

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

**LUIS FELIPE ECHEVERRIA NASSER**

**DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
UMA ANÁLISE DA DECISÃO EXARADA NA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**

**CURITIBA**

**2023**

**LUIS FELIPE ECHEVERRIA NASSER**

**DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
UMA ANÁLISE DA DECISÃO EXARADA NA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

**CURITIBA**

**2023**

N267d Nasser, Luis Felipe Echeverria  
Direito penal simbólico na atuação do Supremo  
Tribunal Federal: uma análise da decisão exarada na ação  
direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 / Luis  
Felipe Echeverria Nasser. - Curitiba, 2023.  
128 f.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha  
Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro  
Universitário Internacional UNINTER.

1. Direito Penal. 2. Brasil. Supremo Tribunal  
Federal. 3. Simbolismo no direito. 4. Ação de  
inconstitucionalidade - Brasil. 5. Omissão (Direito). 6.  
Responsabilidade penal – Brasil. I. Título.

CDD 340

Catlogação na fonte: Vanda Fattori Dias – CRB-9/547

**LUIS FELIPE ECHEVERRIA NASSER**

**DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
UMA ANÁLISE DA DECISÃO EXARADA NA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha  
Centro Universitário Internacional – UNINTER

---

Prof. Dr. Daniel Ferreira  
Centro Universitário Internacional – UNINTER

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Érica de Oliveira Hartmann  
Defensoria Pública da União - DPU

À minha família e à minha futura esposa  
Suelen, fontes de toda minha educação,  
força, fé e dedicação.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço à Deus por ter me concedido o dom da vida e por ter iluminado meu caminho durante mais esta jornada que agora se encerra.

Agradeço, também, aos meus pais, Kalil e Márcia. O amor e a dedicação incondicional com que sempre me trataram nunca serão esquecidos. Nossa relação, pautada no carinho e no respeito mútuo, foi imprescindível à minha formação como ser humano. Aos meus olhos vocês serão sempre fonte inesgotável de confiança. Agradeço por tudo! Amo vocês.

Agradeço à minha futura esposa Suelen. Suas palavras de incentivo e as boas vibrações foram muito importantes nessa jornada. Nos momentos de maiores dúvidas e desânimo, sua presença foi essencial à continuidade desse projeto de vida. Te amo!

Ao meu irmão Guilherme. Companheiro e conselheiro nos momentos de dúvidas e incertezas. Pessoa extremamente vitoriosa, nunca deixando de lado sua humildade e suas verdadeiras amizades. Seu exemplo me inspira. Obrigado!

Ao meu orientador Professor Doutor Rui Carlo Dissenha, profissional excepcional e dedicado integralmente ao seu ofício de transmissão de conhecimento, sempre com valiosas orientações e palavras de incentivo. Saiba que seu apoio foi imprescindível à conquista deste objetivo.

Agradeço, por fim, a todos os amigos e mestres que de alguma forma, ainda que distante, estiveram presentes neste ciclo e que, sem dúvida alguma, foram essenciais para que eu pudesse aqui estar.

“Os que se encantam com a prática sem a ciência são como os timoneiros que entram num navio sem timão nem bússola, nunca tendo certeza do seu destino”.

Leonardo da Vinci

## RESUMO

Por envolver questões sensíveis, como a liberdade de cidadãos e a consequente estigmatização decorrente do cárcere, o Direito Penal tem se mostrado um campo fértil de debates, notadamente quando os seus reais objetivos são desvirtuados. É o que ocorre no denominado Direito Penal Simbólico, a partir do qual a aparência importa mais do que os resultados práticos obtidos. Sonegam-se soluções concretas para mazelas sociais em prol de um momentâneo e passageiro, apaziguamento da população. Nesse cenário, muito embora, em razão do seu histórico, fosse plausível esperar que o Supremo Tribunal Federal atuasse para barrar o simbolismo no Direito Penal, constata-se que, em verdade, a Corte parece ter aderido ao movimento e, num aparente atropelo de normas constitucionais de eficácia plena, optou por criminalizar uma conduta até então atípica. O presente trabalho buscou, portanto, demonstrar, a partir de um teste previamente elaborado, se o julgamento proferido no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, ao equiparar as condutas de homofobia e de transfobia ao racismo, pode ser encarado como uma opção simbólica.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Simbolismo. Suprema Corte brasileira.



## **ABSTRACT**

*Because it deals with sensitive issues, such as citizens' freedom and the stigma resulting from incarceration, Criminal Law has become a fertile ground for debates, especially when its true objectives are distorted. This is what occurs in the so-called Symbolic Criminal Law, where appearance takes precedence over practical results. Concrete solutions to social problems are sacrificed in favor of a brief appeasement of the population. In this scenario, although one might have expected the Supreme Federal Court to act against the symbolism in Criminal Law, due to its historical background, it is evident that, in reality, the Court seems to have embraced the movement and, in an apparent violation of fully effective constitutional norms, chose to criminalize conducts that had not been penalized until then. Therefore, this work aims to demonstrate, based on a previously prepared test, whether the judgment delivered in the context of ADO No. 26, equating the conduct of homophobia and transphobia with racism, can be considered a symbolic choice.*

**Keywords:** *Criminal Law. Symbolism. Brazilian Supreme Court.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 POR UM CONCEITO DE DIREITO PENAL SIMBÓLICO.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Funções do Direito Penal e o espaço do simbolismo.....</b>	<b>12</b>
1.1.1 Funções e missões do Direito Penal.....	13
1.1.2 A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal .....	15
1.1.3 Funções e missões do Direito Penal? As perspectivas críticas .....	18
1.1.3.1 <i>A perspectiva de Juarez Cirino dos Santos .....</i>	<i>19</i>
1.1.3.2 <i>A perspectiva de Eugenio Raúl Zaffaroni.....</i>	<i>22</i>
<b>1.2 As possíveis origens do Direito Penal Simbólico .....</b>	<b>24</b>
1.2.1 A Constituição dirigente .....	24
1.2.2 As exigências da sociedade moderna e de risco .....	27
1.2.3 A demanda popular por mais segurança: a insegurança subjetiva.....	29
<b>1.3 Ameaças de um Direito Penal Simbólico .....</b>	<b>34</b>
1.3.1 A ameaça da ineficácia do sistema.....	35
1.3.2 A ameaça do Direito Penal do Inimigo.....	38
<b>2 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TRATO DA HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 .....</b>	<b>42</b>
<b>2.1 Essencialidade da análise jurisprudencial e critérios de escolha.....</b>	<b>43</b>
<b>2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26: estudo de caso acerca da equiparação da homofobia ao racismo .....</b>	<b>45</b>
2.2.1 Aspectos iniciais .....	45
2.2.2 Os votos dos Ministros.....	48
2.2.2.1 <i>Voto do Ministro Relator Celso de Mello.....</i>	<i>48</i>

2.2.2.2 Voto do Ministro Edson Fachin .....	52
2.2.2.3 Voto do Ministro Alexandre de Moraes .....	54
2.2.2.4 Voto do Ministro Roberto Barroso.....	57
2.2.2.5 Votos sobre a eventual prejudicialidade .....	59
2.2.2.6 Voto da Ministra Rosa Weber .....	61
2.2.2.7 Voto do Ministro Luiz Fux .....	62
2.2.2.8 Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	63
2.2.2.9 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski .....	65
2.2.2.10 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	66
2.2.2.11 Voto do Ministro Marco Aurélio .....	69
2.2.2.12 Voto do Ministro Presidente Dias Toffoli .....	71
2.2.3 Resultado do julgamento e Teses definidas .....	71
<b>3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS: APLICANDO O CONCEITO DE DIREITO PENAL SIMBÓLICO AO TRATO DA HOMOFOBIA.....</b>	<b>77</b>
<b>3.1 O teste.....</b>	<b>77</b>
3.1.1. Primeiro teste: caracterização de um contexto propício ao Direito Penal Simbólico .....	78
3.1.2. Segundo teste: resposta do Estado frente ao contexto permissivo à atuação meramente simbólica.....	80
<b>3.2 Aplicação dos testes na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.....</b>	<b>82</b>
3.2.1 Primeiro teste – Circunstância de tensão social .....	82
3.2.2 Primeiro teste – Situação de sensação de urgência e emergência .....	84
3.2.3 Primeiro teste – Demanda por resposta estatal .....	86
3.2.4 Segundo teste – Resposta emergencial e ágil.....	87

3.2.5 Segundo teste – Majoração do poder punitivo: pena, processo e política criminal .....	89
3.2.6 Segundo teste – Ineficácia estrutural .....	90
3.2.7 Resultados .....	93
<b>3.3 Considerações críticas: os riscos de um Direito Penal Simbólico aplicado à atuação do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>94</b>
3.3.1 Violação da separação de Poderes .....	98
3.3.2 Ampla judicialização da política .....	103
3.3.3 Expansão do poder punitivo: seletividade, estigmatização e violência .....	108
3.3.4. Efeito <i>backlash</i> : resposta política ao ativismo judicial.....	112
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>117</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>119</b>

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na esfera penal, enfrenta uma severa crise de confiança e de legitimidade. Grande parte dessa crise parece passar pela utilização cada vez maior das legislações criminais como meros símbolos de atuação de um Estado ineficiente na promoção de políticas públicas. A situação escala em grau de preocupação quando se verifica a possibilidade de que a atuação meramente simbólica, antes relegada ao Poder Legislativo, possa estar tomando corpo também no âmago do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o problema a ser enfrentado neste trabalho circunda a análise da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, a partir da qual as condutas de homofobia e transfobia foram equiparadas ao crime de racismo, definido pela Lei nº 7.716/1989.

Tal decisão parece ter extrapolado as competências da Corte Constitucional e adentrado em tópico que, a princípio, seria de alçada privativa do Poder Legislativo. Além disso, o teor dos votos dos Ministros demonstra certo simbolismo intrínseco, na medida em que parecem se afastar de garantias constitucionalmente previstas, incriminando e tornando mais rigorosa a punição de determinadas condutas, ao arrepio de legislação específica. O problema do trabalho científico desenvolvido, portanto, passa invariavelmente pela discussão sobre o papel do Supremo Tribunal Federal como um agente instigador do Direito Penal Simbólico. Isto é, poderia a decisão mencionada ser encarada como uma medida meramente simbólica advinda da Corte máxima do Poder Judiciário brasileiro?

Seguindo para a hipótese deste trabalho, é possível delinear que, pela forma como conduzido o julgamento da Ação ora em debate – em aparente afronta a preceitos constitucionais, conquistas civilizatórias e enunciados primários do Direito Penal –, o Supremo Tribunal Federal se colocou como um agente instigador do Direito Penal Simbólico. Isso porque a opção da Suprema Corte de criminalizar condutas, ao que parece, não será capaz de produzir os efeitos constitucionais pretendidos ao trato da homofobia e da transfobia. Em termos gerais, portanto, a decisão proferida não

demonstra buscar os fins que declara, mas apenas criar um símbolo de atuação em prol de certa minoria fustigada.

Sendo assim, verifica-se que o trabalho proposto tem ampla aderência à área de concentração do Programa de Mestrado do Centro Universitário Internacional, qual seja, “Poder, Estado e Jurisdição”, bem como à segunda linha de pesquisa do Programa, que trata sobre “Jurisdição e processo na contemporaneidade”. Isso em função de que, ao mesmo tempo que se investiga uma decisão proferida pela Suprema Corte brasileira, também se enfrentam tópicos relativos ao exercício do poder pelos representantes do povo, a partir de uma sólida fundamentação teórica.

Expostos esses tópicos iniciais, é importante destacar que a presente dissertação teve como metodologia a pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. No primeiro capítulo, apresenta-se uma análise dogmática acerca dos fundamentos do Direito Penal Simbólico, adotando-se uma verificação doutrinária que permitiu explorar o conceito dessa expressão, além de outras premissas básicas, como as funções e missões do Direito Penal, as posições críticas, bem como as possíveis origens e os riscos da adoção descriteriosa do Direito Penal Simbólico como forma institucional de resposta às crises e tensões sociais. No segundo capítulo, expõe-se o foco central deste trabalho, que diz respeito à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, com o detalhamento de todos os votos proferidos pelos Ministros e das Teses firmadas ao final do julgamento. Ao cabo, no terceiro capítulo, retomam-se alguns conceitos revelados na primeira parte para, cotejando a decisão da Suprema Corte com tais definições, aplicar o teste proposto neste trabalho, buscando confirmar ou refutar a hipótese apresentada alhures.

## 1 POR UM CONCEITO DE DIREITO PENAL SIMBÓLICO

A utilização simbólica do Direito Penal já não se trata de novidade no âmbito acadêmico e legislativo. Pelo contrário, trata-se de um traço marcante do intitulado Direito Penal Moderno<sup>1</sup>.

Toda legislação criminal, por mais instrumental que se mostre, também carrega consigo traços simbólicos. Ou seja, sempre haverá na norma uma função manifesta e outra latente, o que é natural e compreensível<sup>2</sup>. O fator essencial fica a cargo de determinar até que ponto a função latente é necessária e qual é o seu limite.

Justamente na tensão existente entre função manifesta e função latente da lei<sup>3</sup> é que Winfried Hassemer define um conceito crítico para o que se entende por *simbólico* no Direito Penal. Segundo o autor:

[...] “simbólico”, em sua compreensão crítica, consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma<sup>4</sup>.

As funções manifestas, de acordo com as lições do autor, nada mais são do que as próprias determinações do texto formulado pelo Poder Legislativo, isto é, a proteção de bens jurídicos de forma abstrata e geral e a previsão de uma determinada punição para as transgressões que eventualmente venham a ocorrer no futuro.

Por outro lado, as funções latentes são as mais variadas possíveis, a depender do contexto em que a legislação foi elaborada. Ela pode buscar demonstrar a força estatal frente à criminalidade, mas também frente à própria população, que anseia por respostas rápidas e supostamente eficientes em momentos de crise. Além disso, a edição de normas no calor de acontecimentos midiáticos parece ter um caráter latente de

---

<sup>1</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles. et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 216.

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011, p. 460.

<sup>3</sup> LAUFER, Daniel. Direito Penal e Processual Penal de Emergência: conceituação, compreensão e enfrentamento. *In: Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 5, n. 8, Jan/Jun 2013, p. 155.

<sup>4</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, p. 221.

demonstrar a proatividade e a atenção dos Poderes da República em relação aos fatos que aterrorizam a população cotidianamente<sup>5</sup>.

Nesse contexto, portanto, o Direito Penal Simbólico se apresenta justamente quando as funções manifestas da norma se tornam menos importantes do que as funções latentes. Isto é, a lei deixa de ser confiável, pois o seu conteúdo traz uma imposição geral e abstrata, em relação à qual, porém, já não se pode mais confiar, pois com o tempo se percebe que aquele texto não foi elaborado para ser efetivamente aplicado, mas simplesmente para apaziguar um determinado período social turbulento de outrora.

Nas palavras de Ana Carolina Carlos de Oliveira, a norma penal simbólica nada mais é do que a utilização do Direito Penal como um blefe<sup>6</sup>, em que publicamente se manifesta uma intenção, mas internamente é sabido que tal intenção nunca se realizará.

Trazendo à concretude, em momentos de alta tensão social advinda do cometimento de algum crime midiático, elabora-se um projeto de lei mais rígido, expondo à sociedade que esta é a melhor maneira de solucionar o problema. Contudo, nas sombras do poder, todos os envolvidos têm plena ciência de que tal medida é um mero blefe, uma mera demonstração de atuação e força estatal, mas sem a real pretensão de sanar aquela mazela social.

Assim, o poder punitivo estatal é lançado em conjunturas nas quais ele não seria necessário, mas se mostra oportuno às pretensões políticas, projetando símbolos na população e, dessa forma, angariando apoio popular a partir da falsa percepção de combate à criminalidade, num sistema que se retroalimenta e, invariavelmente, define mais poderes ao Estado<sup>7</sup>.

## 1.1 Funções do Direito Penal e o espaço do simbolismo

A fim de contextualizar a discussão, considerando que o presente trabalho busca analisar a utilização meramente simbólica do instrumento legal mais opressor à

---

<sup>5</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles. et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 221.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 47.

<sup>7</sup> DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais**. Curitiba: IFDDH, 2016, p. 260.



disposição do Estado, parece importante, então, determinar quais são os objetivos do Direito Penal, segundo apontamentos doutrinários.

### 1.1.1 Funções e missões do Direito Penal

Primeiramente, deve ser feita uma distinção entre o que se entende por missão e função do Direito Penal. Em termos de nomenclatura, alguns autores tratam deste tema distinguindo entre finalidades e funções, outros entre objetivos declarados e objetivos reais do Direito Penal. De todo modo, apenas para fins de esclarecimento, neste trabalho será adotada a nomenclatura de funções e missões do Direito Penal, a qual passa a se descrever na sequência.

Em que pese num primeiro momento tais expressões aparentem possuir um mesmo significado, quando se referem ao Direito Penal suas acepções são completamente diversas. É o que explicam os autores Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya<sup>8</sup>:

[...] na linguagem sociológica se entende por função a soma das consequências objetivas de uma coisa, o que em direito penal seriam os efeitos objetivamente reais, ainda que não desejados, do sistema. Por isso a utilização do termo “*missões*” para denominar as consequências queridas e buscadas pelo sistema penal. Com efeito, a distinção é prudente na medida em que é facilmente constatável que as “funções” do Direito penal nem sempre coincidem com suas “missões”<sup>9</sup>.

As funções do Direito Penal, como visto, estão postas no sistema brasileiro, inclusive sua função simbólica. Nesse cenário, somente a argumentação acerca das suas missões pode trazer algo novo, algo que incremente a discussão, trazendo a visão do que se pretende com o Direito Penal e buscando ao máximo aproximar suas funções de suas missões<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> No mesmo sentido: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología e al Derecho Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989, p. 99 e DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 85.

<sup>9</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 31.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 31.

Acerca das missões que incumbem ao Direito Penal, inúmeras são as teorias defendidas por diversos autores de visões tradicionais. Tais teorias passam fundamentalmente pelo entendimento de que cabe ao Direito Penal: a) o reforço dos valores ético-sociais da ação; b) a confirmação do reconhecimento normativo; e, por fim, c) a proteção de bens jurídicos.

Em breves termos, a teoria que defende que cabe ao Direito Penal reforçar os valores éticos-sociais da ação, encabeçada por Hans Welzel, argumenta que, além de defender os bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, o Direito Penal também deve alterar a consciência das pessoas, ou seja, ter uma missão pedagógica nos cidadãos, tornando-os conscientes acerca da necessidade de se defender os bens jurídicos essenciais, agindo, portanto, nas atitudes internas de cada pessoa<sup>11</sup>.

Ao seu turno, talvez a mais polêmica das teorias acerca das missões do Direito Penal, aquela defendida por Günther Jakobs, leva ao centro das discussões, em resumo, apenas o reconhecimento normativo. Isto é, o Direito Penal, para tal teoria, teria como missão somente reafirmar a vigência da norma violada, demonstrando à sociedade, a partir da imposição de pena ao infrator, que a legislação segue em vigor e deve ser respeitada por todos<sup>12</sup>.

Dentre as três teorias indicadas acima, atualmente é a terceira que prevalece na doutrina nacional e internacional. Para tais autores, portanto, a missão precípua do Direito Penal não é alterar a consciência dos cidadãos, tampouco reafirmar a vigência da norma, mas sim, de alguma forma, proteger os bens – ou para alguns, os valores – jurídicos essenciais à pacífica vida em sociedade.

Em razão da sua contemporaneidade e importância doutrinária, essencial que se dedique um tópico à discussão desse tema, com a apresentação detalhada das visões de seus entusiastas.

---

<sup>11</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos e teoría de la Imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

### 1.1.2 A proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal

Como visto, a doutrina penal mais recente indica que a verdadeira missão do Direito Penal nada mais é do que proteger alguns valores elementares da vida civilizada em sociedade, sejam estes valores individuais ou coletivos, mas sempre tendo em mente a necessidade de que isso reflita algo fundamental para o bom convívio entre os cidadãos.

Nesse sentido, Miguel Reale Junior apresenta esclarecimentos acerca da proteção de valores jurídicos pela norma penal. Segundo o autor, ao editar uma nova lei penal, o legislador precisa compreender qual será o valor tutelado por aquela norma. Feita esta análise, é importante, também, analisar o momento histórico-cultural da elaboração legislativa, pois os valores essenciais ao pacífico convívio em sociedade são altamente dinâmicos e se alteram no mesmo ritmo em que a própria sociedade evolui. Não bastasse isso, é primordial notar que uma violação a um determinado valor jurídico digno de proteção pode ser de tal modo ínfimo que não ensejará a atuação penal, podendo ser suficientemente solucionado por outras áreas do Direito<sup>13</sup>, o que reforça o dogma de que o Direito Penal é a última barreira de atuação do estado.

Além de Miguel Reale Júnior, Claus Roxin também já se debruçou sobre a discussão dos bens jurídicos. Devido à representatividade do autor, a sua conceituação é transcrita *ipsis litteris*:

[...] podem-se definir bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário<sup>14</sup>.

Como visto, tal conceito se complementa aos ensinamentos de Miguel Reale Júnior, no sentido de que os bens jurídicos podem ser inatos à sociedade civilizada, como

---

<sup>13</sup> REALE JR., Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 15.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luis Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18 e 19.

o direito à vida, mas também podem ser decorrentes da evolução da humanidade, como os crimes tributários, os crimes praticados pela via digital, entre inúmeros outros exemplos de bens jurídicos criados no decorrer dos anos.

Na mesma linha de raciocínio têm-se as afirmações de Luís Greco<sup>15</sup>, para quem bens jurídicos são “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”.

Tendo como premissa os conceitos acima expostos, evidente se torna a existência de duas *categorias* de bens jurídicos: a primeira – ligada diretamente ao indivíduo – seria o bem jurídico individual, e a segunda – ligada ao sistema estatal onde se insere aludido indivíduo – seria o bem jurídico coletivo/universal.

A existência desta dicotomia trouxe à tona duas grandes teorias acerca do bem jurídico: a dualista e a monista. Tal distinção, para além da discussão acadêmica, evidencia qual é a atitude do Estado frente à criminalização de condutas; qual o modelo adotado<sup>16</sup>.

A teoria dualista mantém a distinção entre individual e coletivo, admitindo a existência concomitante dessas duas classes de bens jurídicos. Todavia essa solução se mostra insuficiente, vez que não permite uma visão unitária do Direito Penal<sup>17</sup>.

Já para a teoria monista não há essa divisão estanque e excludente entre si, mas sim uma análise unitária do bem jurídico e, portanto, do Direito Penal. É o que defendem Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde:

*Para las teorías monistas sólo hay, en cambio, dos posibilidades de concebir el bien jurídico y ambas posibilidades se excluyen entre sí. O se le concibe desde el punto de vista del Estado, considerando en este caso los bienes jurídicos individuales (vida, salud, etc.) como simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado. O se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo<sup>18</sup>.*

---

<sup>15</sup> GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

<sup>16</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 67.

<sup>17</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología e al Derecho Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989, p. 108.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 107 e 108.

Dentro do trecho acima exposto se evidencia a divisão existente na teoria monista. A primeira seria a *monista coletiva*, para a qual o bem jurídico individual só será passível de tutela jurídico-penal se couber num interesse coletivo, num interesse estatal<sup>19</sup>. Já a segunda – a qual parece estar em maior sintonia com o que se discute atualmente em termos de Direito Penal – seria a *monista personalista*, para a qual a proteção de bens jurídicos universais/coletivos somente será legítima ao objetivar o desenvolvimento pessoal do indivíduo, sendo esta a única teoria que, ao defender bens jurídicos universais, se mantém consoante à concepção de um Estado Liberal<sup>20</sup>.

Paulo César Busato defende, ainda, outra derivação da teoria monista, definindo-a como *monista humanista*. Para o autor, tal subdivisão difere da personalista no sentido em que não evidencia em primeiro plano o indivíduo singularmente considerado, mas sim o indivíduo considerado num contexto coletivo. Ou seja, para tal teoria, a defesa de bens jurídicos universais será legítima quando objetive proteger os interesses dos cidadãos no plano coletivo, não sendo necessário à sua legitimidade que a violação a um bem jurídico universal atinja diretamente o indivíduo, mas sim que atinja diretamente a coletividade de indivíduos inseridos na sociedade<sup>21</sup>.

Nesse contexto, de discussão sobre bens jurídicos, surge o que parece ser a primeira vertente do Direito Penal Simbólico. Esta se evidencia quando o legislador eleva à categoria de crime uma conduta que não afeta, em absoluto, os bens jurídicos essenciais à vida em sociedade. É o que expõe Claus Roxin:

[...] as leis penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento dos eleitores ou uma apresentação favorecedora do Estado<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 67.

<sup>20</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología e al Derecho Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989, p. 108 e 109.

<sup>21</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 386.

<sup>22</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luis Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

Em conclusão, será legítima e efetiva a proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal, sejam eles individuais ou coletivos, somente quando esta proteção implique em manifestação de garantias de igualdade e de liberdade dos cidadãos<sup>23</sup>. Com isso, talvez, a esfera criminal de atuação do Estado estará cumprindo devidamente a sua missão constitucional.

### 1.1.3 Funções e missões do Direito Penal? As perspectivas críticas

No tópico anterior, elaborou-se uma discussão acerca das missões do Direito Penal, de acordo com a doutrina tradicional e, atualmente, majoritária. Ocorre que são igualmente fortes as correntes doutrinárias críticas a esta visão do Direito Penal como responsável pela proteção de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade. Tais percepções apontam outros objetivos cumpridos pelo Direito Penal, ainda que de forma velada, os quais estão muito distantes do discurso correspondente aos bens jurídicos essenciais.

Os principais críticos nesse sentido são Juarez Cirino dos Santos, que entende o Direito Penal como um mero instrumento de controle social das massas oprimidas pelo capital, bem como Eugenio Raúl Zaffaroni, o qual defende que o Direito Penal tem como função a contenção e limitação do poder punitivo, que, do contrário, se transformaria em mero impulso punitivo de agências executivas, destruindo o conceito de Estado de Direito.

Em que pese não se desconheça um sem-número de autores críticos que apontam suas posições sobre o tema, na presente obra opta-se por usar os dois doutrinadores acima referidos, os quais representam posições de destaque – o primeiro deles abolicionista e o segundo minimalista – e comumente citadas na doutrina. Importante, então, que se elenque e, brevemente, se explique as concepções críticas.

---

<sup>23</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 62.

### 1.1.3.1 A perspectiva de Juarez Cirino dos Santos

A primeira corrente a ser destacada é encabeçada por Juarez Cirino dos Santos<sup>24</sup>. O autor paranaense, influenciado pelos ideais Marxistas, e de linha notoriamente abolicionista, expõe que o Direito Penal, da maneira como posto em nosso sistema atual, não serve a outro propósito que não o de controle social.

Segundo o jurista, todos os fenômenos sociais dentro de uma formatação capitalista devem ser estudados sob a perspectiva da luta de classes<sup>25</sup>, em que uma delas domina o capital e a outra tem na sua força de trabalho uma moeda de troca com os grandes capitalistas, donos dos meios de produção de riqueza.

É nesse contexto que, segundo Juarez Cirino dos Santos, a classe hegemônica faz uso de sua influência e poder para, utilizando-se dos sistemas jurídicos e políticos, criar regras que mantenham intactos os seus interesses e, ao mesmo tempo, excluam os interesses das classes subalternas. Ocorre que isso nunca será declarado abertamente, razão pela qual, na visão do doutrinador, o Direito Penal possui os seus objetivos declarados – suposta proteção de bens jurídicos – e os seus objetivos reais – controle das massas sociais<sup>26</sup>.

Nesse diapasão, tecendo fortes críticas à visão tradicional da missão de proteger bens jurídicos o autor expõe o seguinte:

A proteção das relações de produção e de circulação materiais da vida social abrange a proteção das forças produtivas (homens, tecnologia e natureza) e, assim, certos tipos penais parecem proteger bens jurídicos gerais, comuns a todos os homens, independente da posição social ou da classe respectiva, como a vida, a integridade física e psíquica a liberdade individual e sexual, a honra, e ecologia etc. Entretanto, a proteção desses valores gerais é desigual, como demonstra qualquer pesquisa empírica: a) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou categorias sociais hegemônicas são protegidos como *seres humanos*, os verdadeiros sujeitos da formação econômico-social; b) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou grupos sociais integrados nos processos de produção/circulação material como *força de trabalho* assalariada, são protegidos apenas como e enquanto *objetos*, ou seja, como energia necessária à ativação dos meios de produção/circulação e capaz de produzir valor superior ao seu preço de mercado: a *mais-valia*, extraída do tempo de trabalho excedente; c) titulares desses bens jurídicos pertencentes aos

---

<sup>24</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 3-16.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 8-10.

contingentes marginalizados do mercado de trabalho, *sem função* na reprodução do capital (a força de trabalho excedente das necessidades do mercado), não são protegidos nem como *sujeitos*, nem como *objetos*: são destruídos ou eliminados pela violência estrutural das relações de produção, ou pela violência *institucional* do sistema de controle social, sem consequências penais. Assim, se a criminalização primária (ou *abstrata*) parece *neutra*, a criminalização secundária (ou *concreta*) é diferenciada pela *posição social* dos sujeitos respectivos<sup>27</sup>.

Dessa forma, mesmo quando considerada verdadeira a missão do Direito Penal de proteger bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, a visão crítica de Juarez Cirino dos Santos compreende que essa proteção se dá sempre distinguindo as pessoas entre as diferentes classes sociais a que pertencem.

Nesse sentido, os titulares do capital demandariam uma proteção verdadeira, como seres humanos, ao passo que os trabalhadores seriam considerados como meros objetos, voltados à produção de mais capital e, por fim, os marginalizados, que não são donos do capital, tampouco contribuem para a produção de mais capital, seriam os excluídos por completo, sujeitos às mais variadas formas de violência, seja da própria criminalidade, seja dos meios institucionais, notadamente os órgãos de repressão estatal.

A crítica apresentada por Juarez Cirino dos Santos é endossada por Nilo Batista, que explica a missão do Direito Penal não como a proteção de bens jurídicos, mas sim como a proteção das relações sociais de interesse da classe dominante, ainda que com a roupagem de proteção universal. Tal constatação não afasta a exigência da verificação do princípio da lesividade, todavia demonstra que, muito além da proteção de bens jurídicos, o Direito Penal possui suas missões encobertas de estigmatização, controle das massas, manutenção de poder, entre outros<sup>28</sup>.

É o que expõe, também, Alessandro Baratta, ao fazer uma análise acerca dos valores defendidos pela lei penal nos moldes em que posta:

O sistema de valores que nele se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir

---

<sup>27</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 11.

<sup>28</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 113.



as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados<sup>29</sup>.

Retomando os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos, o autor segue demonstrando, em sua visão, o momento do surgimento do Direito Penal Simbólico. No contexto em que nitidamente apenas as classes menos favorecidas são capturadas pelo Estado penalizador, surge certa insatisfação popular com a nítida impunidade de pessoas poderosas que atuam em diversos âmbitos da vida em sociedade de modo extremamente duvidoso. Diante disso, buscando apaziguar a opinião pública, surgem tipos penais voltados a criminalizar as condutas das classes dominantes, como os delitos tributários, ambientais, contra o consumidor, entre outros. Nada obstante, sua tipificação vaga e penas insignificantes acabam por gerar um evidente fracasso da repressão penal, traduzindo-se, portanto, em mera atuação simbólica, com a finalidade de apaziguar a pressão popular a respeito da axiomática sanha criminal em prejuízo, quase que exclusivo, das classes dominadas<sup>30</sup>.

Por fim, mesmo Juarez Cirino dos Santos sendo um forte crítico das doutrinas tradicionais, acaba reconhecendo que, nos estudos modernos, o conceito de bem jurídico – extraído das determinações constitucionais – ainda se faz essencial, como critério definidor da criminalização e como objeto de proteção – ainda que a partir do cometimento do crime a proteção já tenha se esaurido.

Somente assim, para o doutrinador, caminhar-se-á no sentido de manutenção do Direito Penal dentro de um mínimo civilizatório do Estado Democrático de Direito, notadamente frente a doutrinas autoritárias defendidas, por exemplo, por Günther Jakobs, em que a criminalização se dá ao bel prazer dos detentores do poder, apenas como forma de posteriormente exigir a estabilização das expectativas normativas<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 176.

<sup>30</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 12.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 16.

### 1.1.3.2 A perspectiva de Eugenio Raúl Zaffaroni

A segunda corrente crítica às missões do Direito Penal é apresentada pelo autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni. O jurista, em que pese também reconheça a validade da discussão sobre a proteção de bens jurídicos, traz a discussão em ângulo diverso.

Isso porque, não seria possível pensar o Direito Penal como tendo a missão de proteger bens jurídicos de vítimas passadas, tampouco de potenciais vítimas do futuro. Tal argumentação serviria, no máximo, para reafirmar o valor moral dos bens tutelados pela norma. O autor defende, pelo contrário, que o Direito Penal se ocupe de proteger os bens jurídicos das pessoas que são ameaçadas pelo constante crescimento do poder punitivo do Estado, na chamada “teoria negativa do poder punitivo”<sup>32</sup>.

A visão, portanto, é de que o Direito Penal teria como finalidade a limitação e contenção do poder punitivo do Estado que, de outro modo, tenderia a se expandir de maneira completamente desenfreada, aniquilando os bens jurídicos dos cidadãos a partir das próprias garras do estado punitivista. Nas palavras conclusivas do autor:

*Todos estos inconvenientes se eluden si se adopta un criterio de construcción teleológica del derecho penal, que tenga como meta la protección de bienes jurídicos (seguridad jurídica), pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los de las víctimas (o los de eventuales víctimas futuras y de momento imaginarias o inexistentes), que asuma el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado de poder punitivo*<sup>33</sup>.

Nota-se, portanto, que o jurista argentino, ao passo em que aceita a ideia de proteção de bens jurídicos como a missão do Direito Penal, inverte a lógica tradicional, vez que vira os holofotes para a proteção dos bens jurídicos dos cidadãos, ameaçados pelo constante crescimento do poder punitivo estatal.

A presente crítica apresenta ampla correlação com o tema do Direito Penal Simbólico, o qual, a partir das constantes tensões sociais advindas da insegurança subjetiva da população, busca diuturnamente expandir os seus tentáculos para áreas desnecessárias, mas oportunas naquele determinado período histórico. Com isso parece

---

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 53 e 54.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 54.

converter-se num gigantesco emaranhado de normas, ineficiente, universal e, justamente em decorrência desta última característica, também seletivo.

Esse panorama, então, deve ser contido pelo próprio Direito Penal, com base, exatamente, na ideia de proteção dos bens jurídicos das pessoas potencialmente atingidas por esse inchaço demasiado, desordenado e, portanto, seletivo do poder punitivo estatal.

Eugenio Raúl Zaffaroni critica, ainda, o discurso jurídico-penal, pautado nas normas positivadas, pois, a partir da dogmática, explica-se que o Direito Penal é um *dever-ser*, isto é, algo que deveria ser, mas não é. A crítica passa, nesse caminho, pela ideia de que positivizar uma proibição não definirá a extinção daquela mazela social. Há na obra do autor, inclusive, uma interessante passagem sobre uma comparação com os pintores e caçadores do período paleolítico, no sentido de que o fato de desenharem animais na parede – equivalente, na comparação, à elaboração de novas e mais duras leis penais – não define a concretude do animal disponível para a alimentação – resolução dos conflitos sociais que a norma penal anunciava<sup>34</sup>.

Numa crítica bastante contundente sobre este momento do discurso jurídico-penal e de quais são as verdadeiras missões do Direito Penal, Eugenio Raúl Zaffaroni expõe:

*El discurso jurídico-penal no puede desentenderse del “ser” y refugiarse o aislarse en el “deber ser”; porque para que ese “deber ser” sea un “ser que aún no es” debe reparar en el devenir posible del ser, pues de lo contrario lo convierte en un ser que jamás será, o sea, en un embuste. De allí que el discurso jurídico-penal socialmente falso sea también perverso: se tuerce y retuerce, alucinando un ejercicio de poder que oculta o perturba la percepción del verdadero ejercicio de poder<sup>35</sup>.*

A partir desta interessante perspectiva crítica, constata-se que o Direito Penal só seria legítimo se voltasse a sua atenção aos problemas concretos da expansão do poder punitivo estatal, protegendo os bens jurídicos dos cidadãos contra a sanha arbitrária do Estado em termos penais.

---

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 22.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 23.

Por outro lado, optando o legislador em seguir editando cada vez mais leis penais, seguiria como no período paleolítico, acreditando que uma norma abstrata – o desenho do animal na parede – solucionará a sua *fome* de contenção da criminalidade.

## 1.2 As possíveis origens do Direito Penal Simbólico

Ao estudar o fenômeno do Direito Penal Simbólico é importante traçar as possíveis origens dessa mazela legislativa. Contudo, não se pode elencar uma única causa específica para o fenômeno contemporâneo das legislações simbólicas. Trata-se, em verdade, de um encadeamento de questões sociais e políticas que levam o legislador a atuar no âmbito criminal de forma inconsistente e nitidamente desrespeitando certas garantias conquistadas desde o Iluminismo<sup>36</sup>.

### 1.2.1 A Constituição dirigente

Inicialmente não é possível deixar de definir a Constituição Federal como um elemento indutor de um Direito Penal Simbólico, inchado e ineficiente. Como sabido, em que pese de notável evolução na garantia de direitos fundamentais, a Carta Magna de 1988 adotou uma forma prolixa e dirigente, que buscou abarcar os mais variados direitos e garantias, até como uma resposta ao período ditatorial vivenciado anteriormente.

Nesse contexto, uma Constituição dirigente, via de regra, adota um modelo constitucional que se diferencia dos modelos clássicos de Constituição, os quais objetivavam apenas limitar o poder político e proteger os direitos fundamentais. Isso porque possui um caráter ativo, que tem como objetivo a promoção de transformações sociais, econômicas e culturais na sociedade, estabelecendo as diretrizes para a realização destas pretensões.

Importante destacar o conceito doutrinário de Constituição Dirigente trazido por Fábio Corrêa Souza de Oliveira:

---

<sup>36</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43.

Conceitua-se Constituição Dirigente como a que enuncia programas (valores, metas), os quais, como normas que são, vinculam a atuação do Estado, dos Governos, através de pautas formais e materiais, sujeitando negativa e positivamente a conduta de cada um dos três Poderes, direcionando, conforme um balanço entre abertura e fechamento, a vontade e o proceder do Poder Público, bem como conformam, ainda quando em outra medida, grau e qualidade, os cidadãos, a sociedade, isto é, a deliberação e o agir comunitário<sup>37</sup>.

No Brasil, esse cenário, de dirigismo constitucional, foi benéfico por um período, no qual se consolidaram garantias democráticas. Ocorre que, passados mais de trinta e cinco anos da sua promulgação, percebe-se que os legisladores – e por vezes o próprio Judiciário –, quando tratam de certos temas sensíveis previstos no Texto Maior, nada mais enxergam, exceto o Direito Penal como primeiro canal de obtenção das garantias constitucionais. Trata-se de um aparente erro e quem vem sendo denunciado, em termos gerais, por diversos estudiosos do direito.

Como defende José Joaquim Gomes Canotilho, fosse a Constituição dirigente uma mera utopia a ser vislumbrada como ideal de sociedade civilizada, desenvolvida e fraterna, poucos seriam os problemas daí advindos. Ocorre que, a partir do momento em que se entende essa visão programática da Constituição como algo a ser concretamente seguido e perseguido a qualquer custo, o desvirtuamento será inevitável, podendo conduzir ao Leviatã<sup>38</sup>, seja pela via do Legislativo, seja pela via do Judiciário. E tal desvirtuamento parece ter origem na evidente impossibilidade de cumprir de maneira efetiva todas as promessas estampadas na constituição.

Por consequência, não havendo vontade e, no mais das vezes, recursos para concretizar os compromissos constitucionais, a solução mais simples e popular passa a ser a criminalização de condutas que afrontem tais objetivos, por vezes, utópicos da Carta Magna. Tal movimento legislativo parece ser a última chance de manter alguma relevância aos preceitos constitucionais utópicos, pois, do contrário, considerando a ineficácia do texto e a inexistência de qualquer ato estatal no sentido de criar tal eficácia,

---

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14.

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 1, p. 111-124, mai. 2011.

o texto constitucional corre sério risco de se tornar completamente impotente e perdido no emaranhado de programas ali previstos.

Some-se a isso o dificultoso processo de alteração do texto constitucional como um fator de maiores dificuldades para, eventualmente, recolocar a Carta Magna em seu caminho clássico de limitar o poder político e proteger os direitos e garantias fundamentais<sup>39</sup>, de modo que se mostra mais simples a aprovação de leis ordinárias – no mais das vezes leis criminais – que demonstrem virtude do Estado perante a sociedade na busca pela efetivação dos direitos formalmente previstos na constituição.

Assim, infelizmente, algo que surgiu num contexto de maiores conquistas sociais, em contraponto ao período pós-guerra, e, mais especificamente no Brasil, após um período ditatorial, tem potencial para rapidamente se tornar um instrumento de dominação política, deixando de lado as pretensas conquistas e avanços sociais<sup>40</sup>.

Não bastasse, percebe-se, também, que eventual omissão do Poder Legislativo em relação aos programas e ideais definidos pela Constituição passa a permitir a atuação invasiva e autoritária dos outros Poderes, notadamente do Poder Judiciário, a partir do Mandado de Injunção, ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Essa celeuma já foi aventada por José Joaquim Gomes Canotilho, que definia que a ampla gama de determinações de uma constituição dirigente inevitavelmente conduziria a conflitos institucionais, em que os Poderes poderiam entrar em sobreposição, em especial a partir do Judiciário, que buscaria de maneira técnica fazer cumprir politicamente as imposições constitucionais, por mais inalcançáveis que sejam. Ao longo do tempo esse cenário conduziria a política a uma reduzida figura “técnica-jurídica”<sup>41</sup>, o que é perceptível hodiernamente no Brasil.

Acerca desta atuação do Poder Judiciário, deve-se destacar a guinada no Supremo Tribunal Federal em relação aos objetivos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Este instrumento sempre teve papel de apenas declarar a mora do Legislativo, mas recentemente galgou alguns degraus em seu potencial e parece ter sido utilizada como instrumento legiferante pela Suprema Corte,

---

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98-100.

<sup>40</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

<sup>41</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 1043.

afetando diametralmente a separação dos Poderes numa busca por concretizar um preceito constitucional. Tal ponto, porém, dada a sua relevância, será discutido de modo mais aprofundado no segundo capítulo, quando se discutirá acerca do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

### 1.2.2 As exigências da sociedade moderna e de risco

A sociedade moderna, muito embora tenha se desenvolvido em inúmeros aspectos de maneira quase inimaginável, atualmente precisa enfrentar os riscos e demandas daí advindas e que, anos atrás, seriam inimagináveis.

Intelectual dedicado ao estudo desse fenômeno, o sociólogo alemão Ulrich Beck apresenta, em seu livro intitulado “Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade”, um estudo crítico acerca das estruturas sociais e econômicas, destacando, justamente, os desafios enfrentados pela sociedade contemporânea, notadamente a partir dos riscos globais, ambientais, tecnológicos e sociais. Essa discussão, invariavelmente, chega ao Direito e, em última análise, ao Direito Penal, podendo ser indicada como uma das origens do Direito Penal Simbólico.

De acordo com os ensinamentos de Ulrich Beck, o processo de modernização da sociedade, ao mesmo tempo em que traz vantagens à população, carrega consigo boa parte dos problemas até então inexistentes e que passam a demandar atuação dos entes de regulação no sentido de garantir uma mínima segurança à população. Nesse contexto, “a promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico”<sup>42</sup>.

Não se olvida que os riscos sempre existiram, desde que a espécie humana surgiu na face da Terra. Ocorre que, antes da Revolução Industrial, estes riscos eram tomados pessoalmente, por indivíduos que assim optavam por agir, num caráter aventureiro, como os navegadores do século XV. Na sociedade moderna, porém, os riscos são globais e

---

<sup>42</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24.

impessoais, passando ao largo da opção individual de um cidadão específico. Exemplo claro disso são os riscos advindos das atividades nucleares, com potencial de destruição em massa em caso de erro ou acidentes<sup>43</sup>.

De mais a mais, constata-se que, em tempos modernos, os riscos globais e locais a que submetida a humanidade são alardeados e potencializados pela atuação da mídia, que, a partir de casos notórios de violência, se põe a expor de maneira repetitiva todas as nuances de um determinado ilícito, trazendo à tona uma percepção de insegurança nem sempre correspondente à realidade e, com isso, exigindo medidas de prevenção estatal<sup>44</sup>.

Nesse cenário, em que praticamente todos os elementos da vida moderna em sociedade são potencialmente arriscados não só para a própria pessoa, mas também para os que orbitam ao seu redor, o Estado pretende demonstrar que não está inerte a tal conjuntura e, então, se torna, através do Direito – e, muitas vezes, do Direito Penal – o guardião dos riscos sociais.

Isso se concretiza a partir do chamado Direito Penal do risco, que, de acordo com Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak, se verifica quando:

O poder punitivo passa a usar o processo de criminalização antecipada e otimizada como elemento de estabilização social pelo atendimento às expectativas normativas. A criminalização ágil de condutas passa a ser considerada a solução para os problemas sociais, configurando-se um *expansionismo do Direito Penal* que, muitas vezes, resulta em consequências apenas simbólicas<sup>45</sup>.

Aqui pode estar, portanto, o embrião de parte do que se denomina de Direito Penal Simbólico, vez que na ânsia de demonstrar à sociedade que se pretende evitar todo e qualquer dano advindo dos numerosos riscos existentes, o legislador incorpora a visão de que, pela via criminal, com antecipação de penas, criminalização de meras condutas e tipificações abertas, será possível afastar os riscos inerentes à vida moderna, o que,

---

<sup>43</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24.

<sup>44</sup> DISSENHA, Rui Carlo; KOSAK, Ana Paula. Do processo-Rocco ao processo-risco: o paradigma negocial tornando démodée a constitucionalização do processo penal brasileiro. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n.1, p. 163-181, 2023.

<sup>45</sup> *Ibidem*.



em verdade, não passa de um símbolo de atuação das autoridades constituídas, frente a uma realidade em que, por vezes, a realização do risco é inevitável.

### 1.2.3 A demanda popular por mais segurança: a insegurança subjetiva

Outro marco desta discussão acerca das origens do Direito Penal Simbólico passa obrigatoriamente pela institucionalização do sentimento de insegurança na sociedade moderna.

Como visto alhures, é patente que se vive em uma sociedade de riscos, advindos de todos os setores sociais. Entretanto, deixando de lado a insegurança objetiva – de fato existente –, o que realmente preocupa é a insegurança subjetiva, a insegurança sentida pelos cidadãos no seu cotidiano urbano, em que a violência parece ser inevitável.

Isso porque o sentimento geral de medo cria uma demanda popular por mais segurança e, a partir disso, é inevitável que tal pressão chegue aos legisladores dos mais diversos países, inclusive do Brasil, os quais acabam por dar início ao círculo vicioso do Direito Penal Simbólico, no qual leis criminais são utilizadas para responder à inquietação da população.

Sobre o assunto, eis a exposição de Jesús-María Silva Sánchez:

*[...] a la vista de lo acontecido en los últimos años, resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los medios de comunicación. [...] la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo. [...] Además, junto a los medios de comunicación, no cabe negar que, en ocasiones, también las propias instituciones públicas de represión de la criminalidad transmiten imágenes sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la sensación de inseguridad<sup>46</sup>.*

A partir desta sensação de insegurança criada – ou reforçada – pelos meios de comunicação e por algumas instituições públicas, a atuação legislativa no âmbito criminal

---

<sup>46</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 27-29.

se manifesta de forma imediatista e desordenada, vez que inevitavelmente todas essas pressões recaem sobre a área de atuação estatal mais incisiva: o Direito Penal.

Nas palavras de Winfried Hassemer “*El destinatario de las exigencias de una opinión pública amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal, incluido o derecho procesal penal. De él se espera una ayuda efectiva en caso de necesidad y la garantía de la seguridad ciudadana*”<sup>47</sup>. Ocorre que a percepção de violência, insegurança e medo não corresponde, necessariamente, à realidade<sup>48</sup>, pois muitas vezes é inflada por preconceitos, por estereótipos e por uma avalanche de informações disseminadas pela mídia acerca de alguns crimes específicos.

Deste cenário, surge como consequência natural, porém nefasta, a maximização do Direito Penal, pois frente às quotidianas situações de crise, a resposta mais rápida que se encontra, a fim de apaziguar a opinião pública, é a criação de novos tipos penais ou o aumento da repressão aos já existentes, sem averiguar todos os fatos e os dados concretos que envolveram aquela crise específica.

Um exemplo recente do que se discute neste tópico são os trágicos ataques a uma escola e uma creche ocorridos em abril de 2023 no Brasil, mas especificamente em São Paulo<sup>49</sup> e Blumenau<sup>50</sup>, respectivamente.

A cobertura midiática, em que pese necessária, passou inúmeros dias dedicando horas e horas à cobertura dos acontecimentos, trazendo detalhes perniciosos sobre os fatos. Diante disso, é claro que o clamor social por maiores punições a esses agressores passou a se intensificar e o medo se difundiu de maneira avassaladora, o que se comprova pela notícia que atesta o total esvaziamento das escolas nos dias posteriores<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1995, p. 56.

<sup>48</sup> Como citado outrora, não se trata de uma insegurança objetiva, mas meramente subjetiva.

<sup>49</sup> Uma professora morre e três ficam feridas em ataque a escola estadual em SP; aluno também se feriu. **G1**, São Paulo, Mar/2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/03/27/professores-e-alunos-sao-esfaqueados-dentro-de-escola-estadual-na-zona-sul-de-sp-diz-pm.ghtml>. Acesso em: 02 maio 2023.

<sup>50</sup> BORGES, Caroline; PACHECO John. Quatro crianças são mortas em ataque a creche em Blumenau; homem foi preso. **G1**, Santa Catarina, Abr/2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2023/04/05/ataque-creche-blumenau.ghtml>. Acesso em: 02 maio 2023.

<sup>51</sup> LUCCA, Bruno; PIOVEZAN Stephanie. Diante do medo, escolas e creches amanhecem esvaziadas em SP. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Abr/2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/04/diante-do-medo-escolas-e-creches-amanhecem-esvaziadas-em-sp.shtml>. Acesso em: 01 maio 2023.

Mas será que a realidade – a insegurança objetiva – corresponde ao sentimento dos pais e dos alunos – a insegurança subjetiva? A resposta parece ser negativa, notadamente quando se observa que no Brasil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2021, existem 265.679 (duzentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e setenta e nove) escolas de ensino infantil, fundamental e médio, com o total de 42.605.557 (quarenta e dois milhões, seiscentos e cinco mil, quinhentos e cinquenta e sete) alunos matriculados<sup>52</sup>.

Ora, nesse cenário, por mais macabros e condenáveis que sejam os crimes, não é possível considerar que um ataque em escola e outro em creche coloquem a população brasileira em extremo risco, a ponto de demandar uma gigantesca pressão social por soluções imediatistas.

Trata-se, como já delineado alhures, da insegurança subjetiva, advinda da ampla cobertura midiática e das incansáveis postagens em redes sociais, que mergulham o cidadão numa onda de medo, da qual ele é incapaz de emergir sem exigir novas e mais severas leis criminais de seus representantes eleitos. E, nada obstante a evidente inexistência concreta desta insegurança percebida pela população, os legisladores, por inúmeras razões, cedem à pressão e buscam demonstrar virtude a seus eleitores.

Um exemplo disso são os inúmeros Projetos de Lei protocolados na Câmara dos Deputados a partir do dia 05 de abril de 2023<sup>53</sup>. Apenas no dia do trágico ataque a uma creche em Blumenau foram apresentados 18 (dezoito) Projetos de Lei relacionados à

---

<sup>52</sup> Dados disponíveis em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/13/5908>. Acesso em: 03 maio 2023.

<sup>53</sup> A fim de dar concretude ao argumento, serão expostos na sequência os números dos Projetos de Lei relacionados à temática da violência nas instituições de ensino. No corpo desta dissertação há uma diferenciação em relação àqueles que, ainda que somente por conta da pressão popular, buscam atacar as possíveis causas do problema. No próprio dia 05 de abril de 2023 foram apresentados os seguintes Projetos de Lei, que, com exceção do PL 1680/2023, tratavam exclusivamente sobre a maior repressão aos agressores, seja por maiores penas, seja pela instalação de detector de metais em escolas, seja pela criação de segurança armada: PL 1624/2023; PL 1631/2023; PL 1632/2023; PL 1633/2023; PL 1635/2023; PL 1636/2023; PL 1638/2023; PL 1641/2023; PL 1642/2023; PL 1645/2023; PL 1649/2023; PL 1652/2023; PL 1656/2023; PL 1672/2023; PL 1673/2023; PL 1674/2023; PL 1680/2023; PL 1681/2023. Nos dias subsequentes ainda foram apresentados: PL 1682/2023; PL 1685/2023; PL 1687/2023; PL 1688/2023; PL 1690/2023; PL 1695/2023; PL 1715/2023; PL 1724/2023; PL 1739/2023; PL 1744/2023; PL 1745/2023; PL 1759/2023; PL 1769/2023; PL 1771/2023; PL 1783/2023; PL 1784/2023; PL 1789/2023; PL 1791/2023; PL 1810/2023; PL 1839/2023; PL 1840/2023; PL 1841/2023; PL 1850/2023; PL 1864/2023; PL 1866/2023; PL 1867/2023; PL 1869/2023; PL 1885/2023; PL 1907/2023; PL 1910/2023; PL 1921/2023; PL 1929/2023; PL 1943/2023; PL 1965/2023; PL 1974/2023; PL 1980/2023; PL 2011/2023; PL 2032/2023; PL 2074/2023; PL 2197/2023; PL 2207/2023; PL 2223/2023; PL 2277/2023; PL 2295/2023.

temática, a maioria deles tratando sobre aumento de penas, instalação de detector de metais e instituição de segurança armada nas escolas.

Nos dias posteriores o número de proposições foi diminuindo – talvez pela perda da relevância popular da questão na mídia, o que demonstra, infelizmente, a mera intenção populista dos parlamentares –, mas, mesmo assim, no momento da elaboração deste tópico da dissertação, já são 62 (sessenta e dois) Projetos de Lei apresentados sobre segurança nas escolas e creches.

Chama a atenção, ainda, o elevado número de proposições que definem exatamente a mesma medida, seja ela de instalação de detector de metais, seja de instituição de segurança armada nas escolas. Fosse verdadeira a intenção de tais parlamentares, por óbvio que a união de forças em torno de um único Projeto seria mais eficaz do que a apresentação individual de inúmeras proposições idênticas. A intenção, mais uma vez, se comprova meramente populista, de demonstração de virtude e preocupação aos eleitores.

Por outro lado, não se pode ignorar que dentre todos esses projetos alguns aparentam buscar a solução para a causa do problema, como, por exemplo, o Projeto de Lei nº 1841/2023, que cria a Política Nacional de Promoção da Cultura da Paz nas Escolas, definindo importantes avanços no que toca ao acompanhamento psicológico nas escolas e à prevenção da violência. Contudo, projetos como este são minoria no grupo analisado.

Diante do exposto, percebe-se que é justamente nos momentos de crise de segurança que garantias conquistadas ao longo de anos de luta são deixadas de lado para dar lugar às flexibilizações que a atual sociedade de insegurança subjetiva exige. É o que relata Jesús-María Silva Sánchez:

*La solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico “lugar natural” – el Derecho de policía –, sino en el Derecho penal. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, no siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho:*

*al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado “rígidas” y se abona su “flexibilización”<sup>54</sup>.*

Como demonstrado acima, as legislações criminais criadas nesses contextos fáticos de crise de violência, via de regra, não visam solucionar o problema para o qual se propõem, mas sim demonstrar que o legislador está *atento* e que atua diretamente com a arma mais forte que o Estado possui: a ameaça de imposição de uma pena privativa de liberdade. Esquece-se, entretanto, dos limites e missões do Direito Penal, elevando-o a um patamar de atuação social que não lhe cabe, em absoluto.

Nessa conjuntura, fica evidente a sobreposição da função latente em relação à função manifesta da lei penal e, portanto, evidente também se torna o simbolismo do Direito Penal criado nestes moldes. As consequências de todo esse movimento legislativo emergencial são claras e inquietantes, como o desvio das reais missões do Direito Penal e o nítido desrespeito ao princípio da intervenção mínima.

Não é minimamente sustentável a manutenção de uma sociedade que concebe a justiça penal como a única forma de combater a violência e a criminalidade em geral. Evidente que a pena se faz necessária, mas esta é a última etapa da resposta estatal, não podendo ser a primeira ou, por vezes, a única. Antes disso, é basilar que o Estado atue nas causas dessas mazelas, pois quando o crime foi cometido e a pena aplicada, todos os envolvidos perderam, seja a vítima, seja o próprio criminoso<sup>55</sup>. Não há vencedores nesse jogo perverso.

Por outro lado – até como forma de demonstrar algum valor no processo legislativo brasileiro, podendo ser este um caminho a ser seguido –, deve-se destacar a existência de raros, mas também existentes, Projetos de Lei que são discutidos longe dos holofotes de crimes de grande repercussão.

Um exemplo recente disso é o polêmico Projeto de Lei nº 1.496/2021, que “estabelece a obrigatoriedade da identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, de condenados por determinados crimes que especifica, por ocasião de sua entrada no estabelecimento prisional”.

---

<sup>54</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 32.

<sup>55</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 57.

Parece evidente que um crime de grande repercussão que envolvesse a temática de utilização do DNA do acusado para a solução do caso apressaria a tramitação e teria o potencial de gerar a aprovação quase que imediata de um projeto desta natureza. Ocorre que, neste caso, a questão da ampliação do rol de crimes que permite a coleta do perfil genético tem sido tratada de maneira equilibrada, com a participação de parlamentares contrários e favoráveis à medida, passando por todas as Comissões necessárias, sem atropelos advindos da pressão decorrente de uma eventual emergência popular, na rara tentativa de obter o melhor texto a ser votado pelos pares.

Note-se: não se está aqui, necessariamente, a defender o texto em discussão. Pelo contrário, há certa restrição deste autor quanto à efetivação de procedimentos invasivos contra a vontade do indivíduo. Nada obstante, a indicação deste Projeto de Lei serve para demonstrar que um tema extremamente controverso, que divide opiniões, pode ser discutido de maneira virtuosa pelos parlamentares, sem atropelos e longe da pressão pública<sup>56</sup>, ainda que seja inerente aos parlamentares a vontade de aparecer e demonstrar algum tipo de virtude aos eleitores.

Se aprovada a medida, num futuro próximo, eventual caso de estupro ou homicídio que choque o país e comova a opinião pública, já terá uma chance mais clara de investigação e prisão do indivíduo responsável, não demandando alguma medida apressada e meramente midiática, o que, ao cabo, é um grande desrespeito às próprias vítimas de tais delitos.

### **1.3 Ameaças de um Direito Penal Simbólico**

O Direito Penal, como já debatido alhures, sendo um instrumento de controle social, tem como objetivo primordial a proteção de bens jurídicos indispensáveis à pacífica convivência social, com a imposição de punições àqueles que acabam por transgredir o sistema legal vigente.

---

<sup>56</sup> Isso é comprovado pela enquete existente no *site* do Senado Federal. Mesmo em tramitação deste abril de 2021 naquela Casa, apenas 24 votos foram computados acerca da matéria discutida. Enquete disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/148161>. Acesso em: 06 maio 2023.

E quando se fala em bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, é evidente que tal análise deve passar pela evolução da sociedade. É importante destacar, outrossim, que este trabalho não defende uma visão estática do Direito Penal. Por óbvio, as relações sociais evoluem, inclusive em termos tecnológicos, de modo que algumas condutas deixam de ser penalmente relevantes, enquanto outras passam a ter relevância penal, justamente porque o entendimento sobre o que é essencial é mutável ao longo do tempo.

Num sistema saudável, portanto, apenas os bens jurídicos essenciais são protegidos e os infratores são efetivamente punidos após o trâmite do processo penal, de maneira a cumprir o que a norma promete. Agora, se o sistema penal passa a ser deturpado, o risco de cair em descrédito é enorme, não só perante a própria opinião pública em razão da sua manifesta ineficácia, mas também perante princípios constitucionais basilares, incidindo na armadilha do famigerado Direito Penal do Inimigo.

### 1.3.1 A ameaça da ineficácia do sistema

Um sistema legislativo penal inchado e criado, via de regra, num contexto de emergência, gera consequências nefastas.

A primeira delas, pode-se dizer, é a axiomática ineficácia do sistema policial e judicial em investigar e julgar os delitos praticados. Outra consequência é a criação de tipos penais completamente irrelevantes, desproporcionais, desconexos da realidade e frutos de pura demagogia.

Em verdade, a análise desses dois pontos parece caminhar em conjunto, formando um círculo vicioso, em que a ineficácia do sistema policial e judicial passa uma sensação de impunidade e insegurança para a população, a qual cobra por mais penas de seus legisladores eleitos. Estes, então, cedem e criam cada vez mais tipos penais, ou majoram as sanções daqueles já existentes. Isso pode sobrecarregar a polícia e o Judiciário, que se tornam ainda mais inoperantes.

Isto é, quando o Direito Penal é utilizado em sua vertente meramente simbólica, em que o legislador lança mão da arma mais pesada do Estado contra os seus cidadãos apenas para demonstrar virtude e atuação à sociedade, numa espécie de satisfação das

demandas sociais momentâneas, parece claro o desvirtuamento da missão primeira do Direito Penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos essenciais à vida em civilizada em sociedade. A consequência, por fim, parece inevitável: descrédito geral no sistema de justiça<sup>57</sup>.

Este descrédito pode ser vinculado, ainda, à completa desordem do sistema legislativo penal, em que até mesmo pessoas leigas passam a compreender que, em verdade, os crimes tipificados e as penas previstas, por vezes, são completamente desproporcionais em relação às condutas respectivas, ou, ainda, em relação a outros delitos previstos<sup>58</sup>. Dessa forma, mesmo que o sistema observe o princípio da legalidade, acaba passando ao largo da legitimidade<sup>59</sup>.

Tal desordem, como visto no tópico anterior, muito se relaciona às legislações emergenciais, gestadas em momentos de crises, em que a resposta à sociedade, na visão dos parlamentares, necessita ser imediata. Um exemplo marcante dessa desproporcionalidade que joga em descrédito todo o sistema de justiça criminal diz respeito à recente Lei nº 14.064/2020, a qual estipulou que para casos de abusos, maus-tratos, entre outras ações danosas a cães e gatos, a pena será de 02 (dois) a 05 (cinco) anos de reclusão, multa e proibição da guarda.

Explicando: o citado texto normativo teve origem no Projeto de Lei nº 1095/2019, apresentado na Câmara dos Deputados em 25 de fevereiro de 2019, não coincidentemente, após o caso ocorrido em 28 de novembro de 2018, em que um cachorro foi espancado e morto por um segurança da rede de supermercados Carrefour<sup>60</sup>.

Não se ignora a brutalidade do ato praticado. Ocorre que uma conduta análoga a esta, mas que tenha como vítima um ser humano – repita-se: um ser humano –

---

<sup>57</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 63-64.

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 82-87.

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 24.

<sup>60</sup> BARBOSA, Vanessa. Morte de cachorro em loja do Carrefour gera onda de protestos. **Exame**. São Paulo, Dez/2018. Disponível em: <https://exame.com/marketing/morte-de-cachorro-a-pauladas-em-loja-do-carrefour-gera-onda-de-protestos/>. Acesso em: 06 maio 2023.



atualmente tem pena de dois meses a um ano, ou multa, segundo o artigo 136, do Código Penal<sup>61</sup>.

Isto é, o sistema penal brasileiro já se encontra em completa irracionalidade, desproporcionalidade e evidente descrédito perante a sociedade. Não é possível aceitar passivamente, ou confiar num sistema de justiça que imponha uma pena de dois anos de reclusão a um sujeito que maltrate um cachorro, mas permita que outro sujeito que maltrate um ser humano sob sua autoridade possa receber uma singela pena de multa. É um completo despropósito.

Enfim, diante do cenário delineado acima, é possível afirmar que o Direito Penal Simbólico, que tendencialmente abre mão de suas funções manifestas em favor das latentes, trai as tradições liberais do Estado de Direito, em especial o conceito de proteção de bens jurídicos, e fraudada a confiança da população na tutela penal. Depois de tudo, ele permanecerá como um efeito colateral do Direito Penal Moderno, pelo menos enquanto a política criminal insistir em satisfazer às exigências preventivas, ao invés de rechaça-las<sup>62</sup>.

Winfried Hassemer alerta para os efeitos devastadores que podem surgir no longo prazo se a atual política criminal se mantiver inalterada, *in verbis*:

A mistura explosiva de grandes “necessidades de agir” sobre a sociedade, de uma crença difundida na eficiência dos instrumentos penais e de enormes déficits no emprego desses instrumentos produzirá o risco de que o Direito Penal se refugie na ilusão de poder realmente resolver seus próprios problemas. Direito penal simbólico é paliativo a curto prazo, mas, a longo prazo, devastador<sup>63</sup>.

Portanto, num cenário onde se busque um Direito Penal prestigiado, verdadeiramente eficaz e que possua uma função latente positiva, qual seja, de demonstrar sua higidez principiológica, o Direito Penal Simbólico encontra-se completamente deslocado.

---

<sup>61</sup> Transcreve-se a literalidade do artigo em debate: “**Maus-tratos** Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa”.

<sup>62</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: Fundamentos, Estrutura, Política. Trad. Adriana Beckman Meirelles. et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 230.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 256.

É premente que o legislador compreenda o papel e a importância de uma política criminal adequada à contemporaneidade, desprendendo-se dos ideais autoritários que regeram a elaboração do atual Código Penal. A política criminal adequada é aquela que torna o sistema coerente e proporcional, buscando, ao máximo, sanções não penais, limitando as penas aos casos mais graves<sup>64</sup>.

Sobre o tema, ensinava Heleno Cláudio Fragoso, já nos idos dos anos oitenta:

Uma política criminal moderna orienta-se no sentido de descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele afastando todas as condutas anti-sociais (sic) que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais<sup>65</sup>.

Disso constata-se que não são recentes as lições sobre a necessidade de contenção das penas privativas de liberdade, limitando-as aos casos mais críticos, a fim de definir alguma racionalidade ao processo de punição de cidadãos, dentro de um Estado que se pretende democrático e de Direito. Nada obstante, como demonstrado acima, são cada vez mais frequentes os casos em que as penas são endurecidas e novos crimes são definidos pelo legislador, a fim de, em tese, trazer alívio às demandas sociais, sem a percepção, no entanto, que este movimento serve apenas ao caos do emaranhado de leis penais brasileiras e, enfim, à própria ineficácia do sistema, que dá início a todo o processo vicioso mais uma vez.

### 1.3.2 A ameaça do Direito Penal do Inimigo

Tese explicada e, em certa medida, defendida pelo jurista alemão Günther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo aparenta ser uma consequência natural e ameaçadora da adoção inadvertida do Direito Penal Simbólico como uma política de Estado no enfrentamento da criminalidade.

Inicialmente é essencial destacar o que se entende por Direito Penal do Inimigo. Esta figura, criada no ano de 1985, defende, em síntese, que o Direito Penal só será

---

<sup>64</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 35.

<sup>65</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 17.

efetivo na proteção de direitos dos cidadãos se for encarado em duas vertentes bastante distintas. A primeira delas seria direcionada aos verdadeiros cidadãos, isto é, aqueles indivíduos que se adequam ao comportamento esperado pelas normas, em relação aos quais seriam observadas todas as garantias do sistema criminal. Nesse sentido, ainda que tenham incidido em certo comportamento não desejado, suas atitudes não colocam em risco o próprio ordenamento jurídico, de maneira que a eles é possível aplicar as garantias deste mesmo ordenamento<sup>66</sup>. Aqui está o Direito Penal do Cidadão. A segunda, por outro lado, teria como destinatário aqueles indivíduos que não se encaixam nas expectativas normativas, em relação aos quais as garantias materiais e instrumentais são sonegadas. Isso porque tais indivíduos, a partir de seus atos ilícitos, colocam em xeque a própria existência do ordenamento jurídico, não podendo, assim, exigir o reconhecimento das garantias previstas pelo ordenamento que pretendem destruir<sup>67</sup>. Aqui está o Direito Penal do Inimigo, que tem como destinatários as “não-pessoas”.

Neste ponto surge a primeira polêmica acerca do assunto, qual seja, como definir quem é o inimigo e quem é o cidadão. Günther Jakobs apresenta uma solução:

Para aquele que orienta sua vida por estruturas criminosas de modo imputável e relativamente duradouro desmantela-se – não totalmente, mas setorialmente, com certeza – a presunção de um comportamento fiel ao Direito e, por conseguinte, uma condição de seu *status* de sujeito de direito. O criminoso organizado pode até ser um pai de família tranquilo e um motorista cuidadoso, odiar a violência e amar os animais, mas seria meramente estúpido simplesmente esperar para ver tudo que sua organização pode produzir como crime. Um inimigo não precisa ser necessariamente um inimigo total; ele pode muito bem ser um inimigo parcial. O mesmo se aplica a agentes, em relação aos quais se pode suspeitar que se afastaram do Direito não apenas de forma passageira, mas sim de modo *postural* ou, mais precisamente, por falta de compostura [...]<sup>68</sup>.

A elucidação apresentada, como cediço, está longe de ser pacífica e de definir um conceito aceitável a esta contestável figura do inimigo, da “não-pessoa”. Tendo como base o conceito analisado acima – criado pelo precursor da ideia do Direito Penal do Inimigo –, o problema se torna ainda mais grave quando se constata que numa sociedade de riscos, em que cada vez mais se pretende prevenir o crime e antecipar as penas, todos

---

<sup>66</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 38.

os cidadãos poderiam ser imputados criminalmente por alguma razão, o que apenas não ocorre em virtude da ineficiência das agências de repressão, conforme defende Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>69</sup>.

Neste sentido, todos os cidadãos são, em verdade, potenciais inimigos, pois se um sem-número de condutas são criminalizadas<sup>70</sup>, dificilmente algum cidadão poderia ser encarado como sujeito que não “orienta sua vida por estruturas criminosas”<sup>71</sup> e, assim, em verdade, todas as pessoas seriam “não-pessoas”.

Sobre a despersonalização da sociedade, neste contexto, interessante é a lição do citado professor argentino:

Precisamos nos mover com mais cuidado e precisão, porque o Estado nos torna, a cada dia, mais *garantes daquilo que nós nunca imaginamos que teríamos de garantir*. Porém, da mesma forma que em intervenções cirúrgicas complexas ou na armação de engenhos industriais, os *robôs* alcançam maior precisão, uma vez que não se distraem nem se esquecem. Uma sociedade que aspire à segurança com relação à conduta posterior de cada um de nós como valor prioritário, projetada para o futuro e até suas últimas consequências, aspiraria a converter-se numa sociedade *robotizada* e, por conseguinte, *despersonalizada*<sup>72</sup>.

Diante disso, como já debatido no item 1.2.3 deste trabalho, considerando que em tempos de crise de criminalidade, nos quais a insegurança subjetiva da população se aflora, abre-se um amplo flanco para que os legisladores elejam os seus alvos preferenciais e, então, passem a considera-los os “inimigos” do momento.

Assim, contra tal grupo de pessoas se aceita pacificamente todo o tipo de norma restritiva – material ou processual – e violações a direitos até então inquestionáveis e tidos como certos a quaisquer cidadãos, porquanto os seus destinatários, são, na verdade, “não-pessoas”, de modo que a eles as garantias do Estado Democrático de Direito não se aplicam.

A atuação legiferante que caminhe nesta direção, em que pese nefasta, não parece ser a mais preocupante. Isso porque leis inconstitucionais e que veiculem regras

---

<sup>69</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 30.

<sup>70</sup> *Idem*. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 20.

<sup>71</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38.

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 20-21.

típicas do Direito Penal do Inimigo são facilmente refutadas no âmbito do Poder Judiciário, frente a um simples cotejo entre os seus termos e a Constituição Federal. Foi o que se verificou, por exemplo, em relação ao artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, quando se previu a impossibilidade de progressão de regime aos que incidissem em seus termos<sup>73</sup>, mas que logo passou a ser questionada perante as Cortes brasileiras e, a partir de 2006, com constantes decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a sua inconstitucionalidade<sup>74</sup>, teve a sua redação alterada. Nesse contexto, o maior perigo está inserido, portanto, na atuação do próprio órgão de Cúpula do Poder Judiciário que, em certos casos, decide por afrontar direitos e garantias fundamentais de pessoas acusadas para atender a uma demanda reprimida da sociedade por vingança e punição contra indivíduos considerados os “inimigos” momentâneos.

Unindo-se, pois, o discurso social prevalente, de maior rigor punitivo, à pretensão política de atender a tais anseios e, por fim, à atuação questionável do Poder Judiciário em certos casos, pessoas coerentes que se ergam contra tal sistema são trucidadas e mantidas alheias deste debate hegemônico e altamente deletério. É o que explica Eugenio Raúl Zaffaroni:

Por tudo isso, poucos se animam a contradizer a publicidade *cool* do discurso único e, por conseguinte, seu autoritarismo tem enorme magnitude. Não se trata do Estado autoritário que controle e censura os meios de comunicação, mas sim que a comunicação, convertida em publicidade em busca de *rating*, tornou-se autista e impõe um discurso que nem mesmo o Estado está autorizado a contradizer, porque seu único inimigo fixo é quem desprestigia a repressão, que é seu produto. *Como toda publicidade, não reconhece outro inimigo senão aquele que nega as qualidades do produto que promove*<sup>75</sup>.

Assim, aqueles que percebem o grave momento vivenciado pela sociedade moderna – que cada vez mais caminha em direção à aceitação a ampliação do Direito Penal do Inimigo – acabam se tornando os próprios inimigos.

---

<sup>73</sup> Em sua redação original: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] §1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

<sup>74</sup> Cita-se como exemplos os julgamentos exarados nos seguintes autos: RHC 86951; HC 88231; AI 504022 EDv-AgR; HC 86224; HC 82959; AI 460085 EDv-AgR; HC 85677 QO; HC 90262.

<sup>75</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 78.

## 2 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TRATO DA HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº

26

Como todo e qualquer ser humano, o magistrado possui suas emoções, suas paixões e suas preferências. O mundo ao seu redor e, portanto, as pressões populares exercem papel relevante na tomada de decisão. Ocorre que a jurisprudência advinda das decisões proferidas por estes mesmos magistrados, refletem, ou deveriam refletir, análises técnicas e imparciais acerca de determinado assunto<sup>76</sup>.

Numa demanda de natureza concreta, em que litiguem duas partes opostas, não se pode conceber que as paixões do magistrado acabem por definir em favor de um dos lados sem que a técnica jurídica permitisse tal resultado. Mais grave é pensar que uma decisão abstrata, com efeito vinculante, possa ser tomada num cenário em que as paixões pessoais do julgador, ou, então, pressões populares pautarão a definição, numa repetição do que se discutiu no primeiro capítulo desta dissertação – acerca da pressão popular por leis mais severas.

Como visto alhures, se no Poder Legislativo – concebido para ser a mais fiel representação do pensamento popular – tais pressões se revelam deletérias ao sistema de justiça criminal, evidente que a permeabilidade das demandas sociais de emergência em um Poder concebido para ser técnico, como o Judiciário, pode se revelar devastadora.

O Poder em que as emoções, as paixões e as pressões populares se fazem presentes – e sem qualquer demérito, pelo contrário – é o Legislativo<sup>77</sup>. Talvez por isso, a fim de melhor representar todas as paixões sociais envolvidas no processo de elaboração de uma legislação, é que o número de integrantes de tal Poder se revela tão elevado. Eventuais visões heterodoxas de mundo se diluem no mar de representantes do povo eleitos para a Câmara dos Deputados, por exemplo.

Por outro lado, na cúpula do Poder Judiciário brasileiro, atualmente composto por onze membros, uma eventual visão heterodoxa do Direito é maleável às pressões

---

<sup>76</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4, p. 659-676, Mai/2011.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 510.

advindas de setores da sociedade civil tem potencial de causar grandes danos, notadamente quando se deixa a técnica jurídica de lado para empregar um discurso político.

Exemplo recente do perigo aqui mencionado, foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o qual será explorado com maior profundidade nos tópicos subsequentes. Tal decisão pode criar e representar os riscos aqui destacados, o que se verificará posteriormente, ao final deste trabalho. Insta, por ora, destacar as razões de escolha deste julgado e apresentar, descritivamente, os pedidos apresentados, bem como os votos proferidos.

## **2.1 Essencialidade da análise jurisprudencial e critérios de escolha**

O estudo de julgados de Cortes Superiores – as quais possuem elevado grau de ascendência sobre todas as decisões tomadas em instâncias inferiores da justiça brasileira – se tornou essencial e indispensável para a boa prática do Direito.

Historicamente, desde o Brasil Império, sempre houve a pretensão de atribuir maior valor às decisões judiciais, de maneira a estabilizar os entendimentos por todo o território brasileiro. Em certo momento, cogitou-se atribuir ao Judiciário o poder de realizar a interpretação autêntica das leis, o que, contudo, fora rejeitado, vez que tal papel competiria exclusivamente ao Legislativo. De todo modo, não é atual a concepção de fortalecer e unificar os entendimentos jurídicos no Brasil<sup>78</sup>. É a partir destes julgamentos que os aplicadores do Direito compreendem a forma pela qual determinado Tribunal interpreta e aplica uma norma específica nos casos concretos que envolvem as demandas dos cidadãos, conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados.

Em verdade, é possível dizer que uma lei só estará efetivamente completa em seu ciclo quando tiver sido aprovada no Parlamento, sancionada pelo Executivo e validada pelo Judiciário. Não se olvida da presunção de constitucionalidade de uma norma enquanto estiver vigente. Contudo, até que sua constitucionalidade seja referendada

---

<sup>78</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 564.

pelas Cortes de Justiça, o último ciclo de sua plena validade permanece em aberto, pautando-se numa mera presunção.

Além disso, percebe-se que o Poder Legislativo, cada vez mais, tem abrandado a taxatividade das normas, talvez com o objetivo de torná-las menos engessadas e, com isso, mais adequadas à contemporaneidade, em que as relações sociais evoluem em velocidade inimaginável aos cidadãos dos Séculos XIX e XX, por exemplo. Essa opção por conceitos abertos e por cláusulas gerais também reforça a atuação das Cortes de Justiça, a quem, em última análise, caberá a identificação e aplicação concreta destes conceitos abertos<sup>79</sup>.

Essa análise jurisprudencial depende, no entanto, de critérios metodológicos bem definidos para garantir a precisão e confiabilidade dos resultados obtidos, sem que se desvirtue o teor de determinado julgamento, tampouco se dobre o entendimento exposto na decisão, a fim de atestar a validade de um determinado argumento da parte interessada.

Nesse contexto, um exame sério de julgados proferidos pelas Cortes Superiores passa, necessariamente, pela escolha criteriosa do caso paradigma. Não se mostra adequado, por exemplo, escolher julgados a esmo, apenas visando reforçar ou refutar uma tese previamente elaborada<sup>80</sup>. Pelo contrário, a escolha de uma decisão para fins de estudo aprofundado deve seguir critérios mínimos, como a força vinculante do julgado, o seu alcance, a sua relevância na sociedade, a sua aderência ao objeto do estudo, entre outros.

No presente trabalho, optou-se pela análise do acórdão proferido no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, vez que se trata de manifestação da mais alta Corte deste país, numa ação de controle de constitucionalidade de natureza concentrada e que trouxe novas balizas dentro de um tema sensível aos estudiosos do Direito Penal, qual seja, a interpretação de conceitos incriminadores, tornando típicas

---

<sup>79</sup> DANTAS, Bruno. (In)Consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos Tribunais no Código de Processo Civil brasileiro. *In: Revista de Processo*, vol. 262/2016, p. 323-344, Dez/2016.

<sup>80</sup> PALMA, Juliana Bonarcorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? *In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). Metodologia da pesquisa em direito: Técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 101.



condutas que, até então, não o eram<sup>81</sup>. No mais, além de se mostrar um importante marco na compreensão dos crimes de racismo, a decisão escolhida neste estudo aparenta ter íntima relação com o tema desta dissertação: o exame do Direito Penal Simbólico, enfrentado no primeiro capítulo deste trabalho.

Além disso, em termos constitucionais, a decisão exarada marcou um ponto de inflexão no entendimento dos limites de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, passando a adotar uma posição concretista, tal qual ocorre nos Mandados de Injunção, o que tende a incrementar a busca de interessados por tal instrumento processual, a fim de, numa ação de controle concentrado, obter a proteção jurídica contra eventuais omissões prejudiciais a seus interesses, sem necessariamente enfrentar o tortuoso caminho do processo legislativo<sup>82</sup>.

## **2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26: estudo de caso acerca da equiparação da homofobia ao racismo**

### **2.2.1 Aspectos iniciais**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 teve como Relator o Ministro Celso de Mello e como requerente o Partido Popular Socialista. Além disso, participaram como *Amicus Curiae* inúmeras entidades, tanto ligadas à causa da diversidade, quanto ligadas a igrejas e movimentos conservadores.

Nesse contexto, o Partido Popular Socialista, atual Cidadania, alegou perante o Supremo Tribunal Federal que o Congresso Nacional estaria sendo o agente responsável por frustrar o trâmite e apreciação de propostas legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e transfobia. A partir disso, inúmeros pedidos foram elaborados, dentre eles, os seguintes: a) reconhecimento da homofobia e da transfobia dentro do conceito ontológico-constitucional de racismo; b) declaração de mora

---

<sup>81</sup> RUTIS, Luiz Augusto. A rigidez normativa dos princípios penal em Robert Alexy. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 136/2017, Out/2017, p. 35-67.

<sup>82</sup> FRANCO, Ana Gabriela Carneiro; FERREIRA, Hugo Luís Pena; XAVIER, Bruno Gadelha. Faces da injunção: a retórica concretista frente à eficácia, aplicabilidade e lacunas do fenômeno constitucional. *In: Revista dos Tribunais*, v. 1051/2023, Mai/2023, p. 123-143.

inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia; c) fixação de prazo razoável para a aprovação de legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, com a sugestão do prazo de um ano para este fim; d) em caso de decurso do prazo, ou caso esse prazo seja desnecessário, tipificação, desde logo, pelo próprio Supremo Tribunal Federal das condutas de homofobia e transfobia como crimes específicos, “superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar”; e) inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia na Lei de Racismo, até que o Congresso Nacional edite lei específica para criminalizar tais condutas; f) responsabilização do Estado e dos parlamentares responsáveis pela inércia verificada<sup>83</sup>.

O Senado Federal, defendendo sua posição como órgão competente para legislar, pugnou pela improcedência da demanda como forma de garantir a legalidade penal, a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo. Indicou, ainda, inúmeros projetos de lei em trâmite acerca do tema<sup>84</sup>.

A Câmara dos Deputados apresentou manifestação no sentido de reafirmar a sua posição institucional, que em novembro de 2006 aprovou o Projeto de Lei nº 5.003/2001, o qual criminalizava condutas discriminatórias por razão de orientação sexual, mas que permanece em análise no Senado Federal<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 2 – Petição Inicial 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 94-98. Acesso em: 08 maio 2023.

<sup>84</sup> *Idem*. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 31 – Prestação de informações – Prestação de informações 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 08 maio 2023.

<sup>85</sup> *Idem*. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 32 – Petição – 54056/2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 08 maio 2023.

A Advocacia-Geral da União se manifestou pela improcedência da demanda, alegando, em resumo, que não cabe ao Judiciário estipular prazo de cumprimento obrigatório, tampouco suprir por ato próprio a suposta omissão do legislador<sup>86</sup>.

Ainda, ao longo do trâmite processual, foram admitidos na condição de “*amici curiae*” as seguintes entidades contrárias à procedência da demanda: a) Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida; b) Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM; e c) Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE.

Por outro lado, foram admitidos como “*amici curiae*” as seguintes entidades favoráveis à procedência do pedido: a) Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; b) Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU; c) Conselho Federal de Psicologia; d) Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA; e) Defensoria Pública do Distrito Federal; f) Grupo Gay da Bahia – GGB; g) Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transsexuais – ABGLT; e g) Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS.

Por fim, a Procuradoria-Geral da República se manifestou pela procedência do pedido, para definir, desde logo, que práticas homofóbicas e transfóbicas já se encontram definidas no conceito de raça e, caso não seja esse o entendimento, que se fixe prazo para o Legislativo sanar a omissão, pois o mero trâmite de projetos de lei não afasta a mora<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 111 – Petição de apresentação de manifestação (75835/2018) – Petição de apresentação de manifestação. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 08 maio 2023.

<sup>87</sup> *Idem*. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 61 – Manifestação da PGR – Peça recebida pelo webservice Integradorws. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 08 maio 2023.

## 2.2.2 Os votos dos Ministros

Neste tópico, realizar-se-á uma análise resumida dos votos apresentados pelos Ministros nas sessões de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26<sup>88</sup>.

### 2.2.2.1 Voto do Ministro Relator Celso de Mello

Inaugurando o exame dos votos proferidos na histórica sessão de julgamento, que se estendeu por três dias, é interessante notar que o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello possui um tópico preliminar e específico para a sua defesa pessoal em relação aos ataques que receberá pela decisão a ser tornada pública. Tal atitude demonstra, desde logo, a preocupação da Corte com a repercussão do julgamento e, por consequência, a ampla influência da pressão social existente àquela época no resultado que se aproximava.

Na sequência, o Relator inicia seu voto enunciando que o Congresso age com preconceituosa indiferença em relação à comunidade LGBTQI+, permitindo, por sua inércia, a sujeição de homossexuais e demais integrantes desse grupo vulnerável a graves ofensas físicas e morais.

Segue explicando a origem e composição da sigla LGBTQI+ e suas variações, de modo a abarcar todo e qualquer indivíduo que nela se sinta representado por sua orientação sexual ou identidade de gênero, sendo um grupo caracterizado pela diversidade.

Após passar pelos conceitos de sexo biológico, gênero e sexualidade, o Relator expõe que os integrantes da comunidade LGBTQI+ acham-se expostos por ausência de adequada proteção estatal e segue, neste tópico, trazendo conceitos e expondo a realidade vivenciada pela citada comunidade.

---

<sup>88</sup> A íntegra dos votos apresentados pode ser encontrada no item “156 – Inteiro teor do acórdão”. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 08 maio 2023.

Passado o trecho introdutório e adentrando, agora, na seara decisória, o Ministro Celso de Mello entendeu ser inviável o pedido de responsabilização do Estado, pois em ações de natureza abstrata não se permite a discussão de tópicos individuais, que dependem de uma ação específica para se verificar e comprovar eventual conduta ilícita.

Partindo, então, para a análise do pedido de tipificação do delito de homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal, o Relator definiu não ser possível dar provimento a esta demanda, seja pela garantia constitucional da reserva legal em termos penais, seja pelo respeito à separação dos poderes.

Na sequência, o Ministro faz uma digressão histórica sobre as dificuldades e afrontas sofridas por pessoas que não se encaixam no conceito de heterossexualidade, para, em seguida, tratar dos mais recentes – àquele tempo – casos concretos de violência contra a comunidade LGBTQI+ e, então, adentrar no tema da omissão inconstitucional. Aqui inicia-se, de fato, a decisão em análise.

O Relator relembra que a Constituição Federal possui alguns mandados de criminalização, como aquele contido no artigo 5º, inciso XLI<sup>89</sup>. Nesse contexto, a omissão do Legislativo em proteger a comunidade LGBTQI+ configura, no entender de Celso de Mello, um manifesto inadimplemento da obrigação jurídica imposta pelo constituinte de maneira impositiva, sendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão um instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas em sua eficácia pela inaceitável omissão do Poder Público. Nas palavras do Ministro:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção e princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 9. Acesso em: 08 maio 2023.

Assim, de acordo com a concepção do Relator, passados mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição da República sem que o Congresso tenha elaborado uma Lei que puna a discriminação decorrente da orientação sexual ou da identidade de gênero das pessoas, tal omissão precisa ser superada.

O Relator segue, ainda, dizendo que meras propostas legislativas não bastam para afastar a omissão e que congressistas manobram para retardar o trâmite de projetos que tratem sobre o tema. Cita, por exemplo, a inclusão do Projeto da Câmara nº 122/2006, o qual fora aprovado naquela Casa Legislativa, no projeto de novo Código Penal como uma manobra para retardar o seu trâmite.

Afirma, no mais, que a omissão verificada neste caso tem maior gravidade político-jurídica, pois a inércia o Poder Público desrespeita a Constituição e ofende direitos nela previstos. Trata-se, segundo o Ministro, de um desprezo à Constituição da República. Ao final dessa exposição o Relator conclui que há inegável situação de inércia estatal inteiramente imputável ao Congresso Nacional, que gera lesões ao texto da Carta Magna.

Na sequência, passou a analisar as soluções possíveis para a questão verificada. Reconheceu que o artigo 103, §2º, da Constituição da República trata da mera declaração da mora legislativa, mas que isso não basta, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nesses casos, superar a omissão e permitir o exercício do direito previsto em norma constitucional de eficácia limitada. Afirma que essa foi a posição adotada no direito de greve de servidores públicos.

Diante disso, outra solução não encontrou o Relator, senão enquadrar imediatamente as práticas de homofobia e transfobia no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/1989, mediante a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. O Ministro afirma, para tanto, que não há uma raça distinta da outra, mas sim a raça humana, citando o julgamento do caso Ellwanger, no qual se decidiu que a noção de racismo, para fins da configuração típica, não se resume a um conceito biológico, mas abrange também conceitos culturais e sociológicos. Assim, entende que o processo de interpretação de uma lei não se confunde com o processo de produção normativa, o que justificaria a atuação da Corte Suprema.

Nesse cenário, o Relator Celso de Mello novamente se preocupa em afirmar que não está criando analogia em prejuízo dos acusados, tampouco estabelecendo sanções

penais, mas apenas interpretando um dispositivo já existente e fazendo a subsunção de condutas homotransfóbicas aos preceitos da Lei nº 7.716/1989, na forma de racismo social.

O voto segue mencionando o Relatório da Resolução nº 17/19, da Organização das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em que se evidencia um padrão de violência em razão da orientação sexual ou identidade de gênero das pessoas<sup>91</sup>. Por conta disso, o Relator entende que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 tem especial importância na consolidação e ampliação de direitos fundamentais, sendo inaceitáveis estatutos que fomentem a intolerância e desigualem pessoas em razão da orientação sexual.

No item seguinte, o relator destaca a compatibilidade entre o julgamento e a liberdade religiosa, pois esta não abarca discursos de estímulo à intolerância e ao ódio e, se for o caso, tal manifestação não merecerá proteção constitucional, pois revestida de ilicitude penal, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Passando ao item 16 de análise do voto, o Relator trata sobre o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias. Afirma que, embora essencial ao processo decisório das instâncias governamentais, o princípio majoritário não pode legitimar a supressão, frustração ou aniquilação de direitos fundamentais.

Então, ao final, expõe a respeito do direito à busca da felicidade e do papel de guardião da Constituição exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Neste ponto de seu voto, o Relator define que nenhum dos Poderes da República pode submeter a Lei Maior a manipulações hermenêuticas, ou avaliações discricionárias.

Enfim, Celso de Mello define o resumo do seu voto em tópicos e, dando interpretação conforme à Constituição, enquadra a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/1989.

---

<sup>91</sup> Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/705378>. Acesso em 08 maio 2023.

### *2.2.2.2 Voto do Ministro Edson Fachin*

Em seguida, apresentou seu voto o Ministro Edson Fachin, que, na condição de Relator do Mandado de Injunção nº 4733 – julgado em conjunto com a Ação Direta por envolver basicamente o mesmo tema –, acompanhou o Ministro Celso de Mello, tanto nas questões preliminares, quanto no mérito.

O Ministro inicia seu voto reconhecendo a existência de um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, constante no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República, o qual não havia se concretizado até aquele momento por inércia do Congresso Nacional. Em razão disso, compete ao Supremo Tribunal Federal colmatar essa omissão pela via da interpretação conforme da legislação já existente para o combate à discriminação.

O Ministro Edson Fachin segue seu voto trazendo algumas definições acerca da orientação sexual, da igualdade e da liberdade individual, inclusive a partir de precedentes de Cortes Internacionais. Nesse contexto, conclui, inicialmente, que a discriminação homo e transfóbica, por atentar contra a igual dignidade dos cidadãos, é incompatível com o Estado de Direito e impõe a punição da lei.

Ainda, o Ministro afirma que precedentes da Suprema Corte brasileira permitem afirmar que a proteção de direitos fundamentais pode motivar, também, a criação de tipos penais próprios. A partir de uma leitura do princípio da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção insuficiente, o Ministro reconhece que o Supremo tem entendido como adequada a utilização do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados na Constituição da República.

Cotejando o teor do artigo 5º inciso XLI, em conjunto com o artigo 5º, §2º, ambos da Carta Magna<sup>92</sup>, e com o artigo 4º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de

---

<sup>92</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.



todas as Formas de Discriminação Racial<sup>93</sup>, o Ministro inicialmente reconhece que a Convenção nada menciona acerca da discriminação por orientação sexual. Contudo, expõe que o Comitê de Direitos Humanos, examinando relatório de revisão enviado pela Polônia, definiu que os ataques em razão da orientação sexual deveriam ser cuidadosamente investigados pelos Estados signatários, inclusive com a reforma dos respectivos Código Penais para inserir o correspondente delito nos ordenamentos jurídicos de cada qual.

A partir disso, Edson Fachin conclui, em definitivo, que a Constituição da República Federativa do Brasil possui um mandato expresso de criminalização de todas as formas de discriminação, incluindo, a de orientação sexual e de identidade de gênero. O Ministro reconhece algumas iniciativas legislativas que buscaram concretizar o teor do artigo 5º, inciso XLI. Nada obstante, assevera que as Leis promulgadas não abarcaram a tipificação de discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais ligadas ao sexo e à orientação sexual.

Admitindo que, nestes casos, tradicionalmente cabe ao Judiciário apenas declarar a mora do Poder Legislativo, o Ministro também admite que a Suprema Corte já superou esse entendimento, notadamente quando a omissão legislativa possa se converter em omissão jurisdicional, utilizando como exemplo concreto disso a regulamentação do direito de greve do servidor público pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, cotejando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o Ministro defende que a pessoa é um fim em si mesma e nunca um instrumento, sendo a

---

<sup>93</sup> Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar à discriminação racial e que a encorajar e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades; c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial (sic).

sua sexualidade uma dimensão inerente à própria dignidade. É por isso que, em seu entender, a eliminação da omissão legislativa constitui imposição de coerência normativa.

Nesse diapasão, ainda que reconheça certa especificidade da superação da omissão pelo Judiciário em matéria penal, o Ministro entende que a mera declaração da mora não basta, de modo que, ao final, seu voto foi no sentido de reconhecer a omissão inconstitucional e, desde logo, aplicar a Lei nº 7.716/1989, 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”<sup>94</sup>.

### *2.2.2.3 Voto do Ministro Alexandre de Moraes*

Seguindo na análise dos votos, o próximo a proferir suas razões foi o Ministro Alexandre de Moraes, o qual iniciou a exposição parabenizando os votos anteriores, notadamente o do Relator, Ministro Celso de Mello.

Passando ao mérito da decisão, o Ministro Alexandre de Moraes enfrenta as possibilidades de colmatação da mora legislativa. Afirma que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa enfrentar a falta de regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, mas também depende da existência de uma relação conflituosa entre a Carta Magna e a atuação do Poder Público, seja o Legislativo ou o Executivo.

Feita essa análise, o Ministro repassa os pedidos elaborados da peça inicial, retomando a questão que envolve a expressa indicação de que se supere a exigência de legalidade estrita parlamentar, em caso de manutenção da omissão pelo Poder Legislativo, de modo a que o próprio Supremo Tribunal Federal tipifique as condutas criminosas em debate.

---

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 216. Acesso em: 24 julho 2023.

O voto prossegue afirmando que existe uma norma de eficácia limitada a ser suprida neste caso, qual seja, o artigo 5º, inciso XLI, bem como reconhece que a comunidade LGBTQI+ sofre discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, sendo justamente este o teor do mandado de criminalização constitucional.

Partindo, então, para a análise da omissão Legislativa, o Ministro inicia apontando argumentos que indicam a existência de omissão relevante e argumentos que destacam que a legislação vigente já basta para incriminar tais discriminações, assim como que a Constituição da República não impõe a obrigação de se criminalizar condutas específicas de homotransfobia. Nesse cotejo, Alexandre de Moraes conclui que é flagrante é “insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica”<sup>95</sup>. Justamente em razão desta insuficiência protetiva é que o Ministro entende ser necessária a efetivação da proteção constitucional definida no artigo 5º, inciso XLI, da Carta Magna, reforçando tal visão a partir de inúmeros Tratados e Pareceres internacionais sobre a temática da proteção legal de homossexuais e transexuais.

Agora, discutindo acerca da forma pela qual se deve dar efetividade ao preceito constitucional, Alexandre de Moraes cita exemplos de outros grupos protegidos pela Carta da República que tiveram as respectivas leis penais editadas pelo Congresso, como, por exemplo, a própria Lei de Racismo para as discriminações decorrentes de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Maria da Penha, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros. Isto é, no decorrer dos mais de trinta anos de vigência da Constituição da República, o Ministro cita que é um padrão do Congresso Nacional a edição de normas penais para tutelar os grupos tradicionalmente vulneráveis. A partir disso, o Ministro conclui pela existência de clara omissão inconstitucional e passa a se debruçar sobre as maneiras de colmatação desta mora legislativa.

---

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 243. Acesso em: 25 julho 2023.

Nessa esfera, Alexandre de Moraes inicia tratando sobre a responsabilidade do Congresso Nacional em se manter coeso aos termos constitucionais, atuando nos moldes impostos pelo Poder Constituinte, de modo a evitar que suas ações ou omissões entrem em choque com o Texto Maior.

Partindo do pressuposto que a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal busca justamente a defesa dos valores constitucionais básicos, notadamente os direitos e garantias fundamentais, de maneira igualitária, mas atentando-se à necessidade de observância do texto expresso da Constituição acerca das limitações impostas à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Ministro reconhece a existência de omissão inconstitucional, mas refuta a tipificação penal pelo próprio Supremo Tribunal Federal. O Ministro, então, passa a explicar os motivos desta refutação, indicando, em especial, a limitação imposta pelo princípio da legalidade penal, o qual é tradicionalmente observado nos Estados de Direito, em que não há espaço para a criminalização de novas condutas a partir do exercício jurisdicional.

Por outro lado, aponta ser viável a colmatação desta omissão inconstitucional apoiando-se no legítimo exercício hermenêutico que compete à Suprema Corte. Diante disso, afirma que os dispositivos da Lei nº 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República e os seus objetivos fundamentais. Nesse contexto, o Ministro define que não há qualquer diferença valorativa constitucional entre a discriminação decorrente de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero.

A partir desse raciocínio, Alexandre de Moraes conclui:

Na presente hipótese, conseqüentemente, está presente o necessário “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal. Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade

de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (condutas homofóbicas e transfóbicas)<sup>96</sup>.

Ainda, assim como feito pelo Relator Celso de Mello, Alexandre de Moraes busca demonstrar a compatibilidade de sua decisão com a liberdade religiosa, vez que a sua decisão afasta apenas os discursos de ódio, o que, por evidente, não está abarcado pela liberdade de professar a sua fé.

Por todas essas razões, o Ministro finaliza o seu voto no sentido de conceder interpretação conforme à Constituição à Lei nº 7.716/1989 para que se aplique integralmente os seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que se edite lei específica pelo Congresso Nacional.

#### *2.2.2.4 Voto do Ministro Roberto Barroso*

Passando ao estudo do voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso, a exposição meritória tem início com a conceituação de homofobia e transfobia, como sendo emoções ruins relativas aos membros da comunidade LGBTQI+. Em outras palavras, trata-se, segundo o Ministro, de violência física ou psicológica contra uma pessoa em função da sua orientação sexual ou da sua identidade de gênero, respectivamente.

Assim como feito pelo Ministro Relator, Roberto Barroso também se debruça sobre os dados de violência contra o grupo LGBTQI+, apontando casos específicos em que se verificou notável brutalidade dirigida aos membros dessa comunidade. Fundado nisso, o Ministro reconhece a existência de inúmeras proposições legislativas que visavam a criminalização das condutas homotransfóbicas, mas que pelos mais diversos motivos, não foram em frente no trâmite congressional, fato que coloca o Brasil fora de um grupo amplo de países relevantes que criminalizam tais atos de ódio.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 265 e 266. Acesso em: 26 julho 2023.

Seguindo na análise teórica, Barroso defende que “a lei é um ato de vontade; a jurisdição é um ato de razão”<sup>97</sup>. Nesse cenário, expõe que a fronteira entre legislar e interpretar nem sempre é clara, porém quando há uma omissão do Legislativo frente a mandamento constitucional, cabe ao Judiciário “fazer valer a Constituição”<sup>98</sup>, em defesa dos direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade da maioria política.

O Ministro ainda recorda de suas palavras na tribuna do Supremo Tribunal Federal, na condição de advogado, defendendo a legalidade da união estável homoafetiva, em nota histórica. E, finalizando a introdução do seu voto, assim como os demais ministros votantes, Roberto Barroso elucida acerca da compatibilidade de sua decisão com a liberdade religiosa, vez que o discurso que condene a homossexualidade, definindo-a como contrária a textos religiosos, não constitui crime, mas apenas a sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTQI+.

Na sequência, o Ministro passa a discutir a solução da questão constitucional proposta. Para tanto, Roberto Barroso elenca três fatores principais para a necessária proteção à integridade física e psíquica desta comunidade, quais sejam: i) a existência de sistemática violência contra a minoria em debate; ii) a criminalização dos outros tipos de discriminação contra grupos minoritários; iii) a insuficiência de punições administrativas no âmbito de alguns estados federados para casos de discriminação contra os LGBTQI+, vez que tais medidas não tiveram o condão de diminuir a incidências de violações aos direitos desta população. Em função disso, o Ministro defende que deixar de criminalizar tais condutas ofenderia o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de proibição da proteção deficiente.

Houve, no mais, a citação do célebre caso Ellwanger para indicar que, no passado, o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre o alcance do conceito de racismo, definindo que, na verdade, o que se pretende combater são todas as formas de

---

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 285. Acesso em: 26 julho 2023.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 286. Acesso em: 26 julho 2023.

segregação, inferiorização e, até mesmo, eliminação de pessoas tidas pelos criminosos como inferiores.

Dessa forma, acompanhando o Relator, o Ministro Roberto Barroso encaminhou seu voto no sentido de atribuir interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça, para nele enquadrar a homofobia e a transfobia, até que sobrevenha lei específica editada pelo Congresso Nacional sobre o tema, estendendo tal interpretação ao Código Penal para definir como motivo fútil ou torpe a prática de crime em decorrência da intolerância ou preconceito decorrente da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima.

#### *2.2.2.5 Votos sobre a eventual prejudicialidade*

Passados os votos acima descritos, foi informado no Plenário da Suprema Corte que o Senado Federal enviou requerimento para que se reconhecesse a prejudicialidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, porquanto estaria em tramitação naquela Casa o Projeto de Lei nº 860, de fevereiro de 2019, de autoria do Senador Alessandro Vieira. Além do citado Projeto de Lei, também foi noticiado pelo Senado Federal a existência do Projeto de Lei nº 672/2019, de autoria do Senador Weverton Rocha, e o Projeto de Lei nº 191/2017, de autoria do Senador Jorge Viana, ambos aprovados em caráter terminativo pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado em 22 de maio de 2019, portanto, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Diante dessa informação, o Ministro Marco Aurélio se manifestou pela suspensão da apreciação meritória, enquanto o Ministro Relator manteve a posição pela necessidade de finalização do julgamento naquele momento, independentemente da ação do Senado Federal. Em razão da divergência instaurada, o Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, optou por colher os votos do Plenário acerca de eventual prejudicialidade.

O primeiro a se manifestar foi o Relator Celso de Mello, o qual entendeu que a mera proposição legislativa em trâmite não basta para afastar a inércia do Poder Legislativo, notadamente quando a Constituição da República vem sendo desrespeitada

há mais de trinta anos. Citou, nesse sentido, dezessete projetos de lei existentes, sem que se tenha chegado à efetiva regulamentação do disposto no artigo 5º, inciso XLI, da Carta Magna.

Citando o precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682/MT, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Celso de Mello afirmou que a mora legislativa pode se verificar tanto pela inércia em instaurar o processo legislativo, quanto no estágio mais avançado de deliberação acerca de proposições já veiculadas, desde que verificada a abusiva e inconstitucional inércia do Legislativo pela superação excessiva de prazo razoável.

Assim, considerando que a mera proposição legislativa não supera a omissão do Poder legiferante, o Ministro Relator entendeu não haver qualquer circunstância que imponha a prejudicialidade, devendo a questão ter regular prosseguimento.

Acompanharam o voto do Relator acerca da questão prejudicial os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux, a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Abrindo divergência, o Ministro Marco Aurélio expôs que a Corte conta com mais de mil processos aguardando data para julgamento. Além disso, afirmou que, àquele tempo, quatro votos já haviam sido proferidos para reconhecer o ato omissivo do Congresso Nacional e, mais, para “mediante pronunciamento judicante, criar tipo penal”<sup>99</sup>. A partir disso, buscando certa deferência para com os demais Poderes, o Ministro reconheceu que o voto do Relator movimentou o Congresso Nacional, dando vida e curso a Projetos de Lei. Nesse contexto, até como forma de evitar a criação de um tipo penal, ainda que provisório, mediante pronunciamento judicial, o Ministro entendeu ser prudente aguardar o desenvolvimento dos trabalhos legislativos. Acompanhou a divergência o Ministro Dias Toffoli.

Assim, por oito votos a dois – não foi colhido o voto da Ministra Rosa Weber acerca da prejudicialidade –, o Plenário decidiu pelo imediato prosseguimento do julgamento, ante a inexistência de qualquer circunstância prejudicial à decisão de mérito.

---

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 362. Acesso em: 27 julho 2023.



### 2.2.2.6 Voto da Ministra Rosa Weber

Superada a questão prejudicial e definido o prosseguimento do julgamento independentemente da atuação do Congresso Nacional, proferiu seu voto a Ministra Rosa Weber. *Ab initio*, a Ministra rememorou os casos de violência sofridos por célebres membros da comunidade LGBTQI+, citando nominalmente Oscar Wilde, condenado a trabalhos forçados por dois anos, além do renomado compositor russo Tchaikovsky, que teve uma morte misteriosa após a revelação de um caso amoroso com outro homem, de modo que teria preferido o suicídio a um julgamento público humilhante<sup>100</sup>.

Passando à leitura resumida do seu voto propriamente dito, Rosa Weber afirma que a discussão apresentada passa pela análise da viabilidade de, mediante pronunciamento judicial, afirmar como direito objetivo a tipificação específica de determinadas condutas homofóbicas ou transfóbicas. Nesse contexto, reconhece que a Constituição da República possui um evidente comando em seu texto ao impor que “a lei punirá” atos discriminatórios que atentem contra direitos e liberdades fundamentais. Assim ante a inércia legislativa, por mais de três décadas, em regulamentar o artigo 5º, inciso XLI da Carta Magna, aberta está a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar para colmatar o vazio legal que impede a efetivação da norma constitucional.

Enfrentando a suposta superação do princípio da legalidade, a Ministra Rosa Weber enuncia que é inviável a sua ocorrência, de modo que a produção da norma penal, conforme requerido em um dos pedidos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é inviável. Por outro lado, citando o precedente do caso Ellwanger, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, a Ministra entendeu ser adequada a “efetiva ampliação conceitual do conceito jurídico-constitucional de racismo”<sup>101</sup>, a fim de abarcar na sua interpretação não apenas aspectos biológicos, mas também sociológicos, antropológicos, históricos, culturais, entre outros.

---

<sup>100</sup> Conjecturas sobre a morte de Tchaikovsky disponíveis em: [https://www.bbc.co.uk/radio3/classical/tchaikovsky/atoz/tchaik\\_d\\_death.shtml](https://www.bbc.co.uk/radio3/classical/tchaikovsky/atoz/tchaik_d_death.shtml). Acesso em 01 agosto 2023.

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 370. Acesso em: 01 agosto 2023.

Diante dessa interpretação mais extensa do conceito de raça, a Ministra Rosa Weber compreendeu ser viável a inserção das discriminações por homotransfobia dentro do crime de racismo, até como forma de evitar uma proteção constitucional deficiente e garantir a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais.

#### *2.2.2.7 Voto do Ministro Luiz Fux*

Na sequência, fez uso da palavra o Ministro Luiz Fux, que também optou pela leitura de uma versão resumida do seu voto. Inicialmente, o Ministro distinguiu crimes comuns cometidos contra integrantes da comunidade LGBTQI+ por acaso, dos crimes praticados por motivação homofóbica, em que a razão exclusiva do crime é a discriminação em virtude da orientação sexual da vítima.

Ainda, Luiz Fux retrata os números da violência contra homossexuais e transexuais ao citar que, de acordo com um relatório do Ministério dos Direitos Humanos publicado em 2018, no ano de 2016 foram verificadas 2.964 violações a direitos humanos contra indivíduos, meramente por sua orientação sexual ou identidade de gênero<sup>102</sup>.

Tratando sobre a inércia legislativa, o Ministro defendeu que as meras proposições legislativas não bastam, vez que não se pode ter certeza acerca da sua aprovação, de maneira que a homofobia persistirá e, em razão disso, é que se impõe a judicialização da matéria, com a decisão final tendo origem no Poder Judiciário. O Ministro reconhece que num Estado Democrático de Direito a instância hegemônica é o Parlamento. Contudo, ao permanecer inerte, impõe-se a atuação da jurisdição constitucional.

No mais, discutindo acerca do princípio da legalidade, Luiz Fux retoma o argumento do Relator, no sentido de que não se está criando nova figura penal, mas apenas interpretando a legislação que define o racismo à luz da homofobia, à exemplo do que já ocorrido no *Habeas Corpus* nº 82.424 – Caso Ellwanger.

O membro da Suprema Corte indica, ademais, que juízes não são eleitos e, portanto, estão alheios às pressões políticas. Com isso, diferentemente dos ocupantes

---

<sup>102</sup> MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Secretaria Nacional de Cidadania. **Violência LGBTfóbicas no Brasil:** dados da violência. Disponível em: [https://prceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/MDH\\_violencia\\_2018.pdf](https://prceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/MDH_violencia_2018.pdf). Acesso em: 01 agosto 2023.

de cargos eletivos, os juízes têm o dever de atuar contramajoritariamente, em especial na proteção de minorias que possuam uma defesa deficiente.

A apresentação do voto segue com uma discussão sociológica e, com base nos pensamentos de Axel Honneth, Luiz Fux exprime que a criminalização de condutas altera a cultura do povo, além de aumentar a autoestima da população agredida, que passa a ter o sentimento de pertencimento à sociedade, de inclusão.

Assim, o Ministro finaliza a exposição do seu voto, acompanhando o Relator Celso de Mello para definir que os atos de homofobia e transfobia estão abarcados no conceito de racismo, afirmando, porém, a necessidade de que se crie uma previsão expressa na lei para tais atos, afim de que a especificação reforce a proteção normativa deste grupo estigmatizado.

Como lembrado no transcorrer da sua decisão, o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux marcou o sexto voto favorável à procedência da ação, de modo que o resultado, a partir deste momento, já era conhecido.

#### *2.2.2.8 Voto da Ministra Cármen Lúcia*

Com o resultado da ação já definido, tomou a palavra para proferir o seu voto a Ministra Carmen Lúcia. Inicialmente, ocupou-se de enfrentar o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, concluindo que a mera existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional não obsta o pleito de controle da omissão legislativa.

Citando o voto apresentado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do Recurso Extraordinário nº 670.422, Cármen Lúcia retomou a discussão acerca dos elevados índices de criminalidade contra homossexuais e transexuais no Brasil, apontando que este país é o recordista de mortes de pessoas trans no mundo.

Abordando o tópico da defesa de minorias a partir de legislações penais, a Ministra cita os exemplos da Lei Maria da Penha, notadamente em relação ao artigo que exclui os casos de violência doméstica da Lei nº 9.099/1995. Cita também o exemplo da criação feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio e aponta para o caso dos homossexuais e transexuais como nova fronteira a ser superada na proteção de minorias.

A Ministra segue sua exposição demonstrando que a Constituição da República possui normas tendentes a assegurar a tutela penal de direitos nela consagrados, a partir dos denominados “mandados de criminalização”.

De mais a mais, Cármen Lúcia evidencia em seu voto que as condutas homotransfóbicas são estranhas ao conceito de racismo, contudo, precedente do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de alargar a interpretação do conceito de racismo, para superar a ideia de que tal crime só tenha vez quando se discutem questões de cor da pele. Para tanto, cita o célebre caso Ellwanger, julgado no bojo do *Habeas Corpus* nº 82.424, quando se definiu que ataques a judeus poderiam se enquadrar no conceito de racismo, em sua vertente político-social, abarcando questões culturais e grupos étnicos, como os judeus.

Tomando este julgamento como premissa, a Ministra indica que os mesmos elementos configuradores do racismo permitem a prática dos crimes de ódio suportados pelos homossexuais e transexuais, sendo esta uma categoria que sofre divisão, humilhação e violência históricas, fatores que impõem a subsunção da homotransfobia ao gênero racismo.

Examinando o ponto relativo à proteção constitucional deficiente, Cármen Lúcia corrobora o entendimento exposto pelos Ministros que a antecederam, no sentido de que o quadro de violência generalizada contra este grupo torna imprescindível a atuação estatal para impedir, dificultar ou estagnar estes ataques. A manutenção da omissão inconstitucional neste caso, segundo a Ministra, seria mais do que tolerar a práticas destes crimes, mas fomentá-los. Isso porque não se pode conceber como aceitável a ideia de que a legislação penal ordinária seria suficiente, já que essas pessoas são violentadas apenas por serem quem são e não por qualquer outro motivo.

Assim, afastando a omissão inconstitucional, a Ministra Cármen Lúcia seguiu o voto do Relator, para adequar as práticas homotransfóbicas à tipificação prevista na Lei nº 7.716/1989, até que se edite lei específica para este fim.

### 2.2.2.9 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Abrindo divergência quanto ao entendimento de que as práticas homotransfóbicas estariam abarcadas no conceito de racismo, o Ministro Ricardo Lewandowski iniciou seu voto reafirmando a importância do reconhecimento dos mais diferentes grupos como forma de garantir a igualdade e, com isso, a autoestima, a autoconfiança e, em última análise, a felicidade de pessoas historicamente excluídas do convívio social.

Nesse contexto, reconhecendo a exclusão de indivíduos homossexuais e transexuais, o Ministro afirma que a criminalização de condutas discriminatórias, muito além de ser um passo importante, é um passo obrigatório, nos termos do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República.

Ao citar o autor Ran Hirschl, Ricardo Lewandowski reconhece a dificuldade da atuação de detentores de cargos eletivos, pois o julgamento por seus eleitores a partir de suas ações é muito mais intenso do que o julgamento por suas omissões. Assim, a judicialização de determinados temas se revela uma estratégia menos custosa para se alcançar determinados objetivos.

O Ministro, contudo, identifica que esses grupos são marginalizados e violentados todos os dias, sendo urgente a inversão dessa lógica. Em suas palavras:

Faço esse relato para realçar como a engrenagem jurídica tem se mostrado instrumental na construção de dinâmicas opressoras de grupos sistematicamente privados de direitos, bem como para ressaltar a urgência de se inverter diametralmente essa tendência. Para tanto, punir criminalmente a homofobia e a transfobia é simbólico, e é, segundo penso, apenas um primeiro passo. Reconheço que a lei pode muito, mas não pode tudo. Estamos aqui a tratar da necessidade de mudanças culturais complexas, que, acaso vinguem, serão incorporadas ao repertório jurídico e policial paulatinamente. Essa reflexão, porém, não diminui a importância de que esse primeiro passo seja dado<sup>103</sup>.

Nesse caminho, Ricardo Lewandowski aponta que a violência contra homossexuais e transexuais não é uma exclusividade brasileira e que, justamente por também enfrentar esse problema, outros países já editaram suas normas penais

---

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 507 e 508. Acesso em: 02 agosto 2023.

respectivas, tendo o claro objetivo de gerar uma mudança cultural, vez que tais grupos passam a ser legalmente protegidos.

Muito embora, como visto, o Ministro admita a grave situação vivenciada por esses grupos minoritários, seu voto, ao final, seguiu um caminho de autocontenção, reconhecendo que, por mais nefasto e repugnante que seja o cenário, não cabe ao Judiciário ir além do reconhecimento da mora legislativa, sendo inviável adotar precedentes concretistas, como o caso do direito de greve do servidor público<sup>104</sup>, em razão da sujeição de temas penais à reserva legal absoluta e à impossibilidade de interpretação extensiva.

Amparado nesta fundamentação, o Ministro Ricardo Lewandowski conclui seu voto no sentido de dar parcial provimento à demanda apenas para reconhecer a mora legislativa e dar ciência ao Congresso Nacional, para que adote as providências necessárias.

#### *2.2.2.10 Voto do Ministro Gilmar Mendes*

Tomou a palavra, então, o Ministro Gilmar Mendes, que inaugurou seu voto expressando que o ponto discutido nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é dos mais importantes, pois o que se busca averiguar é a verificação do cumprimento de um dever de proteção constitucional que visa tutelar garantias individuais cruciais para a ordem democrática.

O Ministro caracteriza a orientação sexual e a identidade de gênero como elementos essenciais da personalidade humana, como escopo da própria autodeterminação dos indivíduos. Cita, a partir daí, inúmeros princípios e garantias constitucionais relativas ao tema, como, por exemplo, o objetivo fundamental de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme consta do artigo 3º, incisos I e IV, da Constituição da República.

---

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 02 agosto 2023.

Feito este introito acerca da liberdade dos indivíduos em decidir acerca da sua sexualidade sem que sofram qualquer represália por isso, Gilmar Mendes se dedica a averiguação da mora legislativa. Nesse diapasão, externa que a não tipificação dos crimes de homofobia e transfobia, além de expor este grupo minoritário a situação de violência social, também demonstra a existência de um desvio em relação aos comandos constitucionais, o que abre espaço para a intervenção legítima do Poder Judiciário.

O Ministro concorda que não há uma indiferença absoluta do Congresso em relação ao tema, mas as tentativas de avanço possuem tramitação “errática e tumultuada”<sup>105</sup>, a exemplo do Projeto de Lei nº 5.000/2001, que já foi aprovado na Câmara e no Senado, porém, após manobras de congressistas contrários, foi anexado ao Projeto de Novo Código Penal Brasileiro, restando estagnado desde então.

Ainda neste tema da mora legislativa, Gilmar Mendes constata que o mero início do julgamento desta Ação Direta pelo Supremo Tribunal Federal já teve o condão de retirar o Congresso da absoluta inércia, porquanto inúmeras propostas legislativas foram desarquivadas para retomar a sua tramitação, como os Projetos de Lei nº 8032/2014, nº 336/2015 e nº 7292/2017.

Ao manifestar a importância da retomada do trâmite legislativo, o Ministro declara, porém, que a mera tramitação não modifica o estado da insuficiência de proteção, uma vez que é impossível prever o resultado da votação no âmbito do Congresso Nacional, em que pese seja nítido o diálogo institucional neste caso.

Consagrada, portanto, a mora legislativa, Gilmar Mendes se dedica a examinar o parâmetro de controle constitucional. Nesse contexto, a análise se debruça sobre o mandado constitucional de criminalização referente a todo e qualquer ato discriminatório que seja incompatível com os princípios da igualdade e da liberdade. O Ministro defende, ainda, que os direitos fundamentais não podem ser enfrentados apenas a partir da percepção da proibição de intervenção, mas também sob a ótica da proteção, sendo defeso qualquer ato ou omissão que configure proteção insuficiente. A maneira como se concretizará a proteção dos direitos fundamentais, no entanto, segundo o Ministro,

---

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 521. Acesso em: 03 agosto 2023.

competem aos órgãos estatais, sempre observando o princípio da proporcionalidade, inclusive para definir questões de deficiência da proteção criminalizante.

A partir disso, Gilmar Mendes afirma ser evidente a mora legislativa, a qual se verifica a partir da insuficiência da proteção constitucional que impõe a criminalização de atos discriminatórios que atentem contra a dignidade humana, seja pela raça estritamente, seja pelo desdobramento de posturas homofóbicas e transfóbicas.

Assim como os demais Ministros votantes, Gilmar Mendes se debruça sobre os números da violência contra o grupo LGBTQI+ no Brasil, concluindo que este grupo minoritário está amplamente exposto a atos discriminatórios e de ódio, que, sem a devida resposta penal, acabam sendo fomentados pela inércia.

Acerca especificamente do mandado de criminalização constante do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República, o Ministro atesta que se pretendeu dar concretude a ele com a edição da Lei nº 7.716/1989. Nada obstante, a legislação citada não foi suficiente para abarcar todas as formas de discriminação, em que pese tenha sido reformada ao longo do tempo para atingir outros grupos que não apenas os referentes à raça e cor de pele. Tomando de partida tais ideias, Gilmar Mendes assente com a conclusão de que raça não se limita ao conceito biológico estrito, mas abarca questões culturais, sociais e econômicas, assim como a orientação sexual ou a identidade de gênero do indivíduo.

Explicando sobre a aplicação da lei de racismo aos casos de homotransfobia, o Ministro afirma, *in verbis*:

Em breve síntese, o pensamento do possível prescreve que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente ampliativa, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível. Entendo que o mesmo raciocínio pode ser plenamente aplicado à presente discussão, de modo a se declarar possível que a norma endereçada à tipificação da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja utilizada, de forma mais ampla, para se criminalizar a homofobia e a transfobia<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 535. Acesso em: 03 agosto 2023.



Assim, já havendo lei que criminaliza atos discriminatórios, Gilmar Mendes entende como natural a sua utilização para o fim de cumprir integralmente o dever de proteção definido pelo artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República, englobando os casos de homotransfobia à Lei de Racismo.

Retomando o debate acerca do caráter concretizador e aditivo de sentenças proferidas em ações de controle de omissão legislativa, Gilmar Mendes reconhece que, em inúmeras outras oportunidades, a Corte adotou tal postura, de maneira a concretizar direitos previstos na Constituição, como, por exemplo, no caso do direito de greve dos servidores públicos. Essa atuação concretizadora tem arrimo, segundo o Ministro, não só na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas também na própria legislação, como ocorre com a Lei nº 13.300/2016, que regulamentou o Mandado de Injunção e aceitou como viável a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão neste instrumento de controle concreto de constitucionalidade.

Ao final, o Ministro defende a postura ativa do Judiciário – afastando-a do conceito de ativismo –, traçando bases históricas para tal postura e apontando as suas virtudes frente à hipertrofia dos demais poderes políticos, notadamente quando se constata a falha destes poderes na concretização de direitos fundamentais, em especial de grupos minoritários, sem acesso às decisões políticas.

Dessa maneira, Gilmar Mendes acolhe integralmente o voto do Relator e atribui interpretação conforme à Constituição aos tipos penais da Lei de Racismo para considerar como criminosa toda e qualquer forma de homofobia e transfobia.

#### *2.2.2.11 Voto do Ministro Marco Aurélio*

Inaugurando nova tese divergente, o Ministro Marco Aurélio abre seu voto manifestando ser inadmissível o cenário de violência e discriminação enfrentado pelo grupo dos homossexuais e transexuais. O Ministro rememora que, no transcorrer dos anos, o Supremo Tribunal Federal não se furtou de tomar decisões favoráveis a grupos minoritários, reconhecendo as mais diversas orientações sexuais e identidades de gênero e garantindo a concretização de proteção a estas minorias vulneráveis. Cita, nesse sentido, a união estável homoafetiva e a possibilidade de que transgêneros alterem

o seu nome diretamente no registro civil, independentemente de redesignação de sexo ou tratamentos hormonais ou patologizantes.

Examinando a eficácia da Constituição, o Ministro celebra a superação dos tempos em que a Constituição era meramente semântica. Isso porque, atualmente, a Constituição de 1988 definiu instrumentos aptos a definir efetividade ao seu texto, notadamente a partir do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A inoperância do texto constitucional está, portanto, no passado, segundo Marco Aurélio.

Assim como os Ministros que o antecederam, Marco Aurélio se debruça sobre os números da violência contra os homossexuais e transsexuais e assume que se trata de dados incompatíveis com os avanços civilizatórios das últimas décadas.

Ponderando acerca do texto expresso do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República, o Ministro enfatiza que não é dado ao intérprete do direito chegar à conclusão diversa sobre manifestações discriminatórias. Todas essas manifestações devem ser punidas pela lei. Ocorre que, nas palavras de Marco Aurélio, os pedidos apresentados na peça exordial são de todo incompatíveis com a natureza declaratória da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Em suas palavras:

Reconhecer parcialmente a impropriedade da ação, na extensão postulada pelos autores, confunde-se com a própria delimitação do alcance da atuação do Supremo ante a relação com os demais Poderes, no que cede perante o reconhecimento de princípio insito a todo e qualquer Estado de Direito que se pretenda democrático: o da reserva de lei em matéria penal<sup>107</sup>.

Analisando princípios basilares do Direito Penal, como o da legalidade, o Ministro afirma que não cabe ao Supremo Tribunal Federal esvaziar o sentido literal do texto constitucional, a partir de complementação de tipos penais. No entender de Marco Aurélio, a Lei nº 7.716/1989 define núcleos claros, certos e taxativos, nos quais não se enquadra a orientação sexual do indivíduo, até porque, em termos penais, a interpretação do texto precisa ser estrita, vinculado aos limites literais, sob pena de se esvaziar os

---

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 552. Acesso em: 03 agosto 2023.

núcleos dos preceitos incriminadores, que no caso são: raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

O Ministro alerta, no mais, que uma vez imposta a transmutação de delitos previstos na legislação de regência em tipos indeterminados, a delimitação do alcance destes tipos penais não estará mais vinculada à lei estrita, mas ao subjetivismo interpretativo dos magistrados, em nítido prejuízo à segurança jurídica.

Buscando rebater os votos de seus colegas que votaram pela procedência, Marco Aurélio apresenta uma questão de lógica: ou se declara a mora inconstitucional do Congresso Nacional, ou se reconhece o enquadramento de condutas homotransfóbicas como integrantes do conceito ontológico-constitucional de racismo. As duas conclusões, segundo o Ministro são excludentes e não podem conviver no mesmo voto.

Por fim, entendendo que a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XLI, define apenas que “a lei punirá” – gênero –, nada tratando acerca da criminalização – espécie –, Marco Aurélio conclui seu voto fazendo reverência à separação dos Poderes e à reserva legal, de modo que deixa de reconhecer omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia, julgando improcedente o pleito.

#### *2.2.2.12 Voto do Ministro Presidente Dias Toffoli*

Em voto extremamente suscinto, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli reconhece o repúdio à discriminação, ao ódio, ao preconceito e à violência por razão de orientação sexual, nos estritos termos do artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República.

Nada obstante, analisando formalmente os pedidos apresentados, o Presidente opta por acompanhar integralmente o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

#### **2.2.3 Resultado do julgamento e Teses definidas**

Compilando o teor dos votos apresentados pelos Ministros em plenário, observa-se que, exceção feita ao Ministro Dias Toffoli, todos os demais membros da Suprema Corte não dispensaram o seu tempo de fala, apresentando votos longos e com ampla

fundamentação. Tal verificação demonstra a importância do tema e a necessidade de firmar uma posição clara acerca do problema, seja favorável, seja contrária. Alguns pontos constantes dos votos merecem nota.

Inicialmente, parece relevante destacar que, de maneira unânime, os Ministros apresentaram uma visão de civilidade e condenaram todas as formas de discriminação e atentados violentos contra grupos minoritários, notadamente, neste caso, os homossexuais e transsexuais.

Ainda, tópico de repetição nos votos dos Ministros, foi o célebre caso *Ellwanger*, julgado no bojo do *Habeas Corpus* nº 82.424, a partir do qual a Corte Maior inaugurou a concepção ampliada do conceito de racismo, a fim de abarcar não só questões referentes à biologia e à cor de pele, mas também relativas à cultura, à sociologia, à história e à antropologia. Tal julgamento foi citado à exaustão como um ponto de virada na interpretação do conceito de racismo e amplamente utilizado como precedente para fundamentar a decisão proferida na Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

No mais, buscando fundamentar constitucionalmente a opção adotada pela maioria, os Ministros favoráveis à equiparação de homofobia e transfobia ao crime de racismo citaram o mandado de criminalização definido no artigo 5º inciso XLI da Constituição da República<sup>108</sup> como parâmetro de controle para a constatação de omissão inconstitucional, além da insuficiência de tipos penais laterais que poderiam, eventualmente, punir de maneira acidental uma conduta homofóbica ou transfóbica.

Nesse contexto, os integrantes da Corte favoráveis à equiparação, em inúmeras oportunidades dentro de seus votos, reforçaram que não se estava a criminalizar uma nova conduta, mas meramente a interpretar um tipo penal já existente – racismo –, de modo que todos os princípios penais estariam preservados, bem como o ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>108</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Indo além, os Ministros refutaram qualquer argumentação relativa à liberdade religiosa, porquanto a decisão não impede os líderes espirituais de professarem a sua fé e de praticarem os seus cultos, mas apenas refuta os atos de ódio contra as minorias.

Por outro lado, analisando as divergências apresentadas, constata-se que estas estiveram focadas, majoritariamente, no equívoco da forma utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para superar a omissão inconstitucional verificada.

Ao passo que a maioria entendeu ser viável a aplicação de uma interpretação ontológica-constitucional do conceito de racismo, alguns Ministros preferiram adotar posição de contenção e, seguindo os estritos termos do texto constitucional, limitaram-se a declarar a mora do Poder Legislativo para regular o tema.

Exceção a este tópico foi o Ministro Marco Aurélio que afirmou sequer haver omissão inconstitucional. Para tanto, apresentou interessante reflexão, no sentido de que, caso fosse verdadeira a alegação de que o Supremo Tribunal Federal se limitou a realizar a interpretação de uma norma já existente, não se poderia falar em omissão legislativa inconstitucional, vez que a lei estava posta e apenas foi interpretada. Por outro lado, se fosse reconhecido que não há norma, o Supremo estaria admitindo expressamente a violação ao princípio da legalidade.

A partir deste conflito, e mencionando que a Constituição não impõe a criminalização, mas, genericamente, a “punição” de atos discriminatórios contra minorias, o Ministro decidiu reconhecer, de maneira completamente isolada, que nenhuma omissão se verificava neste caso.

Ainda assim, ao final proclamou-se o resultado no sentido de, por unanimidade, conhecer parcialmente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, inadmitindo a discussão acerca da responsabilidade civil do Estado pela omissão em debate, e, por maioria, na extensão conhecida, julgar procedente a demanda, com eficácia geral e efeito vinculante, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em relação ao artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República e dar ciência ao Poder Legislativo acerca desta omissão, assim como para dar interpretação conforme à Constituição,

enquadrando, desde logo, as condutas de homofobia e transfobia nos tipos penais definidos na Lei de Racismo, ao menos até que sobrevenha legislação específica<sup>109</sup>.

Ao cabo, foram definidas as Teses do julgamento<sup>110</sup>, que contaram com o apoio de todos os Ministros, inclusive aqueles vencidos no mérito, exceto o Ministro Marco Aurélio, que se recusou a subscrever. Ainda, estavam ausentes, justificadamente, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

A primeira Tese aprovada define que, ao menos até que sobrevenha legislação específica emanada do Congresso Nacional, a fim de superar a omissão inconstitucional referente ao artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição da República, todas as condutas homofóbicas e transfóbicas devem ser enquadradas nos tipos penais definidos pela Lei

---

<sup>109</sup> O Extrato da Ata definiu o julgamento nos seguintes termos: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.** Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 560. Acesso em: 03 agosto 2023.

nº 7.716/1989, por representarem uma das formas de expressão do racismo, em sua dimensão social<sup>111</sup>.

A segunda Tese enfrenta a questão da liberdade religiosa e assenta que o enfrentamento de práticas homofóbicas e transfóbicas não afeta, tampouco limita, a possibilidade de religiosos professarem a sua fé, desde que tais atos se restrinjam à externalização de suas convicções, a partir dos elementos extraídos de seus próprios livros sagrados, sem que haja discurso de ódio, por meio dos quais se incite a hostilidade, a violência e a segregação de cidadãos em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero<sup>112</sup>.

Por fim, a terceira Tese se debruça sobre o conceito de racismo e sua interpretação, fixando que a dimensão social do racismo supera discussões meramente biológicas, pois é proveniente de construções históricas e culturais que outrora tiveram como objetivo a dominação política, a subjugação social e refutação da alteridade, relegando integrantes da comunidade LGBTQI+ a posições marginais e, portanto, aos mais variados tipos de

---

<sup>111</sup> 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).

<sup>112</sup> 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

violência e exclusão, apenas por não pertencerem ao estamento hegemônico em uma determinada estrutura social<sup>113</sup>.

Assim, esgotada a verificação pormenorizada dos votos exarados e das Teses fixadas ao final do julgamento, insta, na sequência deste trabalho, realizar um cotejo entre os conceitos preliminares expostos no primeiro capítulo e os argumentos apresentados pelos Ministros, de modo a averiguar, empregando-se o teste a ser exposto no capítulo subsequente, se este precedente vinculante, proferido pela Suprema Corte brasileira, pode ser enquadrado dentro do que se entende por Direito Penal Simbólico.

---

<sup>113</sup> 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.



### **3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS: APLICANDO O CONCEITO DE DIREITO PENAL SIMBÓLICO AO TRATO DA HOMOFOBIA**

Conforme explicado anteriormente, o presente trabalho se desenvolve a partir de uma revisão bibliográfica sobre o Direito Penal Simbólico, cotejando os conceitos extraídos desta revisão com os termos do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, para, ao final, a partir dos testes propostos, averiguar se o acórdão em estudo está inserido, ou não, na ideia de um Direito Penal Simbólico.

#### **3.1 O teste**

Inicialmente, o teste foi dividido em dois momentos distintos. O primeiro diz respeito à análise do contexto social que gera uma situação propícia à existência do Direito Penal Simbólico. O segundo é relativo à resposta do Estado frente a esse contexto. Essa divisão é essencial, pois, mesmo num contexto social propício ao Direito Penal Simbólico, é plenamente viável que o Estado apresente uma solução efetiva, e não meramente simbólica. Por esta razão, mostra-se relevante a dicotomia entre o momento prévio e a posterior resposta estatal, pois apenas se escolhida a resposta estatal simbólica é que se verificará o Direito Penal Simbólico. Por outro lado, parece pouco crível que a resposta simbólica se concretize de maneira alheia a um contexto social prévio, vez que se não houver demanda popular por soluções emergenciais para uma tensão social momentânea, o Estado não terá qualquer motivação para atuar e, caso o faça, possuirá as condições para fazê-lo de maneira equilibrada e racional, longe dos holofotes e das pressões

Assim, os testes se justificam e se concentram tanto na constatação de etapa prévia – Teste 01 –, quanto na etapa posterior – Teste 02 – para definir se o Supremo Tribunal Federal, a partir do acórdão exarado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, atuou de forma a instigar o Direito Penal Simbólico.

### 3.1.1. Primeiro teste: caracterização de um contexto propício ao Direito Penal Simbólico

Recuperando os termos da revisão bibliográfica e dos conceitos apresentados no primeiro capítulo desta dissertação, o primeiro teste a ser aplicado busca compreender qual é o cenário fático que dá ensejo à atuação simbólica do Estado em termos penais. *Ab initio*, a fim de apresentar o teste de maneira visualmente aprimorada, tem-se o seguinte quadro:

- TESTE 1: caracterização de um contexto propício ao Direito Penal Simbólico.
- a) Circunstância de tensão social;
  - b) Situação de sensação de urgência e emergência, que impõe rapidez na solução dos problemas;
  - c) Demanda por resposta estatal.

O primeiro ponto característico desta discussão, portanto, diz respeito a um contexto de tensão existente na sociedade, no qual está inserido o espaço para a atuação meramente simbólica do Estado em termos penais.

A mencionada tensão social surge, via de regra, a partir da insegurança subjetiva dos cidadãos. Isto é, da sensação de insegurança e de medo vivenciada pela população. Este sentimento de pânico e de constante aflição em relação à chance iminente de ser vítima de algum crime é reforçado – e por vezes criado – pela forma de exposição de tais delitos pela mídia. Esse cenário cria na população um sentimento de pavor, de modo que os indivíduos passam a não se sentir seguros nem mesmo para realizarem uma breve caminhada pelas ruas de seu bairro.

Não se ignora que, em certos casos, os ilícitos praticados são verdadeiramente inquietantes. Contudo, de acordo com Jesús-María Silva Sánchez a dramatização e a repetição de notícias mórbidas geram na população um receio que, em regra, não corresponde à realidade objetiva<sup>114</sup>.

Nada obstante, a citada conjuntura se mostra suficiente para fazer chegar aos legisladores a ânsia popular por respostas, vez que os membros da sociedade passam a

---

<sup>114</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 27-29.

conviver com um sentimento de contínua ameaça<sup>115</sup>. Assim, imposta está a tensão social, como uma característica necessária e anterior à atuação meramente simbólica do Estado no âmbito criminal.

O segundo item que identifica o contexto adequado ao avanço do Direito Penal Simbólico é referente ao sentimento de urgência e emergência para a resposta estatal, o que impõe rapidez na solução das mazelas e da tensão anteriormente exposta.

De acordo com os ensinamentos do sociólogo Ulrich Beck, a sociedade moderna é primordialmente uma sociedade de riscos, em constante evolução tecnológica, na qual a atitude de um cidadão tem potencial de afetar toda a humanidade em curto espaço de tempo<sup>116</sup>. Nesse contexto, os cidadãos anseiam maior proteção estatal frente aos novos e potencializados riscos. Tal guarda estatal pode se dar por meio de regulamentações de setores da vida privada, ou, por meio de leis criminais que transmitam a mensagem de contenção de certos ramos da tecnologia<sup>117</sup>.

A questão que se apresenta neste item do teste é justamente a constante sensação de urgência e emergência vivenciada pela sociedade contemporânea, que, em relevante parcela, advém dos ininterruptos avanços tecnológicos, os quais, ao mesmo tempo em que permitem a evolução da humanidade, trazem consigo riscos desconhecidos em seu potencial lesivo.

Tal cenário impõe ao legislador, notadamente no âmbito penal, uma resposta igualmente urgente, que possa satisfazer as exigências sociais frente aos avanços tecnológicos e as ameaças daí decorrentes.

Ocorre que, se nem mesmo todos os riscos são conhecidos, o Estado passa a atuar de maneira urgente e eminentemente preventiva utilizando-se do direito penal para punir meras condutas, sem qualquer resultado naturalístico. Esta forma de agir corresponde aos anseios de uma sociedade tensionada e esperançosa na atuação rápida

---

<sup>115</sup> HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1995, p. 56.

<sup>116</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 24.

de seus representantes, ainda que os resultados práticos sejam nulos, ou meramente simbólicos<sup>118</sup>.

O terceiro item a ser investigado dentro do primeiro teste faz referência à demanda por respostas estatais. Conforme discutido no capítulo inaugural deste trabalho, a Constituição da República Federativa do Brasil adotou uma forma prolixa e dirigente, normatizando de maneira ampla os mais variados setores da vida pública e privada.

Diante disso, considerando que a Carta Magna garante a proteção a uma infinidade de assuntos, quando a sociedade se depara com uma afronta a um destes temas, é natural que a cobrança recaia quase que exclusivamente sobre o Estado, o qual, por meio de seus órgãos e entes, fica obrigado a solucionar a questão.

Ocorre que, fosse isso uma mera decorrência de pressões da sociedade, a questão poderia ser contornada, com a demonstração de que, por vezes, a própria atuação da sociedade civil organizada poderia conter de maneira eficaz determinadas condutas desviantes. Contudo, quando se constata que a própria Constituição da República impõe ao Estado o dever de defender inúmeras classes de pessoas, a atuação estatal passa a ser uma exigência institucional, passível de controle pelo Poder Judiciário, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>119</sup>.

Nesse contexto, não bastasse o apetite dos representantes do povo em dar uma resposta aparentemente eficaz às mazelas sociais, verifica-se que a própria Constituição incentiva que a resposta parta exclusivamente do Estado e, no mais das vezes, do Direito Penal, como uma panaceia.

### 3.1.2. Segundo teste: resposta do Estado frente ao contexto permissivo à atuação meramente simbólica

Finalizada a explicação do primeiro teste proposto neste trabalho, em que se verificou qual é o cenário propício ao surgimento do Direito Penal Simbólico, passa-se à

---

<sup>118</sup> DISSENHA, Rui Carlo; KOSAK, Ana Paula. Do processo-Rocco ao processo-risco: o paradigma negocial tornando démodée a constitucionalização do processo penal brasileiro. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n.1, p. 163-181, 2023.

<sup>119</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 1, p. 111-124, mai. 2011.

apresentação do segundo teste, no qual se averiguará as respostas estatais frente a este cenário. Novamente, a fim de permitir a melhor visualização do teste sugerido, tem-se o seguinte quadro:

TESTE 2: resposta do Estado frente ao contexto permissivo à atuação meramente simbólica.

- a) Resposta emergencial e ágil;
- b) Majoração do poder punitivo: pena, processo e política criminal;
- c) Ineficácia estrutural.

A primeira característica de uma atuação meramente simbólica do Estado está ligada necessariamente a respostas emergenciais e ágeis. Constatado um cenário de tensão social, em que a população exige do Estado uma solução imediata em razão da sensação de medo vivenciada, os representantes populares deixam de lado a sua racionalidade e, buscando demonstrar virtude aos eleitores e cidadãos em geral, aprovam novas medidas penais em tempo recorde, sem os debates necessários ao aprimoramento daquela determinada norma.

Esta atuação emergencial, via de regra, traz consigo a flexibilização de inúmeros direitos fundamentais e conduz, naturalmente, ao segundo requisito da resposta simbólica do Estado, que se refere à majoração do poder punitivo, seja através do aumento das penas, seja pela diminuição de garantias processuais, seja pela mudança da própria política criminal.

Como explicado por Jesús-María Silva Sánchez, a ideia clássica de um Direito Penal limitado, tem sido superada pela expansão descontrolada de legislações criminais, cada vez mais rígidas e expansionistas, tendo como objetivo declarado colocar fim à angústia social por respostas à sensação de insegurança<sup>120</sup>.

Por fim, a característica que marca definitivamente a atuação simbólica do Estado em termos penais é a ineficácia estrutural do sistema penal. Isso se dá, principalmente, pela criação de tipos penais irrelevantes ou completamente desproporcionais dentro do sistema vigente.

---

<sup>120</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 32.

Assim, cria-se um sistema inchado, contraditório e que torna a atuação policial e judicial muito dificultosas, tolhendo a legitimidade do sistema penal<sup>121</sup>, que passa a ser visto pelos cidadãos como um gigante adormecido que não cumpre o seu papel de garantir os bens jurídicos essenciais à vida em sociedade.

Dessa forma, verificada a ocorrência das circunstâncias antecedentes descritas no Teste 1 e sendo a resposta estatal compatível com os termos do Teste 2, pode-se demonstrar a existência do Direito Penal Simbólico na atuação do Estado, seja na esfera executiva, legislativa ou judicial.

### **3.2 Aplicação dos testes na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**

A partir dos testes destrinchados acima, em que foram expostas as circunstâncias antecedentes e consequentes necessárias à configuração de uma atuação meramente simbólica em termos penais, impõe-se a sua aplicação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

#### **3.2.1 Primeiro teste – Circunstância de tensão social**

Partindo do primeiro teste, em que se averigua o contexto propício ao desenvolvimento do Direito Penal Simbólico, tem-se por necessária a verificação de uma circunstância de tensão social, com uma sensação de urgência na solução desta tensão e que esta solução demande uma resposta estatal.

Levando estas definições ao bojo do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, os próprios votos dos Ministros demonstram a existência de ampla tensão na sociedade brasileira em relação ao tema da homofobia e da transfobia. Conforme analisado no voto do Ministro Relator, o cenário anterior ao julgamento era de graves violações aos direitos dos integrantes da comunidade LGBTQI+. O título do item 9 do citado voto torna tal debate cristalino, quando define: “9. A violência contra integrantes da

---

<sup>121</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 24.

comunidade LGBT ou ‘A banalidade do mal homofóbico e transfóbico’ (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATI): Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea”<sup>122</sup>.

Neste item, o Ministro Celso de Mello aponta dados estatísticos que demonstram o grave incremento da violência contra o grupo LGBTQI+, como, por exemplo, o aumento de 30% no número de homicídios contra esta comunidade no ano de 2017, se comparado ao ano anterior. Além disso, o Relator indica que os números brasileiros de homicídios contra os LGBTQI+ são suficientes para colocar o Brasil na liderança mundial desta estatística negativa.

Ainda, o Relator dedica trecho de seu voto para apresentar matérias jornalísticas em que resta evidente o ódio de determinadas pessoas contra o grupo minoritário em questão, exclusivamente em razão da sua orientação sexual. A título de exemplo, buscando não tornar a leitura maçante, colaciono três das manchetes utilizadas pelo Relator, que demonstram que a violência e, portanto, a tensão social, não possuía um direcionamento específico, exceto pelo fato de atingir integrantes da comunidade LGBTQI+. Isto é, os atos violentos eram direcionados a homens, mulheres e, até mesmo, genitores. Vejamos: “Homem que tirou foto antes de esquarterar admite ódio por gays”, “‘Vai virar mulher de verdade’: lésbicas são vítimas de estupro corretivo” e “Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual”<sup>123</sup>.

Conforme observado na descrição feita no segundo capítulo deste trabalho, os votos de todos os demais Ministros, mesmo aqueles contrários à procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, descrevem cenários semelhantes, de ódio e completa intolerância àqueles considerados diferentes exclusivamente em razão da sua orientação sexual.

Interessante notar, de todo modo, que a tensão social está vinculada aos crimes violentos contra integrantes da comunidade LGBTQI+, ao passo que o resultado do

---

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 156 - Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 71. Acesso em: 13 setembro 2023.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 74. Acesso em: 13 setembro 2023.

juízo equiparou a homotransfobia aos crimes definidos pela Lei de Racismo, que nada trata sobre delitos de violência.

Dessa forma, parece ter havido uma potencialização do discurso da violência, para fortalecer a legitimidade do juízo proferido, ainda que este em nada se relacione com a fundamentação apresentada.

### 3.2.2 Primeiro teste – Situação de sensação de urgência e emergência

Passando ao segundo critério de análise do primeiro teste, insta analisar a sensação de urgência e emergência característica de momentos de crise de criminalidade. Neste tópico, ainda que a comprovação empírica desta sensação dependesse de ampla pesquisa junto à população brasileira, trata-se aqui de verificar a existência de uma percepção geral de senso de urgência e emergência.

Cotejando o teor dos votos dos Ministros – inclusive os trechos acima destacados, em que resta evidente a existência de ódio de certas pessoas contra uma comunidade específica –, com os dados dos anuários brasileiros de segurança pública dos últimos anos<sup>124</sup>, é simples constatar que o contexto de violência contra o grupo LGBTQI+ é propício ao desenvolvimento do sentimento de urgência na solução desta mazela.

Não é típico que indivíduos integrantes desta comunidade – e também da sociedade civilizada em geral – aceitem passivamente a falta de políticas para remediar este mal, ou, então, que aguardem despreocupados pela implementação de soluções a longo prazo – muito embora esta pareça ser a via mais adequada.

Coletando dados, para além das escabrosas manchetes apontadas no voto do Ministro Celso de Mello, observa-se, segundo estatística do anuário brasileiro de segurança pública, que em 2018 – ano anterior ao juízo da ADO nº 26 – o Brasil

---

<sup>124</sup> O anuário brasileiro de segurança pública é um compilado de dados estatísticos acerca da criminalidade e da violência nos estados federados brasileiros. O anuário é elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, uma instituição não governamental, que utiliza como fonte para as suas publicações os números das Secretarias de Estado de Segurança Pública e/ou Defesa Social e Polícias Civis.



registrou 109 homicídios dolosos contra pessoas LGBT<sup>125</sup>. Conforme consta da tabela do citado anuário, inúmeros estados da federação não faziam o cômputo dos números isolados referentes ao grupo LGBT àquele tempo, o que ainda mascara a real situação brasileira.

De todo modo, constata-se que tais homicídios tiveram como exclusiva motivação a orientação sexual das vítimas. Isto é, no mínimo 109 pessoas foram mortas no Brasil em 2018 simplesmente por possuírem orientação sexual diversa daquela aceita por seu agressor.

Além dos homicídios, o anuário brasileiro de segurança pública ainda contabilizou 713 casos de lesão corporal dolosa e 83 casos de estupro contra o grupo LGBT<sup>126</sup>. Importante lembrar que alguns estados sequer fazem a contabilização em separado, o que torna esses números certamente subdimensionados.

Nesse cenário, é natural, e até esperado, que os membros da comunidade LGBTQI+ possuam ansiedade e pressa para a solução desta mazela. Não é instintivo que observem tranquilamente estes números e aceitem que, eventualmente, possam ser acometidos por um delito grave apenas por serem quem são em suas vidas privadas.

Apresentando o tom deste sentimento, o *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia, cita dois documentos internacionais em que há expressa menção à urgência da resolução destes casos de violência<sup>127</sup>. Inicialmente foi citado comunicado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no qual expressou, acerca do cenário observado nas Américas:

*su profunda preocupación ante la violencia homofóbica, lesbofóbica y transfóbica en la región y urge a los Estados a adoptar medidas urgentes para prevenir los homicidios y actos de violencia contra las lesbianas, los gays y las personas*

---

<sup>125</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019, p. 88. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em 18 setembro 2023.

<sup>126</sup> *Ibidem*. Acesso em 18 setembro 2023.

<sup>127</sup> GRUPO GAY DA BAHIA. **Petição apresentada ao Supremo Tribunal Federal, na condição de Amicus Curiae, no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Item 34 – Pedido de ingresso como amicus curiae – Amicus Curiae – GGB – ADO 26. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>, p. 71 e 75. Acesso em: 18 setembro 2023.

*bisexuales, trans e intersex (LGBTI), y contra cualquier persona percibida como tal*<sup>128</sup>.

A segunda citação do Grupo Gay da Bahia diz respeito à Declaração e Projeto de Ação de Viena, de 1993<sup>129</sup>, documento que, segundo o *Amicus Curiae*, possui como prioridade a tarefa urgente e prioritária de eliminar todas as formas de discriminação e intolerância.

Assim, ainda que não haja uma demonstração ampla do sentimento de urgência e emergência vivenciados quanto à violência contra o grupo LGBTQI+, as amostras citadas acima, baseadas em dados oficiais, documentos internacionais e manifestações de grupos ligados à causa LGBTQI+, comprovam a sensação de emergência experimentada naquele momento histórico.

### 3.2.3 Primeiro teste – Demanda por resposta estatal

Por fim, analisando o terceiro item do primeiro teste, já é possível afirmar que o Brasil vivia um contexto de tensão social, com a sensação de urgência na definição de soluções para a crise vivenciada. Então, é natural que as vítimas e a sociedade em geral, busquem meios de solucionar esta mazela.

Sabe-se que a evolução da sociedade humana pode ocorrer a partir da própria sociedade civil, em aspectos educacionais, culturais, entre outros. Outra forma, porém, é através da indução estatal. Em situações de crise de violência, parece natural que os cidadãos não pretendam aguardar por soluções de longo prazo, inerentes à atuação da sociedade civil, ainda que haja potencial de efetivamente deslindar a questão. Pelo contrário, a busca, em regra, é por respostas imediatistas, inerentes à indução estatal de comportamento, por meio de leis. Evidente que uma lei pode alterar o comportamento humano, principalmente quando bem aplicada e fiscalizada. Contudo, a verdadeira mudança ocorre no seio da sociedade, a partir das interações sociais.

---

<sup>128</sup> Comunicado disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/146.asp>. Acesso em 18 setembro 2023.

<sup>129</sup> Documento disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf). Acesso em 18 setembro 2023.

No caso ora em estudo, a resposta adveio do Poder Judiciário, o qual, como um braço da atuação estatal, decidiu expandir o conceito de racismo para tornar crime as condutas homofóbicas e transfóbicas.

Note-se que a resposta estatal, em certa medida, se faz necessária. Nada obstante, quando esta medida é indicada para a população como a única maneira de solução, dando a sensação de que todos os demais instrumentos são ineficazes, ou já foram lançados para sanar aquela determinada mazela, o posterior fracasso da providência adotada passa a noção de que a batalha está completamente perdida.

Enfim, a partir da análise acima exposta, resta certificado que o cenário propício à atuação simbólica em termos penais estava presente no contexto do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

#### 3.2.4 Segundo teste – Resposta emergencial e ágil

Passando ao segundo teste, em que se examina a resposta do Estado frente ao contexto permissivo à atuação meramente simbólica, é imprescindível a caracterização de uma resposta emergencial e ágil, sem espaço para maiores debates, além de uma majoração do poder punitivo, seja pela via da pena, do processo ou mesmo da política criminal e, por fim, deve-se constatar a ineficácia estrutural da medida adotada.

Novamente, levando este segundo teste ao teor do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, de início é importante examinar a ânsia do Tribunal em proferir sua decisão, buscando colmatar a omissão inconstitucional e entregar a resposta que entendiam adequada ao cenário destacado no primeiro teste. Para comprovar ocorrência deste primeiro item do segundo teste, os próprios votos dos Ministros acabam por ratificar a urgência e emergência da resposta estatal.

Sabe-se que, nos termos do artigo 103, §2º, da Constituição da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tradicionalmente tem por objetivo declarar a mora do Poder competente para a adoção das providências necessárias à superação da

omissão constatada<sup>130</sup>. Nesse contexto, por ocasião do recebimento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, de informação advinda do Senado Federal dando conta do seguimento da tramitação de Projetos de Lei tendentes a suprir a omissão que estava a se averiguar naquele julgamento, seria razoável que a Suprema Corte, no mínimo, suspendesse o julgamento, a fim de permitir ao Poder competente que exercesse a sua competência legislativa.

Tal solução seria a perfeita verificação do que Luc Tremblay denominou de diálogo institucional<sup>131</sup>, em que as decisões dos Poderes democraticamente constituídos refletem, em verdade, um diálogo, no qual cada um dos envolvidos tem a chance de apresentar a sua solução para determinado impasse.

Ocorre que a necessidade de uma resposta ágil e emergencial, neste caso, não era exclusividade dos potenciais ofendidos por delitos vindouros – como visto no segundo item do primeiro teste –, mas também dos próprios Ministros da Suprema Corte, os quais entenderam que era premente colmatar a omissão naquela oportunidade, sem espaço para que se discutisse a suspensão do julgamento.

Assim, atesta-se a primeira circunstância definidora da resposta emergencial e ágil do Estado ao contexto permissivo à atuação meramente simbólica, sendo nítido que tanto a população LGBTQI+, quanto os próprios Ministros da Corte Máxima deste país, estes últimos representando o Estado, encontravam-se nutridos de um sentimento de agilidade na definição de um novo tipo penal, a partir de uma interpretação extensiva do conceito de racismo.

Neste tópico reforça-se que o Direito Penal deveria ser a última barreira de atuação estatal no combate a qualquer das mazelas sociais. A criminalização de uma conduta é a medida mais extrema que se pode adotar atualmente em aspectos de controle social. Contudo, neste caso, a fim de saciar a ânsia por respostas rápidas, a criminalização se tornou a primeira e mais ágil resposta, vez que, ao mesmo tempo em que demonstra que

---

<sup>130</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

<sup>131</sup> TREMBLAY, Luc. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/617.full.pdf+html>. Acesso em: 14 setembro 2023.

o Estado lançou mão da sua arma mais poderosa, gera sensação de alívio imediato para as vítimas, ainda que na prática a medida possa se revelar completamente ineficaz<sup>132</sup>, o que poderá ser atestado, ou refutado, no último item deste teste.

### 3.2.5 Segundo teste – Majoração do poder punitivo: pena, processo e política criminal

Explorando o segundo item, que trata sobre a majoração do poder punitivo, o qual pode se dar em três frentes, tem-se que o julgamento patrocinado pelo Supremo Tribunal Federal, ao interpretar extensivamente o conceito de racismo, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a tipificação de uma conduta até então atípica, ao menos nos moldes propostos.

Assim, tal decisão teve como consequência a majoração do poder punitivo no critério da pena, pois passou a sancionar como racismo – crime autônomo e verdadeiramente grave – condutas que até então, quando muito, poderiam ser enquadradas em delitos de menor potencial lesivo, como os crimes contra a honra, ou então enquadradas como agravantes ou qualificadoras de outros crimes já existentes.

Ainda, o julgamento gerou o incremento do poder punitivo na vertente do processo, vez que ao tornar condutas homofóbicas e transfóbicas formas de expressão do racismo, a Corte, por consequência, transformou tais atos em crime inafiançável e imprescritível, permitindo a sua persecução em lapso temporal indefinido, nos exatos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República<sup>133</sup>.

Por fim, mas não menos importante, a decisão da Suprema Corte também reforçou o sentimento de majoração do poder punitivo sob a perspectiva da política criminal, não só por transmitir uma mensagem errônea de utilização da repressão penal como primeiro ato de controle social, mas também por impor verticalmente a sua posição punitivista ao Poder competente para a elaboração, eventualmente, de outras políticas criminais.

---

<sup>132</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 63-64.

<sup>133</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Importante destacar que o termo política criminal não passa necessariamente pela criminalização de condutas, mas sim pela congruência de inúmeras formas e estratégias de combate e prevenção à criminalidade, cabendo ao Legislativo definir os meios de ação que compreender mais adequadas para aquele determinado momento histórico<sup>134</sup>.

Dessa forma, demonstra-se que a decisão da Suprema Corte, de uma só vez, incrementou o poder punitivo estatal na vertente da pena, do processo e da própria política criminal.

### 3.2.6 Segundo teste – Ineficácia estrutural

Ao cabo, deve-se ponderar acerca do terceiro item do segundo teste, qual seja, a ineficácia estrutural das respostas penais apresentadas ao problema social em debate.

A decisão debatida neste trabalho foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 13 de junho de 2019. Conforme amplamente examinado no segundo capítulo, os votos dos Ministros traziam contornos de dramaticidade e de necessidade premente de resolução desta omissão inconstitucional, a fim de que a integridade física e a vida de integrantes da comunidade LGBTQI+ fossem preservadas. Ocorre que os números da violência contra homossexuais e transsexuais foi incrementado de 2019 até os dias atuais<sup>135</sup>.

Recorrendo aos dados do anuário brasileiro de segurança pública, observa-se que em 2018 foram praticados 109 homicídios dolosos, 713 lesões corporais dolosas e 83 estupros contra integrantes deste grupo<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 161.

<sup>135</sup> Os números indicados neste trabalho são referentes à coleta de dados realizada no final de cada ano. Os dados dos anuários posteriores, quando fazem referência à comparação com anos anteriores podem apresentar alguma variação, em decorrência de atualizações realizadas em momentos subsequentes. Contudo, para seguir um padrão de análise, optou-se pela utilização dos números consolidados ao final do respectivo ano.

<sup>136</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019, p. 88. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em 19 setembro 2023.

Em 2019, ano do julgamento e, portanto, da criminalização de condutas homotransfóbicas foram 84 homicídios dolosos, 584 lesões corporais e 55 estupros contra homossexuais e transsexuais<sup>137</sup>.

Em 2020, ano posterior ao julgamento, verificou-se a ocorrência de 121 homicídios dolosos, 1169 lesões corporais e 88 estupros em prejuízo de integrantes do grupo LGBTQI+<sup>138</sup>.

Ademais, no ano de 2021, os números contra homossexuais e transsexuais se mostraram igualmente graves. Foram registrados 179 homicídios dolosos, 1719 lesões corporais dolosas e 179 estupros<sup>139</sup>.

Por fim, em 2022 foram computados 163 homicídios dolosos, 2324 lesões corporais e 199 estupros contra os integrantes do grupo minoritário debatido neste trabalho<sup>140</sup>.

É certo recordar que os números, analisados de forma direta, nem sempre indicarão a realidade. Mostra-se possível, por exemplo, que o fato de o tema ter sido trazido à tona pelo julgamento em análise tenha encorajado um maior número de denúncias de violências sobre a comunidade LGBTQI+. Ainda assim, entretanto, não se pode considerar que essa forma de violência diminuiu por conta da nova decisão, mesmo porque a característica da seletividade do poder punitivo não permitirá, jamais, contemplar toda a casuística que se revela na cifra sombria da criminalidade. As críticas ao efeito preventivo da pena são notórias e é duvidoso que possam transmitir uma mensagem clara à população como um todo, que sequer possui acesso à educação qualificada.

---

<sup>137</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020, p. 107. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em 19 setembro 2023.

<sup>138</sup> *Idem*. **15º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021, p. 78. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em 19 setembro 2023.

<sup>139</sup> *Idem*. **16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p. 128. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em 19 setembro 2023.

<sup>140</sup> *Idem*. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 106. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 19 setembro 2023.

Ademais, como descrito em momento anterior deste trabalho, não se pode olvidar que a Lei de Racismo não tipifica o crime de homicídio por questões de raça em compreensão ampla, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, tampouco delitos de lesão corporal ou estupro. Nada obstante, os próprios Ministros em seus votos deixam clara a relação entre os delitos violentos praticados contra integrantes da comunidade LGBTQI+ e a necessidade de se tipificar a conduta de homotransfobia como racismo.

Considerando, portanto, que esta foi uma das razões de decidir, parece pertinente demonstrar que a tipificação não gerou qualquer benefício para as potenciais vítimas em relação aos crimes violentos, sendo, no mínimo, uma medida estéril, conforme se pode visualizar da compilação a seguir:

<b>Ano/Crime</b>	<b>Homicídio doloso</b>	<b>Lesão corporal dolosa</b>	<b>Estupro</b>
<b>2018</b>	109	713	83
<b>2019</b>	84	584	55
<b>2020</b>	121	1169	88
<b>2021</b>	179	1719	179
<b>2022</b>	163	2324	199

De todo modo – muito embora os votos dos Ministros tenham correlacionado a decisão aos casos de violência física contra homossexuais e transsexuais –, o julgamento, em verdade, passou a punir atos descritos na Lei de Racismo. Assim, para manter certa coerência acadêmica, insta averiguar, ainda, os números de casos de racismo praticados contra integrantes da comunidade LGBTQI+, de maneira a possuir uma visão integral acerca da (in)eficácia da medida.

Considerando que esta tipificação específica só passou a existir após a decisão do Supremo Tribunal Federal, os dados passaram a ser contabilizados a partir de 2020, quando foram registrados 111 casos de racismo por homotransfobia<sup>141</sup>. No ano seguinte,

---

<sup>141</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p. 127. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em 19 setembro 2023.



de 2021, foram computadas 321 agressões racistas<sup>142</sup>. Ao cabo, em 2022, este número escalonou para 503 atos racistas contra integrantes do grupo LGBTQI+<sup>143</sup>.

Novamente, para a melhor visualização dos números, apresenta-se a seguinte tabela:

<b>Ano/Crime</b>	<b>Racismo por homofobia ou transfobia</b>
<b>2020</b>	111
<b>2021</b>	321
<b>2022</b>	503

Assim, parece claro que, ao menos em termos numéricos, a solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal se revelou completamente ineficaz, não resultando em qualquer benefício efetivo para a população LGBTQI+, senão o oposto, conforme demonstram as tabelas acima expostas.

### 3.2.7 Resultados

A partir dos testes propostos, nos quais, com base em fundamentos teórico-doutrinários expostos no primeiro capítulo deste trabalho, foram inseridos conceitos e definições básicas acerca do Direito Penal Simbólico, constatou-se que o julgamento exarado no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 se mostra, em verdade, uma decisão que conduz o Direito Penal Simbólico para o interior da cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Numa decisão contestável, em que princípios básicos de Direito Penal, como o da legalidade estrita e conseqüente vedação a interpretações extensivas, foram sumariamente ignorados, a Suprema Corte Brasileira desconsiderou os apelos do

---

<sup>142</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p. 127. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em 19 setembro 2023

<sup>143</sup> *Idem*. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 105. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 19 setembro 2023.

Senado Federal, para que permitisse ao Poder competente a normatização do tema, e, ainda, majorou demasiadamente o poder punitivo estatal.

Por fim, não bastasse os atropelos acima destacados, tal decisão ao longo do tempo se mostrou verdadeiramente ineficaz, conforme demonstram os números destacados alhures, porquanto as estatísticas de violência contra os integrantes da comunidade LGBTQI+, com raras variações negativas em anos específicos, apenas se acentuaram.

Diante do cenário exposto, demonstra-se que o julgamento e a suposta colmatação da omissão inconstitucional serviram exclusivamente para fins de apaziguamento momentâneo da tensão social existente àquela época, sem a real pretensão de solucionar a mazela enfrentada por tais pessoas. Trata-se, mais uma vez, de um dos inúmeros exemplos da utilização do Direito Penal como blefe<sup>144</sup>.

### **3.3 Considerações críticas: os riscos de um Direito Penal Simbólico aplicado à atuação do Supremo Tribunal Federal**

Examinados os termos do julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, constatou-se que, ao arripio da melhor técnica jurídica em âmbito penal – conforme bem defendido pelo Ministro Marco Aurélio Mello, não só em apartes feitos em Plenário, mas também no seu próprio voto vencido –, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos declarou a omissão do Poder Legislativo em relação à criminalização da homofobia e da transfobia – nos termos em que preconiza o artigo 103, §2º, da Constituição da República. Contudo, foi além e decidiu, por si, resolver a dita omissão, num julgamento controverso e que, como visto, instiga o simbolismo dentro do Direito Penal.

Contrariando norma constitucional de eficácia plena, que garante não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, a Suprema Corte, aplicando uma interpretação ontológica-constitucional do conceito de racismo, entendeu por bem criminalizar toda e qualquer conduta de homotransfobia.

---

<sup>144</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 47.

Um ponto de destaque para o presente estudo, diz respeito justamente às emoções dos Ministros, que acabaram deixando de lado todo o histórico de proteção às garantias constitucionais dispensadas aos acusados, para defender uma pauta de extrema força nos meios sociais, cedendo à pressão e fazendo adentrar na esfera do Judiciário julgamentos de elevado teor simbólico.

Nesse contexto, um dos expoentes do garantismo no Plenário do Supremo, Ministro Celso de Mello, sempre pronto para defender o rigor da técnica processual em favor dos acusados em geral, foi justamente o responsável por relatar um dos julgamentos mais controversos em matéria penal. O voto apresentado pelo Relator aparenta ter sido influenciado por emoções e pela pressão social. Ao citar inúmeros casos de violência contra integrantes do grupo LGBTQI+ como um dos fundamentos de sua posição<sup>145</sup>, o Relator deixa claro que a opção ali externada menos prezava pela técnica jurídica, mas estava mais atenta à comoção social em torno do tema<sup>146</sup>, seguindo o exato caminho das legislações penais emergenciais, aprovadas no calor de graves acontecimentos com ampla exploração midiática.

Note-se: não se ignoram os graves e inaceitáveis episódios de violência sofridos por essa população. Indaga-se apenas se caberia ao Supremo Tribunal Federal, em prejuízo do Congresso Nacional e, em última análise, da própria Constituição da República e da separação dos Poderes, criminalizar uma conduta até então atípica.

---

<sup>145</sup> Transcrevo trecho do voto em questão: “Nesse sentido, cabe referir que o “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitido nestes autos como “*amicus curiae*” e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é “o campeão mundial desse tipo de crime”. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, ainda, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT: a) aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período; b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública; c) das 445 vítimas referidas, 194 (43,6%) eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes; d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no “ranking” mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema; e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais); f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>, p. 73. Acesso em: 03 março 2023.

<sup>146</sup> WALDRON, Jeremy. *Legislatures judging in their own cause*. In: **Legisprudence**, vol. 3, n. 1, 2009, p. 139.

Hoje pode-se buscar um fim nobre, de defesa das minorias. Talvez no futuro, porém, novos integrantes da Corte, pautando-se nesse mesmo precedente, passem a criminalizar condutas outras, a seu bel prazer interpretativo, sob o pretexto de omissão do Congresso Nacional. Tem-se aqui um risco essencial ao Estado Democrático de Direito, ainda que tenha nascido a partir de uma causa louvável.

É amplamente aplicável ao presente exemplo a constatação feita por Ran Hirschl:

Essas questões de megapolítica — que muitas vezes envolvem a própria definição da nação como tal — têm custos políticos muito altos e escassas diretrizes constitucionais aplicáveis à sua solução. Portanto, é difícil de entender como, ao responderem a essas questões, os juízes conseguiriam basear suas decisões em princípios ou considerações qualitativamente diferentes de princípios ou considerações típicos do processo legislativo ou dos referendos nacionais — e que podem ser mais bem definidos nesses fóruns<sup>147</sup>.

O trecho é de perfeita aplicação à discussão posta, pois o voto do Ministro relator é, de fato, brilhante, desde que tivesse sido proferido no plenário da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal. Quando alardeado no plenário do Supremo Tribunal Federal, causa certa preocupação. Sobre o tema, esclarecedora é a lição de Rui Carlo Dissenha e Camila Saldanha Martins:

Não obstante a prática de atos homofóbicos ser moralmente reprovável, só pode ser combatida por meio da legalidade, posto que esta decorre das regras constitucionais da separação de poderes e da previsão de que a criação de leis penais depende de ato exclusivo do Poder Legislativo. A criminalização de qualquer conduta invade a liberdade do sujeito, além de ferir o postulado da intervenção mínima do direito penal, daí por que o método utilizado é absolutamente proibido na seara penal, por aumentar o alcance de uma norma incriminadora e se configurar em verdadeira hipótese de analogia *in malam partem*<sup>148</sup>.

Infelizmente, porém, os casos de julgamentos que pouco primaram pela técnica

---

<sup>147</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, Mai/Ago 2009, p. 139-178. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

<sup>148</sup> DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 172, out/2020, p. 383-419.

são inúmeros no Supremo Tribunal Federal<sup>149</sup>.

Importante destacar, contudo, que não se está aqui a defender que haja algum tipo de intervenção igualmente arbitrária no Judiciário a partir dos outros Poderes, o que denotaria a total ruptura institucional, mas apenas e tão somente que se apliquem os remédios já existentes há anos e que se faça cumprir os *checks and balances* previstos na Constituição Cidadã. A solução interna – menos traumática – para tal problema, longe de ser simples no atual momento, é explicada por Clémerson Merlin Cléve:

O juiz não é neutro. Mas deve fazer um esforço para alcançar a neutralidade quando decide uma questão. Deve procurar controlar os mecanismos psíquicos que comandam o seu processo decisório. Deve procurar afastar a carga irracional que contamina o seu alcance intelectual. Deve procurar afastar os conceitos pré-formados (preconceitos) para mergulhar na complexidade da questão submetida à sua apreciação. Esse processo é difícil, todos sabem. Nem sempre é possível, ninguém desconhece. Mas deve ser experimentado, deve ser praticado, deve ser concretizado, deve ser tentado, insistentemente pelo juiz. O universo da decisão judicial deve ser o universo da racionalidade. O esforço do juiz é o esforço de despir-se dos processos mentais irracionais para alcançar a razão (como reclamavam os iluministas). A dialética processual e a discussão judicial concretizam uma caminhada que corresponde àquela mesma experimentada pela ciência. A verdade última é a verdade decorrente do embate das ideias, onde apenas a força do argumento (ajustado aos paradigmas postos pela ciência ou pelo direito) deve prevalecer<sup>150</sup>.

Processos irracionais, como visto, devem estar alheios à tomada de decisão. Não parece aceitável que a pessoa investida do poder jurisdicional o exerça movido por paixões. O processo é técnico e a decisão final exige tecnicidade, como forma, inclusive, de respeito à separação dos Poderes. Interpretar a lei é fundamental, mas aplicá-la de modo a subverter o ordenamento jurídico é temerário.

Em tempo, é importante indicar que quando da elaboração desta dissertação, encontra-se vigente a Lei nº 14.532/2023, a qual, ainda que de modo aberto e, portanto, novamente contrário aos ditames do direito penal clássico, determina aos juízes que, quando da interpretação da Lei nº 7.7716/1989, devam considerar discriminatórias

---

<sup>149</sup> Vide, a título de exemplo, a Ação Penal nº 969/DF, na qual se reconheceu que o empate em julgamento de Ação Penal não favorece o acusado, e o *Habeas Corpus* nº 154.248/DF, a partir do qual se originou a discussão acerca do alargamento do conceito de racismo, no conhecido caso Ellwanger. Por economia, citam-se apenas esses exemplos, mas sabendo que os casos se multiplicam exponencialmente.

<sup>150</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 4, p. 659-676, Mai/2011.

quaisquer atitudes ou tratamentos dados a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida<sup>151</sup>.

Percebe-se, aqui, certa evolução no trato da criminalização de condutas, deslocando tal competência do Poder Judiciário para o Poder Legislativo, como nunca deveria ter deixado de ser. Ocorre que, novamente, a Lei peca por definir conceitos abertos e que, ao cabo, novamente conduzirão o Poder Judiciário a definir o que se entende por “grupos minoritários”.

Hoje pode parecer óbvio que a discriminação direcionada ao grupo LGBTQI+ está inserida na expressão “grupos minoritários”. Contudo, nada permite concluir que no futuro esta mesma expressão não será utilizada por magistrados e ministros para ampliar o escopo punitivo da norma, atingindo condutas até então atípicas, a partir de simples decisões judiciais, ao largo do Poder Legislativo. Assim, então, o ciclo se repetirá, no que pode parecer ser um eterno *looping*.

Feita esta análise introdutória, insta averiguar os riscos específicos da escolha política feita pelo Supremo Tribunal Federal na decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

### 3.3.1 Violação da separação de Poderes

A discussão acerca da separação dos Poderes do Estado não é recente. O debate remonta à Grécia antiga, em que Aristóteles, influenciado por Platão, escreveu sobre a divisão dos poderes em três *magistraturas*.

Segundo o filósofo<sup>152</sup>, todo e qualquer regime de governo escolhido apresentará três partes. A primeira delas é referente às deliberações sociais – equivalente ao atual Poder Legislativo –, a segunda diz respeito aos atos executivos – equivalente ao atual

---

<sup>151</sup> Nos termos da Lei nº 14.532/2023, a Lei do Crime Racial passa a prever, no artigo 20-C, o seguinte: "Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência."

<sup>152</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Edição bilíngue. Trad. Antônio Campelo Amara e Carlos Gomes. [s.l.]: Vega, 1998, p. 325.

Poder Executivo – e a terceira ao exercício da justiça – equivalente ao atual Poder Judiciário.

A partir das ideias dos filósofos gregos, a teoria da separação dos Poderes se difundiu e ganhou novos contornos com John Locke<sup>153</sup>, que tratava sobre os riscos de se concentrar nas mãos das mesmas pessoas o poder de criar leis e de executá-las, pois seria evidente a tentação de, ao cumprir as leis, os seus próprios criadores desvirtuarem sua finalidade. Por isso que, segundo o autor, é essencial que após aprovarem as leis, os seus autores se separem e, então, se sujeitem às regras estabelecidas.

Por sua vez, Montesquieu fez um apanhado sobre a liberdade, relacionando-a com a necessidade de se cumprir os regramentos existentes<sup>154</sup>. Nesse sentido, definiu que a liberdade se perfaz na exata medida do cumprimento das leis, pois se a liberdade fosse tamanha, a ponto de permitir ignorar as regras, ninguém mais seria livre, pois todos poderiam agir a seu bel prazer.

Seguindo, o autor define que a liberdade dos cidadãos só será plena quando o governo não abusar dos seus poderes e para isso é necessário que “o poder freie o poder”<sup>155</sup>, o que se obtém a partir da distribuição das prerrogativas do governo. Se cada um se mantiver adstrito à sua competência, não haverá espaço para tiranias e o povo será livre.

Em suma, portanto, a divisão dos Poderes garante que as funções governamentais sejam exercidas por órgãos distintos e especializados, os quais, sem concentrar mais de uma dessas funções, não terão meios viáveis de exercê-las de modo tirânico<sup>156</sup>.

Trazendo os conceitos filosóficos para a realidade brasileira, é importante notar que desde a Constituição do Império a separação dos Poderes já estava devidamente garantida. No primeiro momento ainda se previa a figura do Poder Moderador, contudo, clara era a divisão dos Poderes e a indicação de que isso se fazia em prol dos direitos dos cidadãos. No artigo 9 da Constituição do Império, de 1824, estava previsto: “A Divisão, e harmonia do Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos

---

<sup>153</sup> LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Trad. Miguel Morgado Lisboa: Almedina, 2015, p. 329.

<sup>154</sup> MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**: As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Trad. Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166-186.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>156</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108.

Cidadãos, e o mais seguro meio de se fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece” (*sic*).

Até mesmo as Constituições autoritárias de 1937 e 1969 previram as funções governamentais de modo separado, outorgando, em âmbito nacional, ao Congresso Nacional a função legislativa, à Presidência da República a função Executiva e ao Supremo Tribunal Federal o topo da função judicial.

Feita essa breve digressão conceitual e histórica, demonstrando a essencialidade da efetiva divisão dos Poderes para que se evite a tirania, agora impende destacar algumas distinções e tratar sobre a superação da ideia de separação absoluta dos Poderes. Inicialmente, deve-se tratar da distinção entre o que se entende pelas funções do Estado e o que se entende pela separação de Poderes. Nas palavras de Pontes de Miranda:

[...] um conceito é o de distinção das *funções* do Estado em função *legislativa*, função *executiva* e função *judiciária*; outro o de *separação absoluta dos Poderes* segundo tal critério distintivo. Quer se adote o *princípio da separação absoluta*, quer não se adote, a distinção existe, porque é de ordem fática, isto é, pertence à natureza dos fatos da vida social. Por outro lado, pode haver separação sem correspondência subjetiva perfeita e, até, sem paridade [...]<sup>157</sup>.

A partir do trecho transcrito é simples notar que as funções do Estado sempre estarão divididas, pois se trata de um fato natural: a função legislativa é distinta da executiva, que, por sua vez, se distingue da judiciária. O que causa inquietação, e é o objeto da presente discussão, é a separação subjetiva destas funções, ou seja, a análise acerca de quem será o responsável por exercer cada uma das funções, pois caso os poderes se concentrem na mão de apenas um órgão estará estabelecida a tirania.

Assim, parece importante que a sociedade esteja sempre atenta ao exercício desses poderes, pois o simples fato de o Legislativo, o Executivo e o Judiciário existirem de modo objetivamente separado, não garante, por si só, qualquer liberdade aos cidadãos.

---

<sup>157</sup> MIRANDA, Pontes de. Independência e Harmonia dos Poderes. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 4, p. 63-86, Mai/2011.



Ainda mais, como se verá a seguir, nem mesmo a separação subjetiva – órgãos distintos encarregados de cada uma das funções – se mostra suficiente nos tempos atuais, sendo necessária uma releitura da teoria da separação absoluta dos Poderes para adequá-la aos tempos atuais e à ânsia humana por poder.

Nesse sentido, o artigo 2º, da Constituição da República define: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Como visto, o texto constitucional de 1988 define, desde logo, a superação da separação absoluta entre os Poderes. Ao definir que estes são independentes e harmônicos entre si, evidentemente que se estabeleceu certo grau de inter-relação, dentro da qual as interações devem ser harmônicas.

Se no período posterior às Monarquias absolutistas o grande receio era o exercício dos Poderes por um único órgão ou pessoa, o que conduziria inevitavelmente, nas palavras de Montesquieu, à tirania<sup>158</sup>, contemporaneamente é nítida a impossibilidade da absoluta separação.

Inclusive, se assim fosse, seria possível conceber a criação de uma nova espécie de tirania, pois havendo absoluta separação, não poderia um Poder intervir no outro para coibir eventuais abusos. A inter-relação harmoniosa, portanto, se faz cogente.

Nesse diapasão, Carlos Ayres Britto apresenta as formas de interação harmônica entre os Poderes, a fim de que a sua independência seja garantida:

Historicamente, muito mais na teoria que na prática, conceberam-se três modelos ou mecanismos de equilíbrio entre os poderes governamentais, no rastro luminoso do pensamento jurídico-liberal dos séculos XVII e XVIII, na Europa e nos Estados Unidos da América. São eles: a) atribuição de cada função básica do Estado a um único órgão, que se especializaria no exercício dela, sem possibilidade de exercer função paralela. Exemplificando, a função legiferante seria confiada ao Poder Legislativo, com exclusividade, ficando ele proibido de desempenhar atividades administrativas ou jurisdicionais; b) atribuição das três clássicas funções estatais a cada poder governamental, sendo que uma em caráter principal, finalístico, e duas em caráter secundário, instrumental. [...]; c) a mesma fórmula indicada na letra “b”, supra, mas complementada com uma refinada técnica de atribuição de uma função relevante do Estado, não a um órgão isoladamente, porém a dois deles ou até mesmo a todos em conjunto. Isto é, para a prática de determinado ato, ou exercício de certa função, tornar-se-ia necessária a participação de mais de um Poder, numa espécie de colaboração forçada. E para efeito de contenção de cada Poder nas fronteiras da sua

---

<sup>158</sup> MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**: As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Trad. Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

competência constitucional, todos disporiam de meios eficientes para impedir a usurpação de funções e fazer refluir o órgão exorbitante para os limites daquele espaço em que a atuação dele seria legítima<sup>159</sup>.

Nesse cenário, seguindo o exemplo dos Estados Unidos da América, o Brasil adotou o sistema de *checks and balances*, no qual, além de cada Poder exercer no seu âmbito as três funções do Estado, também se constata a existência de atos específicos que dependem da manifestação de dois, ou, até, dos três Poderes em conjunto.

Isso porque, como bem defendido no trecho transcrito, parece inviável conceber a absoluta separação dos Poderes. Para tanto, seria necessário admitir que o Poder Executivo administrasse o orçamento do Legislativo e do Judiciário. Por outro lado, caberia ao Judiciário julgar questões internas do Executivo e do Legislativo. Por fim, caberia ao Legislativo criar regramentos detalhados acerca do cotidiano dos demais Poderes. Tal solução inevitavelmente conduziria à total falta de harmonia entre os Poderes e à ruína da ideia de separação<sup>160</sup>.

Exemplo dessa atuação conjunta dos Poderes – e amplamente compatível com o tema ora apresentado – é a nomeação de Ministros da Suprema Corte. Num enredo que junta os três Poderes constituídos, o Presidente da República indica um indivíduo de notório saber jurídico e reputação ilibada, o qual será sabatinado e deve ser aprovado pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para, então, assumir uma cadeira na cúpula do Poder Judiciário.

Em que pese se possa tecer críticas a esta forma de escolha, trata-se de uma evidente mostra de atuação independente e harmoniosa entre os Poderes, pois nada impõe ao Senado Federal a obrigatoriedade de aprovação, bem como não compete ao Judiciário rejeitar a decisão tomada pelos outros Poderes.

Enfim, trazendo a discussão para o escopo do presente trabalho, como demonstrado acima, o Supremo Tribunal Federal não apenas atuou de maneira simbólica em termos penais, mas também parece ter ingressado na esfera de competência

---

<sup>159</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 4. Mai/2011, p. 35-50.

<sup>160</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 23-42.

legislativa, porquanto, ao realizar interpretação extensiva do conceito de racismo, criou uma conduta criminal até então atípica, violando o princípio da separação dos Poderes.

### 3.3.2 Ampla judicialização da política

Discussão que ganha cada vez mais importância é justamente a relativa à ascensão do Poder Judiciário, seja por seus atos de ofício, seja mediante provocação, nítido é o atual avanço sobre os demais Poderes constituídos. Nesse contexto, muito se debate se estaria havendo a judicialização da política, isto é, se os políticos estariam levando as suas discussões ao Judiciário, ou se o que ocorre é a politização do Judiciário, com seus membros tomando partido em causas inerentes aos demais Poderes.

Seja qual for a conclusão – talvez até ambas em concomitância –, fato é que se os autores dos clássicos artigos federalistas apontavam que, àquele tempo, o Judiciário era o Poder mais fraco e menos perigoso aos direitos dos cidadãos<sup>161</sup>, atualmente parece claro que este é o Poder mais forte da República.

Considerando o grau de extensão da atual Constituição Federal – com a implementação do Estado de bem-estar social e a elaboração de um texto dirigente – e o dever imposto ao Supremo Tribunal Federal de zelar pelo seu cumprimento, basicamente é possível que tudo o que se discute em solo brasileiro – seja no âmbito público, seja no privado – chegue à Suprema Corte, que, então, proferirá a última palavra sobre o tema<sup>162</sup>, muitas vezes em detrimento dos demais Poderes constituídos.

Nesse sentido, é a constatação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior quando analisa o papel do Poder Judiciário e a atual impossibilidade da sua neutralização política:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz

---

<sup>161</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Edição integral. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 479.

<sup>162</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, Mai/Ago 2009, p. 139-178. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). [...] Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça<sup>163</sup>.

Tal conclusão denota a relevância e o poderio adquirido pelo Poder Judiciário ao longo do tempo, deixando de ser um mero aplicador da lei, para ser um fiscalizador geral das políticas públicas estabelecidas em âmbito constitucional. Deve-se investigar, portanto, a origem deste fenômeno.

*Ab initio*, insta consignar que o embrião desta discussão parece passar necessariamente pela ampliação do que originariamente se previu como competência do Poder Judiciário. Se Montesquieu idealizou este Poder para meramente aplicar as leis advindas do Legislativo, sem discutir a sua conformidade com o ordenamento jurídico, com a decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury vs. Madison*, em que o Tribunal trouxe para si a incumbência de definir quais leis eram compatíveis com o sistema constitucional e quais não eram – inaugurando o conceito de controle difuso de constitucionalidade –, criou-se o precedente para que o Judiciário passasse a ser o censor dos atos do Legislativo, adentrando em discussões até então eminentemente políticas<sup>164</sup>.

Longe de se criticar tal competência do Poder Judiciário, ela busca justamente zelar pela integridade da Constituição de um país. Trata-se da última barreira de contenção do Poder Legislativo que, muito embora legítimo para editar leis, não pode fazê-las de forma a desvirtuar o texto constitucional, pois, ao fim e ao cabo, estaria contrariando a própria vontade popular traduzida pela Assembleia Nacional Constituinte no texto final da Constituição da República<sup>165</sup>.

O grande ponto a ser debatido neste tópico não é efetivamente o controle judicial e a revisão judicial de leis inconstitucionais, mas sim compreender o limite deste controle. Isso porque, por vezes a Constituição e as leis em geral nada tratam sobre determinado

---

<sup>163</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994, p. 12-21.

<sup>164</sup> CANELA JR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 74.

<sup>165</sup> GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. In: **Isonomía**, n. 6, Abr/1997, p. 55-70.

tema e, então, os magistrados podem passar a exercer o papel do legislador, criando fórmulas hermenêuticas para fazer valer a sua visão de mundo.

O mesmo vale para hipóteses que estão devidamente regulamentadas em normas de eficácia plena, mas que mesmo assim os magistrados passariam a interpretar para dar uma roupagem até então inexistente<sup>166</sup>, exatamente como teria ocorrido na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

Esse é o momento em que as tensões entre os Poderes se exacerbam e passam a preocupar os entusiastas da sua separação, porquanto o Judiciário deixaria de lado o seu comportamento comedido dentro das esferas institucionais e passaria a atuar como um verdadeiro poder político<sup>167</sup>, por vezes, inclusive, usurpando competências de outros Poderes, como já debatido neste trabalho.

De outro canto, importante é a teoria que trata sobre o “diálogo institucional”, como forma de romper com as tensões mencionadas. De acordo com este entendimento, a derrubada de uma lei pelo Judiciário seria apenas o início do chamado *diálogo*, pois a partir disso caberia ao Legislativo retomar o controle da discussão e ajustar a legislação para adequá-la ao entendimento dos magistrados, ou simplesmente reeditar a lei nos mesmos termos, reforçando a sua posição<sup>168</sup>. Ocorre que, como se verá adiante, algumas pressões políticas no cenário brasileiro – como o fato de os legisladores serem julgados pelos membros da Suprema Corte – podem impedir, na prática, a aplicação da interessante ideia do “diálogo institucional”.

Importante frisar que um sistema democrático que pretenda ser perene não pode aceitar a ideia de “o vencedor leva tudo”. Em que pese as deliberações governamentais demandem maioria para aprovação no Congresso Nacional, permitir que a essa mesma maioria possa fazer o que bem entender inevitavelmente conduziria o sistema à falência, numa espécie de ditadura<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. In: *Isonomía*, n. 6, Abr/1997, p. 55-70.

<sup>167</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 20.

<sup>168</sup> TREMBLAY, Luc. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/617.full.pdf+html>. Acesso em: 08 fevereiro 2023.

<sup>169</sup> PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: Composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012, p. 42.

A real democracia é aquela que garante a todos os seus cidadãos direitos e liberdades previstas constitucionalmente, ainda que sejam minoria e não possam angariar a maior parte das vitórias em discussões legislativas<sup>170</sup>.

Os meios disponíveis para buscar uma sociedade mais igualitária, em que a maioria não passe a governar de modo tirânico apenas por contar com o apoio popular são a constitucionalização e a revisão judicial<sup>171</sup>. Isso porque a partir da definição de uma Lei Maior, no caso a Constituição, é possível atribuir ao Judiciário o poder de revisar leis ordinárias que eventualmente infrinjam as diretrizes ali definidas pelos constituintes. Do contrário, fossem todas as leis de igual valor, angariando-se a maioria do Congresso Nacional, a posição dominante não teria freios, tampouco uma referência para definir se suas deliberações ferem direitos e garantias individuais da minoria.

É por isso que, se aplicado com honestidade intelectual, o papel contramajoritário do Judiciário se revela essencial na proteção de minorias, contra abusos da maioria. Agora, se aplicado de maneira a simplesmente inverter o jogo do poder, pode se desvirtuar e passar ele próprio a gerar abusos da minoria, a partir da tecnocracia dos tribunais, conflitando com os demais Poderes igualmente constituídos e amparados pela maioria.

Nesse sentido, bem explica Ran Hirschl acerca das teorias evolucionistas da constitucionalização:

Sob um disfarce contramajoritário, esta concepção salienta o fato de que ao facilitar o “acesso” para grupos de interesses definidos, a constitucionalização de direitos e o estabelecimento de uma revisão judicial ativa promove a difusão do poder político, adiciona mecanismos de veto, restringe a margem de manobra dos agentes políticos, e limita o poder das majorias nas legislaturas. De acordo com esta visão, tribunais independentes, especialmente aqueles investidos de competências para a revisão judicial ativa, não apenas monitoram órgão executivos e legislativos indignos de confiança como facilitam a representação política de minorias difusas, porém bem organizadas. Esta representação cria oportunidades para certos grupos participarem na elaboração de políticas públicas, caminho que para eles estaria interdito no jogo das majorias políticas parlamentares<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**: As origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A, 2020, p. 30.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 77-78.

A partir disso, é simples constatar que as maiorias formadas no Congresso e a eleição do Chefe do Poder Executivo precisam ser respeitadas na adoção de políticas públicas. O papel contramajoritário do Judiciário deveria ficar adstrito a barrar abusos desta maioria, mas nunca atribuir poder decisório acerca de políticas públicas à minoria através de seus votos.

Parece razoável que os rumos do país sejam trilhados por aqueles que a maior parte do povo escolheu para fazê-los, sob pena de descredibilizar o jogo democrático. Se as decisões mais importantes forem tomadas diuturnamente por Ministros e pautadas por aqueles interesses ditos minoritários, que não tiveram os seus projetos de país avalizados nas eleições, arrisca-se a paz na relação entre os Poderes. Não parece adequado, portanto, que o Poder Judiciário se torne o maior promotor de novas políticas públicas, de novas regulamentações e, até mesmo, de novas tipificações penais e políticas criminais.

A incapacidade dos demais Poderes de gerirem os seus problemas internos, ou mesmo de atender a grupos minoritários, não deveria ser argumento suficiente para a ingerência do Judiciário em decisões de governo, sob pena de os grupos minoritários passarem a utilizar as Cortes de maneira estratégica, no sentido de frear, vetar, ou, atualmente, até criminalizar a conduta da maioria eleita.

Evidentemente que esse cenário é deletério e reflete um contexto em que a política aparenta ser substituída pela jurisdição, mas também o Judiciário parece, cada vez mais, se tornar um ator político<sup>173</sup>. Nesse diapasão, as decisões parecem ser tomadas quase que exclusivamente a partir da discricionariedade do julgador, o qual apenas buscaria fundamentos jurídicos – no mais das vezes fracos e contraditórios – para embasar a decisão já tomada aprioristicamente, de acordo com a sua vontade política.

Enfim, o perigo se verifica a partir da constatação de que se hoje é o adversário que está no poder e é boicotado pela implementação de políticas públicas de seus opositores pela via do Judiciário, no próximo momento – caso haja independência ideológica dos julgadores – pode ser o inverso e ano após ano o país estará impedido de fazer valer a vontade da maioria.

---

<sup>173</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 30.

### 3.3.3 Expansão do poder punitivo: seletividade, estigmatização e violência

Ao interpretar os termos da Constituição da República e realizar o controle de constitucionalidade de legislações infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal exerce o poder de decidir em última instância acerca do tema debatido.

Tal poder exige extrema cautela da nossa Suprema Corte, notadamente quando o tema constitucional em julgamento envolve o Direito Penal, vez que se trata de uma área de atuação da Justiça em que o cidadão passa por um processo estigmatizante, violento e, no mais das vezes, seletivo. Sobre este assunto, Nilo Batista apresenta clara lição:

Assim, o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (As exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário). O sistema penal é também apresentado como *justo*, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade – na expressão de von Liszt, “só a pena necessária é justa” – quando de fato seu desempenho é *repressivo*, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana – a pena deveria, disse certa ocasião Roxin, ser vista como serviço militar ou o pagamento de impostos – quando na verdade é *estigmatizante*, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela<sup>174</sup>.

Fosse a criminalização de condutas feita no foro adequado, a definição dos limites da tipificação já seria algo a ser profundamente debatido e, por vezes, contestado. Agora, quando a criminalização se dá no âmbito da própria cúpula do Poder Judiciário nacional, sem que haja uma ampla representatividade da decisão – tomada por onze pessoas – e ausente a possibilidade de recorrer contra eventuais excessos, a violência, estigmatização e seletividade do Direito Penal se revela extremamente preocupante.

Não fosse suficiente a inquietação acima externada, é certo que a figura do Direito Penal Simbólico está entrelaçada a contextos de crises de criminalidade, que, no Brasil, são recorrentes. Ocorre que, como visto alhures, nesses momentos críticos a majoração do poder punitivo exacerba-se, criando ou incrementando penas, enrijecendo regras

---

<sup>174</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 25-26.



processuais e expandido a sanha punitivista através de uma política criminal ampliativa. Explicando o que se debate neste trabalho e neste tópico, Fábio Guedes de Paula Machado expõe:

Sem embargo, o que se verifica em certos setores é a existência de um Direito Penal meramente simbólico, ocupado apenas com o apaziguamento da opinião pública e com a satisfação de interesses políticos, em detrimento de suas verdadeiras funções instrumentais. Some-se os crônicos déficits de execução ou efetividade: muitos processos ficam emperrados ou são extintos ainda na fase de investigação; boa parte dos juízes criminais não verifica a totalidade das condições para punição; os índices de cifras negras são alarmantes; apenas as “pessoas erradas” são tematizadas e as “corretas” seguem ocultas. Utilizado não como *última*, senão como *sola* ou *prima ratio* da intervenção estatal (o que desonera o Direito Administrativo e o Direito Civil), o Direito Penal entra em um nefasto círculo vicioso: a ineficácia de sua atuação leva o legislador a reforçar e radicalizar seus instrumentos (*more of the same*). Reitera-se a vocação qualitativa do Direito Penal e da política criminal, ainda que outra seja a do legislador<sup>175</sup>.

Numa sociedade em que o sistema legislativo penal já se revela desordenado e com penas completamente desproporcionais quando comparadas entre si<sup>176</sup>, o inchaço deste mesmo sistema não pode resultar em algo positivo para a sociedade. Abordando este assunto, Eugenio Raúl Zaffaroni apresenta uma interessante crítica decorrente do gigantesco arcabouço legislativo penal, o que demonstra que o Direito Penal teria falhado no seu objetivo de contenção do poder punitivo. Isso porque, não fosse a incapacidade estrutural e operativa das agências da repressão, o exercício de todo o poder programado em abstrato pelas leis conduziria à criminalização de toda a população, inúmeras vezes<sup>177</sup>. Interessante é o seguinte trecho de sua obra:

*[...] el sistema penal es un verdadero embuste: pretende disponer de un poder que no tiene, ocultando el verdadero poder que ejerce y, además, si tuviese realmente el poder criminalizante programado, provocaría una catástrofe social. Nadie compra un piso impresionado por una hermosa maqueta ofrecida por una empresa notoriamente insolvente; sin embargo, compramos la supuesta*

---

<sup>175</sup> MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Perspectivas político-criminais e dogmáticas do direito penal no contexto da sociedade de riscos. In: **Ciências Penais**, vol. 15. Jul-Dez/2011, p. 357-393.

<sup>176</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 82-87.

<sup>177</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 30.

*seguridad que nos vende el sistema pena, que es la empresa con más notoria insolvencia estructural de nuestra civilización*<sup>178</sup>.

Esta é, portanto, a origem da seletividade que se trata neste ponto. Se toda a população de um país é potencialmente criminosa e merecedora de uma sanção penal, é evidente que a escolha daqueles que serão efetivamente punidos caberá às agências responsáveis pela investigação e posterior julgamento. Contudo, os critérios para esta definição se revelam arbitrários, pois não estão – e nunca poderiam estar – regulamentados em lei.

Trata-se, em verdade, de uma opção seletiva e violenta que, via de regra, criminaliza grupos vulneráveis, seja em aspectos sociais, econômicos ou, até mesmo, políticos, de maneira que, ao longo dos anos, a opção pelo grupo de vítimas deste sistema seletivo e arbitrário pode se adaptar às pretensões momentâneas das agências executivas. E quanto maior for o arcabouço legislativo penal, maior será o campo para a atuação seletiva e arbitrária das agências estatais, pois cada vez menor será a possibilidade de dar efetivo cumprimento aos seus termos contra todos os transgressores<sup>179</sup>.

A seletividade na aplicação de pena a criminosos preferenciais não só gera um desvio no princípio básico da igualdade, como também cria um estigma ao agente penalizado. De acordo com os estudos de Alessandro Baratta, a teoria do *labeling approach*, ou etiquetamento social, define que dentro de um mesmo grupo de pessoas igualmente delinquentes, apenas aqueles que tenham sofrido com a ação das agências oficiais de controle serão socialmente rotulados como verdadeiros delinquentes. Nesta condição, tais indivíduos tendem a alterar a sua própria identidade, possuindo maior dificuldade de se afastar do estigma de criminoso e conseqüentemente de retomar uma vida regular, consolidando o perfil desviante do agente<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 31.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>180</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 86 e 89-90.

Assim, tem-se o seguinte panorama geral: um sistema penal inchado e ineficiente, no qual, sob pena de toda a população ser criminalizada repetidas vezes, as agências estatais de controle acabam exercendo um poder seletivo sobre indivíduos vulneráveis, os quais passarão a conviver com o estigma de criminoso e dificilmente lograrão superar tal marca para retomar uma vida não desviante.

É nesse contexto que se verifica que o Supremo Tribunal Federal decidiu, em afronta a princípios penais básicos, criminalizar ainda mais condutas, atribuindo mais poder de seleção às agências estatais de controle da criminalidade, o que inclui, no Brasil atual, o próprio Supremo Tribunal Federal.

Tal decisão, além de possuir faceta simbólica e, portanto, cooperar com a expansão do Direito Penal e do poder punitivo estatal, estimula, em certa medida, o que Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia indicam como Direito Penal Autoritário, em comparação ao Direito Penal Liberal. Nas palavras dos autores, as diferenças entre os modelos são as seguintes:

*(a) el derecho penal liberal trata de reducir el poder punitivo, mientras el autoritario trata de ampliarlo; (b) el liberal procura aumentar el poder de las agencias jurídicas para acrecentar su capacidad de decisión reductora; el autoritario intenta ampliar el poder de las agencias jurídicas pero sólo mediante su ejercicio a través de un discurso legitimante del poder de las agencias no jurídicas; (c) el primero refuerza los componentes limitadores del estado de derecho; el segundo refuerza las pulsiones del estado de policía que pugnan por neutralizar los anteriores; (d) el primero tutela los bienes jurídicos de todos los habitantes; el segundo reconoce un único bien jurídico, que es el poder del gobernante; (e) el primero acota la tendencia verticalizante (jerárquica y corporativa) de la sociedad y permite la subsistencia de vínculos horizontales (comunitarios); el segundo procura destruir los vínculos horizontales (comunitarios) y verticalizar corporativamente a la sociedad<sup>181</sup>.*

Tal exposição demonstra que o Direito Penal Simbólico possui fortes raízes do Direito Penal Autoritário, tornando ainda mais preocupante o julgamento exarado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, porquanto se permitiu a criação de um caminho para futuros arroubos autoritários em matéria penal. E, ao contrário do que poderia se esperar, tal atitude sequer partiu do Congresso Nacional, mas sim da Corte

---

<sup>181</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 54.

que deveria zelar pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais dos cidadãos frente à sanha autoritária e punitivista do Estado.

### 3.3.4. Efeito *backlash*: resposta política ao ativismo judicial

Foi exposta nos tópicos anteriores a preocupação com o avanço do Poder Judiciário sobre temas que originalmente seriam da alçada do Legislativo. Esse avanço se concretiza tanto em casos de omissões legislativas, quanto em casos de efetivas tomadas de decisão pelos legisladores, mas que se revelam contrárias às ideias de mundo e de civilização pregadas pela maioria dos Ministros<sup>182</sup>. Estes, então, pautados em conceitos hermenêuticos, fazem valer a sua visão, sendo esta a última palavra do debate institucional.

Nada obstante, mais recentemente a experiência brasileira tem demonstrado certa pretensão do Poder Legislativo de retomar para si as suas competências, afrontando diametralmente posições da Suprema Corte, por meio da elaboração de Projetos de Lei e de Propostas de Emenda à Constituição, com nítida intenção de delimitar e, talvez, frear a atuação usurpadora do Judiciário. Aparenta-se haver, assim, uma superação da noção de que decisões judiciais de teor constitucional não são passíveis de discussão<sup>183</sup>.

A este fenômeno, a doutrina atribuiu o nome de “efeito *backlash*”, que, em resumo, se verifica quando há uma reação extremamente forte da população e, conseqüentemente, de seus representantes eleitos, contra uma decisão judicial considerada de vanguarda e garantidora de direitos fundamentais<sup>184</sup>.

Analisando concretamente este fenômeno, alguns exemplos emergem da realidade brasileira. O primeiro caso de relevância popular e midiática em que se constatou o efeito *backlash* foi referente às vaquejadas. Ao julgar a constitucionalidade de uma Lei do Estado do Ceará, a Suprema Corte, no bojo da Ação Direta de

---

<sup>182</sup> GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. In: *Isonomía*, n. 6, Abr/1997, p. 55-70.

<sup>183</sup> POST, Robert; SIEGEL Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf), p. 3. Acesso em 29 setembro 2023.

<sup>184</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 206.

Inconstitucionalidade nº 4.983/CE, definiu, por maioria, que a prática era inconstitucional, por representar crueldade manifesta contra animais. Assim, cotejando os direitos culturais envolvidos e o dever do Estado de proteger a fauna e a flora<sup>185</sup>, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 06 de outubro de 2016, tornar ilícita a prática da vaquejada<sup>186</sup>.

Em resposta, poucos meses depois, o Congresso Nacional promulgou a Emenda à Constituição nº 96/2017, que, em breves termos, acrescentou o §7º ao artigo 225, da Constituição da República para fixar que na interpretação do texto constitucional, não serão consideradas cruéis quaisquer práticas esportivas que se valham de animais, desde que representem a manifestação cultura de determinado povo<sup>187</sup>.

Situações mais recentes, e que escancaram o atual nível de tensão entre os Poderes, são relativas: a) à descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal; b) à descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestão; c) ao reconhecimento da união homoafetiva como um núcleo familiar e, também, a própria equiparação de homofobia e transfobia ao racismo. Muito embora as duas primeiras hipóteses ainda não tenham sido julgadas em definitivo pela Suprema Corte, apenas a sua inclusão em pauta já foi suficiente para gerar fortes reações no âmago do Poder Legislativo.

Em relação à descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 (Tema de Repercussão Geral nº 506) está em andamento e caminha para a declaração da inconstitucionalidade da

---

<sup>185</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE**. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 29 setembro 2023.

<sup>187</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

criminalização. Em 24 de agosto de 2023, o Ministro André Mendonça pediu vista dos autos<sup>188</sup>.

Menos de um mês após os primeiros votos terem sido proferidos, o Presidente do Senado Federal, Senador Rodrigo Pacheco, apresentou, em 15 de setembro de 2023, a Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2023, que, em síntese, altera o artigo 5º, da Constituição da República para incluir um inciso que impõe, em resumo, que a lei criminalizará, independentemente da quantidade, a posse e o porte de entorpecentes sem autorização ou em desacordo com a lei<sup>189</sup>.

Este é o exato mesmo cenário que se verifica em relação à descriminalização do aborto. No bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, discute-se a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez até a décima segunda semana da gestação. Até o momento apresentou o seu voto apenas a Relatora Rosa Weber, declarando que os artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, não estão de acordo com a atual Constituição da República. O seu voto foi juntado na sessão virtual no dia 22 de setembro de 2023<sup>190</sup>.

Apenas três dias depois, em 25 de setembro de 2023, o Senador Magno Malta apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 49/2023, que, com potencial de retroceder em conquistas civilizatórias – como a autorização para o aborto de fetos anencéfalos –, altera o texto do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República para definir a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção<sup>191</sup>.

Terceiro exemplo da verificação do efeito *backlash* contra decisões do Supremo Tribunal Federal trata-se do Projeto de Lei nº 5167/2009, o qual define, em síntese, que

---

<sup>188</sup> Movimentações processuais disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 29 setembro 2023.

<sup>189</sup> O texto proposto é o seguinte: Art. 5º. (...) LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

<sup>190</sup> Movimentações processuais disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em 29 setembro 2023.

<sup>191</sup> O texto proposto é o seguinte: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode ser equiparada ao casamento, ou à entidade familiar<sup>192</sup>.

Ainda que, diferentemente dos casos anteriores, não tenha sido elaborado com uma vinculação imediata a um julgamento específico, a utilização hodierna deste Projeto de Lei pode ser encarada como uma resposta tardia à decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, na qual foi reconhecida a união homoafetiva como um núcleo familiar<sup>193</sup>.

Ademais, o citado Projeto, que voltou a tramitar recentemente, também pode ser considerado como uma reação à própria decisão exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Tal conclusão é retirada do fato de que a proposta legislativa em questão foi desarquivada exatamente no mesmo dia em que o Relator Celso de Mello terminou de proferir o seu voto no caso da criminalização da homotransfobia, qual seja, 20 de fevereiro de 2019. Isto é, mesmo uma proposição elaborada anteriormente a qualquer julgamento do Supremo pode ser desarquivada e lançada posteriormente como reação do Poder Legislativo.

A análise que se impõe, portanto, é a tênue linha a ser seguida pelo Poder Judiciário, entre a tomada de decisões consideradas de vanguarda e os eventuais futuros retrocessos a serem suportados. De um lado tem-se os julgamentos de temas controversos que, de acordo com o entendimento dos integrantes da Corte, definirão políticas afirmativas, de inclusão e de proteção a garantias e direitos fundamentais, mas que poderão desencadear algum retrocesso nestas mesmas garantias, a partir de uma reação da classe política. De outro canto tem-se a adoção de uma posição comedida pelo Poder Judiciário, que, ao mesmo tempo em que não garantirá avanços significativos nas pautas preferenciais da Corte, igualmente não imporá a determinada parcela de

---

<sup>192</sup> O texto proposto para a alteração do Código Civil é o seguinte: Art. 1.521 [...] Parágrafo único. Nos termos constitucionais, nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar.

<sup>193</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 29 setembro 2023.

cidadãos, na etapa seguinte, o retrocesso de direitos. Além disso, respeitará o chamado constitucionalismo democrático<sup>194</sup>.

Especificamente acerca do debate proposto neste trabalho, muito embora o citado Projeto de Lei nº 5167/2009 – que proíbe expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo – ainda esteja distante da aprovação pelo Congresso, o simples fato de ter retomado o seu trâmite no Poder Legislativo torna evidente que o risco de um enorme retrocesso nos direitos civis de pessoas homossexuais é real e concreto.

---

<sup>194</sup> POST, Robert; SIEGEL Reva. ***Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash***. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf). Acesso em 29 setembro 2023.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordou-se nesta dissertação, inicialmente, o enfrentamento do conceito de Direito Penal Simbólico, as suas possíveis origens e os seus riscos. Nesse sentido, constatou-se que, embora haja críticas de importantes autores, parece consenso na doutrina moderna que o Direito Penal tem como objetivo final a proteção de bens jurídicos essenciais à vida civilizada em sociedade. A partir dessa premissa, tem-se que o simbolismo no Direito Penal surge quando normas penais são editadas com a ambição manifesta de combater a criminalidade e, portanto, proteger bens jurídicos, mas que, em verdade, almejam apenas trazer algum apaziguamento aos ânimos sociais.

Tal opção legislativa – e agora também judicial – pode ter como embrião a demanda popular por maior rigidez na resposta aos crimes de repercussão, mas também a própria Constituição da República, que, ao tutelar os mais diferenciados grupos de pessoas, impõe ao legislador ordinário um atuar que corresponda a tal tutela, o que, via de regra, é concretizado a partir da esfera mais rígida do Direito, qual seja, o Direito Penal. Esse cenário, contudo, não é inerte e traz graves consequências à sociedade, podendo-se citar a ineficácia e o descrédito no sistema e, também, um amplo campo para atuações seletivas e estigmatizantes das agências estatais.

Muito embora não seja o ideal, a atuação simbólica originada do Poder Legislativo se revela natural, porquanto se trata do Poder que mais fielmente retrata a composição da população brasileira, que naturalmente visualiza o recrudescimento de penas como única maneira de frear a criminalidade. Nada obstante, a partir da análise detalhada dos votos proferidos pelos Ministros da Suprema Corte no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26, observou-se certa tendência da Corte em trilhar caminho semelhante. O julgamento se deu a partir de votos que externalizavam certa emoção dos julgadores, em aparente afronta aos termos explícitos da Constituição da República quando trata sobre a finalidade de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Nesse contexto, partindo dos termos teóricos relativos ao Direito Penal Simbólico, elaborou-se um teste que permitira aferir a existência do simbolismo penal em qualquer manifestação estatal, seja legislativa, seja judicial. Assim, diante da percepção de que a

Suprema Corte poderia ter adentrado nesta seara, fez-se a verificação desse teste em relação aos termos da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade.

Portanto, seguindo os termos do teste proposto, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, atuou de maneira a instigar o Direito Penal Simbólico, em corroboração aos termos da hipótese inicialmente cogitada para este trabalho. Traço marcante dessa atuação simbólica diz respeito à ineficácia da medida adotada pela Corte, pois desde a publicação da decisão que criminalizou a homotransfobia, os dados de violência contra o grupo LGBTQI+ apenas se ampliaram e o desamparo às vítimas segue inalterado.

Assim, não se pode enfrentar passivamente a opção do Estado pela adoção do Direito Penal Simbólico como fonte de solução para as mazelas sociais. Como visto, tal medida, além de não confrontar o problema da criminalidade de maneira efetiva, tem potencial de destruir alguma credibilidade que ainda possa ter restado ao sistema penal e à justiça criminal.

Contudo, circunstância que realmente gera inquietação é o ingresso da Suprema Corte brasileira neste jogo perverso, em que, a partir da interpretação de legislações penais, se busca demonstrar virtude a parcela da população, sem que haja verdadeira intenção de combater as origens dos problemas que ditas leis e interpretações têm a pretensão de solucionar.

A questão é sensível e demanda atenção dos operadores do Direito, mas também das autoridades competentes para o exercício dos *checks and balances* e dos próprios Ministros da Suprema Corte. É inconcebível que a mais alta Corte de Justiça brasileira atue de modo a ampliar a seletividade, a violência e a estigmatização advindas da criminalização de condutas, tanto mais quando tal postura sequer apresenta resultados práticos em favor da classe que se prometia tutelar.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Edição bilíngue. Trad. Antônio Campelo Amara e Carlos Gomes. [s.l.]: Vega, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 08 maio 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 02 agosto 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 29 setembro 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 29 setembro 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4. Mai/2011, p. 35-50.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CANELA JR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 1, p. 111-124, mai. 2011.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4, p. 659-676, Mai/2011.

DANTAS, Bruno. (In)Consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos Tribunais no Código de Processo Civil brasileiro. *In: Revista de Processo*, vol. 262/2016, p. 323-344, Dez/2016.

DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Curitiba: IFDDH, 2016.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 172, out/2020, p. 383-419.

\_\_\_\_\_; KOSAK, Ana Paula. Do processo-Rocco ao processo-risco: o paradigma negocial tornando démodée a constitucionalização do processo penal brasileiro. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n.1, p. 163-181, 2023.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994, p. 12-21.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em 18 setembro 2023.

\_\_\_\_\_. **14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp->

content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf. Acesso em 19 setembro 2023.

\_\_\_\_\_. **15º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em 19 setembro 2023.

\_\_\_\_\_. **16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em 19 setembro 2023.

\_\_\_\_\_. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 19 setembro 2023.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Ana Gabriela Carneiro; FERREIRA, Hugo Luís Pena; XAVIER, Bruno Gadelha. Faces da injunção: a retórica concretista frente à eficácia, aplicabilidade e lacunas do fenômeno constitucional. *In: Revista dos Tribunais*, v. 1051/2023, Mai/2023, p. 123-143.

GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. *In: Isonomía*, n. 6, Abr/1997, p. 55-70.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Petição apresentada ao Supremo Tribunal Federal, na condição de Amicus Curiae, no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 18 setembro 2023.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles. et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

\_\_\_\_\_; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología e al Derecho Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, Mai/Ago 2009, p. 139-178. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

\_\_\_\_\_. **Rumo à Juristocracia**: As origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal Parte General. Fundamentos e teoría de la Imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAUFER, Daniel. Direito Penal e Processual Penal de Emergência: conceituação, compreensão e enfrentamento. *In*: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 8, Jan/Jun 2013.

LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Trad. Miguel Morgado Lisboa: Almedina, 2015.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Perspectivas político-criminais e dogmáticas do direito penal no contexto da sociedade de riscos. *In*: **Ciências Penais**, vol. 15. Jul-Dez/2011, p. 357-393.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Edição integral. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MIRANDA, Pontes de. Independência e Harmonia dos Poderes. *In*: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 4, p. 63-86, Mai/2011.

MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**: As formas de governo. A Federação. A divisão dos Poderes. Trad. Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PALMA, Juliana Bonarcorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia da pesquisa em direito**: Técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal**: Composição e indicação de seus ministros. São Paulo: Método, 2012.

POST, Robert; SIEGEL Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf). Acesso em 29 setembro 2023.

REALE JR., Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luis Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUTIS, Luiz Augusto. A rigidez normativa dos princípios penal em Robert Alexy. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 136/2017, Out/2017, p. 35-67.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. **La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TREMBLAY, Luc. **The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures**. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/617.full.pdf+html>. Acesso em: 08 fevereiro 2023.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán. Parte general**. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WALDRON, Jeremy. *Legislatures judging in their own cause*. In: **Legisprudence**, vol. 3, n. 1, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

\_\_\_\_\_. **En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.