar nos tipos penais incriminadores por meio de suas decisões, conforme observou-se nas ações objeto deste estudo.

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: _____; SOUZA NETO, Cláudio. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007, p. 140.

¹⁶⁵ SARMENTO apud GALVÃO, op. cit., p. 76.

O objeto de estudo será restringido àqueles princípios penais que sofrem ingerência imediata do fenômeno de expansão do conceito de bem jurídico penal pelo poder Judiciário. Desta forma, não serão discutidos todos os princípios penais constitucionais.

Cabe ressaltar que será dada ênfase, principalmente, aos princípios que, em uma primeira análise, sofreram alguma forma de ingerência direta em seu âmago com a ADO nº 26¹⁶⁶ e a MI nº 4.733/DF¹⁶⁷, tais como o Princípio da Reserva Legal e, conseqüentemente, o Princípio da Legalidade, bem como o Princípio da Segurança Jurídica.

2.3.1 Princípios e sua força normativa

O jurista português José Gomes Canotilho¹⁶⁸ (1941) afirma em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” que o sistema jurídico é um sistema normativo aberto de regras e princípios.

Tradicionalmente, fazia-se uma divisão entre normas e princípios. Todavia, hodiernamente, entende-se que os princípios são uma espécie de norma, da mesma forma que as regras. Em relação às diferenças entre as regras e os princípios, escreve Canotilho¹⁶⁹:

Para distinguir entre regras e princípios, há diversos critérios a serem utilizados. Quanto ao grau de abstração, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida. De maneira que, em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem, já as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente. Os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional.

Em relação aos princípios, cabe ressaltar que estes possuem um papel essencial no ordenamento jurídico, uma vez que determinam a própria estrutura do sistema jurídico, ou seja, eles constituem a base e a razão de ser das regras jurídicas.

Ivan Luiz da Silva, expõe que os princípios jurídicos são “[...] compostos de valores que erigidos à categoria de normas jurídicas pelo legislador, servem de fundamento para o

¹⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 91.

¹⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 92.

¹⁶⁸ GOMES, Daniela Vasconcellos. *A distinção entre regras e princípios na visão de J.J. Canotilho*. Disponível em: <[https:// ambitojuridico.com .br/ cadernos/direito-constitucional /a-distincao-entre-regras-e-principios-na-visao-de-j-j-gomes-canotilho/](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-distincao-entre-regras-e-principios-na-visao-de-j-j-gomes-canotilho/)>. Acesso em: 03 fev. 2020.

¹⁶⁹ CANOTILHO apud ibidem.

ordenamento jurídico e atuam como vetor na construção e aplicação das demais normas jurídicas.”¹⁷⁰.

Isso significa que os princípios possuem, atualmente, força vinculante e, por isso, deverá haver uma observância obrigatória a eles na solução de casos concretos. Ou seja, eles receberam uma dimensão a mais além daquela que os tornava meros norteadores de uma solução jurídica, meros fornecedores de subsídios interpretativos (apesar de não terem perdido o papel de servirem como base hermenêutica para a aplicação das regras jurídicas).

Um ponto importante a ser destacado na diferença entre princípios e regras é que, aqueles, em caso de colisão entre si, jamais poderão ser suprimidos de forma radical. Eles são complementares e não excludentes. O aplicador do Direito há que aplicá-los com temperança ao caso concreto. Desta forma, neste processo hermenêutico, há que prevalecer o princípio que melhor se coaduna com o caso concreto sem que, todavia, o outro seja excluído da situação fático-jurídica¹⁷¹.

Pelo outro lado, as regras deverão ser aplicadas tal qual sua prescrição. Isso significa que, de forma binária, haverá ou não a subsunção de uma regra jurídica a um fato da vida. Não existem ponderação entre regras, uma vez que elas se repelem, valendo, neste contexto, a regra do “tudo ou nada”¹⁷².

Todavia, princípios e regras são, entre si, complementares. Eles coexistem e é justamente devido a esta coexistência que se pode compreender do direito constitucional como um sistema aberto. Essa dialética entre eles é bem explicada por Canotilho da seguinte forma:

É a existência de regras e princípios que permite a compreensão do direito constitucional como um sistema aberto. Se o modelo jurídico estivesse formado apenas por regras, estaríamos restritos a um sistema fechado, com uma disciplina legal exaustiva de todas as situações, alcançando a segurança, mas impedindo que novas situações fossem abarcadas pelo sistema. Por outro lado, a adoção somente de princípios seria impossível, pois diante de tal indeterminação (sem a existência de regras precisas), o sistema mostrar-se-ia “falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”. (CANOTILHO, 1998, p. 1126). Diante da impossibilidade de se constituir um

¹⁷⁰ SILVA, Ivan Luiz da. *Introdução aos princípios jurídicos*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf> =636688172701896480>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹⁷¹ CANOTILHO apud GOMES, op. cit.

¹⁷² *Ibidem*.

sistema formulado apenas com princípios *ou* regras, é que se propõe o sistema formado por regras *e* princípios¹⁷³.

O interessante é verificar como proceder em situações em que existem princípios penais constitucionais em um eixo, como o princípio da reserva legal, e um princípio constitucional não especificamente penal, como o Princípio da Igualdade e o Princípio da não Discriminação de outro, como ocorreu no caso da ADO nº 26174 e do MI nº 4.733/DF175. O segundo e último relator do MI nº 4.733/DF176, Ministro Edson Fachin, entendeu, em seu voto, que haveria direito subjetivo à legislação que tipificasse conduta homo e transfóbicas (direito a não discriminação) e, por isso, conheceu o *writ*. Neste caso, o ministro entendeu que haveria a possibilidade da colmatação pelo MI e utilizou como base de argumentação o voto do Ministro Celso de Mello do MI nº 633/DF177, que afirmou que é possível utilizar o *writ* quando, além do direito subjetivo, também existir – “simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais.”¹⁷⁸

Afirma, ainda, o ministro Celso de Mello em voto de outro MI:

revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legais, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via institucional.¹⁷⁹

No próximo tópico, irá se analisar com mais detalhes os princípios constitucionais da Reserva Legal, da Legalidade e o da Segurança Jurídica, bem como a possibilidade de supressão destes pelo direito subjetivo à legislação.

2.3.2 Princípios e o direito penal

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 91.

¹⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 92.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ BRASIL. *MI nº 633/ DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000217415&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

¹⁷⁹ BRASIL. *MI nº 463/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/181592336/stf-13-03-2018-pg-199?ref=topic_feed>. Acesso em: 11 mai. 2020.

Em seu livro “Bem Jurídico Penal e Constituição”, Luiz Régis Prado explica que os princípios são “[...]o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal”.¹⁸⁰ Isso implica no fato de que a criação de tipos penais, bem como a execução de pena imposta, deverão observar de forma estrita os princípios penais implícitos e explícitos na constituição, mormente por este ramo do Direito se tratar de algo tão caro ao ser humano – seu *status libertatis*.

Além disso, aponta o jurista que os princípios penais possuem uma força de limitar o arbítrio e o poder estatal sobre os indivíduos, delimitando até onde ele pode ir. Importante também salientar que os princípios também devem servir como orientadores da política legislativa criminal

Escreve o autor:

Constituem, portanto, o *eixo* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

A seguir, será uma breve digressão sobre como os Princípio da Legalidade Estrita (ou da Reserva Legal) e o Princípio da Segurança Jurídica.

2.3.3 Princípio da legalidade estrita ou da reserva legal

Conforme já exposto no Capítulo I, o Direito Penal, em sua essência clássica, teve como objetivo precípuo combater e conter o arbítrio estatal (na figura do Soberano ou da Igreja), que impunha penas conforme lhes proovesse. Além disso, era comum que uma ação delituosa – um crime – fosse definido conforme os próprios critérios dessas figuras, muitas vezes assemelhando tais condutas aos pecados ou a condutas que iam de encontro aos interesses da Corte. Assim, pode-se afirmar que, em seu nascedouro, o Direito Penal era um

¹⁸⁰ PRADO, op. cit., p. 37.

direito de 1ª geração/dimensão¹⁸¹ e exigia do Estado uma conduta negativa, ou seja, de se abster de fazer algo, em relação ao indivíduo.

Assim, com o passar do tempo, ao se delimitar as fronteiras do Direito Penal perante a sociedade por meio do contrato social e com a utilização de critérios mais objetivos, ficou mais claro para a sociedade entender em quais circunstâncias elas seriam passíveis de sofrer uma sanção penal. Isso trouxe uma maior segurança jurídica em torno do que se considerava uma conduta delituosa (ou não), bem como penas mais brandas e pré-definidas.

Apesar de o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal ter passado por várias transformações e desdobramentos ao longo dos últimos séculos, uma ideia se mantém até os dias atuais: uma pessoa só será condenada por uma conduta que já era considerada infração penal à época do fato, bem como esta conduta deve ser claramente especificada em lei de tal forma que seja de fácil compreensão saber o que é ou não criminalizado pela sociedade.

Assim, pode-se afirmar que, mais do que um Estatuto Repressor, o Código Penal e a legislação extravagante no âmbito do Direito Penal é, antes de mais nada, a “Carta Magna do Delinquente”, conforme previu Von Liszt.¹⁸²

Este pensamento também está refletido nos escritos de Luiz Régis Prado, que afirma que “[...] o Direito Penal moderno se assenta em determinados princípios fundamentais, próprios do Estado democrático de Direito, entre os quais sobreleva o da legalidade dos delitos e das penas, da reserva legal ou da intervenção legalizada.”¹⁸³

¹⁸¹ Marcelo Novelino explica que “os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época.” O autor explica que foi justamente esse aparecimento gradativo dos direitos fundamentais que deu origem às suas gerações ao longo dos anos. Ressalta-se que, como os direitos fundamentais não se excluem ou se anulam, alguns doutrinadores preferem a terminologia *dimensão* a *geração*. Pode-se, então, afirmar que os direitos fundamentais de 1ª geração/dimensão, conforme explicita o autor estão intrinsecamente ligados ao valor *liberdade* e surgiram com as primeiras constituições escritas e dizem, principalmente, respeito aos direitos civis e políticos. Explica o autor: “os direitos de primeira dimensão têm como titular o indivíduo e são oponíveis, sobretudo, ao Estado, principal destinatário do dever de abstenção (caráter negativo).” NOVELINO, op. cit., p. 310.

¹⁸² “Ao se referir que o Código Penal é a “*Magna Charta* do Delinquente”, von Liszt informava que não é finalidade precípua impor penas, punir, mas sim assegurar àquele que se comportou em desacordo com o ordenamento jurídico que só poderá ser sancionado em obediência às leis e nos limites por elas estabelecidos. Devidamente atualizada, sobretudo em função do princípio da presunção da inocência ou da não-culpabilidade (este de natureza processual), a expressão do autor alemão poderia hoje merecer pequena correção: o Código Penal é a Magna Charta do cidadão.” Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0821493_2012_cap_6.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2020.

¹⁸³ PRADO, op. cit., p. 38.

Tais princípios possuem assentamento constitucional, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB¹⁸⁴, bem como previsão no Código Penal em seu artigo 1º¹⁸⁵.

Com o tempo, estes princípios ampliaram sua atuação garantista para também abarcar outras proteções como a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, o que vincula os Poderes Públicos de maneira precisa e concreta à lei. O Poder Legislativo, que possui representatividade popular e legitimação democrática, é o responsável pela criação dos tipos penais e o Poder Judiciário, em seu turno, o responsável pela aplicação da lei ao caso concreto sempre sob a observância dos comandos da lei, o que assegura o tratamento igualitário na aplicação desta¹⁸⁶.

Assim, uma das consequências dos Princípios da Legalidade e o da Reserva Legal é a possibilidade de assegurar garantias que importam em restrição do legislador bem como do intérprete da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*)¹⁸⁷¹⁸⁸.

Neste ponto, percebe-se uma clara divisão entre os Poderes, uma vez que, pelo princípio da estrita legalidade, não é possível que o Poder Legislativo, encarregado de elaborar as leis, possa delegar a função de legislar em matéria penal para os outros Poderes¹⁸⁹. Nem mesmo por meio de medida provisória ou de lei delegada¹⁹⁰ é possível tratar de assuntos referentes à matéria penal, seja para prejudicar ou para beneficiar o réu¹⁹¹. Desta forma, apenas lei ordinária ou lei complementar podem criar crimes ou agravar penas, sendo a lei a única fonte imediata do Direito Penal. Cabe ressaltar que o mesmo raciocínio se aplica às

¹⁸⁴ Artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. BRASIL, op. cit., nota 94. Acesso em: 06 fev. 2020.

¹⁸⁵ Artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. BRASIL, op. cit., nota 144.

¹⁸⁶ PRADO, op. cit., p. 39.

¹⁸⁷ Em português do latim: “não há crime nem pena sem lei prévia, ou seja, sem lei anterior ao fato”.

¹⁸⁸ PRADO, op. cit., p. 40.

¹⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 94. O artigo 22, inciso I, da Constituição Federal prevê expressamente que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]”

¹⁹⁰ Ibidem. O artigo 68, §1º, inciso II da Constituição Federal prevê que: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: (...) II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; [...]”

¹⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 94. O artigo 62, § 1º, inciso I, alínea ‘b’, prevê a vedação de edição de medidas provisórias que versem sobre matéria penal: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: (...) b) direito penal, processual penal e processual civil; [...]”.

medidas de segurança (“pena” deve ser interpretado como sanção penal) e às contravenções penais (“crime” deve ser interpretado como infração penal).

Isso se dá ao fato de que o Poder Legislativo é o único que possui legitimidade democrática¹⁹², isto é, são eleitos pelo povo e, assim sendo, é o único Poder que possui legitimidade popular para definir os contornos do Direito Penal, cujas consequências são tão caras à liberdade individual¹⁹³.

Em relação à criação de inovações penais pelo Poder Judiciário, cabe ressaltar o princípio da vedação à analogia *in mallam partem* que proíbe que leis penais possam ser criadas a partir de costumes ou de analogias que desfavoreçam a pessoa em conflito com a lei. É necessário que haja lei escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*¹⁹⁴).

Assim, pode-se concluir que qualquer outra forma de inovação em âmbito de matéria penal que não seja por meio da legalidade estrita fere, principalmente, os princípios da legalidade, da reserva legal e da anterioridade, ainda que se alegue que haja um suposto direito subjetivo à legislação no caso concreto.

2.3.4 Princípio da segurança jurídica

Outro princípio muito caro, não só ao Direito Penal, mas à ciência e à prática jurídica como um todo, é o Princípio da Segurança Jurídica. Luiz Regis Prado escreve que a segurança jurídica é “[...] verdadeiro pilar estrutural do Estado de Direito”¹⁹⁵ e, além disso, esclarece que a observância do Princípio da Segurança Jurídica nas relações “[...] constitui necessidade básica do homem, que repele qualquer imprevisibilidade ou incerteza no que diz respeito ao controle formal-legal a que se encontra submetido.”¹⁹⁶

O autor também afirma que este princípio não é um mero fato, mas sim, postulado basilar da ordem jurídica e que pode ser observado logo no artigo 1º da Constituição de 1988¹⁹⁷ a partir da consagração do Estado de Direito.¹⁹⁸

¹⁹² BRASIL, op. cit., nota 94. O artigo 1º, parágrafo único Constituição Federal prevê que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

¹⁹³ PRADO, op. cit., p. 41.

¹⁹⁴ Em português do latim: “não há crime nem pena sem lei escrita.”

¹⁹⁵ PRADO, op. cit., p. 67.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Ibidem, nota 94, (artigo 1º da CF).

¹⁹⁸ Ibidem, p. 68.

Em relação ao Direito Penal, Prado¹⁹⁹ explica que o referido postulado pode ser encontrado em vários dispositivos da Constituição Federal de 1998, tais como: artigo 5º, inciso XXXIX²⁰⁰ (que trata da legalidade e da anterioridade penal); artigo 5º, inciso XL²⁰¹ (que trata da irretroatividade da lei penal, salvo se for em benefício do réu) e artigo 5º, incisos XLV²⁰², XLVI²⁰³ e XLVII²⁰⁴ (que tratam dos princípios da pessoalidade, individualização e humanidade das penas, respectivamente). Além disso, ele aponta que o Princípio da Segurança Jurídica também se encontra na maior parte das garantias processuais e de execução penal, como, por exemplo no artigo 5º, incisos LIV²⁰⁵, LV²⁰⁶, LVII²⁰⁷, XLIX²⁰⁸, LXIII²⁰⁹, LXIV²¹⁰, da Constituição.

Além disso, o jurista escreve que, na atual sociedade de risco, onde as relações se modificam com extrema rapidez para acompanhar as crescentes e diferentes demandas, há uma tendência a uma “massiva proliferação legislativa penal”²¹¹ no intuito de proteger direitos humanos que podem vir a ser afetados por estes novos paradigmas sociais.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 69.

²⁰⁰ BRASIL, op. cit., nota 94. O artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

²⁰¹ Ibidem. O artigo 5º, inciso XL, da Constituição prevê que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

²⁰² BRASIL, op. cit., nota 94. O artigo 5º, inciso XLV, da Constituição prevê que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

²⁰³ Ibidem. O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição prevê que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes[...].”

²⁰⁴ Ibidem. O artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição prevê que “não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”

²⁰⁵ Ibidem. O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

²⁰⁶ Ibidem. O artigo 5º, inciso LV, da Constituição prevê que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

²⁰⁷ Ibidem. O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

²⁰⁸ Ibidem. O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição prevê que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

²⁰⁹ Ibidem. O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição prevê que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

²¹⁰ Ibidem. O artigo 5º, inciso LXIV, da Constituição prevê que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.”

²¹¹ PRADO, op. cit., p. 68.

Entretanto, aponta o autor que esta tendência legislativa é prejudicial e “[...] afronta os ditames que informam o autêntico Direito Penal [...]”.²¹² Ele argumenta que o moderno Estado de Direito não pode ser um mero Estado legal, mas sim:

um modelo material de organização política regrado fundamentalmente por três princípios: a) subordinação de toda atividade estatal a normas emanadas de órgãos representativos e vinculadas às garantias e direitos fundamentais dos cidadãos; b) a publicidade dos atos legislativos, administrativos e judiciais; c) o controle da atividade estatal mediante jurisdição independente e controle político exercido pelo Poder Legislativo, na forma estabelecida em lei.²¹³

Ele não enxerga discrepâncias ou incongruências entre o atual Estado de Direito e o Princípio da Segurança Jurídica. Todavia, questiona a mitigação deste postulado pelo número crescente de leis penais que a sociedade de risco demanda, o que ele chama de “inflação legislativa”.²¹⁴

Partindo desta premissa que o referido doutrinador expõe – que essa inflação legislativa com intuito de proteger direitos fundamentais seria uma afronta à segurança jurídica –, pode-se afirmar que este mesmo movimento, só que por meio do Poder Judiciário como se verifica na ADO nº 26215 e o MI nº 4.733/DF216, seria ainda mais afrontoso aos ditames do Direito Penal. Isso porque, conforme já discutido, não é atividade precípua do Poder Judiciário criar novas normas de condutas – leis – muito menos tipificações penais sob o argumento de que mandados de criminalização constitucionais não estão sendo observados pelo Poder Legislativo.

Neste sentido, Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon e Chiavelli Facenda Falavigno escrevem em seu artigo “Ativismo judicial e direito penal do risco: novos desafios” que o ativismo judicial em matéria penal pode servir de redutor de danos para o Direito Penal²¹⁷. Eles explicitam que “[...] a interpretação judicial ativista contribui de forma significativa para a efetivação de direitos fundamentais vilipendiados na era da segurança [...]”.²¹⁸ Todavia, eles frisam uma condição para esta forma de ingerência do Poder Judiciário no âmbito do

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Ibidem, p. 68.

²¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 91.

²¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 92.

²¹⁷ POZZEBON; FALAVIGNO, op. cit., p. 1.

²¹⁸ Ibidem.

Direito Penal, qual seja, “[...]”²¹⁹ desde que orientada no sentido de proteção de minorias – contramajoritário e sistematicamente operado em favor do réu.”

Eles escrevem que, atualmente, o Direito Penal passa por uma grande crise, uma vez que ele tenta – sem muito êxito – coibir os delitos que surgem com as constantes mudanças sociais na chamada sociedade de risco.²²⁰ Entretanto, apontam que, neste processo, direitos fundamentais acabam sendo desrespeitados em um afã de coibir estas novas formas de cometer delitos.

Eles escrevem:

O inegável é, no entanto, que estamos hoje lidando com um direito penal que tende a não respeitar garantias individuais em busca da concretização de objetivos político-criminais cada vez mais baseados em doutrinas como *Law and Order* ou *Broken Windows*, que tendem a causar graves danos sociais, principalmente às classes mais desfavorecidas, quais sejam, os indesejáveis do sistema.²²¹

Os autores sustentam que uma das explicações desta expansão do Direito Penal seria “[...] a percepção social de que as liberdades individuais são ameaçadas cada vez menos pelo Estado e cada vez mais pelos seus co-cidadãos.”²²² Desta forma, segundo eles, as pessoas passam a temer mais os indivíduos do que o temem o próprio Estado, o que justifica por que políticas criminais expansionistas e violadoras de direitos fundamentais possuem grande apoio popular na atualidade. Trata-se, portanto, “[...] de um uso generalizado do direito penal, que tem por escopo a tranquilidade da população, a solução de conflitos sociais, de problemas econômicos, etc.”²²³

Em relação à concepção de bens jurídicos merecedores de tutela penal que, anteriormente, conforme demonstrado no Capítulo I deste trabalho, eram utilizados como forma de restringir a punição arbitrária estatal, hoje está sendo utilizada justamente ao contrário: como forma de criar novos tipos penais e, conseqüentemente, novas condutas criminosas. Eles apontam que este fenômeno faz com que o Direito Penal passe, cada vez mais, a tratar de diversos assuntos sem a observância dos princípios e garantias limitadoras a ele inerentes.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Ibidem, p. 2.

²²¹ Ibidem.

²²² Ibidem, p. 4.

²²³ Ibidem.

Eles escrevem:

[...] o próprio critério de bem jurídico, pensado inicialmente com fins de despenalização, passa a ser deturpado e usado de maneira a expandir o controle penal, por meio da criação descontrolada de novos bens que, assim, legitimam a expansão da tutela penal para ramos antes regulados por outras esferas do direito. (...) Assim, o direito penal que se convive adentra em uma perigosa senda, pois cada vez regula mais matérias sem, contudo, balizar sua intervenção por princípios e garantias limitadoras. 224

Pode-se observar que foi este fenômeno que ocorreu nas decisões da ADO nº 26225 e do MI nº 4.733/DF226: na ânsia de se tutelar direitos fundamentais de uma determinada parcela da sociedade – no caso os homossexuais e transsexuais – o Poder Judiciário expandiu o bem jurídico tutelado pelo crime de racismo sem encontrar maiores reações populares. Pelo contrário, em casos assim, encontra-se grande apoio popular, pois, desta forma, é passado para a sociedade uma sensação de segurança e de justiça social por meio do controle penal.

Cabe ressaltar que, neste contexto, não está se colocando em dúvida se esta ou aquela parcela da sociedade merece proteção Estatal. Na sociedade atual e sob a perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana, como já exposto, é indiscutível que todo ser humano é merecedor de proteção de seus direitos de forma positiva e negativa, não só em relação ao Estado, mas em relação com outras pessoas também. Todavia, essa proteção, nem sempre, ou quiçá, raramente, deve vir por meio do Direito Penal, que possui caráter fragmentário e de *ultima ratio*.

É também importante frisar que, atualmente, o juiz possui uma importante função dentro do processo como um todo, não sendo apenas um “boca da lei” da época da separação estanque dos Poderes de Montesquieu. Assim, escrevem Pozzeno e Falavigno que o magistrado pode “[...] dar interpretação e conseqüente aplicação crítica às normas que emanam do Poder Legislativo.”²²⁷ Todavia, apontam que essa interpretação do texto da lei deve, em relação ao Direito Penal, sempre se dar “[...] no sentido ilustrado na Carta Constitucional, qual seja, o de restrição do punitivismo e de expansão das já tão vilipendiadas garantias.”, ou seja, sempre em favor do réu.

²²⁴ Ibidem, p. 5.

²²⁵ BRASIL, op. cit., nota 91.

²²⁶ BRASIL, op. cit., nota 92.

²²⁷ Ibidem, p. 7.

Pode-se afirmar que a decisão emanada da ADO nº 26228 e do MI nº 4.733/DF229 sugere o oposto: houve uma expansão do Direito Penal não para beneficiar, mas sim, para criar condutas criminosas, abalando, desta forma, princípios constitucionais penais como o Princípio da Reserva Leal e o Princípio da Segurança Jurídica.

²²⁸ BRASIL, op. cit., nota 91.

²²⁹ BRASIL, op. cit., nota 92.

3. A NECESSÁRIA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO

Após discorrer sobre a evolução do bem jurídico penal no Capítulo I deste trabalho, constatou-se, no Capítulo II, que a atual sociedade de risco, devido a suas crescentes e variadas formas de interação social, demanda respostas mais céleres por parte do Direito Penal.

Assim, pode-se afirmar que, não raras vezes, o Poder Legislativo não consegue atender esta crescente exigência por parte da sociedade de forma satisfatória, fazendo, com isso, que novos bens penais fiquem sem a devida tutela penal. Em uma tentativa de solução para esta ausência, o Poder Judiciário, ocasionalmente, faz o papel do legislador, criando, assim, novos tipos penais de forma transversa. Isso ocorre, por exemplo, quando o bem jurídico tutelado por um tipo penal já existente é expandido por meio do Poder Judiciário com o objetivo de dar proteção penal a um bem jurídico desprotegido.

Todavia, como já exposto no Capítulo II, ainda que seja importante que os bens e as relações jurídicas mais caros à sociedade recebam a devida e justificável tutela penal, não é por meio do Poder Judiciário que esta proteção deverá ocorrer. Conforme já analisado, este ativismo judicial fere direitos fundamentais penais que foram se consolidando ao longo das últimas décadas – como o Princípio da Legalidade, o Princípios da Reserva Legal e o Princípio da Segurança Jurídica – justamente para que o agente que comete um crime tenha certas prerrogativas penais respeitadas de tal forma que ele não fique à mercê do arbítrio Estatal. Observou-se até aqui que, ao se criar tipos penais por meio do Poder Judiciário, é como se o Estado, novamente, ficasse em evidência para, a qualquer custo, punir pessoas que façam determinadas condutas que, ele próprio, o Estado Soberano, entenda como crime.

Ao longo deste trabalho, também foi exposto que uma das atividades típicas do Poder Legislativo é a criação de leis e, no que diz respeito ao Direito Penal, a criação de tipos penais. É importante que esta tarefa se mantenha adstrita ao Legislativo, uma vez que seus integrantes possuem representação popular, ou seja, são escolhidos pelo povo. Conforme visto, no contrato social que rege um Estado Democrático de Direito, é a sociedade que deverá decidir qual é a parcela da liberdade que cada indivíduo deverá ter restringida, e não mais o Estado. Isso se faz ainda mais importante no âmbito penal, já que este traz consequências gravosas ao indivíduo, podendo chegar à restrição de sua liberdade.

Foi justamente esta expansão do bem jurídico tutelado pelo crime de racismo que o Poder Judiciário realizou com a ADO nº 26²³⁰ e o MI nº4.733/DF²³¹ nos quais ele alargou o entendimento do que seria considerado racismo para este tipo penal. No caso em tela, não é que o crime de racismo não existisse, mas ele foi expandido para que abarcasse, também, condutas homo- e transfóbicas.

Entretanto, olhando-se pelo outro lado do prisma, percebe-se que a própria constituição prescreveu mandados de criminalização como forma de se garantir direitos fundamentais. Desta forma, a Carta Fundamental legitimou as chamadas sentenças aditivas que funcionam como “[...] mecanismo de integração do direito por meio do qual se cria norma jurídica sem a correspondência em uma disposição normativa específica.”, como, por exemplos, nos Mandados de Injunção²³².

Sendo assim, o objetivo do presente capítulo é adentrar justamente no campo desta (aparente?) dicotomia entre o princípio da estrita legalidade penal e a legitimidade das sentenças aditivas no âmbito do Direito Penal por meio das ações constitucionais, mais precisamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Quais seriam os limites funcionais da jurisdição constitucional no campo penal?

Partindo deste ponto, indaga-se se a interpretação conforme a constituição utilizada na ADO nº 26²³³ e no MI 4.733/DF²³⁴ foi, de fato, meio legítimo para suprir o que o Supremo intitulou de “omissão constitucional” no caso em tela. Houve, de fato, uma omissão por parte do legislador a ser colmatada? E, caso tenha ocorrido, de fato, esta omissão, seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade o melhor meio para se chegar a uma solução?

Indo um pouco mais além, é imperioso que se faça o seguinte questionamento: é, de fato, vontade do Poder Judiciário se imiscuir na atividade típica do Poder Legislativo, ou essa suposta “intromissão” judicial ocorre por causa da mora Legislativa que, conforme já mencionado, muitas vezes não consegue acompanhar as cada vez mais rápidas transformações sociais? Estas são reflexões que serão tratadas no presente capítulo deste trabalho.

²³⁰ BRASIL, op. cit., 91.

²³¹ BRASIL, op. cit., 92.

²³² SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum Conhecimento Jurídico, 2019, p. 382.

²³³ BRASIL, op. cit., nota 91.

²³⁴ BRASIL, op. cit., nota 92

3.1 Mandados expressos de criminalização como forma de proteção dos direitos fundamentais na constituição brasileira de 1998

A constituição de 1988 trouxe a ideia de que “[..] o Direito Penal seria um poderoso instrumento de proteção de direitos fundamentais”²³⁵, o que se expressou, em seu texto legal, em vários mandados constitucionais de criminalização.

Para ilustrar alguns desses mandados, pode-se citar o HC nº 118533 do STF²³⁶ em que o Ministro Gilmar Mendes afirma que:

A Constituição de 1988 contém diversas normas que determinam, expressamente, a criminalização de um amplo elenco de condutas, conforme se observa nos seguintes incisos do art. 5º: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”.

O Ministro continua em seu voto:

No mesmo sentido, o art. 7º, inciso X, ao assegurar, em favor dos trabalhadores urbanos e rurais, a proteção do salário na forma da lei, estabelece, expressamente, que “constitui crime sua retenção dolosa”. De igual modo, prevê o art. 227, § 4º, da Constituição, que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” Da mesma forma, estabelece o art. 225, § 3º, que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Percebe-se que a Constituição Federal possui mais que um mero papel limitador em relação aos excessos punitivos praticados no campo penal (baseado em princípios como o da legalidade e o da responsabilidade pessoal), mas também apresenta um rol de direitos fundamentais que merecem tutela penal. Cabe ressaltar que estes postulados de proteção são

²³⁵ SOUZA FILHO, op. cit., p. 99.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 118.533. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

direcionados ao Poder Legislativo conforme também é apontado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto do supramencionado julgado: “[...] Nessa linha, as normas constitucionais acima transcritas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, traduzido em mandados de criminalização expressos, dirigidos ao legislador.”²³⁷

A decisão tomada na ADO nº 26²³⁸ e no MI nº 4.733/DF²³⁹ no sentido de abarcar condutas homo- e transfóbicas no conceito de “racismo” foi baseada nos mandados de criminalização do artigo 5º, incisos XLI²⁴⁰ e XLII²⁴¹ da Constituição Federal. Na verdade, é de se questionar se o previsto no inciso XLI deste artigo é, de fato, um mandado de criminalização, uma vez que nele está expresso que “a lei punirá qualquer discriminação [...]” não deixando claro que está punição deverá ser, necessariamente, penal.

Neste contexto, cabe ressaltar o entendimento de que não é possível encontrar um conteúdo preciso para cada direito fundamental previsto na Constituição Federal de tal forma que a atividade legiferante já esteja totalmente pré-definida pelo texto fundamental. Seguindo o entendimento de Constituição Moldura proposto por Hans Kelsen²⁴², há que se afirmar que “o constitucionalismo contemporâneo angariou amplo consenso em relação à ideia de que a Constituição não fixa todos os conteúdos das normas infraconstitucionais”²⁴³. Desta forma, é possível afirmar que “[...]as normas constitucionais conferem ao legislador e ao intérprete em geral uma moldura que não pode ser superada”²⁴⁴.

Assim, ainda que a Constituição preveja mandados de criminalização em defesa de certos direitos fundamentais, há que se levar em conta que nem tudo está pré-definido pela Constituição e que há, desta forma, questões substanciais que estão sujeitas a decisão parlamentar no seu processo legislativo ordinário²⁴⁵. No caso específico do objeto de estudo

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ BRASIL, op. cit., nota 91.

²³⁹ BRASIL, op. cit., nota 92.

²⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 96. “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

²⁴¹ Ibidem. “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

²⁴² KELSEN, op. cit., p. 1272.

²⁴³ SOUZA FILHO, op. cit., p. 114.

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ Ibidem.

deste trabalho, o STF desrespeitou a margem de discricionariedade legislativa e ampliou o entendimento do Poder Legislativo já consolidado na Lei nº 7.716 de 1989²⁴⁶ (lei de racismo).

Corroborando esta ideia, pode-se trazer à baila o pensamento de Ademar Borges de Sousa Filho que escreve que a “[...] preocupante erosão que o princípio da legalidade tem sofrido no campo penal não autoriza supor que seja possível encontrar um conteúdo imanente de cada um dos direitos fundamentais capaz de limitar com a mesma clareza e precisão a atividade legislativa.”²⁴⁷ Em relação ao papel do juiz na hora de interpretar as leis escreveu o autor que “é mais viável apostar que a clareza e a precisão das leis penais possam limitar a atividade interpretativa dos juízes do que na proposta de uma definição precisa do conteúdo dos direitos fundamentais possa oferecer o mesmo grau de limitação à atividade legislativa.”

3.2 Controle de constitucionalidade da omissão legislativa: o STF como legislador positivo em matéria penal

Conforme observado, nos últimos tempos, principalmente por causa da crescente evidência dos crimes de colarinho branco, tem-se dado maior ênfase à expansão da repressão do Direito Penal por parte da sociedade – ainda que esta seja realizada pelo Judiciário – devido ao entendimento de que atos delituosos devem ser combatidos por todos os Poderes do Estado²⁴⁸.

Todavia, partindo da conclusão a que se chegou no Capítulo II desta obra – que a expansão do bem jurídico penal pelo Poder Judiciário afronta princípios basilares do Direito Penal, outorgando, desta forma, ao Poder Judiciário o mesmo papel do Estado Soberano de outrora – chega-se ao seguinte pressuposto: “o papel que o STF pode desempenhar na intensificação do controle penal está limitado por uma barreira intransponível: a Corte não pode legislar positivamente para ampliar o poder punitivo penal.”²⁴⁹

Tomando, então, como ponto central deste presente capítulo a supramencionada premissa, é incabível se coadunar com a ideia de que o Poder Judiciário possa ir além dos

²⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

²⁴⁷ SOUZA FILHO, op. cit., p. 125.

²⁴⁸ Ibidem, p. 377.

²⁴⁹ Ibidem.

limites normativos traçados pelo legislador – eleito pelo povo, frisa-se – ainda que, supostamente, a interpretação da Suprema Corte esteja mais próxima do mundo ideal:

Nem sempre o Judiciário pode criar as soluções que entender mais eficientes para o direito penal. Entre o melhor dos mundos e a realidade possível, existem as escolhas feitas pelos representantes do povo. E a jurisdição constitucional não opera no vazio nem pode realizar sopesamentos que ignorem o conteúdo das normas submetidas ao seu controle. A maior criatividade assumida pela jurisdição constitucional em outros setores do direito encontra barreiras no campo penal, no âmbito no qual o princípio da legalidade apresenta contornos absolutamente rigorosos. [...] a reafirmação da garantia contra a criação normativa pelo Judiciário em prejuízo do réu constitui fundamento do Estado de direito que não pode ser excepcionado em nenhuma circunstância e sob qualquer tipo de argumento, por maior que seja o seu valor moral, a sua correção filosófica, social e política.²⁵⁰

Neste contexto, cabe ressaltar que, em âmbito penal, a atividade do Poder Judiciário será sempre um olhar para trás, ou seja, como forma de aplicação de sanções penais para crimes já cometidos no passado. Crimes estes, vale frisar, que já se encontravam tipificados antes do cometimento da conduta do agente. Isso faria com que o Direito Penal serva, de fato, à sua finalidade precípua, que, conforme Jakobs²⁵¹, é a reafirmação dos deveres normativamente estabelecidos pela sociedade, mais do que a proteção de um bem jurídico penal.

No mesmo sentido, já expôs o filósofo Beccaria²⁵² - que modificou e fundamentou em sua obra as bases do Direito Penal e Processual Penal moderno – que o papel da sanção penal é salvaguardar o depósito das pequenas porções de liberdade que cada indivíduo cedeu para a sociedade por meio do contrato social. E, assim sendo, uma das consequências da disposição desta parcela de liberdade individual para o bem comum é “que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”²⁵³.

Em relação à produção de leis penais pelo Poder Judiciário, já sustentava Beccaria²⁵⁴ no século XVIII:

²⁵⁰ SOUZA FILHO, op. cit., p. 381.

²⁵¹ LUZ, op. cit., p. 33.

²⁵² BECCARIA, op. cit., p. 9.

²⁵³ Ibidem. p. 11.

²⁵⁴ Ibidem.

Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. [...] Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há.

Conclui-se, então, que não cabe ao Poder Judiciário olhar para frente na seara do Direito Penal. Ao contrário: seu papel punitivo será sempre retrospectivo e nunca prospectivo, ainda que o anseio da sociedade por Justiça seja forte e apelativo. Por mais necessárias que possa ser, a realização de mudanças estruturais na sociedade transborda o limite de atuação do Poder Judiciário. O meio pelo qual o Poder Judiciário melhor poderá atender a sociedade no âmbito de matéria penal é oferecendo respostas punitivas moderadas, firmes e seguras que ajudarão na prevenção do cometimento de delitos.

3.3 Ação direta de constitucionalidade por omissão nº 26 e mandado de injunção 4.733 do Distrito Federal

A partir desta premissa de que o Poder Judiciário não deve ter um olhar prospectivo, mas sim, retrospectivo, no âmbito penal, resta então a pergunta: em uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão em âmbito penal, quais seriam os limites do Poder Judiciário?

Não é possível responder esta pergunta sem que se perpassasse, mais uma vez, pela importância do bem jurídico para o Direito Penal, principalmente no que diz respeito ao Princípio da Segurança Jurídica.

Pois bem.

Uma das funções precípua do conceito de bem jurídico penal – se não a mais importante – é delimitar os contornos do bem jurídico que um determinado tipo penal está protegendo. Desta forma, fica claro para a sociedade qual conduta é (ou não é) passível de ofender um determinado bem jurídico penal. Por exemplo, quando o artigo 121 do Código

Penal²⁵⁵ prevê, como crime, a conduta “matar alguém”, vê-se que este tipo penal está inserido na Parte Especial deste Estatuto, mais precisamente no Capítulo I, que prevê os crimes contra a vida que, por sua vez, encontra-se inserido no Título I, que prevê os crimes contra as pessoas.

Desta forma, fica claro para uma pessoa que venha a atentar contra a vida de qualquer outro ser vivo que não seja uma pessoa (por exemplo um inseto, uma árvore ou um animal), ela não responderá pelo crime previsto no artigo 121 do Código Penal²⁵⁶. Isso se dá uma vez que este tipo penal trata especificamente sobre atos que venham a atentar contra a vida de um ser humano (pessoa) e não contra a vida de outros seres. A pessoa que, por exemplo, vier a matar um animal, pode praticar um crime contra o meio ambiente ou a fauna a depender de onde sua conduta estará tipificada como crime, mas uma coisa é certa: ela nunca responderá pelo tipo descrito no artigo 121 do Código Penal²⁵⁷.

As tipificações penais trazem segurança jurídica para a sociedade, pois deixam expressas de forma clara quais condutas são crimes e quais bens jurídicos estes tipos penais estão protegendo. Caso, no futuro, o nosso ordenamento jurídico mude, por exemplo, a natureza jurídica de um animal de semovente para sujeito de direitos – não realizando aqui um juízo de valor sobre tal decisão – é de se causar estranheza se uma pessoa, então, a partir daí, pudesse ser denunciada pelo artigo 121 do Código Penal²⁵⁸ se matasse um animal. Ainda assim, o bem jurídico deste tipo penal tutelado, neste caso, seria a vida humana.

Ainda nesta linha de raciocínio, mesmo que a Constituição Federal, via emenda constitucional, passasse a tutelar o direito dos animais como sujeitos de direitos e ordenasse que fossem criados tipos penais específicos para a tutela de suas vidas, seria absurdo se, no momento da aplicação do direito ao caso concreto, fosse feita uma interpretação extensiva da palavra “alguém” para abarcar pessoas e animais. Haveria, aqui, duas opções: ou criar um tipo penal novo para proteger a vida dos animais ou modificar o artigo 121 do Código Penal²⁵⁹ para que abarcasse, também, animais, agora sujeitos de direito em nosso exemplo.

É, então, de se ressaltar que esta alteração ou criação deveria ser feita por meio de lei penal, cuja criação é atividade precípua do Poder Legislativo, e não do Judiciário. Além disso,

²⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 144.

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Ibidem.

é de se ressaltar que, essa modificação legislativa seria realizada em abstrato e não no momento da aplicação da lei ao caso concreto.

Transferindo este raciocínio para a ADO nº 26²⁶⁰ e o MI nº 4.733/DF²⁶¹, percebe-se que, o que foi realizado nestas ações, não foi muito diferente do exposto no exemplo acima. Cabe ressaltar que não está se colocando em pauta a discussão sobre a necessidade de se coibir condutas que atentem contra a dignidade de qualquer pessoa. No atual Estado Democrático de Direito é crucial que todo atentado contra a dignidade da pessoa humana seja coibido. Todavia, o que não se pode conceber é alterar o corpo para que ele caiba na roupa. Ou, em outras palavras, não se muda o bem jurídico penal tutelado para que ele se encaixe em tipificações já existentes.

O objeto a ser protegido é o que é e, muitas vezes, ele sempre esteve latente ao aguardo de uma tutela penal, ou seja, aguardando sua transição de um mero fato ou objeto da vida para algo que mereça uma tutela jurídica. O que deve ser alterado ou criado são as formas de proteção a este valor social. Seres humanos homossexuais e/ou transsexuais não é algo novo da sociedade moderna. Na verdade, o que se mudou – de forma plenamente justificável de acordo com os preceitos constitucionais modernos – foi o olhar da sociedade sobre o direito de tutela que estas pessoas devem ter. Sendo assim, a esse despertar sobre a existência de um novo bem jurídico que merece tutela penal não se deve, via Poder Judiciário, encaixar uma tipificação voltada para a proteção de um outro bem jurídico. A roupa nunca se encaixará perfeitamente no novo corpo, tendo em vista que seu molde não foi feito para ele. Cabe ao costureiro, então, realizar os ajustes ou confeccionar uma roupa nova. No caso em tela, o Poder Legislativo.

Mas, então, no caso objeto de estudo deste trabalho, este novo bem jurídico merecedor da tutela penal, por ausência de uma roupagem adequada, ficaria sem a devida proteção?

Obviamente não. Na falta de melhor adequação típica que se encaixe ao caso concreto, o Poder Judiciário terá que verificar, dentre a cartela disponível a ele na legislação penal, qual melhor se amolda ao caso concreto. Para dar alguns exemplos: a depender da situação, poderia ser utilizado, até que sejam elaborados tipos penais mais específicos pelo

²⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 91.

²⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 92.

Poder Judiciário, os artigos previstos no Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal²⁶² para casos de crimes contra a honra de uma pessoa homo- e/ou transsexual. Da mesma forma, poder-se-ia utilizar o artigo 121 da mesma lei²⁶³ com uma de suas qualificadoras previstas nos incisos I e II para o homicídio de uma pessoa por causa de sua orientação sexual ou identificação de gênero.

Mas, se ao contrário, fosse afirmado que a homo- e a transexualidade podem ser enquadrados no conceito de raça, qual justificaria haveria para não se encaixar, por exemplo, os crimes contra as mulheres ou contra as pessoas obesas ou que fujam, de alguma forma, de padrões sociais pré-estabelecidos?

Andou bem o Legislador ao criar tipos penais específicos em relação às mulheres, por exemplo, para tratar do homicídio contra as mulheres por razões de condição de sexo feminino: ao invés de tentar encaixar essa conduta, de ordem objetiva, em algum tipo penal já existente, criou-se a qualificadora do inciso VI do artigo 121²⁶⁴ – feminicídio –, inclusive com a explicação do que caracterizaria essas condições nos incisos de seu parágrafo segundo²⁶⁵.

Neste contexto, cabe frisar que o inciso VI e o parágrafo segundo do artigo 121 foi inserido no Código Penal²⁶⁶ apenas em 2015, o que não significa que mortes de mulheres por causa de sua condição feminina não ocorriam até então. Entretanto, ao invés de encaixar esta conduta em algum tipo penal existente, os agentes que cometiam a conduta hoje prevista no artigo 121, inciso VI, do Código Penal eram denunciados com base em um dos incisos do §2º do artigo 121 do Código Penal²⁶⁷, a depender do caso concreto: caso a mulher tivesse sido morta por causa de discriminação, a conduta enquadrava no inciso II (motivo fútil); mas, se por sua vez, a mulher tivesse sido morta por vingança, a conduta do agente seria enquadrada no inciso I (motivo torpe).

²⁶² BRASIL, op. cit., nota 258.

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem.

3.3.1 O caso Ellwanger e o nascimento do conceito de racismo social

Em relação ao caso da ADO nº 26²⁶⁸ e do MI nº 4.733/DF²⁶⁹, é de se destacar que estas ações não foram o marco inicial da elasticidade do conceito do termo racismo pelo Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, cabe destacar que a palavra racismo possui a seguinte definição: “preconceito e discriminação direcionados a quem possui uma raça ou etnia diferente, geralmente se refere à segregação racial.”²⁷⁰ Por sua vez, a palavra raça possui a seguinte definição: “categorização que pretende classificar os seres humanos, pautando-se em caracteres físicos e hereditários”²⁷¹ e “grupo de indivíduos cujos caracteres biológicos são constantes e passam de uma geração para outra: raça branca, raça negra etc.”²⁷².

Partindo, então, deste entendimento biológico e genético da definição da palavra raça, o processo-crime n.º 1397026988 – 08720 chegou até o Supremo Tribunal Federal, em 2003, por meio do Habeas Corpus nº 82.424²⁷³ em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de anti-semitismo e por publicar, vender e distribuir material anti-semita²⁷⁴.

Em sua tese, os impetrantes do HC sustentaram que o delito praticado pelo agente não teria conotação racial, uma vez que os judeus não constituíam uma raça e, por isso, a condenação de Ellwanger com base no conceito de “racismo” – artigo 20²⁷⁵ da Lei nº 7.716 de 1989²⁷⁶ – não se sustentaria.²⁷⁷

²⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 91.

²⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 92.

²⁷⁰ Dicio. *Dicionário online de português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/racismo/>>. Acesso em: 21 set. 2020.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.424*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 21 set. 2020.

²⁷⁴ ENSAIOS E NOTAS. *Resumo: o caso ellwanger*. Disponível em: <<https://ensaiosnotas.com/2018/05/23/resumo-o-caso-ellwanger/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

²⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 249.

²⁷⁶ A Lei nº 7.716/89, em seu artigo 1º, preconiza que serão punidos os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, tendo o STF complementado este rol com mais um elemento no julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI nº 4.733/DF, qual seja: condutas homo- e transfóbicas.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/verConteudo.phpsigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms>. Acesso em: 21 set. 2020.

Todavia, o plenário do STF partiu da premissa que não existem raças distintas entre os seres humanos e, por isso, o conceito da palavra racismo deve abarcar não apenas fatores biológicos, como também, circunstâncias históricas, políticas e sociais.²⁷⁸

Nesse sentido, trecho da ementa do referido julgado²⁷⁹:

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

O caso Ellwanger foi de importância crucial para o levantamento de discussão acerca da conceituação da palavra racismo. Como o entendimento da maioria dos ministros do STF, no julgamento do HC em tela, foi de que não haveria distinção de raças entre os seres humanos, como deveria, então, ser tipificado o crime de racismo e seus correlatos (injúria racial, etc)? Prevaleceu o entendimento de que bastaria a estigmatização de um grupo humano para consumir a tipificação do crime de racismo com base no parecer de Celso Lafer, um dos *amicus curiae* do processo²⁸⁰.

Nesse sentido, trecho do parecer do jurista:

O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma "raça" para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma "raça" – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 276.

²⁸⁰ LAFER, Celso. *O caso Ellwanger*: anti-semitismo como crime da prática do racismo. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4%3E>>. Acesso em: 25 set. 2020.

Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que “raça” é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade.²⁸¹

Sairia do escopo deste trabalho analisar de maneira aprofundada a conceituação do termo racismo. Também não é seu objetivo tentar delimitá-lo. Tampouco está-se aqui defendendo a prática de atos anti-semitas. A questão gira em torno da expansão de um termo que, a princípio, parecia possuir uma delimitação clara e que, ao longo do tempo, foi extremamente alargado pela Suprema Corte a fim de atender as demandas que a ela chegavam.

Partindo do pressuposto que o termo “raça” é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade, conforme entendimento do jurista Celso Lafer, é de se indagar onde se enquadraria a homo- e a transexualidade neste conceito. É claro mencionar que estas pessoas não fazem parte de um grupo com mesmas características biológicas ou do mesmo fenótipo, tendo em vista que existem pessoas homo- e transsexuais de várias cores, origens, gênero e nacionalidade.

Seria, então, correto afirmar que a orientação sexual das pessoas, bem como sua identidade de gênero se encaixam no conceito de “raça” que advém de uma construção histórico-social? O artigo 1º da Lei nº 7.716/89 é bem claro ao mencionar que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”²⁸² O grupo de pessoas homo- e transsexuais, bem como o restante da comunidade LGBTI+ – apesar de serem dignos de toda proteção a seus direitos assim como as demais pessoas –, encaixa-se em algum dos termos mencionados pelo artigo (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional)?

Independente da resposta para esta pergunta, percebe-se que o conceito de “raça” se tornou um conceito jurídico *sus generis* apto a ser utilizado pelo Poder Judiciário, conforme a conveniência do caso concreto. Desta forma, constata-se uma clara ofensa, em âmbito penal, aos princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica, bem como à proibição da analogia *in malam partem* por parte do intérprete das leis penais.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² BRASIL, op. cit., nota 249.

3.3.2 Dever de proteção constitucional e a omissão no âmbito penal

Como se pôde verificar, o bem jurídico penal tutelado pela Lei nº 7.716/89²⁸³ vem passando, desde a sua criação, por um alargamento. Isso decorre das variações que o conceito de “racismo” vem sofrendo nos últimos tempos, tornando-o um bem jurídico aberto e indeterminado para encaixar qualquer tipo de discriminação contra pessoas sem nenhum parâmetro conceitual.

A referida lei, em sua redação original, punia os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.²⁸⁴ Alguns anos depois, esta redação foi alterada pela Lei nº 9.459/97, passando a abarcar crimes decorrentes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.²⁸⁵ Já em 2003, no HC nº 82.424²⁸⁶ do caso Ellwanger, o conceito da palavra “raça” foi expandido – tendo em vista que o STF entendeu que não havia diferentes raças entre os seres humanos –, para se entender que o termo “raça” seria uma construção histórico-social. Até que, em 2019, o STF, no julgamento conjunto da ADO nº 26²⁸⁷ e do MI nº 4.733/DF²⁸⁸, alargou ainda mais o conceito de “raça” para abranger pessoas homo- e transsexuais, bem como demais integrantes da comunidade LGBTI+. Neste contexto, salienta-se que a primeira modificação foi realizada pelo Poder Legislativo. Já as duas últimas modificações foram realizadas pelo Poder Judiciário.

No que tange as mudanças realizadas pelo Judiciário, cabe trazer à tona uma discussão acerca das sentenças aditivas no âmbito dos mandados de criminalização constitucional, da interpretação conforme a constituição e, consequentemente, da delimitação da competência normativa do STF nestes casos de omissão constitucional em matéria penal.

Conforme já mencionado, as sentenças aditivas “[...] traduzem mecanismos de integração do direito, por meio do qual se cria norma jurídica sem a correspondência em uma

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Ibidem, artigo 1º: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”

²⁸⁵ Ibidem

²⁸⁶ BRASIL, op. cit., nota 249.

²⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 91.

²⁸⁸ BRASIL, op. cit., nota 92.

disposição normativa específica”²⁸⁹, ou seja, “[...] por meio da integração do direito se chega a uma norma jurídica sem que haja uma disposição normativa que a exprima.”²⁹⁰

O Ministro Luís Roberto Barroso explica que, na integração do direito:

[...] não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador.²⁹¹

Desta forma, cabe salientar que, nas sentenças aditivas, não se trata de mera interpretação conforme a constituição, mas sim, de verdadeiro preenchimento de lacuna normativa:²⁹²

As sentenças aditivas realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio da criação de um novo segmento normativo com o objetivo de superar um estado de omissão constitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais) (...) é o Judiciário que edita a norma²⁹³.

As sentenças aditivas podem ser uma boa solução a ser utilizada pelo Poder Judiciário, incluindo a Suprema Corte, como forma de efetivar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, principalmente no que diz respeito à inconstitucionalidade por omissão²⁹⁴, por exemplo, por meio dos Mandados de Injunção. Todavia, faz-se imprescindível delimitar os limites da atuação do Poder Judiciário nesta colmatação normativa no que diz respeito ao Direito Penal.

É importante frisar que há uma distinção entre as sentenças aditivas e a interpretação conforme a constituição. A primeira é do que o Poder Judiciário criando normas para uma omissão legislativa que gera resultados normativos inconstitucionais, a segunda, por sua vez, significa eleger a interpretação de uma lei de tal forma que ela se compatibilize com a

²⁸⁹ SOUZA FILHO, op. cit., p. 382.

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2020.

²⁹² SOUZA FILHO, op. cit., p. 383.

²⁹³ Ibidem.

²⁹⁴ Ibidem.

Constituição. De acordo com o Ademar Borges²⁹⁵, esta diferença é relevante e não se trata apenas uma questão terminológica, conforme escreve em sua tese:

A confusão entre interpretação conforme a Constituição e as sentenças aditivas (...) cria estímulos para uma atuação não sincera da jurisdição constitucional como legislador positivo e, com isso, dificulta a compreensão acerca dos limites do exercício dessa competência. Uma coisa é eleger a interpretação da lei que a torne compatível com a Constituição, a partir dos limites semânticos oferecidos pela própria lei. Coisa diversa é superar a omissão legislativa inconstitucional por meio da criação de novas normas jurídicas que não cabem nos limites semânticos da disposição legal interpretada.

O jurista também aponta que, muitas vezes, o STF, sob o pretexto de realizar interpretação conforme a Constituição, na verdade, está pronunciando sentenças aditivas. Apesar disso, ele informa que este fenômeno não significa, necessariamente que estas sentenças “camufladas” de interpretação conforme sejam ilegítimas. Segundo o autor, não importa, em última instância, se o que está sendo apresentado ao STF é um pedido de produção de norma jurídica sob a roupagem de interpretação conforme ou se o autor, de fato, está assumindo que o pedido possui, de forma explícita, uma natureza aditiva. O que importa, na verdade, é saber se a Suprema Corte possui legitimidade para assumir a posição, ou não, de legislador positivo no âmbito de controle de constitucionalidade por omissão.²⁹⁶

Para saber se o STF possui essa legitimidade – de legislador positivo –, a Corte deve observar, obrigatoriamente, dois critérios: (i) existência de omissão constitucional e (ii) que essa omissão constitucional resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais.²⁹⁷ Somente a partir desse ônus argumentativo é que o STF poderia fazer as vezes do legislador e criar normas.²⁹⁸

No que diz respeito a este papel de legislador positivo em âmbito penal, o posicionamento do jurista é bem claro: “o STF não pode proferir sentenças aditivas que resultem na ampliação do poder punitivo estatal.”²⁹⁹

Embora seja possível identificar omissões legislativas constitucionais no campo penal – a partir da violação ao princípio da proporcionalidade como vedação à

²⁹⁵ Ibidem, p. 385.

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ Ibidem.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem, p. 387.

proteção insuficiente –, o Judiciário não está autorizado a suprir tais omissões por meio de sentenças aditivas. No âmbito de controle de constitucionalidade de leis penais, o STF deve preferir o uso de técnicas decisórias tradicionais – de simples rejeição ou acolhimento da pretensão de declaração de inconstitucionalidade –, fazendo uso de sentenças interpretativas de forma excepcional e desde que delas não resulte a ampliação do poder punitivo estatal.

Em relação à ADO nº 26³⁰⁰ e ao MI 4.733/DF³⁰¹, entende-se que estas ações não atendem aos requisitos acima expostos – existência de omissão constitucional que resulte obstáculo para o exercício de direitos materialmente fundamentais – que justificam o pronunciamento de uma sentença aditiva por parte do STF. Isso porque as pessoas pertencentes ao grupo LGBTI+ não estão desprovidas de proteção legal no âmbito no Direito Penal, já que existem dispositivos legais que tutelam seus direitos fundamentais. Caso se entenda que este grupo de pessoa deva ter outras proteções mais específicas, o caminho correto para se efetivar tal entendimento é por meio do Poder Legislativo e não pelo Judiciário com a expansão de conceitos jurídicos já pré-determinados no sentido de ampliar o poder punitivo estatal.

Como já exposto anteriormente, na evolução no conceito da palavra racismo, percebe-se que o que se deu ao longo dos anos não foi uma interpretação conforme a Constituição por parte da Suprema Corte, mas sim, verdadeiro alargamento conceitual para que se abarcasse vários conceitos jurídicos dentro de um só, conforme a conveniência do caso concreto. Ou seja, as conceituações que vêm sendo dadas pelo Poder Judiciário ao termo racismo estão extrapolando os limites semânticos da disposição interpretada, no caso, a Lei nº 7.716/89³⁰². Desta forma, pode-se afirmar que foi ultrapassada, pelo Poder Judiciário, a moldura conferida ao legislador e ao intérprete de uma norma em geral.

Além disso, o jurista ainda defende que, ao se criminalizar uma determinada conduta, está-se delimitando certos direitos e garantias individuais dos indivíduos. Por esta razão, somente os representantes eleitos pelo povo teria legitimidade para realizar tal restrição:

A criminalização de uma conduta envolve sempre o estabelecimento de uma restrição da esfera jurídica dos destinatários da norma penal. E é justamente porque implicam restrições à esfera de liberdades individuais, ou seja, aos direitos fundamentais de terceiros que o legislador democraticamente eleito é comumente

³⁰⁰ BRASIL, op. cit., nota 91.

³⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 92.

³⁰² BRASIL, op. cit., nota 249.

apontado como o destinatário natural dos deveres de proteção, cuja implementação se dá por meio leis com caráter geral e abstrato.³⁰³

Importante, ainda, frisar que o Poder Judiciário, ainda que esteja no exercício de declarar um dispositivo legal inconstitucional, tampouco poderá colmatar a omissão normativa gerada por sua decisão. Um exemplo a ser dado é o reconhecimento, pelo STJ³⁰⁴, da inconstitucionalidade do preceito secundário do crime previsto no artigo 273, §1º-B, do Código Penal³⁰⁵ – Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Neste caso, não foi correto por parte do STJ preencher o vácuo deixado no referido tipo penal por causa de sua declaração de inconstitucionalidade com a criação de uma nova pena para o delito com base no artigo 33 da Lei de Drogas.³⁰⁶

Além do caso da ADO nº 26³⁰⁷ e do MI nº 4.722/DF³⁰⁸, existem outros exemplos de julgados realizados pelo STF no âmbito penal que culminaram em *analogia in malam partem*.

Sem discutir a legitimidades das razões que levaram o STF a tomar esta decisão, pode-se dar como exemplo o julgado³⁰⁹ que entendeu que a prisão já poderia ser executada com sentença condenatória em segunda instância, ainda que não transitada em julgado. Independente da importância de tal decisão para a sociedade, é evidente que o STF não se manteve dentro dos limites semânticos da lei processual penal, uma vez que esta é clara em afirmar, em seu artigo 283³¹⁰, que a prisão pena só poderá ocorrer após o trânsito em julgado.

Outro exemplo foi a decisão³¹¹ do STF no sentido de que toda lesão corporal contra a mulher em âmbito de violência doméstica deveria ser de ação penal pública incondicionada ao

³⁰³ SOUZA FILHO, op. cit., p. 398.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AI no HC nº 239.363*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180398766/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-habeas-corporis-ai-no-hc-239363-pr-2012-0076490-1/relatorio-e-voto-180398769>>. Acesso em: 29 set. 2020.

³⁰⁵ BRASIL, op. cit., nota 144.

³⁰⁶ BRASIL. *Lei de Drogas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

³⁰⁷ BRASIL, op. cit., nota 91.

³⁰⁸ BRASIL, op. cit., nota 92.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43 MC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 29 set. 2020.

³¹⁰ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.424*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 29 set. 2020.

interpretar o artigo 16 da Lei Maria da Penha³¹². Este dispositivo preconiza que, nas ações penais públicas condicionadas à representação, esta só poderá ser renunciada perante o juiz em audiência especial, após ouvido o Ministério Público. Neste julgado, a maioria da Corte entendeu que tal dispositivo esvaziaria a proteção constitucional conferida à mulher, tornando, de forma diversa do previsto em lei, que toda lesão corporal contra a mulher no âmbito doméstico seria de ação penal pública incondicionada.

3.4 A teoria do diálogo institucional

Como se pôde constatar, na atual sociedade de risco, há uma crescente demanda de proteção das novas relações jurídicas que surgem a cada instante. Nem sempre é possível que o Poder Legislativo acompanhe essa dinâmica do mundo moderno e, por isso, o Poder Judiciário acaba realizando o papel de guardião desses novos bens jurídicos que emergem e, com razão, clamam por uma proteção.

Todavia, demonstrou-se também que, no que diz respeito ao Direito Penal e a aplicação de seu manto protetor, não é ideal que o Poder Judiciário tenha um olhar prospectivo sobre a proteção dos bens jurídicos, criando, por exemplo, novos tipos penais. O que o Judiciário deve ter é um olhar retrospectivo com o qual ele aplicará os preceitos jurídicos ao caso concreto da forma mais justa possível dentre o leque de opções que a ele é apresentado.

Na prática, essa simbiose perfeita entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo nem sempre é possível. Assim, para que não se caia no outro extremo do mundo ideal – qual seja, o Poder Judiciário legislando em âmbito penal por meio de suas sentenças aditivas – é preciso que, em casos como estes em que não há uma tutela específica no âmbito penal, chegue-se a um denominador comum sem que princípios fundamentais penais sejam violados.

Já se assentou a justeza da ideia de que o Poder Judiciário pode, de fato, alargar sua interpretação em âmbito penal desde que seja em benefício do réu. Mas, e quando se está diante de um bem ou uma relação jurídica que mereça tutela específica sem que haja previsão para tal?

³¹² BRASIL. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

Conforme já demonstrado, o primeiro passado seria procurar se já existe, no ordenamento jurídico vigente, algum tipo penal que tutele, de alguma forma, o mesmo bem jurídico que está sendo violado pela relação social que se apresenta. Por exemplo, antes de o feminicídio ter se tornado um tipo penal, poderia se utilizar o homicídio em uma de suas formas qualificadas, conforme já demonstrado anteriormente, tendo em vista que, em ambos os casos, o que se procura proteger é a vida humana.

Entretanto, sabe-se que, muitas vezes, muito mais por questões de política pública e sociais do que por questões jurídicas, clama-se por uma maior atenção a determinado bem jurídico ou determinada relação social. É justamente aqui que se deve tomar a maior cautela, tendo em vista que não é papel do Poder Judiciário resolver estas questões que, em sua maior parte, devem ser resolvidas no seio social e político pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Mas, então, como deve o Poder Judiciário se portar diante de uma demanda que tenha reflexo imediato no âmbito penal de forma positiva? Esta não é uma pergunta de resposta pronta, até mesmo pelo seu viés complexo. Uma das respostas poderia ser o diálogo institucional. Esta teoria nasceu no Canadá e tem como proposta “uma interação produtiva entre Poderes, na qual deverão trocar argumentos racionais, abster-se de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo e desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições”³¹³.

A teoria dos diálogos entre as instituições está baseado em um modelo parlamentar, sendo, todavia, possível que se aplique em outros contextos político-jurídicos como o nosso.³¹⁴ O interessante desta teoria é que ela não coloca o seu foco sobre a demasiada atuação de um determinado Poder, mas sim, preocupa-se mais na inércia dos demais.³¹⁵ Nesse sentido, transportando essa ideia para o contexto político-jurídico brasileiro, é possível ensaiar a hipótese de, talvez, não ter o Poder Judiciário tanta necessidade de atuação que refletem nos

³¹³ TASSINARI, Clarissa e LOPES, Ziel Ferreira. *Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial>> #:~: text=A%20express%C3%A3o%20 %E2%80%9Cdi%C3%A1logos%20institucionais%E2%80%9D%20surgiu, det%C3%A9m%20a%20%E2%80%9C%Baltim%C3%A0%20palavrA%E2%80%9D.>. Acesso em: 20 out. 2020.

³¹⁴ RUAN, Espíndola Ferreira. *Possibilidade de aplicação das teorias dos diálogos institucionais no ordenamento brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão*. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2014, p. 245.
³¹⁵ Ibidem, p. 247.

âmbitos sociais e políticos se, de fato, os demais Poderes não fossem tão desprovidos de respostas eficazes.

Contrariamente à ideia clássica de que os Poderes deverão ser fiscalizados para que não ultrapassem seu âmbito de ingerência – o tradicional *checks and balances* –, no diálogo das instituições, a proposta é justamente desafiar os Poderes a se posicionem quando a matéria disser respeito ao seu âmbito de atuação e fiscalizar suas respostas.³¹⁶ Por exemplo, no âmbito das decisões do STF que criminalizaram condutas homo- e/ou transfóbicas como sendo racistas, esta decisão da Suprema Corte poderia servir como conselho ao Legislativo sem que, de fato, houvesse uma expansão do bem jurídico penal pelo Judiciário. Nesse sentido:

Percebeu-se a importância do diálogo em hard cases, notadamente em casos de decisões apertadas, visto à sua capacidade de ampliar a esfera de debate e separar o julgamento de opiniões particulares dos magistrados, diminuindo, com isso, a possibilidade de erros. (...) Defendeu-se, dessa forma, que o mais importante não é a atuação mais deferente ou ativista dos Poderes, pois o seu benefício/malefício dependerá do caso concreto. O importante, para a configuração do diálogo, é a resposta no maior ou menor tempo do poder que foi desafiado.³¹⁷

Percebe-se que nas ações de inconstitucionalidade por omissão, este diálogo se torna mais presente, senão aparente. Certas decisões do Poder Judiciário servem como uma forma de provocação e sugestão para que o Poder Legislativo atue em determinado sentido. Toda esta sistemática é muito boa e válida, mas, nem sempre, o Poder Legislativo vai atuar, ainda que provocado pelo Judiciário. Todavia, o que não é concebível é que, nesta omissão por parte do Poder Legislativo, o Judiciário extrapole seu papel de sugestão e passe para o papel de legislar em âmbito penal.

Nem sempre será possível resolver todas as questões sociais e políticas via Judiciário, ainda mais quando se tratar de flexibilização de princípios constitucionais cuja natureza de sua existência seja evitar abusos de outrora. Não se pode retornar à discricionariedade de tempos remotos de um contexto em que a decisão do que é o crime, de quem é o criminoso e de quem é a vítima concentrava-se nas mãos de apenas uma pessoa – o Soberano – ou uma única instituição – a Igreja –, que, nem sempre, possuíam os melhores parâmetros para a tomada de tal decisão.

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ Ibidem, p. 248.

A inércia do Poder Legislativo no que diz respeito à criação de tipos penais específicos deve ser resolvida dentro do âmbito político, social e eleitoral, e não pelo Judiciário, por meio de sentenças que extrapolam a cláusula do contrato social que diz que o Poder Judiciário não deve inovar em âmbito penal quando prejudicial ao réu. Sendo esta a melhor decisão ou não, fato é que assim se configurou nossa sociedade. Para que tal decisão seja revista, é necessário que se mude, aos poucos, a forma de atuação de toda a sociedade e não depositar toda a esperança e responsabilidade de mudança em apenas uma instituição desta sociedade.

Isso tudo pode parecer ainda como algo ainda muito remoto de nossa atual realidade e de difícil concepção. Mas cabe, aqui, lembrar que Platão, há mais de 2000 anos, já dividiu o mundo em dois: o mundo das ideias – em que existe a perfeição na forma de arquétipos – e o mundo real – o nosso –, que nunca será perfeito como o mundo das ideias, mas que deverá se basear e se guiar pelas ideias perfeitas.

Está aqui um desafio para todos.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca do papel do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Direito Penal, mais precisamente no que diz respeito à expansão do Direito Penal pela Suprema Corte. Foram utilizadas, como pano de fundo para esta análise, duas ações em que ocorreram controle de omissão em mandados de criminalização constitucionais, quais sejam: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.733 do Distrito Federal.

Nestas ações, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que houve omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional por este ter se mantido inerte em relação à emissão de comando normativo incriminador acerca dos atos atentatórios à orientação sexual e à identidade de gênero. Isto culminou na expansão do bem jurídico penal protegido pela Lei de Racismo, uma vez que a Suprema Corte passou a entender que qualquer conduta trans-e/ou homofóbica estaria enquadrada no conceito de racismo, ocorrendo, desta forma, verdadeira posituação penal por meio do Poder Judiciário.

Neste contexto, verificou-se, então, como problemática essencial, a existência de uma tensão entre princípios constitucionais penais já consolidados como o da segurança jurídica e o da reserva legal e a colmatação dos mandados de criminalização estampados na Constituição pelo Poder Judiciário. Isso se deu porque a tutela jurisdicional enquadrando condutas não antes tipificadas penalmente em tipos penais já existentes sem a observância do princípio da reserva legal.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a decisão proferida nestas referidas ações é, na verdade, verdadeira sentença aditivas que resultaram na ampliação do poder punitivo estatal -, camuflada de interpretação conforme a constituição.

Neste sentido, discorreu-se, ainda, sobre a importância do conceito de bem jurídico penal, principalmente para o réu, na seara criminal, tendo em vista que delineamentos claros sobre o que pode ou não ser merecedor da tutela penal conduzem a tipificações também claras, sem margem para interpretações ampliativas, o que culminaria em insegurança jurídica, ou seja, verdadeira analogia *in malam partem*.

Com o histórico da tutela do bem jurídico penal, foi possível verificar que se pode dividir essa evolução em três fases distintas. Inicialmente, na época medieval, verificou-se que o Estado confundia-se com a pessoa do Soberano e não havia clareza sobre o que especificamente deveria ser considerado uma infração. O crime e pecado eram entendidos como sendo a mesma coisa.

Em um segundo momento, iniciado com o movimento Iluminista por volta do século XVIII na Europa, observou-se o nascimento de um objeto de tutela do Direito Penal desvinculado da vontade do Estado, ou seja, do Soberano. A infração penal era entendida como violação de um direito subjetivo, considerando-se crime toda ação que violasse um direito jurídico de liberdade individual.

Em seguida, passou-se para a concepção de um bem jurídico-penal menos abstrato, fundamentando-se em conceitos naturais e pré-jurídicos para alguns doutrinadores, em conceitos positivados para outros e, ainda, no interesse social para terceiros. O principal objetivo desta fase foi limitar o Poder Estatal.

Em uma fase mais contemporânea, parte-se do pressuposto de que a Constituição é o ápice do ordenamento jurídico e, sendo assim, é de lá que devem emanar os bens jurídicos. Logo, o legislador não pode escolher ao seu livre arbítrio o que deve figurar como bem jurídico penal. Apenas os direitos constitucionais – explícitos e implícitos – devem ser elevados a essa categoria. Desta forma, pode-se afirmar que é a Constituição que fornecerá esse poder limitador para o criador e para o intérprete da norma penal.

Observou-se que essa mudança de objeto de tutela do Direito Penal ao longo da história está intrinsecamente ligada aos processos de transformação que vêm desafiando a sociedade ao longo dos tempos, como, por exemplo, a Revolução Industrial. Assim, surgem novas relações sociais que demandam respostas de reprimendas mais céleres por parte do Estado, o que, muitas vezes, pode entrar em conflito com princípios penais clássicos, como o Princípio da Segurança Jurídica, Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal.

Este fenômeno foi observado na ADO nº 26 e no MI nº 4.733/DF, em que ocorreu o alargamento do tipo penal do crime de racismo por meio do Poder Judiciário para abarcar também condutas homo- e transfóbicas. Isto permitiu traçar um paralelo entre a conduta do Poder Judiciário e a do Soberano de outrora que, arbitrariamente, decidia o que deveria ser

entendido como crime, ferindo, desta forma, o contrato social estabelecida nesta sociedade democrática de Direito.

Revelou-se, então, diante do pesquisador, uma aparente dicotomia entre os princípios penais e o dever de proteção constitucional, mas que logo foi refutada.

Em relação ao dever de proteção, verificou-se que existe, de fato, no ordenamento jurídico brasileiro tipos penais que já protegem os bens jurídicos de pessoas transgêneras e homossexuais, tais como sua honra e sua vida. Desta forma, chegou-se à conclusão de que estes bens jurídicos não estão desprotegidos e que se, porventura, a sociedade deseja uma tutela penal mais específica para este grupo, é por meio do Poder Legislativo que a criação de novos tipos penais devem ocorrer e não por meio do Judiciário.

Assim, na falta de melhor adequação típica que se encaixe ao caso concreto, o Poder Judiciário terá que verificar, dentre a cartela disponível a ele na legislação penal, qual melhor se amolda ao caso concreto, o que protegeria os princípios penais já consolidados ao longo dos últimos séculos como forma de delimitação do poder estatal.

Já o que tange a legitimidade das sentenças aditivas, pode-se constatar que não cabe ao Poder Judiciário olhar para frente na seara do Direito Penal. Assim, seu papel punitivo será sempre retrospectivo e nunca prospectivo, ainda que o anseio da sociedade por Justiça seja forte e apelativo. A realização de mudanças estruturais na sociedade transborda o limite de atuação do Poder Judiciário, por mais necessárias que elas possam ser.

Desta forma, conclui-se que o meio pelo qual o Poder Judiciário melhor poderá atender a sociedade no âmbito de matéria penal é oferecendo respostas punitivas moderadas, firmes e seguras que ajudarão na prevenção do cometimento de delitos. Assim, o Judiciário poderá proferir sentenças aditivas para beneficiar o réu, mas nunca para ampliar o poder punitivo estatal, como ocorreu na ADO nº 26 e no MI nº 4.733/DF.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Gustavo Justus do. Separação dos poderes e individualização da pena: a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07. *Revista de Direito Público*, Londrina, v.4, nº 2, p. 195-214, mai. 2009.

BAFFA, Elisabete Fernandes. *Separação de Poderes*. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/separacao-de-poderes>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

_____. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07 mai. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 mai. 2020.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mai. 2020.

_____. *Lei de Drogas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 13 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43 MC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 29 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.424*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.phpsigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 82.424*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 91.352*. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2922909/habeas-corpus-hc-91352-sp/inteiro-teor-101178450>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 118.533*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 463/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/181592336/stf-13-03-2018-pg-199?ref=topic_feed>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 624/MA*. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14724818/mandado-de-injuncao-mi-624-ma/inteiro-teor-103112136>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 633/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000217415&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4.733/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 08 mai. 2020. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 117566*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24271834/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-117566-sp-stf/inteiro-teor-111959787?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AI no HC n° 239.363*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180398766/arguicao-de>>

inconstitucionalidade-no-habeas-corpus-ai-no-hc-239363-pr-2012-0076490-1/relatorio-e-voto-180398769>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Unaid. *Manual de comunicação LGBTI*. Substituta Preconceito por informação correta. Toni Reis (org.). Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DICIO. *Dicionário online de português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/racismo/>>. Acesso em: 21 set. 2020.

ENSAIOS E NOTAS. *Resumo: o caso ellwanger*. Disponível em: <<https://ensaiosnotas.com/2018/05/23/resumo-o-caso-ellwanger/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A separação dos Poderes: a doutrina e sua concretização constitucional*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GILABERTE, Bruno. *Tese firmada pelo STF*. 21 de maio de 2020, Disponível em: <<https://www.instagram.com/p/CaeCbq-hpx7/>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

GOMES, Daniela Vasconcellos. *A distinção entre regras e princípios na visão de J.J. Canotilho*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-distincao-entre-regras-e-principios-na-visao-de-j-j-gomes-canotilho/>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58741/57534>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

LAFER, Celso. *O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4%3E>>. Acesso em: 25 set. 2020.

LOBO, Helena Regina da Costa. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle*. In: GRECO, Luis (Org.); MARTINS, Antônio (Org.) Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. 2007. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MEDEIROS, Fabricio Juliano Mendes. *Separação de Poderes*. De doutrina liberal a princípio constitucional. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176530/000842787.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2018.

POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Ativismo Judicial e Direito Penal do risco: novos desafios. *Arquivo Jurídico*. ISSN 2317-918X. Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 105-115 Jan./Jun. De 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. São Paulo: Saraiva, 2007, [e-book].

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUAN, Espíndola Ferreira. *Possibilidade de aplicação das teorias dos diálogos institucionais no ordenamento brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão*. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2014.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: _____; SOUZA NETO, Cláudio. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

SILVA, Ivan Luiz da. *Introdução aos princípios jurídicos*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum Conhecimento Jurídico, 2019.

TASSINARI, Clarissa e LOPES, Ziel Ferreira. *Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial#:~:text=A%20express%C3%A3o%20%E2%80%9Cdi%C3%A1logos%20institucionais%E2%80%9D%20surgiu,det%C3%A9m%20a%20%E2%80%9C%Baltim%C3%A3o%20p%C3%A1lavra%E2%80%9D.>>>. Acesso em: 20 out. 2020.