



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**

**FACULDADE DE DIREITO**

**GRADUAÇÃO**

**DIEGO HENRIQUE ALBUQUERQUE COSTA**

**CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS POR MEIO DE MANDADO DE  
INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR  
OMISSÃO**

**FORTALEZA**

**2019**

DIEGO HENRIQUE ALBUQUERQUE COSTA

CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS POR MEIO DE MANDADO DE INJUNÇÃO  
E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dra. Juliana Cristine Diniz Campos

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

C871c Costa, Diego Henrique Albuquerque.  
Criminalização de condutas por meio de Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão / Diego Henrique Albuquerque Costa. – 2019.  
87 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.

1. Criminalização de condutas. 2. Omissão inconstitucional. 3. Jurisdição constitucional. 4. Homofobia. I. Título.

CDD 340

---

DIEGO HENRIQUE ALBUQUERQUE COSTA

CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS POR MEIO DE MANDADO DE INJUNÇÃO  
E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dra. Juliana Cristine Diniz  
Campos

Aprovada em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Juliana Cristine Diniz Campos (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Matheus Cintra Bezerra  
Universidad Europea del Atlántico (UNEATLANTICO)

---

Lisandra Cristina Lopes  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, que sempre colocaram,  
em primeiro lugar, o único bem que  
ninguém jamais poderá retirar-me: o  
conhecimento.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter sempre iluminado o meu caminho e ter possibilitado que todos os meus sonhos se realizassem, me dando sempre forças para enfrentar todos os percalços naturais da vida.

Agradeço também à minha mãe, Micheline, meu maior exemplo de intelectualidade e de obstinação, por ter sempre me apoiado em todas minhas decisões, bem como por ser meu porto seguro, onde consigo tranquilidade para perseguir meus objetivos. Agradeço igualmente ao meu pai, Carlos Henrique, por ter me ensinado que é preciso batalhar para se conseguir o que quer, bem como por sempre ter mostrado em seus atos o verdadeiro significado de amor incondicional.

Agradeço à minha avó, Maria Eridan, por ser meu maior exemplo de fé e por me transmitir a sua paz que tanto me tranquiliza. Aos meus dois irmãos, Victor e Rodrigo, agradeço por todo o companheirismo, carinho e momentos de descontração que fazem com que sempre consiga renovar minhas energias e, assim, me mantenha firme na busca pelos meus objetivos.

Ao meu amigo João Paulo, agradeço pela parceria de todos estes anos e por me fazer sentir que, independente do momento, tenho sempre alguém com quem contar, escutar e aprender.

Aos meus amigos Pedro, Guilherme e Igor agradeço pela amizade que desenvolvi ao longo do curso de Direito, bem como pelas experiências fora da faculdade, pois me fizeram sentir pertencente a um ambiente que, em um primeiro momento, se mostrou muito estranho para mim.

Agradeço também ao meu amigo Artur, pela amizade que desenvolvemos neste ano e pelo apoio que foi fundamental para a produção do presente trabalho. Além disso, agradeço aos demais amigos que também fiz no escritório Armando Costa, local de meu primeiro e único estágio, quais sejam: Vanessa, Ronaldo, Nichole, Alex e Lívia.

Aos meus dois avós que não estão mais presentes, Manoel Bento e Maria Enilda, que tenho certeza que, onde quer que estejam, estão extremamente orgulhosos de mim, afinal era um sonho deles me verem formado.

À professora Fernanda Claudia, por todo o apoio dado ao longo do curso e, principalmente, pelo o que fez por mim durante todo este semestre.

À professora Juliana Diniz, que prontamente aceitou ser orientadora deste trabalho, sempre me dando o apoio necessário, me passando confiança.

Aos mestrandos Matheus Cintra e Lisandra Lopes que aceitaram de imediato participar da banca de avaliação.

“Tudo no mundo está dando respostas, o que demora é o tempo das perguntas.”

José de Sousa Saramago

## RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo principal analisar se é possível que, por meio dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão, quais sejam o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), sejam criminalizadas condutas. Isto, pois, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente tanto o pedido contido no Mandado de Injunção nº 4.733, como também na ADO nº 26, a fim de determinar que seja a homofobia enquadrada como tipo penal definido na Lei nº 7.716/1989 (Lei de Racismo). A metodologia utilizada é exploratória e qualitativa, a partir da pesquisa bibliográfica e revisão de literatura, além de pesquisas na legislação e no recente julgado do STF, nas duas referidas ações. Assim, inicialmente, são analisados todos os pontos referentes à criminalização de condutas, a fim de que se compreenda grande parte dos pontos que envolvem tal temática. Em seguida, analisou-se acerca do controle de constitucionalidade, em especial no que tange à omissão inconstitucional e os instrumentos que a Constituição Federal atribuiu ao Judiciário para enfrentá-la. Por fim, sob o ponto de vista voltado, também, à jurisdição constitucional, foi analisada a jurisprudência firmada no STF no julgamento das ações que buscavam reconhecer a mora legislativa em realizar a criminalização da homofobia. Nessa decisão, observou-se diversos pontos que se mostraram incoerentes, tanto por contrariarem princípios constitucionais e penais, bem como por dar uma abrangência incomum aos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão. Logo, foi possível constatar a inviabilidade de que, por meio de tais instrumentos supracitados, seja realizada a criminalização de conduta, em especial da forma como fora feita pela Suprema Corte.

**Palavras-chave:** Criminalização de condutas. Omissão inconstitucional. Jurisdição constitucional. Homofobia.

## ABSTRACT

The present work has as main objective to analyze if it is possible that through the instruments of constitutional control by omission, which are the Injunction Warrant and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission are criminalized conduct. This, recently, the STF has upheld both the request contained in the injunction No. 4,733, as well as the Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26, in order to determine that it is a homophobia framed as the criminal type defined in Law No. 7,716 / 1989 (Law of Racism). The methodology used is exploratory and qualitative, based on bibliographic research and literature review, as well as research on legislation and the recent STF judgment, in the following two actions. Thus, it is possible to analyze all the reference points related to the criminalization of conduct, which comprise most of the points that involve the theme. Then, it was analyzed about the constitutionality control, in particular no omission of unconstitutionality and the instruments that the Federal Constitution attributed to the Judiciary to face it. Finally, from the point of view also focused on constitutional jurisdiction, the case law established in the Supreme Court was analyzed, in the judgment of actions that sought to register a legislative action when conducting a criminalization of homophobia. In this decision, several points were observed that were incoherent, both by constitutional and criminal principles, as well as by a scope received for instruments of control of constitutionality by default. Thus, it was possible to verify the reliability that through these instruments the criminalization of the conduct is carried out, especially as done by the Supreme Court.

**Keywords:** Conduct criminalization. Unconstitutional omission. Constitutional Jurisdiction. Homophobia.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2. CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS .....</b>	<b>15</b>
<b>2.1. Princípio da Reserva Legal e elementos da conduta criminosa .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1.1. Conceito de Reserva Legal .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1.2. Funções do Princípio da Reserva Legal .....</b>	<b>21</b>
<b>2.1.3. Garantias e Consequências .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1.4. Princípios correlatos (Ofensividade, intervenção mínima, adequação social).....</b>	<b>24</b>
<b>2.1.5. Elementos da conduta criminosa .....</b>	<b>27</b>
<b>2.2. Mandados Constitucionais de Criminalização e Bens jurídicos .....</b>	<b>29</b>
<b>2.2.1. Mandados expressos de criminalização .....</b>	<b>30</b>
<b>2.2.2. Mandados implícitos de criminalização .....</b>	<b>31</b>
<b>2.2.3. Judicialização dos mandados .....</b>	<b>34</b>
<b>2.2.4. Bens jurídicos e valores sociais: criminalização do imoral? .....</b>	<b>35</b>
<b>3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OMISSÃO LEGISLATIVA.....</b>	<b>39</b>
<b>3.1. Controle de Constitucionalidade e Omissão Legislativa .....</b>	<b>42</b>
<b>3.1.1. Controle de constitucionalidade repressivo .....</b>	<b>44</b>
<b>3.1.2. Omissão legislativa e controle de constitucionalidade .....</b>	<b>45</b>
<b>3.2. Instrumentos do Controle de Constitucionalidade por Omissão .....</b>	<b>48</b>
<b>3.2.1. Mandado de injunção .....</b>	<b>48</b>
<b>3.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) .....</b>	<b>51</b>
<b>3.3. Efeitos da decisão que decreta a mora legislativa .....</b>	<b>56</b>

<b>4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ENTENDIMENTO DO STF .....</b>	<b>61</b>
<b>4.1. Jurisdição constitucional e ativismo judicial .....</b>	<b>64</b>
<b>4.1.1. <i>A nova hermenêutica constitucional e o ativismo judicial</i> .....</b>	<b>65</b>
<b>4.1.2. <i>Direito das minorias e ativismo judicial</i> .....</b>	<b>67</b>
<b>4.2. Função normativa da jurisdição constitucional e criminalização de condutas.....</b>	<b>69</b>
<b>4.3. STF e a Criminalização da Homofobia .....</b>	<b>74</b>
<b>4.3.1. <i>Histórico de discriminação e Judiciário como legislador positivo na criminalização da homofobia</i> .....</b>	<b>75</b>
<b>4.3.2. <i>Omissão inconstitucional e conduta protelatória praticada pelo Congresso Nacional</i> .....</b>	<b>77</b>
<b>4.3.3. <i>Possíveis soluções para a colmatação da omissão inconstitucional</i> .....</b>	<b>79</b>
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>83</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>85</b>

## 1. INTRODUÇÃO

As diversas discriminações sofridas pela comunidade LGBT tem sido cada vez mais exposta pela mídia e discutida pela sociedade. O fato é que tais discriminações atingem importantes bens jurídicos destas pessoas, em cima à própria vida, pois percebe-se que, na realidade brasileira, as pessoas ainda morrem pelo simples fato de serem homossexuais.

Diante do cenário assustador que a comunidade LGBT enfrenta, diariamente, passou-se, cada vez mais, a também se discutir acerca da necessidade de que seja criminalizada a conduta homofóbica, ou seja, de atos discriminatórios contra a comunidade LGBT. Porém, em que pese toda esta realidade, o Poder Legislativo mostrou-se inerte em agir para realizar tal criminalização, tendo em vista, inclusive, os atos protelatórios em votar o Projeto de Lei que versa acerca de tal criminalização.

Devido a esse descaso por parte do Legislativo, foi proposto tanto um Mandado de Injunção, quanto uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), visando que o Judiciário suprisse essa omissão legislativa, tendo em vista a infeliz realidade que os homossexuais enfrentam no país. Assim, foi requerido, nessas ações, que o Supremo Tribunal Federal (STF) realizasse a tipificação, bem como a cominação legal da homofobia. Caso não fosse aceito este pedido, que fosse aplicada Lei de Racismo, a fim de que se tornasse igualmente crime a conduta homofóbica; pedido o qual foi julgado procedente, por maioria, pelo STF.

Portanto, tendo em vista todo este cenário, é preciso analisar com maior cautela se este julgamento, em que se pese a sua importância para a sociedade, foi de fato realizado de forma coerente. Afinal, é possível que o Judiciário supra a omissão legislativa inconstitucional e, dessa forma, realize a criminalização de condutas? Além disso, os instrumentos disponibilizados pela Constituição permitem que isso seja feito?

Será buscado, então, no presente trabalho, responder a tais questionamentos, analisando-se perspectivas diversas, fugindo de uma análise meramente legalista e distanciada da realidade, pois não se mostra coerente qualquer análise no que tange a este julgamento proferido pelo STF que se distancie da realidade discriminatória vivida pelo país.

A metodologia utilizada para o presente trabalho será exploratória e qualitativa, a partir da pesquisa bibliográfica e de revisão de literatura (doutrinas especializadas, artigos e trabalhos monográficos), bem como de pesquisa documental (artigos de lei e decisões judiciais).

Assim, no primeiro capítulo, nos dedicaremos a analisar os principais pontos que envolvem a criminalização de condutas. Iremos, então, verificar o que se pode extrair do princípio da reserva legal, bem como dos princípios correlatos a este. Então, ainda na perspectiva da criminalização de condutas, será estudado o que se entende por mandados constitucionais de criminalização, importante conceito utilizado, inclusive, na citada decisão do STF. Além disso, buscar-se-á fazer uma análise da relação que há entre os bens jurídicos do Direito Penal e os valores sociais, afinal questiona-se: o que ocorre no Direito é a criminalização do imoral?

No segundo capítulo, será analisado o controle de constitucionalidade brasileiro, os princípios que o envolve e as suas principais características. Será observado, em especial, o controle de constitucionalidade na sua modalidade por omissão e o que se entende por omissão inconstitucional. Após isso, será estudado os instrumentos que a Constituição disponibilizou ao Judiciário para que enfrente o vício da inconstitucionalidade por omissão. Ao final deste capítulo, estudaremos os efeitos da decisão por parte do Judiciário ao reconhecer a mora legislativa.

Por fim, no terceiro capítulo, serão vistos pontos de grande importância, que envolvem a jurisdição constitucional, dentre eles o ativismo judicial e a função normativa das decisões proferidas pelo Judiciário em sede de jurisdição constitucional, bem como a relação desta função com a criminalização de condutas. Firmes todos estes pontos, será, enfim, analisado o entendimento firmado pelo STF, verificando os principais pontos que envolvem a decisão proferida.

Feitas todas estas considerações e análises, pretende-se compreender a temática de uma maneira abrangente e, então, verificar se é possível que sejam criminalizadas condutas através dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão.

## 2. CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

Para entender acerca da criminalização de condutas, é preciso, antes, estudar o que se entende por crime, pois a sua definição traz diversas consequências, tanto no que tange ao *ius puniendi* estatal, como também em relação ao próprio objeto da presente pesquisa.

Importante ressaltar que trazer um conceito de crime depende de uma análise, eminentemente, doutrinária, posto que a legislação penal brasileira não trouxe uma definição sólida do que caracteriza uma conduta como sendo criminosa. Na realidade, a Lei de introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/41) limita-se, em seu art. 1º, a fazer uma distinção objetiva e não aprofundada do que vem a ser crime, na medida em que tão somente correlaciona tal conceito com a penalidade que poderá ser aplicada, qual seja: a de reclusão ou a de detenção.

Percebe-se que em nada auxilia o conceito trazido pela lei, tendo em vista que serve tão somente para diferenciar crime de contravenção penal. De fato, este conceito é bastante claro e traz a objetividade típica de um texto legal, podendo ser facilmente entendido e diferenciado estes dois institutos, tendo em vista que, caso seja aplicada pena de reclusão ou de detenção, estamos diante de um crime e, caso seja aplicada pena de prisão simples, entenderemos tratar-se de uma contravenção penal. Porém, para a finalidade que busca o presente trabalho, o conceito de crime trazido pela não carrega uma base sólida para tratar de criminalização de condutas.

Conforme explica BITENCOURT (2018, p. 409): “Ao contrário dos Códigos Penais de 1830 (art. 2º, § 1º) e 1890 (art. 7º), o atual Código Penal (1940, com a Reforma Penal de 1984), não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional.” Estes dois citados dispositivos dos códigos penais de 1830 e 1890 traziam uma definição formal de crime, ou seja, definiam-no como sendo toda ação ou omissão que fosse contrária à lei. O abandono de tais conceitos foi, na realidade, uma conquista do Direito Penal brasileiro, pois admitir que a lei, assim como foi feito, trouxesse uma definição puramente formal de crime não traduzia, precisamente, o seu real conceito.

Portanto, conforme anteriormente afirmado, com a atual previsão legal, pode-se dizer que passou a ser papel da doutrina buscar este conceito de crime. Trata-se do desenvolvimento da chamada Teoria Geral do Delito.

O conceito clássico de crime foi aquele desenvolvido pelo positivismo científico. Tal corrente científica dava relevância à norma jurídica como o principal fundamento do direito, tomando como premissa a concepção de que uma norma é justa somente se for válida (BOBBIO, 2001), ou seja, seguindo essa ideia, a ciência penal trazia um conceito intrinsecamente formal da conduta humana que poderia ser entendida como crime.

O problema trazido por esta concepção é o fato de ser bastante limitada, tendo em vista estar distante do real sentido caracterizador da conduta criminosa, bem como por se distanciar da própria realidade e das mudanças sociais. Tratando dessas definições puramente formais, ensina Mirabete e Fabbrini (2010, p. 81):

Essas definições, entretanto, alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal. Não penetram, contudo, em sua essência, em seu conteúdo, em sua “matéria”.

Percebe-se que esta concepção positivista de ciência se tornou insuficiente para o Direito Penal, pois admitir um conceito de crime ligado a simples ideia de uma norma formalmente produzida fazia com que se abandonasse a noção de que esta poderia, em dado momento, destoar da própria essência do ordenamento jurídico vigente e, então, o conceito de crime tornar-se-ia vazio de sentido prático.

Distanciando-se desta concepção formal de delito, surge o conceito material, que aproxima a ideia de crime com a de ofensa a um bem protegido pela lei, ou seja, de ofensa a um bem jurídico. Tal concepção trouxe uma investigação mais voltada para ciências extrajurídicas, que foram abandonadas pela concepção formal, tais como a Sociologia, a Psicologia, a Filosofia, etc. Leva-se em conta, então, o desvalor social da conduta, ou seja, o que determinada sociedade, em determinado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal (PRADO, 2013).

Assim, ao contrário do que se entende no conceito formal de delito, a conduta criminosa aqui é encarada mais próxima da realidade social, dos seus maiores anseios. Contudo, é importante mencionar que isto não quer dizer que crime é tão somente aquilo que é visto pela sociedade como incorreto.

O Estado tem como finalidade obter o bem jurídico coletivo, velando pela estabilidade das coletividades, pela paz, pela harmonia e pelo equilíbrio social. Logo, fazendo a valoração dos bens tidos como mais importantes para a sociedade, o Estado

traz a noção de bem jurídico e os protege por meio da lei penal. Então, segundo a concepção material, quando se viola um bem jurídico e, conseqüentemente, a lei penal, caracteriza-se a conduta como crime.

Portanto, percebe-se que, no conceito material de crime, ainda há uma valoração da lei penal, pois é esta que define os bens jurídicos que são valorados pelo Estado como de maior relevância e imprescindibilidade. Conforme Brandão (2007, p. 9):

A ideia de bem jurídico não é desvinculada da ideia de valor, visto que o bem jurídico é precisamente o valor protegido pela norma penal, mas esse valor cumpre a função de resguardar as condições de convivência em sociedade de um determinado grupo humano.

Dessa forma, o conceito material, mesmo trazendo a ideia de crime mais relacionada à violação das questões mais valiosas à sociedade, ou seja, como sendo a violação a um bem jurídico, ainda assim, não abandona a necessidade de uma norma penal para regulamentar tais condutas.

Porém, na realidade, tanto o conceito formal, quanto o conceito material de crime não se mostram como eficazes para permitir que a doutrina realize uma análise contundente dos elementos que estrutura o conceito de crime (BITENCOURT, 2018).

Nota-se que tem evoluído o conceito de crime que o vincula aos elementos que o compõe, qual seja o conceito analítico de crime. Inicialmente, tais elementos eram divididos de maneira bipartida, distinguindo-os em fato e culpabilidade. No primeiro, era incluído o conteúdo objetivo disposto na lei, bem como a própria antijuridicidade da conduta. Já a culpabilidade era entendida como todo o elemento subjetivo do tipo, aqui incluído todo o material anímico e psicológico relativo ao fato e ao autor (PRADO, 2013).

Contudo, passou a ser amplamente defendida, na doutrina, a definição tripartida de crime, como sendo uma ação típica, antijurídica e culpável. Posteriormente, será apresentado um detalhamento acerca dos elementos que constituem o crime. Por enquanto, importa-nos compreender somente que prevalece, na doutrina, a conceituação de crime a partir da análise dos elementos que o compõe, seja por meio do conceito bipartido ou tripartido de delito e, assim, por intermédio desta análise faz-se a criminalização de condutas.

Com a criminalização das condutas, o Direito Penal atinge a sua finalidade, que se dá através da aplicação da pena. É preciso se ter em mente que esta finalidade consiste em proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade (GRECO, 2017). Desta forma, nota-se que o Direito Penal não está distante dos anseios sociais, tendo em vista que é justamente os bens jurídicos mais essenciais à comunidade e ao indivíduo que este ramo do Direito visa proteger.

Assim, vê-se aqui que a criminalização de condutas é, intrinsecamente, ligada à ideia de bem jurídico, pois é a busca pela sua proteção que constrói os diversos tipos penais existentes no ordenamento jurídico.

Sendo essa a finalidade do Direito Penal, entende-se o bem jurídico como uma situação social positivamente valorada, ou seja, são aquelas condutas tidas como essenciais para o desenvolvimento humano. Pode-se perceber que há uma nítida influência da sociedade acerca do que se entende por bem jurídico. Ora, se este é justamente aquilo que a sociedade mais preza como fundamentos básicos, é evidente que estará sujeito às próprias mudanças sociais.

Seguindo essa ideia de influência social na escolha dos bens jurídicos, afirma Greco (2017, p. 34):

Quando dissemos ser político o critério de seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal, é porque a sociedade, dia após dia, evolui. Bens que em outros tempos eram tidos como fundamentais e, por isso, mereciam a proteção do Direito Penal, hoje, já não gozam desse status.

Entendendo o que é propriamente bem jurídico, devem-se estabelecer quais aqueles que, se violados, geram a necessidade de proteção, pois não é suficiente o repúdio social de determinada conduta para torná-la criminosa, é preciso fazer uma seleção daquilo que, de fato, deve ser de interesse de proteção pelo Direito Penal.

Na realidade, o Direito Penal sequer serve para proteger, de maneira absoluta, a moral, a religião, os valores culturais, os interesses governamentais, os direitos subjetivos e, até mesmo, a norma em si. O Estado somente irá intervir na limitação da liberdade dos indivíduos, quando estiverem em questão os bens mais relevantes para a convivência humana, bem como somente quando tal violação torne-se intolerável e, ainda, quando não exista outra forma de tutela mais adequada (GOMES, 2002a).

Nota-se que o que ocorre é uma verdadeira seleção dos bens jurídicos mais fundamentais à sociedade. Deve-se ter em mente, então, quais as fontes do Direito Penal, ou seja, quem possui a legitimidade para realizar a supracitada seleção e qual o instrumento que poderá ser utilizado para fazê-la.

Tais fontes são classicamente divididas em materiais, que são as denominadas fontes de produção, e em formais, estas entendidas como as fontes de cognição. As primeiras relacionam-se à origem do direito, e as outras, às formas de manifestação das normas jurídicas (BITENCOURT, 2018).

O Estado aparece como a única fonte de origem do Direito, sendo a lei o instrumento para materializar sua vontade. Conforme anteriormente exposto, incumbe ao Estado realizar o filtro dos bens jurídicos que irá proteger e tal manifestação de vontade se dá por meio da norma jurídico penal.

Logo, é somente por meio do instrumento legal que o Estado torna obrigatória a proteção a determinado bem jurídico. De acordo com isso, defende Bittencourt (2018, p. 269):

A lei, nos Estados Democráticos de Direito, constitui a expressão suprema da vontade do Estado, fonte primária do direito, a que outras fontes se condicionam e subordinam. Enfim, somente na lei formal as normas penais podem encontrar fundamento político-jurídico para sua obrigatoriedade.

Pode-se constatar que temos sempre de um lado um bem jurídico, o qual é voltado mais para os anseios sociais e de outro lado temos a lei, como a manifestação de vontade do Estado de valoração daqueles bens tidos como mais essenciais à sociedade, a fim de torná-los objeto de proteção do Direito Penal, podendo, ainda, a sua violação ser ou não caracterizada como crime, a depender da situação, conforme se depreenderá da análise do conceito analítico de delito.

Partindo de uma compreensão superficial, poder-se-ia imaginar que a temática é simples e não envolve demais polêmicas, já que se pode alegar simplesmente que a fonte do Direito Penal é a lei e, assim sendo, a criminalização de condutas deverá ser feita somente por meio desta. Contudo, o processo de criminalização não está distante dos anseios sociais, tendo em vista a mencionada finalidade do Direito Penal. Logo, o formalismo legal pode ser encarado por diferentes visões, conforme será exposto.

De antemão, é preciso, para iniciar o estudo acerca da criminalização de condutas, realizar um deslinde em relação a dois pontos específicos, quais sejam, a análise do princípio da reserva legal penal como norma norteadora de todo o Direito Penal, bem como, a partir disso, entendermos como se dá a criminalização de condutas, por meio da análise do conceito analítico de delito.

Feita essa análise, é preciso ainda ampliar o estudo acerca da criminalização de condutas, que será feito por meio da análise da denominada teoria dos Mandados Constitucionais de Criminalização e, assim, perceber qual a sua influência no que tange à temática ora desenvolvida.

Somente após isso, é que buscaremos entender a influência que a sociedade possui no que tange a criminalização de condutas. Afinal, os anseios sociais interferem ou devem ser levados em conta no que tange à criminalização de condutas? Ou ainda, o Direito Penal tem como objetivo proteger a moral social?

## **2.1. Princípio da Reserva Legal e elementos da conduta criminosa**

### **2.1.1. Conceito de Reserva Legal**

O princípio da reserva legal é retirado do brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, o qual prevê que não há crime nem pena sem lei prévia ao fato. Sua origem remota na Magna Carta de João Sem Terra, escrita em 1215, que, em seu art. 39, previa que nenhum homem livre poderia ser punido senão pela lei do seu país.

Entende-se que o princípio da reserva legal é um verdadeiro norteador de todo o Direito Penal, posto que, segundo esse princípio, a elaboração das normas desse ramo do Direito deverá ser feita, exclusivamente, por meio da lei em seu sentido estrito. Assim, acerca dessa restrita abrangência, reforça PRADO (2013, p. 158):

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (stricto sensu). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal).

Tido também por grande parte da doutrina como sinônimo do princípio da legalidade, depreende-se, igualmente, que só poderá haver punição de um fato se, antes de ser praticado, exista uma lei que considere a prática daquele ato como crime. Assim, em consonância com o que foi visto anteriormente, somente por meio da manifestação

de vontade do Estado (que se dá por meio da lei) é que poderá haver criminalização de uma conduta e, conseqüente, a sua penalização.

Dessa forma, mesmo que o ato praticado seja tido pela sociedade como imoral ou danoso, não haverá que se falar em possibilidade de punição do infrator se não houver previsão legal da conduta como sendo criminosa, sendo irrelevante a circunstância de, após a prática do ato, entrar em vigor lei que tipifique a conduta como infração penal (MIRABETE e FABBRINI, 2010).

Dentre a classificação doutrinária feita acerca dos princípios do Direito Penal, este é tido como um princípio constitucionalmente expresso, tendo em vista estar previsto no próprio texto da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXIX. Além disso, em consonância com o dispositivo constitucional, o próprio Código Penal também inseriu expressamente, em seu art. 1º, que “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*”.

Pode-se perceber a grande importância desse princípio no ordenamento jurídico penal, tendo em vista que está incluído no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal (sendo, então, cláusula pétrea, conforme art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88), bem como por ser a primeira norma trazida pelo Código Penal brasileiro.

### 2.1.2. Funções do Princípio da Reserva Legal

Este princípio assume tamanha importância no Direito Penal, tendo em vista as diversas funções e desdobramentos que possui. Dentre essas funções, está a de proibir a retroatividade da lei penal, pois, conforme anteriormente exposto, a circunstância de uma lei vir a criminalizar determinada conduta não faz com que se alcancem os atos praticados antes da sua vigência. Tal desdobramento do princípio da reserva legal é também previsto, expressamente, na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XL. De acordo com isso, ressalta Greco (2017, p. 176):

Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

Decorre, também, deste princípio a proibição de serem criados crimes e penas pelos costumes, posto que não há crime sem lei escrita que o defina como tal, tendo em

vista que esta é a única fonte de conhecimento imediata<sup>1</sup> do Direito Penal. (GRECO, 2017).

Outro importante desdobramento do princípio da reserva legal é a vedação do emprego da analogia como meio de criminalizar condutas, proibição que terá grande importância para o desenvolvimento do presente trabalho.

A analogia consiste em um método de aplicação e integração do Direito que possibilita ao aplicador da norma jurídica estender a um determinado caso aquilo que o legislador previu em outro de semelhantes condições. Logo, por meio da analogia, o Direito assume uma maior abrangência na aplicação de suas normas, à medida que atinge situações não previstas pelo legislador. Na realidade, tal método vai além dessa visão de vontade presumida do legislador, conforme explica Maximiliano (2017, p. 202):

Funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na vontade presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes; neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito.

Portanto, denota-se a eminente função social do método analógico, posto que, por meio dele, se reconhece a limitação do legislador em prever todas as situações que possam eventualmente surgir, bem como é um verdadeiro instrumento de garantia da igualdade, na medida que permite que situações semelhantes sejam tratadas da mesma forma, evitando, assim, a incoerência na aplicação do Direito.

Contudo, no que tange à criminalização de condutas, deve-se ter mais cautela no que tange à aplicação do método analógico, pois se deve considerar se a aplicação deste método é em prejuízo ou a favor do réu. Portanto, sendo a norma incriminadora, ou não, caso esta venha a ser prejudicial ao réu, o emprego da analogia será vedado. Destarte, é evidente que, havendo a criminalização de determinada conduta por meio da analogia, esta será sempre prejudicial ao réu, posto que seja ele aquele que sofre as consequências da persecução penal e, logo, não poderá ser utilizada a aplicação analógica no que tange à criminalização de condutas (PRADO, 2013).

---

<sup>1</sup> Fonte de conhecimento é como também são chamadas as fontes formais do Direito Penal. Estas são divididas em imediatas e mediatas. A lei é a única fonte formal imediata do Direito Penal, sendo os costumes e os princípios gerais do direito espécies de fontes formais mediatas.

Em contrapartida, tratando-se de norma não incriminadora e desde haja benefício da condição do réu, poderá ser utilizado o método analógico. Trata-se da chamada analogia *in bonam partem*, que não é vedada pelo Direito Penal, tendo em vista que não viola o princípio da reserva legal. Assim, explica de maneira bastante clara Bitencourt (2018, p. 295):

Os Estados Democráticos de Direito não podem conviver com diplomas legais que, de alguma forma, violem o princípio da reserva legal. Assim, é inadmissível que dela resulte a definição de novos crimes ou de novas penas ou, de qualquer modo, se agrave a situação do indivíduo. Dessa forma, as normas penais não incriminadoras, que não são alcançadas pelo princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, podem perfeitamente ter suas lacunas integradas ou complementadas pela analogia, desde que, em hipótese alguma, agravem a situação do infrator.

Percebe-se a importância desse desdobramento do princípio da reserva legal, pois, apesar de a analogia estar prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como sendo uma forma de aplicação do direito, esta será limitada pelo conteúdo da norma a ser espelhada e pela circunstância do caso concreto, pois, além de não poder criminalizar condutas, só poderá ser utilizada, em matéria penal, em benefício do acusado.

Por último, ainda como desdobramento do princípio da legalidade, está a proibição de incriminações vagas e indeterminadas, conforme consta no brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

### 2.1.3. Garantias e Consequências

Diante de todos esses desdobramentos, percebe-se que o princípio aqui analisado traz diversas garantias e consequências, na medida em que limita as fontes formais do Direito Penal, bem como seja uma verdadeira salvaguarda da liberdade pessoal de cada indivíduo. (PRADO, 2013).

Pode-se entender, também, como benefício trazido por esse princípio a garantia jurisdicional e a garantia penitenciária. Assim, em relação à primeira, prevê o art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, em que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, esta que será definida pela própria constituição ou pela própria lei. Além disso, ainda como garantia jurisdicional, está a, também, previsão expressa constitucional da presunção de inocência, contida no seu art.

5º, inciso LVII, na medida em que garante ao acusado todo um processo criminal, no qual somente poderá ser tido como culpado após a observância de todos os trâmites legais processuais, bem como houver transitado em julgado a decisão que o condenou.

Já em relação à garantia penitenciária, é estabelecido que a sanção penal será executada na forma prescrita na lei, bem como de acordo com os preceitos constitucionais.

Assim, ainda que por diversas vezes as injustiças, a revolta para com as diversas situações e o próprio sentimento de defesa desses valores sociais estejam presentes nos desejos mais aflorados da sociedade, não se pode admitir que, por conta disso, afaste-se totalmente o princípio da reserva legal. Isto não significa uma indiferença com a realidade injusta e discriminatória que a sociedade enfrenta em diversas situações em detrimento de um mero formalismo burocrático.

Trata-se, na realidade, de uma verdadeira garantia ao cidadão, conforme visto. Além disso, de acordo com o que até aqui foi exposto, o princípio da reserva legal traz consigo diversas consequências limitadoras ao *ius puniendi* do Estado, além de diversas garantias ao indivíduo. Portanto, afastar totalmente a incidência deste princípio é um fato, no mínimo, que atenta contra os direitos fundamentais dos indivíduos, cláusula pétrea na nossa atual Constituição Federal.

#### 2.1.4. Princípios correlatos (Ofensividade, intervenção mínima, adequação social)

Por fim, podem-se citar alguns princípios que são correlatos ao da reserva legal e que devem ser aplicados de forma concomitante a este. Dentre esses, destaque-se, primeiramente, o princípio da ofensividade.

Conforme visto anteriormente, a definição de determinada conduta como criminosa é precedida sempre de ofensa a um determinado bem jurídico. Assim, para que determinada conduta seja tida como criminosa é necessário que esta, efetivamente, tenha obstruído a convivência em sociedade, na medida em que danos que não propiciem uma verdadeira perturbação da vida social não recebam atenção do Direito Penal (SILVA, 2008). Isto é o que prevê o princípio da ofensividade, ou seja, só serão criminalizadas as condutas quando, efetivamente, houver uma lesão a um determinado bem jurídico.

Assim, a atividade legislativa que, por óbvio, garante a observância do princípio da reserva legal deverá ser norteadada, também, pelo princípio da ofensividade, posto que a valoração dos bens jurídicos deva ser feita de acordo com a efetiva ofensa que determinada conduta impõe a um bem jurídico. Acerca da correlação entre esses dois princípios, explica Gomes (2002a, p. 34):

Do ponto de vista sistemático ou, mais precisamente, dogmático, já tivemos ocasião de sublinhar que a ofensa (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) não é um *plus* extranormativo (inventado pelo intérprete) que é exigido para a existência do delito (do injusto penal), senão (mais) um requisito (do fato típico) que está condicionado e limitado pela legalidade (*nulla iniuria sine lex*).

Ademais, o princípio da legalidade também está diretamente relacionado com o princípio da intervenção mínima, visto que este princípio é um verdadeiro limitador da atuação do Estado, fonte de criação do Direito Penal, e, portanto, também limitador da própria atividade legislativa.

Tal princípio possui como características a fragmentariedade e a subsidiariedade. A primeira significa que somente quando a ofensa ao bem jurídico torne-se intolerável é que poderá esta ser criminalizada; enquanto que a segunda característica traz a ideia de que o Direito Penal somente se ocupa de defender determinado bem jurídico quando não houver outro meio mais idôneo de realizá-lo.

Tal correlação entre esses dois princípios não é estranha ao que foi exposto até o presente momento, tendo em vista que já foi dito que a seleção dos bens jurídicos feita pelo Estado somente deve ocorrer, quando estiverem sendo atingidos aqueles bens mais relevantes à sociedade, no momento em que as violações se tornem intoleráveis (fragmentariedade) e o Estado não possua outra forma mais adequada para realizar a proteção de tais bens (subsidiariedade).

Conforme exposto, o estudo, por si só, do princípio da legalidade permite entender a necessidade de previsão legal por parte do Estado das condutas que são tidas como criminosas, ao passo que aliado ao princípio da ofensividade é que passamos a entender quais as condutas que o Estado deve punir, ou melhor, quais os bens jurídicos que, se violados, devem ser defendidos pelo Direito Penal.

Ocorre que é somente estudando o princípio da intervenção mínima que entendemos quando o Estado não deve punir, ou seja, trata-se aqui de entender os momentos em que o Estado não deve ser legitimado a atuar com violência perante determinadas pessoas. Portanto, de um lado há uma legitimação, por parte da própria sociedade, para que o Estado exerça o seu poder punitivo, tendo em vista a necessidade de proteger os bens jurídicos mais importantes e, por outro lado, há a imposição de limites ao Direito Penal, tendo em vista as inúmeras injustiças realizadas por este ramo do Direito ao longo da história (PUGLIESE, 2011).

Dessa forma, a penalização do indivíduo deve ser, de fato, encarada como *ultima ratio*, na medida em que o Direito Penal não é suficiente para alcançar os objetivos sociais traçados pela própria Constituição Federal, tendo em vista o seu caráter, eminentemente, agressivo e pouco ressocializador. Em consonância com isto, com uma elaborada crítica ao sistema penal, afirma QUEIROZ (2002, p. 141):

De todo o exposto, resulta que o direito penal mínimo não é solução (panaceia, tampouco), mas parte da solução. Fundamental é privilegiar outras instâncias de controle social (família, escola, informação etc.), por meio da democratização da prevenção e da efficientização do controle administrativo, reservando a intervenção penal para situações absolutamente irrenunciáveis, segundo os princípios de adequação, lesividade, proporcionalidade, porque, definitivamente, o controle da criminalidade tem, em verdade, pouco a ver com o controle penal.

Enfim, entende-se daí que o legislador deve ter cautela, no momento de buscar definir uma conduta como crime, afinal é extremamente perigoso a banalização do Direito Penal.

Pode-se, então, constatar que a criminalização de condutas, que está diretamente relacionada ao princípio da reserva legal, deve ser, também, guiada por todos esses princípios correlatos. Assim, a lei, por si só, não é suficiente para criminalizar condutas, posto que deve sempre observar se esta conduta, de fato, é lesiva, bem como se esta tornou-se intolerável e se o Estado não possui outro meio para defender o bem jurídico violado.

Tal é tão verdade, que se, em determinado momento, certa conduta prevista como crime deixar de ter relevância social pode vir a ser descriminalizada, seja por meio de outra lei posterior ou, até mesmo, por meio de mudança de interpretação

judicial. Isto não quer dizer que haja uma liberalização dos comportamentos que sejam descriminalizados. Na realidade, o que ocorre aqui é o reconhecimento de que tais condutas já não são mais dignas de proteção penal (QUEIROZ, 2002).

Assim, de acordo todas essas características acerca do princípio da reserva legal, resta evidente que este pode ser considerado como norteador de todo o Direito Penal, tendo em vista as diversas garantias e consequências que traz ao ordenamento jurídico, à sociedade e ao indivíduo. Além disso, é importante frisar que tal princípio está sempre vinculado a outros de grande importância ao Direito Penal e a consequência disso é a própria complexidade do processo de criminalização de condutas.

#### 2.1.5. Elementos da conduta criminosa

Visto essas diversas questões principiológicas que envolvem a criminalização de condutas, entendemos o quão complexo é a tipificação legal da conduta criminosa. A partir daí, então, faz-se necessário entender quais os elementos que compõe a conduta identificada como crime pela legislação. Tal análise é feita por meio do conceito analítico de delito que enuncia todos estes elementos que compõe o conceito de infração penal, sem que precise fragmentar o conceito para fazê-lo (GRECO, 2017).

Ocorre que, conforme já delineado, há uma divergência doutrinária no que tange a tais elementos, gerando os conceitos bipartido e tripartido de crime. Segundo o primeiro, crime é um fato típico e antijurídico, em que a culpabilidade é a reprovação social da conduta, não integrando o conceito de delito, mas tão somente uma condição de imposição da pena. Já a teoria tripartida inclui a culpabilidade, também, como componente do conceito de crime e, portanto, excluindo-a deixa de haver delito (SILVA, 2008).

Não interessa, aqui, tomar uma posição acerca de qual teoria seria a mais adequada, mas tão somente entender no que consiste cada um desses três aspectos, sejam eles todos elementos do crime ou não.

Entende-se por fato típico como sendo o comportamento humano comissivo ou omissivo que provoca, em regra, um resultado, e é previsto na lei como crime (MIRABETE e FABBRINI, 2010). Assim, nota-se que o fato típico se constitui de uma conduta, que pode ser uma ação ou omissão, a qual gera, na maioria das vezes, um

determinado resultado, havendo entre este ato e a sua consequência um nexo de causalidade, em que há sempre a figura da tipicidade (previsão legal).

Dessa forma, esta última característica (tipicidade) está diretamente relacionada ao princípio da reserva legal, na medida em que o conjunto que forma a conduta, o resultado e o nexo de causalidade só irá ser enquadrado como partes que fundamentam o crime, quando houver a previsão daquela conduta na lei. Assim, explica Silva (2008, p. 102):

O juízo de tipicidade consiste em verificar se a conduta praticada se adequa perfeitamente a uma norma penal incriminadora já existente. Essa norma penal é chamada de tipo. Se não houver a perfeita adequação da conduta ao modelo legal, o fato será atípico e, via de consequência, não haverá crime.

Já a antijuridicidade é definida por Mirabete e Fabbrini (2010, p. 159) como sendo “a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico”. Dessa simples afirmação, notamos a estreita correlação entre a antijuridicidade e o fato típico, na medida em que o fato típico é tido como antijurídico até que haja prova em contrário.

Assim, a conduta típica é, em regra, também dita como antijurídica, somente podendo-se afastar tal presunção, quando presentes as causas de exclusão de antijuridicidade, tais como o estado de necessidade, a legítima defesa, etc. Havendo essas causas excludentes, afasta-se também a tipicidade e, conseqüentemente, a conduta não é tida como criminosa. Dessa forma, explica Brandão (2007, p. 55): “Quando se exclui a antijuridicidade, exclui-se a própria tipicidade, porque as causas de justificação são elementos negativos do tipo, as quais anulam a adequação da conduta a ele.”.

Daí depreende-se o que havia sido, anteriormente, afirmado, no que tange ao fato de que a mera previsão legal não permite, por si só, a caracterização de determinada conduta como sendo criminosa, na medida em que, ocorrendo tais causas excludentes de antijuridicidade, não haverá como se falar em conduta criminosa.

Por fim, no que se refere à culpabilidade, diversas teorias buscaram defini-la e buscar os elementos que a compõem. Porém, foi com a teoria finalista desenvolvida por Welzel<sup>2</sup> que se chegou ao conceito mais preciso acerca da culpabilidade, na medida em

---

<sup>2</sup> A teoria eliminou a separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, na medida em que retirou todos os elementos subjetivos que integravam o conceito de culpabilidade, trazendo-se, portanto, uma concepção puramente normativa. Assim, por meio desta, deslocou-se os

que se passou a entender que a culpabilidade é a reprovabilidade de conduta típica e antijurídica. Assim, ao passo que o fato típico e antijuridicidade fazem um juízo sobre o fato praticado, a culpabilidade faz um juízo sobre o autor do fato, ou seja, trata-se de um juízo de reprovação pessoal, pois o autor do fato, podendo se comportar conforme o direito, optou por não o fazer (BRANDÃO, 2007).

Ocorre que, independentemente de se entender que a culpabilidade é, ou não, elemento constitutivo da conduta criminosa, a consequência final, quando esta é excluída, é a mesma: a não imposição de pena ao indivíduo. Assim, quer seja vista como condição de imposição da pena, quer seja vista como condição para a própria existência de crime, a consequência final não diverge: o indivíduo deixa de sofrer as consequências da prática de determinada conduta.

Analisados todos os elementos que compõem a conduta criminosa, é perceptível a complexidade que se dá para que determinada conduta seja tida como criminosa e, por fim, seja-lhe aplicada uma pena. Assim, sem a presença desses elementos, o tipo penal torna-se vazio, não havendo sentido a sua previsão legal.

Portanto, no momento de criminalizar determinada conduta, o legislador deve fazê-lo, tendo em mente a ilicitude daquela conduta, ao passo que não haveria sentido, por exemplo, criminalizar uma conduta que estivesse encoberta pela legítima defesa. Além disso, a criminalização de condutas deve passar, também, por um estudo acerca da reprovabilidade desta, afinal também não haveria sentido, a título de exemplo, criminalizar condutas praticadas por doentes mentais.

O que se quer neste ponto afirmar, então, é que para se criminalizar determinadas condutas, o legislador deve ter em mente os próprios elementos que constituem ou complementam o crime. Desta forma, ainda que se queira admitir a criminalização de condutas por outros meios que não o legal, devem ser observados todos esses elementos da própria conduta a ser tipificada. Trata-se, aqui, tanto de uma garantia ao indivíduo, como, também, uma limitação ao poder punitivo estatal.

## **2.2. Mandados Constitucionais de Criminalização e Bens jurídicos**

De acordo com o exposto até o presente momento, a criminalização de condutas se dá por meio do instrumento legal, o qual é a forma de manifestação de vontade do

---

elementos dolo e culpa para o injusto, tendo em vista que levou a finalidade da conduta ao cento do injusto.

Estado. É algo que se extrai do estudo feito acerca do princípio da reserva legal. Assim, conforme delineado, no momento em que o Código Penal informa, em seu art. 1º, que não há crime sem lei anterior que o defina, está fazendo referência à lei, em sentido estrito, ou seja, aquela produzida pelo Poder Legislativo.

Portanto, observados todos os requisitos para a sua elaboração, o Poder Legislativo é visto como legitimado pelo sistema penal pela tipificação criminal. Logo, é este poder que irá fazer a seleção dos bens jurídicos tidos como mais relevantes para a proteção estatal.

Porém, no que tange à criminalização de condutas, é importante se ter em mente que a Constituição Federal, em determinados momentos, impõe, desde logo, ao legislador a obrigação de tipificar determinadas condutas, ou seja, a Constituição prevê temas que serão necessariamente tratados pelo legislador e que não cabe, pois, a este realizar juízo de relevância social no que tange à sua tipificação criminal.

São os denominados mandados constitucionais de criminalização, que, segundo Ponte (2008, p. 152, apud MORAES, 2014, p. 58), “indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”.

Tais mandados podem ser classificados como expressos, quando estão expressamente previsto no texto da constituição, e implícitos, quando decorrem dos princípios trazidos por esta. (MUNIZ, 2007). Os mandados constitucionais de criminalização são entendidos, pois, como formas de proteção de direitos fundamentais, que são previstos pela própria Constituição Federal, seja de maneira implícita ou explícita.

#### 2.2.1. Mandados expressos de criminalização

Não gera grandes conflitos, por não colidir com princípios do Direito Penal, a previsão expressa na constituição de mandados de criminalização. Exemplo disso é o que ocorre no art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, que deverá ser sujeito obrigatoriamente à pena de reclusão, nos termos da lei. Assim, apesar de aqui haver uma limitação ao poder de escolha do legislador, não há o que se questionar acerca da

importância do bem jurídico aqui protegido e, conseqüentemente, da criminalização imposta pela sua violação.

Dessa forma, os mandados expressos não afrontam os princípios do Direito Penal, tendo em vista que a Constituição somente faz essa previsão expressa quando visa proteger bens jurídicos mais relevantes da sociedade e que não podem passar despercebidos pelo legislador infraconstitucional. Portanto, aqui não deixa o Direito Penal de ser mínimo, pois não deixa de proteger somente os bens jurídicos mais importantes da sociedade, ao contrário disso, é justamente visando dar proteção àqueles bens que mais estão sujeitos à violação que se legitima tal previsão constitucional.

É até de se esperar que uma constituição garantista, como a de 1988, traga, expressamente, previsão de determinadas condutas como sendo criminosas, visando, justamente, proteger os valores mais importantes para o melhor convívio social, como o faz, também, no inciso XLIII do art. 5º e no inciso X do art. 7º. Tais valores são tão reconhecidos como de grande relevância, que a própria sociedade já espera que a conduta seja criminalizada. É como afirma Fernandes (2014, p. 65): “Todavia, não se pode negar que ao menos em relação aos mandados *expressos* de criminalização existe uma zona de certeza positiva em relação à necessidade de uma tutela penal mínima pelo Legislador”.

#### 2.2.2. Mandados implícitos de criminalização

Ocorre que a doutrina dos mandados constitucionais de criminalização ainda faz referência à ideia de mandados implícitos, que são entendidos como aqueles que, embora não expressamente previstos, podem ser extraídos da própria análise do corpo constitucional como um todo (MORAES, 2014).

Dessa forma, aqui deve-se ter em vista os próprios direitos fundamentais previstos na Constituição, pois são eles que irão impor a criminalização de condutas. E, quando se afirma isso, não se está fazendo referência ao que prevê o art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, ao dispor que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Na realidade, este se trata de um mandato expresso de criminalização, com a diferença em relação aos demais que, para invocá-lo, visando dar fundamento à existência de um mandato constitucional de criminalização, demandará uma atividade argumentativa muito mais elaborada. Isto, pois este dispositivo constitucional não se faz menção expressa que a punição deverá ser penal e,

portanto, para caracterizá-la deverá ser dada uma maior fundamentação argumentativa (FERNANDES, 2014).

Assim, ao contrário disso, os mandados constitucionais implícitos de criminalização são extraídos do conteúdo material da Constituição, ou seja, dos valores que estão inseridos nesta e que são constatados por meio da interpretação do seu texto. Por isso, também, são considerados direitos fundamentais, pois na medida em que são extraídos da própria materialidade da Constituição, podem assim ser entendidos.

Dessa forma, os direitos fundamentais trazidos pela Constituição perfazem um rol meramente exemplificativo, ao passo que não encerram, na literalidade do texto, a sua abrangência, o que está, inclusive, previsto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Ora, por meio desse dispositivo constitucional, fica evidente a existência de direitos fundamentais implícitos e, conforme explica Tavares (2012, p. 510): “essa abertura dos direitos fundamentais fornece o espaço de conformação necessário à atividade criativa do legislador e do juiz.”.

Destarte, é por meio desses direitos fundamentais não enumerados pela Constituição que surgem os mandados implícitos de criminalização. Portanto, além daquilo que, expressamente, está previsto como direito fundamental, inserido no Título II da Constituição Federal de 1988, também funcionam como base para impor a criminalização de condutas aqueles direitos decorrentes do próprio regime e dos princípios adotados pela Constituição. É, então, ir além de uma análise simplesmente formal da Constituição, mas é também, como dito, abranger o conteúdo material desta.

Acerca das premissas que envolvem tais mandados implícitos de criminalização, explica Scalcon (2009, p. 12):

Tais mandados implícitos decorreriam, em síntese introdutória, de duas premissas básicas: (a) a de que os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão, exigindo não apenas uma atuação negativa, mas também uma atuação positiva do Estado, o qual teria dever de protegê-los de agressões de terceiros, que poderia ser realizado através de normas penais e (b) a de que essa proteção exigida do Estado não pode ser ineficiente, mas, muito ao contrário, a atuação do Estado estaria vinculada ao princípio da proibição da proteção deficiente, o que tornaria, muitas vezes, não apenas possível, mas

obrigatória, a realização da proteção unicamente por meio de normas incriminadoras.

Separaremos, pois, a análise dessas duas premissas.

Em primeiro lugar, no que tange à atuação positiva do Estado, deve-se adotar um raciocínio muito próximo do que se entende por políticas afirmativas, que são ações pelas quais o Estado assume a responsabilidade de compensar as desigualdades geradas pelo próprio sistema. Assim, defendendo os bens jurídicos mais importantes, o Estado poderá conseguir dirimir muitas desigualdades. Ocorre que tal pensamento não deverá ser utilizado de maneira ilimitada quando relacionado ao tema criminalização de condutas.

Isto, pois conforme anteriormente exposto, a subsidiariedade do Direito Penal impõe que o Estado somente poderá intervir quando a violação ao bem jurídico torne-se intolerável e desde que não haja outro meio de combatê-la. Assim, por mais que seja necessária a atuação positiva do Estado, este não poderá fazer por meio da norma penal, de maneira arbitrária, ao contrário disso, só poderá optar por este meio quando esgotadas as demais opções de controle social.

Assim, mediante os mandados implícitos de criminalização, pode o Direito Penal deixar de ser mínimo, à medida que permite que, a pretexto de se protegerem direitos fundamentais previstos na constituição, sejam criminalizadas condutas que, na realidade, não mereceriam ser alcançadas, de fato, pelo Direito Penal. Isto, pois é sempre perigoso buscar extrair intenções implícitas do que o legislador constitucional dispôs expressamente.

Em segundo lugar, analisar o princípio da proibição da proteção insuficiente é entender que se trata de uma concepção desenvolvida por poucos doutrinadores no Brasil. Trata-se de uma dimensão do princípio da proporcionalidade, na medida em que admite que este não só veda o excesso, mas também é responsável por reforçar a dimensão de garantia dos direitos fundamentais (FERNANDES, 2014).

Assim, com a utilização desse princípio, busca-se afastar a ideia de que a utilização dos mandados implícitos poderia violar a subsidiariedade penal. Ocorre que, ainda assim, é extremamente perigoso admitir, de maneira plena, o que o princípio da vedação da proteção insuficiente propõe. Isto, pois o mero descuido estatal na proteção

de determinado direito fundamental não pode, por si só, obrigar a criminalização de determinada conduta.

Ocorre que o próprio Supremo Tribunal Federal já entendeu a existência do princípio da proibição da proteção insuficiente no Direito Penal, conforme feito no julgamento do Recurso Extraordinário 418376/MS, que trouxe diversas consequências no que tange à atuação do Poder Judiciário em relação à criminalização de condutas, conforme será visto mais a frente.

Não se nega aqui de prontidão que possa haver direitos fundamentais implícitos na constituição que de fato impõem a criminalização de determinadas condutas. Porém, é extremamente perigoso admitir-se que seja imposta a criminalização de determinadas condutas a pretexto de existirem mandados de criminalização constitucionais implícitos extraídos de direitos fundamentais também implícitos da Constituição Federal.

### 2.2.3. Judicialização dos mandados

Com a previsão constitucional de mandados de criminalização, a não elaboração de uma norma incriminadora faz com que se torne necessária a intervenção de outras instâncias de poder, visto que a Constituição não poderia ficar a mercê tão somente do Poder Legislativo para ver suas determinações serem cumpridas e, conseqüentemente, seus objetivos serem alcançados. É, portanto, diante do exposto, que a própria Constituição Federal traz mecanismos que supram a inércia legislativa, os quais são destinados ao Poder Judiciário.

Tais mecanismos são plenamente aplicáveis aos mandados expressos de criminalização, pois como a Constituição, expressamente, impõe que determinada conduta seja enquadrada como criminosa, caso o legislador não o faça, poderá o Poder Judiciário utilizar dos mecanismos disponíveis para suprir essa omissão e buscar garantir efetividade ao texto constitucional. É justamente o que propõe os supracitados mecanismos.

Dessa forma, imagine-se que o legislador infraconstitucional não houvesse editado a Lei nº 7.716/89, que tipifica os crimes resultantes de preconceito racial ou de cor. Poderia, assim, o Poder Judiciário ser instado a enfrentar tal omissão legislativa,

pois devido à norma constitucional do art. 5<sup>a</sup>, inciso XLII ser de eficácia limitada<sup>3</sup>, faz-se necessário a edição de lei para dar efetividade a esta, não podendo a sociedade aguardar, por tempo indefinido, a atuação do Poder Legislativo, tendo em vista também a importância do bem jurídico aqui defendido.

Ocorre que, em se tratando de mandados implícitos de criminalização, a situação torna-se um pouco mais complicada, pois não se está mais discutindo tão somente a possibilidade de imposição constitucional ao legislador a obrigação de criminalizar determinada conduta, mas permitindo que outra instância de poder, qual seja, o judiciário, afirme a existência de direitos fundamentais implícitos, que estão sendo violados e, a partir daí, supra uma omissão legislativa que, sequer, seja facilmente constatável.

Tal atuação, no mínimo, temerosa, por parte do Poder Judiciário, será analisada mais à frente. Por enquanto, importa-se entender que a doutrina dos mandados de criminalização constitucional trouxe diversas consequências para o universo jurídico, principalmente, no que tange aos mandados implícitos de criminalização, tendo em vista o grande potencial de conflito destes para com os princípios do Direito Penal já exposto até aqui, sobretudo, quando correlacionada à judicialização desses mandados. Assim, é como afirma Tavares (2012, p. 537):

Esta doutrina não deixa de se contrapor à amplamente divulgada teoria do Direito penal mínimo, representando um novo horizonte, no qual os direitos fundamentais perdem sua tradicional formatação (de limites conformadores da intervenção criminal do Estado) para passarem à dimensão (inversa) de fundamentos da intervenção estatal via sanções penais.

#### 2.2.4. Bens jurídicos e valores sociais: criminalização do imoral?

Tendo em vista todas as características inerentes ao princípio da reserva legal anteriormente exposta, torna-se possível, então, compreender o motivo de este ser norteador de todo o Direito Penal. Ocorre que, conforme já delineado, a norma penal possui uma grande relação com os anseios sociais, na medida em que a finalidade do Direito Penal consiste na proteção dos bens jurídicos.

---

<sup>3</sup> Como se sabe, as normas constitucionais podem ser classificadas quanto a sua eficácia em normais de eficácia plena, contida e limitada. As primeiras são aquelas que são imediatamente aplicáveis e que não dependem de regulamentação futura. Já as de eficácia contida são aqueles que podem vir a sofrer restrição futura. Enquanto isso, as normas de eficácia limitada são aquelas que possuem incidência direta (dependem de regulamentação), mediata e não integral. Logo, estas últimas dependem, a priori, de uma atuação do Poder Legislativo.

Assim, em que pese o princípio da reserva legal trazer, por si só, uma ideia de formalismo ao Direito Penal, pode-se afirmar que os tipos penais não podem ser interpretados tão somente pela literalidade em que se expressam, tendo em vista que, por trás destes, há sempre uma norma jurídica, a qual, por sua vez, possui sempre um bem jurídico inserido em seu conteúdo (GOMES, 2002b).

E tal relação com os anseios sociais deve-se ao fato de que os bens jurídicos são bens existenciais, ou seja, que são vitais à comunidade ou ao indivíduo, dotados de uma valoração positiva. Assim, para ser entendido como bem jurídico, determinado bem existencial dependerá de uma significação social e, somente após essa valoração dada pela sociedade, é que será juridicamente protegido (GOMES, 2002b). Ou seja, nem tudo aquilo que é um bem da sociedade (por exemplo, a vida, a propriedade, a honra) será, obrigatoriamente, entendido como um bem jurídico e, portanto, conteúdo de uma norma penal.

Percebe-se, pois, que a sociedade, realmente, possui um papel importante no que tange à criminalização de condutas, afinal a valoração positiva ou negativa que se dá em relação a um determinado bem poderá ou não dar um conteúdo à norma jurídica, qual seja o bem jurídico que visa proteger.

Podem, contudo, surgir os seguintes questionamentos: criminalizar uma conduta significa, então, proteger determinado bem positivamente valorado pela sociedade? Ou ainda, as condutas tidas como criminosas serão, necessariamente, aquelas contrárias aos valores morais da sociedade?

Nota-se que, historicamente, as doutrinas que buscam dar uma justificação ao Direito Penal dividem-se em duas correntes: aquela que separa a validade normativa da justiça e o direito da moral, e aquela que confunde as duas formas de legitimação, subordinando, assim, a validade das normas à justiça e o direito à moral, ou vice-versa (FERRAJOLI, 2002).

Portanto, nota-se que aqui há uma divisão doutrinária antiga que passa por uma discussão acerca da relação entre o Direito e a Moral ou, ainda, entre a Validade e a

Justiça. O que não se pode negar é a existência desses dois legitimadores do Direito Penal, o que Ferrajoli chama de legitimação externa e legitimação interna<sup>4</sup>.

Dessa forma, a doutrina que confunde essas duas formas de legitimação acaba por tornar o Direito Penal extremamente arbitrário, pois se utilizam de critérios não jurídicos para a definição de delito e, conseqüentemente, incorrem em autoritarismo.

Portanto, vejam-se aqueles que defendem a subordinação do direito à moral. Nesse caso, ignora-se a fonte positiva do direito para dar prevalência aos critérios subjetivistas, o que, segundo Ferrajoli (2002, p. 301): “incorrem numa forma de moralismo ou naturalismo jurídico viciado pela falácia normativista” que, segundo o autor, consiste na assunção, como função perseguida pelo Direito Penal, tão somente o objetivo de justificar os deveres morais.

Já no que tange àqueles que defendem, também, a confusão entre direito e moral, mas aqui subordinando esta a aquela, o que ocorre é que o conteúdo das leis, independente de qual seja, legitima-se apenas com base em suas fontes legais. Aqui, segundo Ferrajoli (2002, p. 301): “incorrem numa forma de legalismo ético ou natural viciado pela falácia naturalista”, ou seja, adoção de um Direito Penal voltado somente para si, abandonando-se ideias vinculadas à justiça e à moral.

Ainda acrescenta Ferrajoli (2002, p. 174):

O risco do substancialismo e da confusão entre direito e moral ou entre direito e natureza está [...] principalmente naquelas ideologias positivistas e naqueles modelos de direito penal que conferem caráter absoluto - não vinculado, por sua vez, ao respeito substancial do princípio de estrita legalidade e de outras garantias que o mesmo implica - ao poder do legislador de predeterminar os delitos e as penas.

Portanto, nota-se que, em ambas hipóteses, a confusão entre direito e moral traz diversos problemas para o Direito Penal, principalmente no que tange à criminalização de condutas, na medida em que esta está sujeita a critérios arbitrários, desvinculados de demais outros e, portanto, autoritários.

---

<sup>4</sup> Segundo Ferrajoli, que desenvolveu amplamente a teoria do garantismo penal, entende-se por legitimação externa os princípios normativos que estão fora do âmbito do direito positivo, como ocorre com os critérios de avaliação moral. Já a legitimação interna do direito penal refere-se às suas razões internas, ou seja, o que tange à validade das normas jurídicas, tendo em vista utilizarem-se aqui de critérios eminentemente jurídicos de avaliação.

Dessa forma, torna-se mais adequada a doutrina que separa o direito da moral, dando, assim, a devida autonomia a esses dois, o que Ferrajoli explica, por meio de seis teses, que se dividem em teses teóricas e em teses axiológicas.

Em resumo, as teses teóricas buscam afastar tanto a ideia de que o direito é valor, ou seja, subordina à moral a sua própria existência, como também a de que os valores, como tais, constituem direito, aqui subordinando o direito à noção de moral. Já as teses axiológicas trazem a importante ideia de que a intervenção do Estado na vida dos cidadãos (como se dá na criminalização de condutas) exige, como condição necessária, a existência de uma imoralidade, na medida em que é preciso que haja uma justificação das finalidades externas ao Estado, mas esta jamais será suficiente, por si só, para determinar tal intervenção estatal (FERRAJOLI, 2002).

Ou seja, daí pode-se chegar a resposta aos questionamentos anteriormente feito, pois, como já visto e enfatizado, a moral não pode se confundir com o direito e, assim sendo, não pode sozinha determinar a criminalização de uma conduta. Logo, a imoralidade, por si só, não torna a conduta como criminosa, ao passo que podem existir condutas que sejam imorais e, mesmo assim, o Estado não a criminalize, pois esta serve, na realidade, como justificadora da atuação estatal e não como vinculadora desta. Disso se compreende que o Direito Penal não possui a tarefa de reforçar a moral, mas tão somente de impedir o cometimento de ações danosas entre os indivíduos, ou seja, proteger os bens jurídicos.

Além disso, no que tange agora ao primeiro questionamento, é preciso se ter em mente, portanto, que a sociedade possui um papel importante no que se refere à criminalização de condutas, na medida em que esta dá o conteúdo da norma jurídica, que se expressa por meio dos bens jurídicos. Assim, se o Estado justifica a sua intervenção na existência da imoralidade, é perceptível que a criminalização de condutas irá visar justamente proteger aquele bem positivamente valorado. O que não ocorre é o oposto, ou seja, de que os bens positivamente valorados sejam obrigatoriamente criminalizados pelo Estado.

Isso leva à conclusão de que à medida que o Direito Penal não visa reforçar a moral, este, na realidade, não está tão distante dos anseios sociais, posto que é objetivando a proteção dos bens positivamente valorados pela sociedade que se justifica a atuação do Estado na vida dos cidadãos.

### 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OMISSÃO LEGISLATIVA

No primeiro capítulo deste trabalho, teve-se a oportunidade de identificar conceitos, princípios e diferentes situações que envolvem a criminalização de condutas, o que levou a uma análise bastante direcionada à atuação do Poder Legislativo, afinal pode-se compreender, a partir do princípio da reserva legal, que é por meio da lei (entendida em seu sentido estrito) que determinada conduta passa a ser tida como criminosa, ou seja, que há aqui, necessariamente, uma atuação positiva do legislativo.

Sob essa perspectiva, poder-se-ia admitir que a temática estivesse esgotada, já que o princípio da reserva legal traz a exigência da lei para que haja a criminalização de condutas e, então, estaria eliminada a atuação de demais poderes, que não o Legislativo, na esfera da criminalização de condutas.

É certo que o constitucionalismo moderno modificou a ideia clássica de separação de poderes desenvolvida por Montesquieu, na medida em que passou a adotar um ideal mais ligado à divisão de tarefas estatais do que, propriamente, de separação dos poderes, pois passa a reconhecer o poder estatal como uno e indivisível (MORAES, 2018). Isto fez com que se perdesse a concepção extremamente rigorosa de distribuição de competência, ou seja, de que ao Legislativo compete tão somente legislar, ao Executivo compete a administração do estado e ao Judiciário é devida somente a função jurisdicional.

O que ocorre, agora, é o estabelecimento tanto de funções típicas, como também de funções atípicas, pois devem as instâncias de poder velar pelo equilíbrio no que tange à abrangência de suas funções. Assim, o Legislativo possui, também, funções jurisdicionais e administrativas, enquanto o Executivo possui funções legislativas e de proceder com julgamento de demandas administrativas, bem como o Judiciário possui, também, funções legislativas e de administração.

A verdade é que a rigidez imposta na simples separação de funções anteriormente citada faz com que o Estado não consiga, de fato, alcançar o bem-estar que deve garantir a todo seu povo, ante a inviabilidade da concentração de determinada função em uma instância de poder, o que faz com que seja necessária a separação das funções estatais por meio de um mecanismo de controles recíprocos, o que é chamado de sistema de “freios e contrapesos” (MORAES, 2018).

Se levarmos em conta, então, as funções (típicas e atípicas) do Poder Judiciário dentro do atual Estado de Direito, perceber-se-á que a situação é bem mais complexa do que se aparentou no primeiro momento, posto que o Judiciário não se encontra mais vinculado somente aos comandos normativos inscritos na lei, ou seja, um mero aplicador desses ditames legais, à medida que, conforme explica Leal (2006, p. 33):

[...] passou-se a conceber um poder de julgar acima das leis – uma jurisdição que tem por parâmetro um conjunto de normas de hierarquia superior denominado Constituição. Aos titulares dessa nova função jurisdicional é admitido julgar as leis e os demais atos estatais em face do texto constitucional.

Percebe-se que a predominância da função legislativa, em face das demais atividades estatais, passou a ser mitigada. Trata-se aqui da evolução da jurisdição constitucional, que passa a prevalecer em relação à função legislativa e, conseqüentemente, às demais funções estatais (LEAL, 2006).

Há diferentes causas que geram este fenômeno. Conforme explica Barroso (2016, p. 230): “A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas”, ou seja, numa sociedade como a brasileira, que passou por um processo de redemocratização com chegada da Constituição de 1988, a visão do Judiciário ganhou maior importância por ser enxergado como um elemento fundamental para esse processo buscado pelo novo texto constitucional, qual seja o de afastar-se do autoritarismo do sistema ditatorial anterior.

E é por isso que a Constituição Federal de 1988 trouxe maiores mecanismos de atuação do Judiciário em questões que envolvam direitos fundamentais, conforme será visto mais à frente.

Além disso, outro fator que fez com que houvesse um crescimento na judicialização de questões relevantes, sob o ponto de vista político, social ou moral, foi a crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentares em geral, ou seja, isso deve-se, também, à crescente desilusão com a atuação do Poder Legislativo nessas questões. (BARROSO, 2016).

Percebe-se que, nos dias atuais, esta causa vem gerando cada vez mais impactos, o que é proporcional ao crescimento da citada crise no parlamento. Ora, na medida em

que a morosidade legislativa, a falta de compromisso democrático por parte dos parlamentares e os diversos escândalos de corrupção que os envolvem tornam-se cada vez mais evidentes, o Judiciário, por meio dos mecanismos que a própria Constituição atribuiu-lhe, atua de maneira cada vez mais ativa na supressão e no combate a tais vícios na atuação do Poder Legislativo.

Há, também, um terceiro fator que influencia no fortalecimento e na ampliação da atividade do Poder Judiciário, qual seja a preferência por parte de atores políticos de que o Judiciário seja o responsável pela resolução de questões polêmicas, como união homoafetiva, aborto ou demarcação de terras indígenas (BARROSO, 2016).

Todo esse novo espectro, que se apresenta na divisão de funções estatais, é um reflexo, também, da própria supremacia da Constituição, que vindo sendo, reiteradamente, invocada atualmente, pois a fase de transição política que o Brasil enfrenta faz com que a atuação do Legislativo esteja constantemente entrando em conflito com disposições constitucionais.

Na realidade, a supremacia da Constituição ao lado da rigidez constitucional são verdadeiras premissas do próprio controle de constitucionalidade (BARROSO, 2016), o qual é um importante instrumento da jurisdição constitucional. Assim sendo, ante a violação tanto da supremacia constitucional, como também da sua rigidez, o Poder Judiciário será a instância responsável por dirimir este conflito gerado pela atuação do legislador ordinário, que o faz por meio do controle de constitucionalidade das leis.

Assim, a seguir, analisar-se-á como se dá tal controle de constitucionalidade das leis, para que, após isso, direcione-se a um ponto específico desta matéria e que é elementar à análise a que se propõe a presente pesquisa: afinal, o que é propriamente a omissão legislativa e como esta ofende à Constituição?

Feito isso, será analisado quais os instrumentos que a Constituição dispôs ao Judiciário para suprir esta omissão legislativa, a finalidade destes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como as suas especificidades. Compreender as características desses instrumentos será crucial para que se possa, no momento oportuno, concluir se o Judiciário pode suprir a omissão legislativa no que tange à criminalização de condutas.

Por fim, analisar-se-á como de fato esses instrumentos combatem a denominada omissão inconstitucional, ou seja, quais os efeitos que tais instrumentos, de fato, trazem para suprir a omissão legislativa e, conseqüentemente, superar a ofensa à Constituição.

### **3.1. Controle de Constitucionalidade e Omissão Legislativa**

Conforme já delineado, o controle de constitucionalidade decorre tanto da própria supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, como também da rigidez constitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro é visto de forma escalonada, à medida que a Constituição ocupa o espaço de maior hierarquia normativa, devendo o legislador observar nela os fundamentos da sua atuação, no que tange à forma de elaboração legislativa, bem como em relação ao conteúdo do que virá a ser normatizado, pois é o que se depreende da supremacia da Constituição.

Assim, essa atuação por parte do legislador ordinário está sujeita à superioridade da norma magna, o que decorre, também, da rigidez constitucional, tendo em vista que o fundamento do controle da atuação do legislador ordinário é o fato de que nenhum ato normativo pode modificar ou suprimir a Constituição, já que é dela que tais atos decorrem (MORAES, 2018).

Pode-se constatar a rigidez constitucional no ordenamento jurídico brasileiro a partir da análise das Emendas Constitucionais, que é tratada no art. 60 da Constituição Federal de 1988. Ora, percebe-se desse dispositivo a complexidade que é a mudança do texto constitucional em detrimento do processo legislativo ordinário, o que foi feito para preservar as normas da Constituição. Assim, a lei não poderá violar o que dispõe a Constituição, posto também a rigidez que é adotada para o processo de modificação de suas disposições.

Além da supremacia e da rigidez da constituição, o controle de constitucionalidade decorre, também, da necessidade de proteção aos direitos fundamentais, tendo em vista que estes são tanto limites ao poder do Estado, como também são parte da legitimação do Estado, à medida que determinam quais os seus deveres no Estado Democrático de Direito (MORAES, 2018). Assim, a atuação do legislador infraconstitucional é guiada, também, pela proteção dos direitos

fundamentais, os quais sendo, inclusive, cláusula pétrea, não podendo, sequer, serem suprimidos por meio de emenda à constituição.

Portanto, é imprescindível que o legislador esteja sempre vinculado aos direitos fundamentais previstos na Constituição, não podendo, pois, suprimi-los de qualquer forma e, então, qualquer violação a tais direitos será parâmetro de controle de constitucionalidade.

Podemos compreender, a partir de tudo isso, que o que se quer é dar harmonia ao ordenamento jurídico, levando-se em conta a Constituição Federal como a norma suprema que servirá como referência para a manutenção deste equilíbrio. Acerca disso, expõe Barroso (2016, p. 23):

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.

Conforme exposto pelo autor, o controle de constitucionalidade é um instrumento para a manutenção da harmonia do ordenamento jurídico. E, assim sendo, este também possuiu instrumentos próprios para a consecução desta sua finalidade. Tal controle pode se dar de dois modos distintos, no que tange ao momento do exercício deste controle: preventivo e repressivo.

O controle prévio de constitucionalidade é aquele realizado antes da conversão de um projeto de lei em lei e visa, portanto, impedir que um ato inconstitucional entre em vigor (BARROSO, 2016), o qual pode ser feito pelo Legislativo e pelo Executivo. Na primeira hipótese, há atuação da Comissão de Constituição e Justiça, criadas na forma do art. 58<sup>5</sup> da Constituição Federal; enquanto na segunda, temos o veto do chefe do poder executivo, no que tange ao processo legislativo, quando entender pela inconstitucionalidade, na forma do art. 66, §1<sup>o6</sup>, da Constituição Federal.

---

<sup>5</sup> **Art. 58.** O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

<sup>6</sup> **Art. 66.** A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no

Ocorre que o que interessa aqui é o controle de constitucionalidade realizado na forma repressiva, o qual é, em regra, realizado pelo Judiciário. Passa-se, pois, agora, à análise isolada desta modalidade de controle de constitucionalidade.

### 3.1.1. Controle de constitucionalidade repressivo

Conforme dito, em regra, o controle de constitucionalidade repressivo é realizado pelo Poder Judiciário. Contudo, há exceções, visto que tal controle pode ser realizado pelo Legislativo, como quando este susta atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo e, ainda, pelo Poder Executivo, como no caso da recusa direta de aplicação de norma inconstitucional. Ocorre que, em todo caso, havendo controvérsia acerca da interpretação de determinada norma da Constituição, a última palavra será do Poder Judiciário (BARROSO, 2016).

Trata-se, então, do controle judicial de constitucionalidade, o qual é a regra no ordenamento jurídico brasileiro. As demais hipóteses de controle até aqui citadas são exceções previstas na Constituição Federal.

No que se refere ao controle judicial, este pode, ainda, ser subdividido em difuso e concentrado, a depender do órgão que irá exercê-lo, bem como do procedimento que adotado.

O controle difuso de constitucionalidade caracteriza-se pela permissão que todo e qualquer juiz ou tribunal possui para analisar a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal, tendo em vista sempre determinado caso concreto (MORAES, 2018). É, portanto, um meio que possibilita ao cidadão comum ver determinado direito seu ser visualizado em compatibilidade com a Constituição, no momento da apreciação do caso concreto perante o judiciário, seja como réu ou autor desta demanda, retirando do órgão de cúpula do judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade.

Importante ressaltar, em relação ao controle difuso, que, conforme explica Streck (2018, p.183) “o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei, apenas deixa de aplicá-la”, pois, segundo o autor, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser feita se observada a cláusula de reserva de plenário, prevista no art.

97<sup>7</sup>, da Constituição Federal. Na realidade, por meio do controle difuso, pode-se chegar à declaração de inconstitucionalidade, mas o fato de essa hipótese ser reservada aos plenários decorre de que a decisão do juiz não detém o efeito *ex tunc*, bem como não pode modular os efeitos da sua decisão, pois é característica da declaração objetiva (STRECK, 2018).

Já o controle concentrado de constitucionalidade visa obter a declaração de inconstitucionalidade da lei, independente da existência de um caso concreto, pois o que se busca aqui é tão somente a segurança das relações jurídicas, que não podem ser guiadas por normas inconstitucionais (MORAES, 2018).

A análise feita aqui é em relação à lei, em tese, desvinculada de uma relação concreta, fruto de conflitos interindividuais. Aqui há, necessariamente, a existência de um Tribunal Constitucional para a realização de tal controle, o qual, no Brasil, é realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, enquanto no controle difuso a questão constitucional figura como questão prejudicial, ou seja, que é deverá ser solucionada para a solução de determinado litígio, o controle concentrado volta-se a um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes, à medida que discute a validade da lei em si (BARROSO, 2016).

Por fim, importante ressaltar que, devido a esse caráter que vai além de conflito de interesses, o controle concentrado só pode ser suscitado por determinados legitimados pela Constituição Federal.

Entendidos tais aspectos gerais referentes ao controle de constitucionalidade, principalmente, àqueles que estão relacionados com a jurisdição constitucional, ou seja, com o controle judicial de constitucionalidade, passa-se, pois, a analisar o fenômeno da omissão legislativa e como esta pode ofender a constituição para que, assim, entenda-se como o controle de constitucionalidade intervém nesses casos.

### 3.1.2. Omissão legislativa e controle de constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo diversas normas, que não se esgotam na mera organização do Estado, à medida que é composta por diversos direitos

---

<sup>7</sup> **Art. 97.** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

fundamentais que regulam todo o ordenamento jurídico. Trata-se de uma tendência do constitucionalismo moderno, tendo em vista que muito mais do que um mero instrumento de organização e limitação do Estado, a Constituição é um verdadeiro instrumento de garantia de direitos fundamentais da sociedade, conforme explica Tavares (2012, p. 33): “Sinteticamente, tem-se que o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo.”.

Apesar de ser o guia do ordenamento jurídico, a Constituição jamais seria capaz de prever todas as situações, bem como de acompanhar a evolução da própria sociedade. Além disso, há minúcias normativas que não são cabíveis ao texto constitucional. Portanto, a própria Constituição estabelece, em diversos momentos, que determinadas normas serão, também, tratadas pelo legislador infraconstitucional, regulamentando-as ou, até mesmo, limitando-as, como ocorre, respectivamente, com as normas de eficácia limitada e contida.

A realidade é que a experiência constitucional brasileira demonstrou, ao longo da história, um marcante descompasso entre a norma e a realidade, passando as constituições, tão somente, a proclamar inverdades e criar promessas que jamais foram cumpridas, o que se deve, principalmente, à omissão dos Poderes Públicos em dar cumprimento às normas constitucionais (BARROSO, 2016). Assim, apesar de possuir conteúdo que, de fato, refletiam direitos fundamentais da sociedade, as constituições careciam de força normativa, ou seja, de real aplicabilidade das suas disposições.

Pode-se dizer, inclusive, que essa disfunção entre a norma constitucional e a realidade intensificou-se a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo diversas normas de conteúdo programático, bem como não abandonou problemas históricos que jamais foram solucionados pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.

Tratando de uma crise do Direito logo no início do século XXI, expôs Streck, em seu artigo *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil* (2003. p. 259): “O paradigma (modelo/mo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos.”.

A verdade é que, mais de quinze anos após o que escreveu Lenio Luiz Streck, não há sinais de superação dessa crise, principalmente, nos dias atuais, em que se observa uma grande polarização de ideias e oscilação de ideologias, nas esferas de poder no país, o que faz com que se perca mais tempo com ataques recíprocos entre grupos sociais do que, propriamente, com implementação de políticas que façam superar essa falta de efetividade da Constituição, ou, além disso, a ineficácia do próprio Direito.

Essa estagnação acerca da busca pela efetividade das normas constitucionais deve-se, sobretudo, à mora legislativa. Ao passo que a Constituição Federal de 1988, como dito, trouxe diversas normas programáticas, ou seja, de eficácia limitada, pode-se dizer que muitas matérias previstas pela Constituição dependem de atuação do Poder Legislativo.

Assim, é evidente que a falta de efetividade das normas constitucionais está diretamente vinculada à omissão legislativa, ou seja, em relação às matérias que são impostas pela própria Constituição ao legislador infraconstitucional.

Foi por esse motivo que a Constituição Federal de 1988 teve maior preocupação com a omissão legislativa, tendo em vista que procurou medidas que pudessem contornar os problemas que advém desta inércia do Poder Legislativo na concretização das normas constitucionais (TAVARES, 2012).

A Constituição passou a utilizar, então, o controle de constitucionalidade como mecanismo apto a combater o fenômeno da omissão legislativa no que tange às matérias constitucionais.

Concebeu, assim, dois mecanismos diversos, quais sejam: o Mandado de Injunção e a Ação direta de inconstitucionalidade por Omissão para buscar a efetividade da constituição. O primeiro visa permitir a tutela *in concreto* da omissão, enquanto o segundo trata-se de modalidade de controle de constitucionalidade concentrado, ou seja, de um processo objetivo que visa proteger o ordenamento constitucional, ante tanto a lacuna normativa, como, também, pela existência de um ato normativo insuficiente (BARROSO, 2016).

As demais características desses dois instrumentos serão analisados no subtópico seguinte. Porém, é preciso, desde logo, observar um fenômeno que, aqui, já se

apresenta: a crescente atuação do Poder Judiciário aliado ao crescente descrédito do Legislativo.

Destarte, de um lado, temos uma Constituição ainda com algumas normas sem efetividade e direitos fundamentais sem aplicação prática, juntamente com a omissão e o crescente descrédito por parte do Poder Legislativo. De outro lado, temos um Poder Judiciário que possui mecanismos dados pela própria Constituição para romper com essa ineficácia constitucional e que vem ganhando, cada vez, mais força, dando uma repaginada nos sistemas dos freios e contrapesos.

Esse espectro vem fazendo com que a legitimidade do judiciário para suprir a omissão legislativa cresça, de tal forma, que atinja o ponto delicado que o presente trabalho busca analisar: criminalização de condutas. Afinal, os citados mecanismos podem ser utilizados para criminalizar condutas que, em tese, são impostas pela Constituição (expressamente ou implicitamente)? Passa-se, então, a analisar de maneira mais detalhada estes dois instrumentos.

### **3.2. Instrumentos do Controle de Constitucionalidade por Omissão**

#### **3.2.1. Mandado de injunção**

Conforme anteriormente delineado, o mandado de injunção surgiu na Constituição de 1988 como um importante instrumento de combate à omissão inconstitucional. Assim, segundo Barroso (2016, p.108): “o mandado de injunção destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público”.

Sendo, então, forma de controle incidental de constitucionalidade, o Mandado de Injunção serve para defender direitos fundamentais de certos indivíduos ou grupos previstos na Constituição Federal, que estão pendentes de regulamentação por parte do legislador infraconstitucional, tendo em vista a existência de determinado caso concreto, sendo, aqui, a omissão inconstitucional uma questão prejudicial.

Tal instrumento de controle de constitucionalidade por omissão está previsto no art.5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, segundo o qual: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”.

No momento em que a Constituição fez menção a liberdades constitucionais, bem como a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, depositou, em seu texto, conceitos abertos, que deram uma grande abrangência a tal instrumento, tendo em vista a infinidade de hipóteses que podem ser retiradas da própria Constituição, quando se envolve liberdades, direitos de nacionalidade, soberania popular e cidadania.

Na realidade, o objeto do Mandado de Injunção, ou melhor, a abrangência com que este instrumento pode ser utilizado é palco de divergência na doutrina, conforme explica Ortolani (2010, p. 67): “Várias são as correntes doutrinárias existentes a respeito, podendo elas serem subdivididas em restritiva, intermediária, ampla e amplíssima”.

A corrente restritiva defende que os direitos e liberdade constitucionais informados no início do dispositivo constitucional supracitado estão condicionados à segunda parte deste, ou seja, às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Já a corrente intermediária admite maior abrangência na utilização do Mandado de Injunção, a partir da utilização da interpretação sistemático-teleológica, não abrangendo, porém, todo e qualquer direito constitucional. Enquanto isso, a corrente ampla admite que este instrumento tutele qualquer direito da Constituição. Por fim, a corrente amplíssima admite que sejam tutelados, inclusive, direitos previstos no ordenamento jurídico infraconstitucional (ORTOLANI, 2010).

As críticas que envolvem as correntes restritivas e intermediárias são parecidas, conforme também explica Ortolani (2010, p. 70):

Embora o objeto dessa corrente doutrinária seja mais amplo que o da primeira, a crítica expendida à primeira é também extensível a esta corrente, tendo em vista que a Constituição, pela via do mandado de injunção, pretendeu tornar exequíveis os direitos que, apesar de nela contemplados, são inviáveis em decorrência da inexistência de normas infraconstitucionais regulamentadoras.

Assim, a corrente ampla, à medida em que permite que o mandado de injunção defenda todo e qualquer direito e garantia previsto na Constituição, possibilita o pleno exercício do instituto, atendendo aos fins preconizados pela norma fundamental (ORTOLANI, 2010), sendo este, inclusive, o entendimento adotado pelo STF. Por fim, no que se refere à corrente amplíssima, o próprio Supremo já entendeu não ser cabível a

utilização do mandado de injunção visando proteger direitos previstos em lei complementar que não foram regulamentados.

Por isso é que se diz que o Mandado de Injunção é um importante instrumento de proteção de direitos fundamentais, sem qualquer delimitação destes, ou seja, alcança todos aqueles direitos tidos como cláusula pétrea pela Constituição Federal. Assim, conforme afirma Tavares (2012, p. 1020) “a omissão do Poder Público deve inviabilizar direito constitucional”, ou seja, não se faz delimitação de quais os direitos que poderão fundamentar o cabimento da ação de injunção, importando sua natureza de direito constitucional.

A omissão legislativa só poder ser combatida pelo Mandado de Injunção, então, se ofender tais direitos fundamentais. Contudo, a abrangência citada anteriormente nos remete para um ponto já debatido, no primeiro capítulo, qual seja a da existência de direitos fundamentais implícitos extraídos do texto constitucional.

Assim, conforme visto, a própria Constituição Federal admite, em seu art. 5º, §2º, a existência de direitos fundamentais implícitos, ou seja, direitos que são decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição.

De fato a sua existência é inegável, haja vista que a própria Constituição a previu expressamente em seu texto. Ocorre que a existência de um direito fundamental (seja explícito ou implícito) não faz, por si só, com que o Mandado de Injunção possa ser utilizado como mecanismo de defesa deste.

Isto, pois, apesar de este remédio constitucional poder ser utilizado para defender todo e qualquer direito previsto na norma fundamental, este só poderá ser utilizado desde que o exercício deste direito esteja inviabilizado em razão da falta de norma regulamentadora (ORTOLANI, 2010).

Vamos além, então, do que foi dito no primeiro capítulo, no qual teve-se a oportunidade de mencionar que se mostra extremamente perigosa a criminalização de condutas, tendo em vista tão somente a existência de mandados constitucionais de criminalização implícitos. Acredita-se aqui, portanto, ser inviável a utilização do Mandado de Injunção para tutelar direitos fundamentais implícitos, haja vista, também, ser requisito para a sua utilização o fato de que esse direito dependa de regulamentação

infraconstitucional, a qual, por sua vez, pode ser extraída expressamente da Constituição.

Logo, desconsidera-se, aqui, a hipótese de criminalização de condutas por meio de Mandado de Injunção extraída de mandados constitucionais implícitos de criminalização, posto que os direitos fundamentais implícitos não podem ser tutelados pela ação constitucional de injunção. Resta analisar se este remédio constitucional pode ser utilizado para criminalizar condutas extraídas de direitos fundamentais expressos na Constituição.

A promulgação da Lei nº 13.300/2016 trouxe consigo diversas questões importantes que, há muito tempo, necessitavam de regulamentação, no que tange ao processo e ao julgamento dos mandados de injunção.

Assim, em seu art. 2º, a lei já é mais específica do que o dispositivo constitucional, tendo em vista que admite que a omissão legislativa pode ser total ou parcial, esta na forma do parágrafo único desse artigo, que dispõe: “Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.”.

Estabelece, ainda, tanto a legitimidade ativa, quanto passiva, no processo de Mandado de Injunção, bem como estabelece diversas normas referentes à essa legitimidade, além de dispor acerca do mandado de injunção coletivo. Porém, a maior mudança trazida por essa lei é a que se refere aos reflexos da decretação da mora legislativa, conforme será estudada mais à frente.

### 3.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)

Conforme exposto, o presente instrumento, assim como o mandado de injunção, são frutos do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão que, segundo Barroso (2016, p. 43), consiste na "inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais", ou seja, é a atividade do legislador que é passível de controle.

Ocorre que, diferentemente do que é visto com o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é modalidade do controle abstrato de constitucionalidade e, assim sendo, utiliza-se de um processo objetivo para realizar a guarda do ordenamento constitucional. Assim, no processo da ADO, não há partes que

buscam resolver uma determinada lide, e é em virtude disso que, neste trabalho, se faz análise tão somente pelo ponto de vista normativo (BARROSO, 2016).

Assim, o ponto em comum do presente instrumento com o Mandado de Injunção é o fato de que serão cabíveis, quando o poder público se abster de cumprir um dever que a Constituição Federal atribuiu. Pode-se citar, entretanto, como diferença fundamental destes dois o que foi exposto no parágrafo anterior, haja vista que, enquanto no Mandado de Injunção há um processo subjetivo composto por uma lide, ou seja, há uma situação real a ser analisada pelo Judiciário, na Ação direta de inconstitucionalidade por omissão há um processo objetivo em que se visa defender a supremacia e a rigidez da norma constitucional por meio de um caráter, eminentemente, abstrato.

Além disso, pode-se, ainda, destacar outras diferenças que, inclusive, auxiliarão no estudo acerca da ADO. Tais distinções podem ser categorizadas sob três principais perspectivas: quanto à natureza jurídica, quanto ao objeto e quanto à legitimidade ativa.

No que tange à natureza jurídica, esta é uma consequência direta da diferença fundamental exposta, na medida em que a ADO é um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, o qual se utiliza de um processo objetivo; já o Mandado de Injunção caracteriza-se por ser um remédio constitucional<sup>8</sup> e, ao mesmo tempo, um instrumento de controle difuso de constitucionalidade.

Em relação ao objeto, a diferença consiste no fato de que o Mandado de Injunção possui uma maior limitação, pois, conforme visto, este somente será cabível para tutelar direitos fundamentais previstos na Constituição que estão pendentes de regulamentação. Enquanto isso, a ADO defende toda e qualquer norma constitucional pendente de regulamentação. É como explica Ortolani (2010, p. 127):

Quanto ao objeto, enquanto a ADIO se presta a dar efetividade a qualquer norma constitucional pendente de regulamentação, ou ainda de regulamentação insuficiente, o mandado de injunção, por sua vez, objetiva possibilitar a imediata fruição de direitos constitucionalmente assegurados.

Há diferença, ainda, no que tange à legitimidade ativa para propor essas duas diferentes ações constitucionais, visto que, para a proposição do Mandado de Injunção,

---

<sup>8</sup> Acerca dos remédios constitucionais, explica Tavares (2010, p. 900): Esses remédios são os instrumentos colocados, pelo ordenamento constitucional nacional, para a proteção dos direitos humanos. Nesse particular, atende-se a um reclamo de ordem internacional.

poderá estar no polo ativo desta qualquer sujeito de direito que tenha seu direito previsto constitucionalmente, o qual é obstado devido a uma omissão legislativa (MORAES, 2018). Além disso, ainda se admite a forma coletiva do Mandado de Injunção, que poderá ser impetrado por qualquer dos legitimados previstos no art. 12<sup>9</sup> da Lei 13.300/2016.

A verdade é que, por ser um remédio constitucional previsto no art. 5º da Constituição Federal, é uma garantia de todas as pessoas, sendo, portanto, tão abrangente a sua legitimidade ativa.

Enquanto isso, o rol de legitimados para ajuizar a ADO está previsto, taxativamente, no art. 103<sup>10</sup> da Constituição Federal. Apesar de este dispositivo constitucional fazer referência, em seu texto, à ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e à ação declaratória de constitucionalidade (ADC), não faz distinção se o objeto de impugnação é um ato existente ou uma omissão ilegítima, podendo, então, ser estendido à ADO. Inclusive, foi o entendimento trazido pela Lei nº 12.063/2009 que trouxe algumas alterações à lei que regula esta ação constitucional (BARROSO, 2016).

Feitos tais esclarecimentos, tem-se maior clareza em relação em que consiste a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não havendo, pois, como confundi-la com o remédio constitucional estudado anteriormente. Contudo, o ponto em comum trazido entre estas duas é responsável, também, por gerar uma mesma consequência: o fortalecimento do controle exercido pelo Judiciário perante os demais poderes, conforme será visto mais à frente.

---

<sup>9</sup> **Art. 12.** O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

<sup>10</sup> **Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ADO foi prevista, inicialmente, no §2º do art. 103 da Constituição Federal, ou seja, logo após a previsão dos legitimados para propor a ADI e a ADC, dispondo que “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.” Apesar de, aparentemente, singela esta previsão constitucional, esta foi uma preocupação incomum às constituições de sua época, sendo uma inovação trazida, tendo como objetivo combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais (ORTOLANI, 2010), conforme anteriormente já exposto.

Foi por meio da citada Lei nº 12.063/2009 que a ADO foi tratada de maneira mais ampla, tendo incluído o Capítulo II-A na Lei nº 9.868/1999. Tais alterações, contudo, não fizeram com que se distanciasse do ideal defendido pela constituição unidade da jurisdição constitucional abstrata, ou seja, as ações desta modalidade de controle possuem uma ampla identidade no que tange ao seu processamento, alterando-se tão somente o pedido, que poderá ser a declaração de inconstitucionalidade, constitucionalidade ou de inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, 2016).

Assim é que diversas regras que guiam a ADI e a ADC, também, regem a ação de inconstitucionalidade por omissão, tais como a competência para o julgamento ser exclusiva do STF, a legitimidade ativa ser a mesma, a impossibilidade de desistência, dentre outras regras.

O que ocorre é que, com esta lei, houve, de maneira geral, a positivação do que já havia sendo assentado pelo STF (BARROSO, 2016) e, além disso, em suas peculiaridades, possibilitou o fortalecimento da jurisdição constitucional, no que se refere à temática da omissão inconstitucional, fazendo isso ao lado do Mandado de Injunção.

Tais instrumentos fazem parte do atual espectro que tomou a jurisdição constitucional. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão vai além do que propõe o Mandado de Injunção, à medida que promove a proteção da Constituição como um todo e não somente no tocante aos direitos fundamentais expressos em seu texto. Assim, com a ADO, garantem-se ao judiciário maiores possibilidades de controle dos atos das demais instâncias de poder, o que faz com que seja consequência lógica a

judicialização de determinadas políticas, que está, contudo, em paralelo com o desenvolvimento do ativismo judicial.

Assim, diferentemente do que ocorre com o Mandado de Injunção, qualquer norma constitucional tida como de eficácia limitada poderá ser fundamento para o ajuizamento da ação de controle ora estudado, não havendo a exigência de que se trate de direito fundamental pendente de regulamentação. Em relação à ADO, então, a única restrição que há é a de que irá tutelar somente normas constitucionais de eficácia limitada, conforme explica Streck (2018, p. 565):

Tal omissão, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão constitucional. As omissões derivam desde logo do não cumprimento de imposição constitucional legiferante em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição.

De fato há com a ADO uma maior abertura para a atuação do Judiciário. A realidade é que há uma linha tênue entre a judicialização da política e o ativismo judicial, a partir do momento em que se nota uma atuação, cada vez mais intensa, por parte do Poder Judiciário, por intermédio do controle de constitucionalidade. É como muito bem explica Barroso (2016, p. 231):

Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Ocorre que, conforme visto, o princípio da reserva legal e seus correlatos vão além de mera burocratização do Direito, pois, em verdade, são garantias dos próprios indivíduos que compõem a sociedade. Logo, permitir que o controle de constitucionalidade, principalmente através da ADO, criminalize condutas é gerar uma insegurança jurídica, no tocante às condutas a serem criminalizadas, que devem ser incomuns ao Direito Penal.

Veremos, no capítulo seguinte, o que a doutrina desenvolvida acerca da jurisdição constitucional tem a dizer sobre a possibilidade de criminalização de

condutas por meio dos presentes instrumentos. Entretanto, faz-se necessário, antes, analisar um último tema referente a tais instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão: os efeitos da decisão que decreta a mora legislativa.

### **3.3. Efeitos da decisão que decreta a mora legislativa**

É preciso entender o que ocorre no momento em que o Poder Judiciário julga a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou o Mandado de Injunção. Afinal, quais são os efeitos, bem como a natureza jurídica desta decisão? Tal questionamento é importante, pois é preciso que se entenda como estes instrumentos, de fato, combatam o vício da omissão inconstitucional.

Em relação ao Mandado de Injunção, a doutrina e a jurisprudência do STF classificam as posições em relação aos efeitos desses instrumentos constitucionais em dois grandes grupos: a posição concretista e a não concretista. Para a posição concretista, sendo julgado procedente o pedido contido em tal instrumento, o Poder Judiciário irá proferir uma decisão constitutiva em que declarará a existência da omissão administrativa ou legislativa e, então, implementará o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional, a qual irá manter seus efeitos até que seja posteriormente regulamentada pelo poder competente. (MORAES, 2018).

Ao se admitir que o próprio judiciário supra a omissão é, então, como se entender, de maneira mais ampla, o que o texto constitucional, de fato, quis expressar, pois se faz a análise deste dispositivo juntamente com demais preceitos da própria Constituição e, com este entendimento, permite-se que o Poder Judiciário adote uma ação mais ativa a fim de consolidar sua decisão.

Prosseguindo a análise em relação à posição concretista, esta se divide, ainda, em duas espécies, a depender da abrangência dos seus efeitos: concretista geral e concretista individual. De acordo com a primeira, a decisão proferida pelo Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, determinando que, para que seja efetivada a norma constitucional, aplique-se uma norma já existente de caráter geral até que a omissão seja suprida. Enquanto isso, a concretista individual estabelece que a decisão do Poder Judiciário produza efeitos somente *inter partes*, em que o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional poderá ser de pronto plenamente exercido (MORAES, 2018).

Em contrapartida, a posição não concretista é a que adota o entendimento literal do que dispõe o citado dispositivo da Constituição. Para esta posição, não há o que se falar em medidas adotadas pelo Poder Judiciário, que possam determinar condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa prevista na Constituição, à medida que deverá ser limitada a dar ciência ao poder competente para que elabore a norma (MORAES, 2018).

Até 2007, o Supremo Tribunal Federal adotava o entendimento da posição não concretista, ou seja, da análise restritiva desse instrumento constitucional. Ocorre que, em 25 de outubro de 2007, a Corte mudou o seu tradicional entendimento, ao analisar o dispositivo constitucional referente à greve dos servidores (art. 37, VII) em sede de Mandado de Injunção. A Corte entendeu que deveria ser aplicado à greve no serviço público o que dispõe a lei geral de greve, qual seja a Lei Federal nº 7.783/89. O Supremo firmou, então, o seguinte entendimento:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL [...] **INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.** (STF, 2007, *on-line*). **Grifo nosso.**

Percebe-se que, com esta virada jurisprudencial, o STF passou a adotar a posição concretista geral, no tocante ao Mandado de Injunção, à medida que determinou a norma aplicável até que o legislativo supra esta omissão inconstitucional, tendo esta decisão efeito *erga omnes*.

Ressalte-se, ainda, que, em que pese ter adotado neste julgamento o entendimento concretista geral, a posição concretista individual, também, ganha espaço no STF, admitindo que possa o judiciário tanto definir, de imediato, a eficácia da norma constitucional (concretista individual direta), como também, estabelecer que o legislativo elabore a lei, em determinado prazo e, caso não o faça, possa o Judiciário fixar as condições necessárias ao exercício do direito (concretista individual intermediária) (MORAES, 2018).

Ao lado de todo esse desenvolvimento jurisprudencial envolvendo os efeitos da decisão concessiva do Mandado de Injunção, a edição da Lei nº 13.300/2016 trouxe consigo uma postura intermediária no que tange a tais efeitos, conforme se pode extrair do seu art. 8º, vejamos:

**Art. 8º** Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

**I** - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

**II** - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

De acordo com a lei, deve-se, primeiramente, buscar que a omissão legislativa seja suprida pelo próprio impetrado, ou seja, pelo responsável por editar a norma regulamentadora. Somente caso este não cumpra a ordem judicial, no prazo determinado, é que podem ser estabelecidas, diretamente, as condições em que se dará o exercício dos direitos.

A verdade é que a edição de tal lei não impede, por si só, que o Poder Judiciário ainda aplique a posição concretista geral, o que, de fato, não fez, à medida que esta continua a ser utilizada, conforme será visto no capítulo seguinte. O que ocorre é que, à semelhança do que foi feito no caso referente à greve dos servidores público, o relevante interesse social é visto como legitimador para esta atuação mais ativa do judiciário.

Ressalte-se, contudo, que todos os comentários feitos até aqui são referentes, somente, ao Mandado de Injunção. É importante fazer esta separação, pois o entendimento no que tange a tal instrumento não é, *a priori*, o mesmo em relação à ADO. Apesar de esses dois instrumentos possuírem a mesma finalidade no que se refere a suprir a omissão inconstitucional, os efeitos da decisão concessiva de cada um desses podem ser encarados de forma distinta.

Na realidade, essas decisões que o STF proferiu, em sede de Mandado de Injunção, bem como as disposições trazidas pela Lei nº 13.300/2016, serviram para

reforçar, ainda a mais, a diferença deste com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no tocante, aqui, aos efeitos da decisão. É o que ensina Barroso (2016, p. 118):

Com essas decisões, o STF finalmente diferenciou, no que toca aos respectivos efeitos, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conferindo ao primeiro a potencialidade de afastar, desde logo, a omissão inconstitucional.

Assim, a discussão referente às diferentes posições acerca dos efeitos da decisão que decreta a mora legislativa diz respeito, *a priori*, somente ao Mandado de Injunção. Uma das causas disso é a própria literalidade que o texto constitucional trouxe, em seu art. 103, §2º, o qual dispõe:

§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. **Grifo nosso**

Da leitura deste dispositivo constitucional, pode-se constatar que a sistemática trazida pela Constituição é de pouca eficiência, pois a mera ciência ao Poder competente em nada garante que seja dada efetividade à norma constitucional, que depende de regulamentação. Afinal, qual a coercibilidade trazida por esse instrumento constitucional?

Apesar das críticas que podem ser feitas a tal dispositivo constitucional, um fato é inegável: a Constituição foi bastante clara e precisa. Ora, percebe-se que, em se tratando de órgão administrativo, a Constituição, expressamente, estabeleceu que pode ser fixado um prazo de trinta dias para cumprimento, ou seja, aqui o texto constitucional deu o grau de coercibilidade que entendeu ser viável para ser utilizado pelo Poder Judiciário. Caso contrário, não teria feito qualquer ressalva, mas teria se limitado a informar que poderia ser utilizado do instrumento de definição de prazos para cumprimento, caso nada fosse feito após ser dada a ciência.

Destarte, percebe-se que, sendo uma omissão do Poder Legislativo, a análise feita em sede de ADO limitar-se-á a dar ciência a este poder para que supra a falta de norma regulamentadora da disposição constitucional. Somente tratando-se de omissão de órgão administrativo é que pode ser estabelecido prazo para que seja suprida a omissão inconstitucional.

Aparentemente, tal diferenciação feita por este dispositivo teve em vista, justamente, as funções típicas de cada esfera de poder. Ora, se compete ao Legislativo a função típica de elaborar leis, não quis a Constituição Federal estabelecer que outra esfera de poder pudesse obrigar a sua atuação. Ao contrário disso, em decorrência da atividade legiferante não ser típica do Poder Executivo, foi previsto maior grau de coercibilidade que pode ser estabelecido na decisão proferida pelo Judiciário.

Interessante a observação que Alexandre de Moraes faz, ao criticar a posição não concretista do Mandado de Injunção, por entender que esta é, estritamente, restritiva e, assim, torna os efeitos desse instrumento constitucional muito parecido com o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apesar de serem institutos diferentes (MORAES, 2018). Assim, buscando, tão somente, fazer uma crítica a tal posição, fez uma afirmação que nos é muito importante: o Mandado de Injunção e a ADO, por serem institutos diferentes, possuem efeitos diferentes, tanto que a própria Constituição previu, expressamente, os efeitos desta última, diferentemente do que fez com o primeiro.

Percebe-se, pois, que a doutrina e a jurisprudência desenvolvidas referentes ao Mandado de Injunção foram responsáveis por afastar esse instrumento do limbo em que se encontrava, ante, inicialmente, a inexistência de previsão constitucional referente a seus efeitos (BARROSO, 2016). Assim, não houve o que se falar em virada jurisprudencial, em conflito doutrinário, bem como inovação legal no que tange à ADO já que a Constituição Federal, expressamente, previu seus efeitos.

Ocorre que, apesar de todas as decisões anteriormente firmadas, o STF vem admitindo que sejam estendidos os efeitos da ADO, equiparando-a, assim, ao Mandado de Injunção. Isto é um reflexo, inclusive, da atuação desenvolvida pelo judiciário nos dias de hoje. Essas questões serão melhor estudadas no capítulo seguinte, quando se analisará a atual jurisprudência do STF em relação à criminalização de condutas por meio destes dois instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão.

Porém, de antemão, é preciso constatar-se que, com a possibilidade de se estender os efeitos da ADO, bem como da atual jurisprudência do STF, também, em relação aos efeitos do Mandado de Injunção, o Poder Judiciário ganhou força no tocante ao combate do vício da omissão inconstitucional, em especial no que tange à criminalização de condutas.

#### 4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ENTENDIMENTO DO STF

No capítulo anterior, estudou-se acerca do fenômeno da omissão inconstitucional e como este impacta, diretamente, na efetividade das normas constitucionais. Diante, então, de um histórico de crises de inefetividade das constituições no Brasil, surgiram importantes instrumentos que visam superar este problema, quais sejam os mecanismos de controle de constitucionalidade por omissão.

Portanto, o Mandado de Injunção e a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como instrumentos de tal modalidade de controle de constitucionalidade, são responsáveis por enfrentar esse vício da omissão inconstitucional que se faz presente no ordenamento jurídico pátrio.

Por fazerem parte do controle de constitucionalidade, tais instrumentos possibilitam que sejam asseguradas tanto a supremacia, como também, a rigidez constitucional, o que é feito através de uma atuação do Poder Judiciário. Logo, caracterizam-se como sendo um importante meio para o exercício do que se denomina como jurisdição constitucional.

Sabe-se que a jurisdição é a função do Estado que tem como principal finalidade a pacificação das relações entre os indivíduos, que se faz mediante solução de conflitos. Assim, a jurisdição é ao mesmo tempo poder, função e atividade. Caracteriza-se como poder, pois por meio desta o Estado possui capacidade para decidir imperativamente e impor decisões. Como função, está o fato de promover a pacificação dos conflitos interindividuais. E, por fim, como atividade, a jurisdição caracteriza-se por ser o complexo de atos judiciais praticados por uma autoridade competente para tal, exercendo, portanto, o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2015).

Assim, denomina-se jurisdição por possuir todas estas características intrínsecas a esta função típica do Poder Judiciário e constitucional, obviamente, por voltar-se à defesa da Constituição, buscando dar cumprimento às suas disposições.

A realidade é que o conceito de jurisdição constitucional não se afasta dessa concepção, ao passo que também é o exercício desse poder, dessa função e dessa atividade, porém, aqui, em prol da aplicação e da interpretação da Constituição. Ou seja, aqui, a imperatividade nas suas decisões tem como objetivo aplicar as disposições

constitucionais, enquanto a pacificação dos conflitos pode ser entendida como a pacificação do próprio ordenamento jurídico, já que a Constituição é vista como a unificadora deste. Além disso, como atividade, a proteção da Constitucional aqui se faz por meio de atos praticados pelo Poder Judiciário, órgão responsável por dar a última palavra acerca da interpretação constitucional.

A realidade é que todos os poderes da União são responsáveis por dar fiel cumprimento à Constituição, bem como fazer com que esta norteie todo o ordenamento jurídico. Porém, é por meio da jurisdição constitucional que se pode garantir a aplicação das disposições da Constituição, bem como realizar a interpretação do seu texto.

Em conformidade com isto, ao definir a jurisdição constitucional, expõe Barroso (2016, p. 229):

Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na **aplicação direta da Constituição**, no desempenho do **controle de constitucionalidade** das leis e dos atos do Poder Público em geral e na **interpretação do ordenamento infraconstitucional** conforme a Constituição. Grifo nosso

Percebe-se, então, que, além da aplicação e da interpretação da Constituição, a jurisdição constitucional, também, compreende o controle de constitucionalidade, confirmando o que, anteriormente, foi afirmado: o mandado de injunção e a ADO são mecanismo para o exercício da jurisdição constitucional e, assim sendo, diversas são as consequências que disso se pode extrair, conforme será exposto adiante.

A verdade é que, com o estudo tão somente das características desses dois instrumentos de controle de constitucionalidade, não se pode concluir pela possibilidade, ou não, de que, por meio deles, sejam determinadas condutas criminalizadas. Logo, como tais instrumentos são diretamente relacionados com a temática da jurisdição constitucional, passa-se, neste capítulo, primeiramente, a analisar alguns pontos que serão fundamentais para compreender e ao final concluir, enfim, acerca da principal questão da presente pesquisa.

Dessa forma, será analisado primeiro o atual espectro de expansão da jurisdição constitucional, ou seja, de maior atuação do Poder Judiciário nesta sua atividade de defesa à ordem constitucional, principalmente, no que tange ao controle de constitucionalidade por omissão. Veremos, então, se de fato existe o que se denomina

por ativismo judicial e as consequências que este pode trazer para o ordenamento jurídico pátrio. Afinal, permitir que se amplie a abrangência dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão para permitir que, com esses, seja realizada a criminalização de condutas faz com que se incorra, necessariamente, em ativismo judicial? Ou, na realidade, esta abrangência foi pretendida pela Constituição?

Ainda envolvendo a temática da jurisdição constitucional, é importante também estudar o que se entende por sua função normativa e se esta possibilita que o controle de constitucionalidade por omissão realize a criminalização de condutas.

Ocorre que, conforme anteriormente exposto, a temática a que se propõe a presente pesquisa não pode se esgotar a uma análise simples sob um único ponto de vista. Fez-se, no primeiro capítulo, uma análise voltada ao direito penal, enquanto, no segundo, realizou-se uma abordagem sob o ponto de vista constitucional, tendo em vista a análise dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão. Este capítulo deter-se-á aos estudos que envolvem a jurisdição constitucional.

Conciliando todos estes pontos, pode-se verificar grande parte das questões que envolvem a matéria, enxergando-a de maneira imparcial, distanciada de ideias políticas e com a abrangência devida à análise da temática. Assim sendo, uma análise que deixe de considerar os pontos aqui discutidos pode ser temerosa e pode trazer consequências perigosas para o ordenamento jurídico.

Somente entendendo todos estes pontos é que se pode aventurar a analisar a atual jurisprudência do STF, no que tange ao tema ora discutido. Isto, pois, recentemente o Supremo por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733 entendeu pela existência da omissão inconstitucional no que a criminalização dos atos de homofobia e de transfobia.

Esse julgamento de 13 de junho de 2019 foi um importante marco histórico, pois, além de ser uma importante conquista da comunidade LGBT, também trouxe diversas consequências ao ordenamento jurídico, ao passo que mostra um novo entendimento acerca do controle de constitucionalidade por omissão, jamais feito anteriormente pela Suprema Corte, o que é um reflexo do atual momento que vive o Brasil no que tange à jurisdição constitucional.

#### 4.1. Jurisdição constitucional e ativismo judicial

Conforme anteriormente já delineado, pode-se constatar que, atualmente, há, cada vez mais, uma ascensão institucional do Judiciário, o que é decorrente de diversos fatores. Esta expansão tem sido percebida, principalmente, no que se refere à jurisdição constitucional, tendo em vista que os Tribunais têm tido, acentuadamente, mais empenho em defender à ordem constitucional.

O que ocorre, também, é que, desde a Constituição de 1988, houve maior preocupação e, conseqüentemente, expansão de temas constitucionais, por ter esta incluído um amplo leque de direitos fundamentais, dotados de alto teor axiológico e uma Constituição tutelada por normas principiológicas, o que ocasionou a necessidade de se ter maior atuação do Judiciário na aplicação dessas normas constitucionais (ARAÚJO, DIÓGENES e MENDES, 2016).

É importante, contudo, ressaltar que todas as causas que envolvem a maior atuação do Judiciário não possuem como sucedâneo lógico o ativismo judicial. Isto posto, é preciso distinguir o ativismo do que se entende por judicialização da política, conforme delineado no capítulo anterior.

Assim, é preciso estabelecer uma fronteira entre o que se entende por judicialização da política e por ativismo judicial, tendo em vista que a primeira se apresenta de forma contingencial, que ocorre por fatores externos à vontade do Judiciário e que destes depende para continuar havendo, e inexorável ao paradigma atualmente vigente; enquanto o segundo caracteriza-se como inadequado e danoso (STRECK, 2018).

Isso quer dizer que o fato de muitas questões de cunho político chegarem a ser debatidas pela Suprema Corte não significa, por si só, que se está diante de ativismo judicial, posto que este só se configura, quando esta atuação se torna danosa à própria Constituição e à sociedade. Assim, de maneira bastante clara e didática, Barroso explica esta diferença (2012, p. 25):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade

política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Dessa forma, o ativismo judicial mostra-se prejudicial tanto ao equilíbrio da relação entre os poderes, por sobrepor a sua vontade em detrimento das demais instâncias de poder, bem como por atentar contra o próprio ordenamento jurídico, tendo em vista que, a pretexto de se interpretar a Constituição, podem-se estabelecer noções que, na realidade, desvirtuem o que propõe o texto constitucional.

#### 4.1.1. A nova hermenêutica constitucional e o ativismo judicial

Ocorre que, conforme dito, o modo como a interpretação constitucional é feita mudou, consideravelmente, a partir da Carta de 1988, tendo em vista esta ter trazido diversas normas de caráter principiológico, bem como de direitos fundamentais de alto teor axiológico, demandando uma maior atuação do Poder Judiciário como intérprete desta norma. A partir disso, desenvolveu-se o que se denomina Nova Hermenêutica Constitucional.

Acerca desse novo modo de interpretar a Constituição, expõe Barroso (2007, p. 275 apud ALBUQUERQUE e CAMPOS, 2015, p. 781): “O que está em destaque, portanto, é a percepção da norma como uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas.”, ou seja, dá-se, neste trabalho, uma maior abertura ao conteúdo da norma constitucional por entender que este não se esgota ao que expõe o seu texto.

Essa nova hermenêutica tem se apresentado, então, como uma ressignificação do papel republicano do Poder Judiciário, haja vista ser este encarado como o “concretizador” do projeto constitucional trazido pela Carta de 1988, bem como por trazer uma releitura das tradicionais relações entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, o que fez com que se fortalecesse a conotação política na atuação do Judiciário (ALBUQUERQUE e CAMPOS, 2015).

Assim, essa nova hermenêutica constitucional caracteriza-se tanto pela presença de um judiciário mais ativo, por ser este responsável pela interpretação dessas tidas cláusulas constitucionais abertas, como também pela mudança na forma como estão divididas as funções e os limites da relação entre judiciário e legislativo, espectro o qual foi tratado no capítulo anterior e, conforme visto, é consequência de diversos fatores.

Nota-se, então, que a adesão a esse novo modelo de interpretação constitucional trouxe diversos impactos ao ordenamento jurídico brasileiro. Dentre os fatores para tanto, aponta-se a evolução da jurisdição constitucional, nos dias atuais, aliada ao descrédito da atividade legislativa, o que faz com que se aumente o desequilíbrio entre as funções estatais.

A extrapolação da judicialização, que, nesta pesquisa, se define como ativismo judicial, trazida, também, por esta nova hermenêutica constitucional, faz com que se entregue, cada vez mais, ao judiciário o controle de todo o ordenamento jurídico. Ora, as razões para que haja uma divisão de funções estatais são diversas, mas dentre elas está a necessidade de se preservar a segurança jurídica. É o que explica Albuquerque e Campos (2015, p. 787):

Dito de outro modo, ao Poder Judiciário não pode ser permitido estabelecer ou mesmo ampliar os limites de sua atividade de intérprete autêntico da ordem jurídica, sob pena de: a) esvaziamento da função legislativa; b) excessiva judicialização das questões, levando ao esgotamento da administração da Justiça; c) desconsideração completa do sentido de segurança jurídica.

Nota-se que, com essa nova hermenêutica constitucional, há, então, uma quebra do formalismo constitucional e, conseqüentemente, do sentido de segurança jurídica. Além disso, a ausência de um referencial ético que sustente a defesa do justo por parte do intérprete somada à utilização de métodos hermenêuticos ambíguos e vagos, trazidos, também, por essa nova hermenêutica, tornam a decisão judicial algo incerto e distante da segurança jurídica. Percebe-se, aqui, um paradoxo, pois para a realização de um ideal de justiça se transforma e se ressignifica o próprio parâmetro de justiça previsto na Constituição, a partir do momento em que se permite a flexibilização dos seus dispositivos normativos (ALBUQUERQUE e CAMPOS, 2015).

Percebe-se, então, que o fortalecimento da jurisdição constitucional está, também, diretamente relacionado à abrangência que é dada às normas constitucionais aliada à legitimidade do judiciário para que, interpretando-as, defina o seu sentido e alcance.

Assim, como consequência desse fortalecimento, temos, primeiramente, o esvaziamento da função legislativa, à medida que o Poder Judiciário assume competências que são estranhas à tradicional divisão de funções estabelecida pelo

ordenamento jurídico brasileiro, a pretexto de concretizar as normas constitucionais. Além disso, a judicialização da política torna-se excessiva, ultrapassando a barreira que a diferencia do ativismo judicial. E ante todo esse espectro, torna-se prejudicada a segurança jurídica.

Esse novo espectro da jurisdição constitucional atingiu, também, o controle de constitucionalidade por omissão, conforme delineado no capítulo anteriormente. A busca pela efetividade das normas constitucionais fez com que se desse uma maior abrangência tanto ao Mandado de Injunção, como também à Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Tal abrangência levou o STF a admitir que fossem ampliados os efeitos da decisão que decreta a mora legislativa, aderindo, a partir de uma virada jurisprudencial, à posição concretista. Ocorre que, além disso, recentemente, determinou que fosse possível o reconhecimento da omissão inconstitucional no que tange à criminalização de condutas e, a partir daí, possa o judiciário (adotando aqui a posição concretista já aplicada em casos anteriores) suprir esta omissão a fim de se garantir a efetividade constitucional e, portanto, realizar a criminalização de condutas.

É bastante questionável a interpretação constitucional feita pelo STF, a qual será analisada mais à frente. O que se percebe, desde logo, é que essa atuação da Suprema Corte mostra, exatamente, aquilo que defendem os adeptos à nova hermenêutica constitucional, a partir do momento em que, a pretexto de se realizar justiça, amplia o alcance dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão, permitindo que estes possam alcançar o patamar de criminalização de condutas, algo inédito ao ordenamento jurídico brasileiro.

A verdade é que reconhecer a possibilidade de criminalização de condutas por meio de Mandado de Injunção e ADO deveria depender de um elevado esforço argumentativo, a ponto de se conseguir afastar o princípio da reserva legal e seus correlatos, anteriormente expostos, bem como possibilitar que tais instrumentos fossem dotados de um alcance que a Constituição sequer parece ter pretendido. Ocorre que se substitui toda esta carga argumentativa pela simples necessidade de se fazer justiça e pela legitimidade do Judiciário de complementar o sentido da norma constitucional, fugindo ao que a própria carta constitucional estabelece (aqui está novamente o paradoxo).

#### 4.1.2. Direito das minorias e ativismo judicial

Os membros do Poder Judiciário, como juízes, desembargadores e ministros das cortes superiores não são agentes públicos eleitos, ou seja, não possuem a aprovação da vontade popular para que exerçam suas funções. Em que pese este fato, o judiciário também desempenha um poder político (BARROSO, 2012), à medida que muitas questões politicamente controvertidas acabam por serem judicializadas, o que é um efeito normal à realidade jurídica.

Portanto, por vezes, o Poder Judiciário pode ser, inclusive, responsável por invalidar atos dos outros dois poderes e, nestas hipóteses, pode-se observar a decisão de agentes públicos eleitos ser sobreposta a de agentes não eleitos, o que faz surgir o que se denomina, na teoria constitucional, dificuldade contramajoritária (BARROSO, 2012), ou seja, a decisão do Poder Judiciário acaba por violar, indiretamente, o que a maioria da sociedade almeja, já que se está contrariando o que os seus representantes eleitos possam decidir.

Tendo em vista que os Poderes políticos (Executivo e Legislativo) são aqueles eleitos pela maioria, os grupos sociais tidos como minoria acabam por não possuírem representatividade nestas instâncias de poder, o que prejudica o acesso a diversos direitos fundamentais. Daí, tendo em vista esta baixa força expressiva no processo deliberativo, tais grupos minoritários valem-se do Judiciário para a correção das mazelas do sistema democrático para que, assim, possam alcançar a igualdade material prevista na Constituição (ALVES e OLIVEIRA, 2014).

Ora, de fato, o Poder Judiciário é responsável por tutelar os direitos das minorias, posta a baixa representatividade destas nas demais instâncias de poder e, conseqüentemente, a pouca expressividade que possuem. Porém, essa constatação, por si só, não pode fazer com que tal tutela seja realizada de qualquer forma. Assim, deve-se procurar, dentre os meios que a Constituição disponibiliza, proteger os direitos fundamentais dos grupos que possuem pouca representatividade política.

Portanto, ainda que atue de maneira ativista na defesa dos direitos fundamentais das minorias, não poderá essa atuação ser feita de maneira incoerente e sem qualquer integridade jurisprudencial, ou seja, contrária ao que é desenvolvido de maneira geral pelo Judiciário. Ressalte-se, então, que tal atuação deverá ser feita por meio de decisões

coesas, ou seja, que possuam um nível mínimo de segurança jurídica a ponto de se construir uma jurisprudência clara a seu respeito (ALVES e OLIVEIRA, 2014).

Diante dessa realidade democrática brasileira, na qual existem muitos grupos minoritários sem grande representatividade, como é o caso da comunidade LGBT, o Poder Judiciário, por muitas vezes, será invocado a agir em defesa dos direitos fundamentais destes grupos. Assim é que, ao tratar do ativismo judicial em face da proteção dos direitos das minorias, expõe Appio (2008, p. 192):

Sustento, por conseguinte, que o ativismo judicial está justificado como um instrumento democrático de proteção dos direitos fundamentais das minorias, como decorrência de sua baixa capacidade de mobilização política e econômica, da qual resulta histórica discriminação.

De fato, a necessidade de proteção dos direitos de tais grupos pode ser legitimador da atuação ativista por parte do Judiciário. Contudo, reitere-se, a fim de somar ao que foi dito pelo autor, o fato de que, ainda que em defesa de tais direitos, o Judiciário deve manter-se coerente com o que a própria jurisprudência entende e, ainda que não seja possível, mantenha-se coerente, ao menos, ao ordenamento jurídico que se busca defender.

Não se nega, portanto, que o Poder Judiciário deva buscar a efetivação da justiça e a proteção dos direitos fundamentais das minorias por meio de suas decisões. Porém, além de concretizador da justiça, o Judiciário, também, é aplicador do ordenamento jurídico e, assim, não pode deixar de velar pelos seus princípios básicos. Logo, ainda que agindo de forma ativista para a defesa de tais direitos, deve preservar o mínimo de segurança jurídica, como o respeito ao princípio da reserva legal no que tange à criminalização de condutas e aos limites dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão.

#### **4.2. Função normativa da jurisdição constitucional e criminalização de condutas**

Conforme visto anteriormente, a jurisdição constitucional compreende o poder de aplicação e interpretação da Constituição, bem como a realização do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral.

Como consequência lógica da função de controle de constitucionalidade, bem como da função de interpretação da Constituição, temos a função normativa da jurisdição constitucional. Isto, pois, a partir dessas duas primeiras funções, o Judiciário

pode tornar-se legislador positivo (PELICIOLI, 2008), por meio do que, mais à frente, será denominada de sentença normativa.

Ocorre que, nem sempre, ao exercer controle de constitucionalidade, bem como, quando é realizada a interpretação conforme a constituição, está o Judiciário realizando tal função normativa e, logo, agindo como legislador positivo.

A ideia de se estabelecer a função normativa da jurisdição constitucional é a de que, dessa forma, se dê maior efetividade à Constituição, a partir do momento em que, além do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, também, possa, excepcionalmente, exercer o papel deste legislador positivo, por meio da criação de normas gerais e abstratas, em circunstâncias devidamente justificadas (PELICIOLI, 2008).

Portanto, somente em caráter excepcional, pode ser realizada tal função normativa e, devido a isso, as situações que ensejam a atuação do legislador positivo devem ser sempre devidamente justificadas. Além disso, ponto interessante a ser ressaltado é o fato de que esta atuação se limita à criação de normas gerais e abstratas, pois estas já são suficientes para a finalidade a que se propõe a função normativa: a defesa dos direitos fundamentais.

Conforme explicado, no Brasil, a jurisdição constitucional é exercida por todos os órgãos que compõe o Poder Judiciário, tendo em vista que o controle de constitucionalidade poderá exercido de forma concentrada, bem como difusa. Ocorre que é, na primeira forma, ou seja, quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que a jurisdição constitucional é exercida com plenitude, já que é por meio deste que, em casos excepcionais, poderá ser exercida a função normativa (PELICIOLI, 2008).

Assim, percebe-se que o exercício da jurisdição constitucional pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, em alguns casos, tem como decorrência o exercício da função normativa, ou seja, da sua atuação como legislador positivo. E apesar de, *a priori*, soar estranha tal atuação por parte da Suprema Corte, isso não fere o princípio da separação de poderes, conforme também explica Pelicoli (2008, p. 173):

O papel do Tribunal Constitucional brasileiro, que protege fiscaliza o cumprimento da Constituição perante os poderes públicos, não pode ter excluída sua função normativa, como criador de norma geral e abstrata, sob o argumento de contrariedade ao princípio da separação de poderes. Como

verificado, quando o Supremo Tribunal Federal age como garantidor da Constituição, respeita a separação dos poderes do Estado, pois o Estado deve ser entendido como um corpo único e não fragmentado.

A realidade é que a própria Constituição estabelece tal função normativa ao Supremo Tribunal Federal, ao enunciar, em seu art. 102, que a este compete precipuamente a guarda da Constituição. Então, como já exposto, o fortalecimento da jurisdição constitucional deve-se, também, à necessidade de um Judiciário forte e independente para que se efetive tanto a democracia, bem como se defenda esta supremacia e rigidez constitucional, o que se faz, também, por meio do controle de constitucionalidade.

No momento em que a Suprema Corte transforma, adequa, modifica e integra o texto de determina lei ou ato normativo, está agindo como legislador positivo por criar norma uma norma geral abstrata, formalizada em uma sentença normativa (PELICIOLI, 2008). Ou seja, com o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o STF profere uma decisão de eficácia *erga omnes* que, na realidade, se caracteriza como uma atuação normativa, ou melhor, como uma atuação de legislador positivo.

Logo, essa sentença normativa caracteriza-se como mecanismo que possibilita maior dinamização e aplicação da Constituição, tendo em vista que, por meio dessas decisões, analisando a realidade social, aperfeiçoa-se e atualiza-se a Constituição, visando dar efetividade aos direitos fundamentais nela consagrados (PELICIOLI, 2008).

Ocorre que essa atuação não é feita de maneira absoluta por parte do Judiciário. Apesar de ser um importante mecanismo de fortalecimento da jurisdição constitucional, conforme já informado, a função normativa só é exercida em caráter excepcional. É por isso que Pelicoli define os requisitos concomitantes para que sejam proferidas sentenças normativas, quais sejam: “a omissão ou edição da lei ou ato normativo que contrarie a Constituição” e a “observância da realidade histórica e dos resultados possíveis” (2008, p. 203).

Em relação ao primeiro requisito, ora dedica-se a analisar a omissão de lei ou ato normativo que contraia a Constituição, pois é o que se coaduna com o objeto da presente pesquisa. É preciso, contudo, se estabelecer as diferentes formas de omissões inconstitucionais, já que, a depender do tipo de omissão, pode ou não resultar em

sentença normativa, pois, conforme já bem fixado, somente em caráter excepcional pode esta ser proferida.

Pelicioli diferencia tais omissões inconstitucionais em três tipos: a absoluta ou total, a parcial e a relativa. A omissão absoluta configura-se quando não há qualquer norma regulamentadora de determinado dispositivo da Constituição. Enquanto isso, a omissão parcial ocorre quando uma determinação constitucional é tratada de forma insuficiente por parte do legislador. Por fim, a omissão relativa se dá quando, mesmo cumprido o mandamento constitucional, a lei criada favorece a certos grupos em detrimento de outros, ou seja, trata-se aqui de uma violação ao princípio da igualdade (PELICIOLI, 2008).

Em detrimento dessas omissões, pode-se utilizar tanto o mandado de injunção, como também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ocorre que, conforme anteriormente exposto, das decisões proferidas pela Suprema Corte, somente aquela que possuir eficácia *erga omnes* constituirá sentença normativa. Viu-se, no capítulo passado, que o STF passou a adotar a tese concretista geral no que tange ao Mandado de Injunção, ou seja, dando a sua decisão eficácia *erga omnes*.

Logo, ao julgar determinada ação em sede de Mandado de Injunção, está proferindo sentença normativa e, portanto, agindo como legislador positivo. Além disso, conforme será visto mais à frente, o STF também passou a admitir que, em sede da ADO, vá além do que dispôs o art. 103, §2º, da Constituição Federal, a partir do momento em que se estabeleceu os mesmos efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção. Logo, as decisões proferidas em sede de ADO, também, passaram a ser de sentença normativa.

Estabelece Pelicioli que, em se tratando de omissão relativa, pode, inclusive, ser utilizada a ação indireta de inconstitucionalidade por comissão para que esta omissão seja superada, já que se ofende aqui o princípio constitucional da igualdade. Assim sendo, essa decisão se efetivará também através de uma sentença normativa (PELICIOLI, 2008).

Mostra-se coerente a doutrina desenvolvida por Pelicioli, pois, de fato, o STF, nessas situações específicas de controle de constitucionalidade por omissão, principalmente após estas recentes decisões, de fato, profere sentenças normativas, ou seja, de fato, age como legislador positivo ao definir normas de caráter geral e abstrato.

Ocorre que esta última característica, por si só, já afasta a possibilidade de criminalização de condutas por meio de sentenças normativas.

Isto, pois se diferenciam as normas gerais e abstratas desenvolvidas pelo STF do que, propriamente, é a lei criada pelo Poder Legislativo. É como explica Peliccioli, utilizando-se, também, da doutrina desenvolvida por Zagrebelsky (1993, p. 112 apud 2008, p. 233):

Portanto, deve-se entender que a norma geral e abstrata criada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da sentença normativa, não é lei propriamente dita, “no sentido de atos diretivos a modificar o direito vigente, mas consiste em provimentos jurisdicionais que ‘dizem’ o direito constitucional a respeito das situações nas quais se dirigem cada lei”.

Distingue-se, então, o texto legislativo da norma, na medida em que o primeiro refere-se ao modo como é manifestada a vontade de determinado órgão, enquanto a segunda é o que se retira de um processo interpretativo sobre este texto (PELICCIOLI, 2008).

Ou seja, a atuação do Judiciário, por mais que seja enquadrada como de legislador positivo, ainda se limita a uma atuação de intérprete da lei e não de criador desta. Afinal, é de competência do Poder Legislativo a sua criação, cabendo ao Judiciário somente interpretá-la e definir o sentido que mais se equipare ao defendido pelo texto constitucional.

Portanto, no momento em que o STF estabelece que seja possível estender aos servidores públicos o direito de greve previsto tão somente na lei geral, não extrapola suas funções, pois tão somente profere uma sentença normativa de caráter geral que dá uma interpretação da lei conforme a Constituição. Porém, admitir que sejam criminalizadas condutas é fazer com que a sentença normativa se confunda com a própria lei e, assim, supere o princípio da reserva legal em se tratando de matéria penal.

A busca pela justiça constitucional, que é tão defendida por essa nova hermenêutica, não pode justificar essa atuação tão temerosa por parte do Judiciário. Ainda que atue como legislador positivo, ou melhor, ainda que possua legitimidade constitucional para determinar o sentido da norma, suprimi-la e até mesmo integrá-la a outras situações não faz com que este possa criminalizar condutas.

Importante ressaltar que não se critica, aqui, o fato de o STF agir em defesa da justiça ou do direito das minorias, como o fez com a comunidade LGBT. O que se critica é que, a pretexto disso, o Judiciário realize a criminalização de condutas, afrontando princípios básicos do Direito, como o da reserva legal e de seus correlatos, anteriormente expostos, bem como extrapole o alcance dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão para que alcance esse fim. É um verdadeiro malabarismo jurídico que se mostra bastante temeroso.

### **4.3. STF e a Criminalização da Homofobia**

Foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 e pela Associação Brasileiro de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) o mandado de injunção nº 4.733, as duas em face do Congresso Nacional, nas quais se afirma ter havido omissão legislativa, no que tange ao mandamento constitucional que impõe ao Estado o dever de proteção à essencial dignidade das pessoas e, conseqüentemente, à criminalização de atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero das vítimas de tais condutas.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão inconstitucional do Congresso Nacional para realizar a criminalização da homofobia, enquadrando-a como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989). No julgamento, votaram a favor dessa tese os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Em contrapartida, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli entenderam que tal criminalização somente poderia ser feita pelo Legislativo. Enquanto isso, o Ministro Marco Aurélio sequer entendeu haver omissão legislativa.

Percebe-se que a pretensão buscada por essas ações é de extrema relevância social, à medida que têm como objetivo superar um histórico de discriminação que perdura até os dias de hoje e que é responsável por diversos atos de violência física e psicológica contra a comunidade LGBT.

A realidade mostra uma situação de grande perigo à população LGBT. Não é à toa que se tem, a cada 23 horas, uma morte por conta de homofobia<sup>11</sup>, já que os atos

---

<sup>11</sup> Trata-se de pesquisa feita pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) publicado em 17/05/2019. Segundo o relatório, até a data de sua elaboração haviam ocorridos no ano 126 homicídios e 15 suicídios.

discriminatórios ainda são poucos combatidos pelo Poder Público. De fato, há um descaso por parte do Congresso Nacional em criminalizar esta prática que tem tanto lesado, maltratado, torturado e matado diversas pessoas pelo simples fato de serem homossexuais.

Não se pode ser indiferente em relação a esta realidade. Assim, qualquer análise no que tange a este julgamento proferido pelo STF e que se distancie da infeliz situação discriminatória vivida pelo país pode incorrer em formalismo e legalismo desmedido que, na realidade, em nada acrescenta ao debate que se formou em torno desta temática.

Passa-se, então, a analisar, com a devida cautela, os principais pontos do entendimento que se firmou no julgamento das referidas ações, sem abrir mão de compreendê-lo conjuntamente com o espectro discriminatório existente no Brasil.

#### 4.3.1. Histórico de discriminação e Judiciário como legislador positivo na criminalização da homofobia

Ponto em comum na maioria dos votos proferidos no julgamento da ADO nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733 refere-se ao histórico de discriminação no Brasil com a comunidade LGBT. Isto, pois, o tratamento direcionado aos homossexuais, historicamente, é marcado pelo preconceito e pelo discurso de ódio que tanto afeta os direitos básicos do ser humano, conforme explica o Ministro Celso de Mello (STF, 2019, p. 29) em seu voto:

A questão da homossexualidade, surgida em um momento no qual ainda não se debatia o tema pertinente à “ideologia de gênero”, tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, graves proporções que tanto afetam as pessoas em virtude de sua orientação sexual (ou, mesmo, de sua identidade de gênero), marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano.

Este é um fato inegável, haja vista ser uma simples, apesar de infeliz, constatação da realidade brasileira. Assim, em que pese haver crescido cada vez mais o debate ao respeito à dignidade sexual, uma maior abertura social, religiosa de aceite à diversidade, bem como desenvolvimento de mais grupos que defendem a causa LGBT, tem-se que as discriminações ainda são muito presentes, em nossa sociedade, tanto na sua forma velada das segregações cotidianas, como também de maneira pública, por

meio de violência física e psicológica, esta por meio da disseminação do discurso de ódio (MASIERO, 2013).

Esta luta pelo reconhecimento dos direitos da comunidade LGBT trouxe diversas consequências positivas no que tange à sua vida em sociedade, passando a serem reconhecidos como ao princípio da igualdade, como bem expressou o Ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2019, p. 8) em seu voto:

Direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos, hoje, nacional e internacionalmente, como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, integrando o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação.

Ocorre que esta evolução em defesa aos direitos e liberdades dos homossexuais não faz, por si só, com que seja possível o Judiciário tipificar a prática de homofobia, bem como de determinar a sanção cabível.

Assim é que, logo no início do voto do Ministro Relator da ADO nº 26, Celso de Mello, este se dedicou a fazer a separação entre a função legislativa e a função jurisdicional. Tal análise foi feita diante do pedido do PPS para que fosse suprido o princípio da reserva legal e, dessa forma, pudesse o STF realizar a tipificação, bem como definir a cominação penal da homofobia.

Expõe o relator que não entende viável tal atuação por parte do Judiciário, haja vista que não considera possível afastar a incidência do referido princípio penal, bem como de que se substitua o Congresso Nacional em suas funções, sob pena de se estar violando, igualmente, o princípio da separação de poderes. Assim, nas palavras do Ministro Celso de Mello (STF, 2019, p. 29):

Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional.

Portanto, percebe-se que este ponto da fundamentação não diverge com o que foi exposto, anteriormente, na presente pesquisa. Por mais que a separação de poderes tenha adquirido nova roupagem com maior atuação do Judiciário, isso não pode suprir os pilares básicos dessa divisão constitucionalmente feita em relação à repartição de

funções, a ponto de permitir que sejam realizadas criminalização de condutas por meio da atividade jurisdicional.

Percebe-se, então, que o STF reconheceu, desde logo, que não pode, diretamente, realizar a tipificação e a cominação de pena, sob pena de se ferir todos esses princípios constitucionais já elencados. Veja, também, o que defendeu o Ministro Alexandre de Moraes (STF, 2019, p. 36):

Apesar de constatado o estado de mora inconstitucional e a obrigatoriedade constitucional de esta SUPERMA CORTE, no exercício de jurisdição constitucional, efetivar a ampla e igualitária proteção aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, inviável uma das soluções pleiteadas pelo autor, no sentido de colmatação da omissão com a criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário.

Logo, neste ponto específico da decisão, não se mostra qualquer irregularidade. Ocorre que este entendimento colocado, de forma expressa, pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se incoerente com o teor final da decisão, conforme será exposto mais à frente.

#### 4.3.2. Omissão inconstitucional e conduta protelatória praticada pelo Congresso Nacional

A omissão apontada nas referidas ações é referente a mandados constitucionais de criminalização contidos nos incisos XLI<sup>12</sup> e XLII<sup>13</sup> do art. 5º da Constituição Federal. De fato, nesses dois incisos, há mandados expressos de criminalização, no primeiro, referente a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, enquanto no segundo, é referente ao crime de racismo.

Ocorre que, conforme informado no primeiro capítulo, o mandado de criminalização expresso, contido no inciso XLII do art. 5º, foi tratado pela Lei nº 7.716/89, a qual define os crimes decorrentes do preconceito de raça ou de cor. Ou seja, a determinação expressa feita pela Constituição, nesse caso, foi devidamente cumprida por parte do legislador infraconstitucional. Ocorre que, como a cláusula constante no inciso XLI é mais aberta, torna-se inviável afirmar que poderia o legislador ter esgotado

---

<sup>12</sup> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

<sup>13</sup> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

a determinação expressa contida na Constituição para que se criminalize esse tipo de conduta.

Tendo em vista isso, não parece ser possível constatar, atualmente, uma omissão inconstitucional por parte do legislador infraconstitucional, no que tange ao inciso XLII, pois este já foi devidamente regulamentado pela Lei nº 7.716/89.

O que fez o Supremo Tribunal Federal foi, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, dar um novo significado ao termo racismo contido no dispositivo constitucional para que, assim, se extraísse um mandado constitucional de criminalização, senão veja-se o que expôs o Ministro Celso de Mello (STF, 2019, p. 80):

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

Portanto, utilizando-se de uma interpretação conforme a Constituição, ou seja, buscando tirar o sentido da norma a partir de uma análise principiológica, o Supremo Tribunal Federal, na realidade, está reconhecendo a existência de um mandado implícito de criminalização.

Ocorre que, conforme informado anteriormente, a constatação de omissão inconstitucional extraída de mandados constitucionais implícitos de criminalização mostra-se bastante perigosa, pois permite que o Judiciário reconheça a existência de direitos fundamentais implícitos que estão sendo violados e, a partir disso, enfrente uma omissão legislativa que, sequer, seja facilmente constatável.

Assim, caso o STF reconheça a omissão legislativa por algum mandado expresso de criminalização, deve fazê-lo somente com o que dispõe o inciso XLI do art. 5º, pois não há como se retirar isso do inciso XLII. Logo, não se mostra coerente a utilização da Lei 7.716/89, a fim de criminalizar a homofobia, como o fez a Suprema Corte.

Importante ressaltar o quão notável é a deficiência no combate à homofobia por parte do Poder Público, tendo em vista descaso e inoperância por parte do Congresso Nacional em deliberar sobre essa importante questão. Tanto que, passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, poucas deliberações foram feitas acerca do tema e o que se mostra é tão somente uma prática protelatória por parte do Congresso Nacional.

De fato, essa mora por parte do Congresso Nacional é bastante prejudicial à comunidade LGBT, conforme se pode extrair do trecho do voto do Ministro Celso de Mello (STF, 2019, p. 50):

O fato indiscutível, Senhor Presidente, é que este processo suscita questões de fundamental importância para os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT, pois não se pode ignorar que, lamentavelmente, essas pessoas são vítimas de continuadas violações de seus direitos e de inaceitável tratamento preconceituoso e excludente, seja no meio social em que vivem, seja, muitas vezes, em razão de inadmissíveis comportamentos assumidos pelo próprio aparelho de Estado ou por seus agentes.

Ocorre que, em que pese esta mora legislativa, aliada às constantes discriminações sofridas pela comunidade LGBT, devem ser utilizados os mecanismos constitucionais devidos para esta proteção e não se utilizar de meios confusos e imprecisos para que se alcance a proteção do direito das minorias. Assim, violar preceitos constitucionais, ainda que em prol da defesa de direito das minorias, atinge à segurança jurídica que é tão valiosa ao Estado Democrático de Direito.

#### 4.2.3. Possíveis soluções para a colmatação da omissão inconstitucional

No voto do Ministro Edson Fachin, relator do Mandado de Injunção nº 4.733, a solução trazida por este para suprir a omissão inconstitucional foi aquela já assentada na jurisprudência do STF, qual seja a adoção da posição concretista geral e, assim, o reconhecimento pela possibilidade de o próprio Tribunal, ao admitir a mora legislativa, supra a omissão, determinando a aplicação de outra lei já existente até atuação futura do Poder Legislativo. Nas palavras do Ministro (STF, 2019, p. 21):

É certo que, desde o julgamento dos mandados de injunção referentes ao exercício do direito de greve por servidores públicos, este Supremo Tribunal Federal superou sua antiga jurisprudência para reconhecer ser cabível ao Poder Judiciário atuar nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo

(MI 670, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 30.10.2008).

Ocorre que, apesar de que o STF adote a posição concretista geral, deve-se ter em mente que, aqui, se trata de criminalização de condutas, ou seja, é preciso ainda observar o princípio da reserva legal. Portanto, não se mostra adequado o que expõe o Ministro Edson Fachin ao informar que “Dessa forma, ainda que envolva matéria penal, não é possível alegar que a injunção deveria limitar-se ao mero reconhecimento da mora.” (STF, 2019, p. 25).

Ora, justamente por esse fato, não se pode admitir a utilização do Mandado de Injunção para este fim, já que o próprio Tribunal estabeleceu que não seja afastado o princípio da reserva legal. Assim, como pode o Mandado de Injunção ser utilizado para suprir a omissão legislativa e criminalizar uma conduta? Fica evidente a incoerência no tratamento da matéria, pois, apesar de ter firmado o entendimento da inafastabilidade do princípio da reserva legal, é exatamente o que se faz ao permitir que o Judiciário realize a criminalização de condutas.

Além disso, conforme, também, se pode extrair do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, relator da ADO nº 26, duas são as soluções que poderiam ser estabelecidas pelo STF, no julgamento da ação proposta, para a surpresa do que vinha sendo entendido pela doutrina e pela própria jurisprudência nacional.

Assim, admitiu que fossem utilizados os mesmos efeitos do Mandado de Injunção à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pois conforme o Ministro Celso de Mello (STF, 2019, p. 65):

Uma vez reconhecida, portanto, a existência de mora imputável ao Congresso Nacional, e tendo presente o contexto que se delineia neste caso (inércia do Parlamento na implementação legislativa de cláusulas veiculadoras de mandado de incriminação), desenham-se, fundamentalmente, as seguintes possibilidades de colmatação do “vacuum legis”, a saber:

(a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, “caput”); ou, então,

(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção

conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT.

Assim, percebe-se que se admitiu que, mesmo tendo em vista o que dispõe expressamente o art. 103, §2º, da Constituição Federal, pudesse o STF em sede de ADO suprir a omissão legislativa e, então, aplicar os mesmos efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção.

Ocorre que, conforme, também, se teve oportunidade de expor anteriormente, a extrapolação dos efeitos da ADO mostra-se, totalmente, contrária à própria Constituição. Isto, pois, é até admissível a margem de interpretação dada ao Mandado de Injunção, já que a Constituição foi silente, no que tange aos seus efeitos. Porém, em relação à ADO, consta claro no dispositivo constitucional que, em se tratando de omissão legislativa, a atuação do STF limitar-se-á a dar ciência ao poder competente para que supra tal omissão.

Além disso, ainda que se admita a utilização da posição concretista em sede de ADO, as mesmas críticas feitas em relação ao Mandado de Injunção, também, se mostram aplicáveis.

Importante, por fim, mencionar que, no julgamento dessas ações, não foi acolhida a tese de que a decisão proferida pelo Supremo enquadrar-se-ia como sentença normativa, o que se trata de uma prática comum neste Tribunal. Conforme expõe Pelicioli (2008, p. 172):

O Supremo Tribunal Federal, em não poucas ocasiões, tem atuado como legislador positivo, proferindo sentença normativa, mas o tem feito de modo transversal, sem assumir explicitamente tal feito. [...] **a sociedade, de modo geral, precisa saber que sua Corte Suprema assim age, até para poder exigir desta uma justificção racional e para que se possam precisar os limites desta atuação.** (grifo nosso)

Portanto, o que se percebe é que, com o julgamento dessas ações, mais uma vez, o STF se negou a assumir que está a praticar uma sentença normativa, o que, desta vez, possui um motivo a mais, já que admitir fazê-lo o levaria a entrar, diretamente, em confronto com o princípio da reserva legal que fora, no mesmo julgamento, defendido pela corte.

Não se pode admitir que, a pretexto de estar sendo realizada tão somente interpretação constitucional, possa o STF, na realidade, proferir uma sentença normativa que supere o princípio da reserva legal. É estar, então, confundindo a norma produzida pelo Judiciário com a lei produzida pelo Legislativo. É, por fim, violar o princípio da separação de poderes e, assim, a própria segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

## 5. CONCLUSÃO

Um fato que pode ser, facilmente, constatável é o grande impacto e a importância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as diversas discriminações que a comunidade LGBT vem sofrendo, ao longo da história, e que se perduram até os dias de hoje. Nesse sentido, buscou-se analisar a temática, também, sob um ponto de vista social, estabelecendo-se uma relação entre os preceitos básicos do ordenamento jurídico com os próprios valores da sociedade.

Assim, foi possível, no primeiro capítulo, observar a importância do princípio da reserva legal, que não pode ser visto como um instrumento para burocratizar o Direito, mas sim como uma verdadeira garantia ao indivíduo inserido em uma sociedade. Também foi possível estudar a doutrina dos mandados constitucionais explícitos e implícitos de criminalização e os impactos que esta diferença traz para a análise da presente temática.

Ato contínuo, foi possível perceber a importância que o controle de constitucionalidade tem para se garantir a supremacia e a rigidez da Constituição. Viu-se que tal controle é um importante instrumento para se combater à síndrome da inefetividade da Constituição, ante as omissões por parte do Poder Legislativo. Assim, a análise que se voltou aos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão, quais sejam o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, permitiu, com maior clareza, entender como o Judiciário pode (e não pode) combater o vício da omissão inconstitucional.

Visto, também, a crescente evolução da jurisdição constitucional, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário, foi possível constatar que é um efeito natural do modo como é formado o nosso ordenamento jurídico o fato de que seja realizada a judicialização de questões políticas. Ocorre que esta não pode se confundir com o ativismo judicial, o qual, por sua vez, se mostra bastante prejudicial à segurança jurídica.

Trouxe-se, também, o fenômeno das sentenças normativas, como consequência do controle de constitucionalidade e, portanto, da função normativa exercida pelo Judiciário na jurisdição constitucional. Dessa forma, foi possível constatar que, em que pese a importância desta função, não se pode confundi-la, nem ressaltá-la em detrimento da função exercida pelo Poder Legislativo. Logo, também ofende a segurança jurídica,

bem como a separação entre os poderes a criminalização de condutas por meio dessas sentenças normativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, foi possível constatar, a partir de toda análise feita, diversos pontos inconsistentes na decisão proferida pelo STF. Primeiramente, pois, a Corte deu uma abrangência aos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão, que se mostra estranha a todo o arcabouço doutrinário, bem como à própria jurisprudência firmada anteriormente.

Isto, pois, ao se modificar o conceito de racismo para se extrair o mandado de criminalização da homofobia, o Supremo Tribunal Federal, na realidade, estava reconhecendo a existência de um mandado implícito de criminalização. E, conforme foi possível demonstrar, a constatação de omissão inconstitucional extraída de mandados constitucionais implícitos de criminalização não se mostra adequada.

Percebeu-se, também, o quão inconsistente foi a utilização dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão, no julgamento em questão, pois permitiu-se que, com esse fosse afastado o princípio da reserva legal, que, conforme anteriormente exposto, é uma garantia dada pela Constituição ao indivíduo. Além disso, deu ao instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão um sentido divergente do que dispõe a doutrina, a jurisprudência e a própria Constituição Federal, a partir do momento que promoveu a este os mesmos efeitos do Mandado de Injunção.

Por fim, foi analisada a afirmação feita no julgamento de que, ao ser proferida a decisão em sede de tais instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão, não se estava proferindo sentença normativa. Ocorre que, conforme demonstrado, a decisão proferida pelo STF possui todas as características do exercício da função normativa na jurisdição constitucional e o que pretendeu a Suprema Corte, na realidade, foi afastar essa hipótese para não entrar em conflito com o princípio da reserva legal.

Logo, é possível constatar a inviabilidade de que tanto por meio do Mandado de Injunção, como também por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão seja realizada a criminalização de condutas, principalmente da forma que fora feita pelo Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **Nova hermenêutica constitucional e (in) segurança jurídica**: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. Revista Quaestio Iuris, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/16914> Acesso em: 20/10/2019.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. **Democracia e ativismo judicial**: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. Argumenta Journal Law, n. 20, p. 33-45, 2014. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432> Acesso em: 05/11/2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: A tênue fronteira entre o Direito e a política. Migalhas, [s. l.], 5 fev. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal**: parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. P. 409

BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica** / Noberto Bobbio / trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti / apresentação Alaôr Caffé Alves - BAURU, SP: EDIPRO, 2001. P. 59

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime** / Cláudio Brandão. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 13.300, de 23 de junho de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.**

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Edson Fachin, Distrito Federal, 13 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, Distrito Federal, 13 de junho de 2019.

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Malheiros editores, 2015.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização**: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia. Observatório da Jurisdição Constitucional, n. 2, 2014. Disponível em: <http://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/view/1007> Acesso em: 27/09/2019.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Normal e bem jurídico no direito penal** / Luiz Flávio Gomes – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002b.

\_\_\_\_\_. Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal** / Luiz Flávio Gomes – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002a.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MASIERO, Clara Moura. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Emblemas, v. 10, n. 2, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/emblemas/article/view/29239> Acesso em: 15/11/2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito** / Carlos Maximiliano. - 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume I**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP / Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 26. Ed. Ver. E atual. Até 5 de janeiro de 2010. – São Paulo: Atlas, 2010. P. 81

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A teoria dos Mandados de Criminalização e a Corrupção**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2014. Disponível em: [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/170/65](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/170/65) Acesso em: 28/09/2019.

MUNIZ, Ronaldo Pereira. **Crimes decorrentes de preconceito-lei nº 7.716/89 análise dos princípios e dos mandados de criminalização**. Revista Intertemas p. 249 a 280, 2007. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/download/736/735> Acesso em: 28/09/2019.

ORTOLANI, Helen Barbosa. **Mandado de injunção**: o desenvolvimento do instituto. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-30042013-153526/en.php> Acesso em: 01/11/2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral. Arts. 1.º a 120 / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editoral Revista dos Tribunais, 2013.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo / Angela Cristina Pelicoli – São Paulo: LTr, 2008.

PUGLIESE, Urbano Félix. **Uma nova visão do princípio da intervenção mínima no direito penal** / Urbano Félix Pugliese - Salvador : Ômnira, 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo / Paulo de Souza Queiroz - Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCALCON, Raquel Lima. **Mandados constitucionais (implícitos) de criminalização?**. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, [S. l.], 2009. Disponível em : <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/31323> Acesso em: 28/09/2019.

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de direito penal, volume I** : parte geral, arts. 1º a 120 / César Dario Mariano da Silva. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional** / Lenio Luiz Streck. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** / André Ramos Tavares – São Paulo : Saraiva, 2012.