

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

THE MITIGATION OF STRICT LEGALITY BY THE JUDICIARY IN THE FACE OF LEGISLATIVE OMISSIONS

Álvaro Moura Domingues dos Santos¹
Pedro Luciano Evangelista Ferreira²

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo analisar criticamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, julgada pela Suprema Corte brasileira em 2019, em que decidiu equiparar condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89. A pesquisa busca responder se a Suprema Corte, ao criar norma penal por meio de interpretação abrangente, excede seus limites e interferiu nas atribuições do Poder Legislativo. Para tanto, analisar-se-á profundamente os detalhes da decisão, considerando a argumentação do STF, as críticas e elogios à decisão, as implicações para a proteção dos direitos humanos e as possíveis consequências para o sistema jurídico brasileiro. A metodologia utilizada consiste em uma pesquisa bibliográfica e documental, com análise da doutrina, tanto a favorável quanto a desfavorável ao acórdão, da jurisprudência, por exemplo, os julgados da própria corte e do Superior Tribunal de Justiça, e da legislação, nesse caso, tanto o Código Penal, Legislação Especial e Constituição Federal. Os resultados da pesquisa visam contribuir para o debate sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na criação de normas penais e sobre a relação entre os poderes no sistema jurídico brasileiro, enfatizando a imprescindível manutenção da inércia do judiciário no âmbito penal e a inconstitucionalidade evidenciada na decisão que mitigou o princípio da estrita legalidade penal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; homotransfobia; criminalização; estrita legalidade penal; separação de poderes.

Abstract: The present research aims to critically analyze Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26, judged by the Brazilian Supreme Court in 2019, in which it decided to equate homophobic and transphobic conduct with the crime of racism, as provided for in Law No. 7.716/89. The research seeks to answer whether the Supreme Court, by creating a criminal norm through broad interpretation, exceeded its limits and interfered with the powers of the Legislative Branch. To this end, the details of the decision will be analyzed in depth, considering the STF's argumentation, criticisms and praises of the decision, the implications for the protection of human rights, and the possible consequences for the Brazilian legal system. The methodology used consists of a bibliographic and documentary research, with an analysis of the doctrine, both favorable and unfavorable to the judgment, of jurisprudence, for example, the judgments of the Court itself and the Superior Court of Justice, and of legislation, in this case, the Penal Code, Special Legislation, and the Federal Constitution. The research results aim to contribute to the debate on the legitimacy of the Judiciary's role in creating criminal norms and on the relationship between the powers in the Brazilian legal system, emphasizing the indispensable maintenance of judicial inaction in the criminal sphere and the unconstitutionality evidenced in the decision that mitigated the principle of strict criminal legality.

Keywords: Supreme Federal Court; homophobia and transphobia, criminalization, racism, separation of powers.

Sumário: Introdução. 1. Problematização: estrita legalidade penal e proteção constitucional a não discriminação. 2. Estrita legalidade, ampla legalidade, legalidade constitucional e penal. 2.1. Fundamentos ao princípio da reserva legal. 3. Principais fundamentos utilizados para a criminalização. 3.1. Ausência de direitos fundamentais absolutos e ponderação entre princípios fundamentais e interpretação conforme. 3.2. Interpretação abrangente do tipo e o princípio da proporcionalidade em face da gravidade da conduta tida por criminosa. 3.3. Analogia e interpretação analógica. 3.4. Mandados de criminalização. 4. Atuação do judiciário frente às omissões legislativas e a separação dos poderes. Conclusão. Referências.

¹ Bacharel em Direito pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná - Fesp, alv.mour15@gmail.com, ORCID: 0009-0004-6596-692X.

² Mestre em Criminologia e Direito Penal pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ), [contato@pedroluciano.com.br](mailto: contato@pedroluciano.com.br), ORCID: 0009-0009-3785-4337.

INTRODUÇÃO

Diante da inexistência de tipificação penal para a conduta homotransfóbica e do aumento das discriminações sofridas por minorias, o Partido Popular Socialista (PPS) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26, com a finalidade de obter a criminalização específica de todas as formas de discriminação homofóbica e transfóbica, isto é, motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, porquanto tratar-se de ordem constitucional de legislar relativa às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência dos pedidos, afirmando não existir omissão inconstitucional atribuível ao Congresso Nacional no que diz respeito à ausência de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, fundamentando, portanto, que cabe ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário, decidir se a homofobia e a transfobia devem ser criminalizadas, em respeito, também, ao princípio da reserva legal (Advocacia-Geral da União, 2019). Em síntese, objetivamente ao que interessa para o presente estudo, no dispositivo decisório do julgamento da ação, foi reconhecida a mora constitucional e determinado que sejam aplicadas as disposições da Lei nº Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes de racismo a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

A partir do proposto tema, surge uma indagação central: os fins justificam os meios? A discussão e análise crítica e científica sobre o julgamento da retromencionada ação justifica-se pela implicação jurídica do decidido na Separação dos Poderes. O objetivo do trabalho é analisar criticamente a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26. Buscando compreender se o Judiciário pode, diante da omissão do Legislativo em questões que afetam direitos fundamentais, assumir o papel de legislador e criar soluções para problemas sociais, especificamente, no âmbito do direito penal, mitigando o princípio da reserva legal constitucional, criando crimes antes não previstos.

Os métodos descritivo, comparativo e explicativo permitiram uma compreensão aprofundada do tema, evidenciando a tensão entre o ativismo judicial e a segurança jurídica. Pelo descritivo e comparativo, também, foram analisados, em especial, os principais fundamentos utilizados no *decisum*, descrevendo-os e fazendo sobre eles análise crítica e coerente, comparando-os com críticas presentes na doutrina, em artigos científicos, e em outros casos julgados pela própria

corte. Por último, o método explicativo, amplamente utilizado no presente trabalho, foi empregado para esclarecer os fundamentos jurídicos e fáticos acerca da problemática.

1. PROBLEMATIZAÇÃO: ESTRITA LEGALIDADE PENAL E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À NÃO DISCRIMINAÇÃO

Notória é a necessidade de que condutas como tais, homotransfóbicas, não possam ser aceitas em um Estado Democrático de Direito, pois, apesar de ser resguardada a liberdade de expressão, esta não pode ser exercida de forma tal que fira direito alheio, como a discriminação e o preconceito, tidas como abusivas, e, portanto, não cobertas pela proteção constitucional da liberdade de expressão consagrada pela Constituição Federal Brasileira. Não é à toa que a mencionada Carta prevê, em seu artigo 5º, *caput*, a igualdade formal entre as pessoas, e, como expressão da vedação ao excesso, determina a mesma, no inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Em contrapartida, em crítica, a doutrina ressalta a existência do princípio e direito fundamental da estrita legalidade, ou reserva legal, previsto no artigo 5º, XXXIX, segundo o qual, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, em síntese, tal norma funciona como um impedimento ao estado, que somente pode aplicar penas, no âmbito criminal, por condutas taxativamente previstas em lei formal elaborada pelo Legislativo, isto é, deve haver uma perfeita subsunção dos fatos à norma penal incriminadora. Tendo em vista que na Lei n.º 7.716/89 não há previsão de condutas preconceituosas e discriminatórias com base em gênero sexual ou semelhantes, somente em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, o fato é atípico pelo princípio da reserva legal.

A questão, destarte, dividiu a doutrina em dois grandes grupos, aqueles que legitimam e entendem como possível a atuação judicial nos casos em que restar configurada a omissão legislativa, sendo incumbência e poder previsto no próprio corpo da Constituição; e aqueles que entendem haver usurpação da legitimidade do Legislativo, o chamado “ativismo judicial”, quando o Judiciário extrapola suas competências legais. Para melhor entendimento, faz-se necessário um estudo e uma análise crítica dos fundamentos dados pela Suprema Corte no julgamento mencionado, confrontando-os com os ensinamentos e posicionamentos doutrinários a respeito da problemática.

Ressalta-se, a dissertação aqui exposta não visa questionar a necessidade ou não de criminalizar condutas homotransfóbicas, ou avaliar as benes das tal feito, cuja discussão é objeto da criminologia; o que se aponta é que a maneira como essa criminalização ocorreu, a saber, através

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

de interpretações judiciais pelo Poder Judiciário, é vedada e não tem base no ordenamento jurídico, conforme melhor será explicado adiante.

2. ESTRITA LEGALIDADE, AMPLA LEGALIDADE, LEGALIDADE CONSTITUCIONAL E PENAL

Conforme observado, é facilmente confundível os vários termos existentes acerca da legalidade, devido a isso, tomar-se-á como base os ensinamentos do professor Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 128) para melhor explicação e clareza sobre os conceitos e termos.

O autor ensina que a legalidade possui 3 (três) diferentes significados, sob o aspecto político, legalidade é um direito fundamental individual contra abusos estatais. O outro aspecto, seria o jurídico, que, por sua vez, se subdivide em *lato e stricto sensu*.

O sentido amplo (ampla legalidade ou legalidade constitucional), refere-se ao princípio da legalidade constitucional, com previsão legal no artigo 5º, II, segundo o qual, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se não em virtude de lei”; nesse sentido, não basta qualquer ato normativo capaz de criar obrigações no ordenamento jurídico, para fazê-lo, a Constituição exige que o seja por intermédio de lei.

No sentido estrito (estrita legalidade), também conhecida como penal, é o princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, objeto deste estudo, previsto tanto no artigo 5º, XXXIX, da Carta Magna, como direito fundamental, quanto no artigo 1º, *caput*, do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ante a necessidade da taxatividade, certeza ou determinação, parte doutrinária entende ter o direito penal adotado reserva legal absoluta, ou seja, única e estritamente lei penal em sentido formal (lei editada em consonância com processo legislativo previsto) e material (constitucionalmente reservada a lei), não podendo ser deixadas lacunas ou imprecisões, pois isso permitiria interpretações que invadiriam as competências do Legislativo, ferindo a separação dos poderes (Roxin, 1997, p. 169).

2.1. FUNDAMENTOS AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

O princípio da estrita legalidade possui fundamentos para sua existência, que permitem entender a necessidade da sua preservação, vez que constitui direito fundamental e, como tal, não pode ser abolido ou ter reforma tendente à sua abolição, haja vista se tratar de cláusula pétrea da Carta Magna, conforme o artigo 60, §4º, da mesma; ora, se até mesmo o Poder Constituinte Derivado Reformador exercido por representantes do povo, por meio de emendas à Constituição

não pode reformá-la em qualquer sentido que tende a sua abolição, quiçá o Poder Judiciário fazê-lo, da maneira que o é constituído: sem representatividade. São três as fundamentações que dão razão à existência dele: jurídica, democrática e política.

Por fundamento jurídico, entende-se como uma barreira imposta não só ao legislador, no sentido de criar tipos penais pautando-se pela taxatividade, e determinação precisa da conduta, não podendo criar tipos penais genéricos e subjetivos, mas também ao juiz que julgará a causa, impondo a este a obrigação de observar estritamente o mandamento legal no *decisum*, não podendo, por exemplo, no momento da adequação dos fatos à norma, interpretar de maneira extensiva – dizer mais do que diz a lei.

Como fundamento democrático, remete ao poder que emana do povo, exercendo-o por meio de seus representantes, escolhendo aquele, que aspectos criminais sejam definidos por leis elaboradas por estes, de modo que, na teoria, é o povo que exercendo o status ativo de seus direitos fundamentais, escolhe o que será crime ou não, qual será a punição, como será feita a definição, dentre outros aspectos, assim o fazendo por meio de seus representantes.

Por último, o fundamento político é entendido o princípio como uma proteção ao ser humano, frente a arbitrariedades estatais, impedindo que o Estado puna quem quiser, quando quiser e como quiser, de modo a permitir uma maior segurança jurídica às pessoas. Ao exigir que toda restrição de direitos seja previamente estabelecida em lei, de forma objetiva e taxativa, ele impede a arbitrariedade estatal e garante a previsibilidade do sistema penal. Assim, uma interpretação no direito penal jamais pode levar a uma conclusão que torne o tipo penal subjetivo. A manutenção desse princípio é, portanto, uma condição *sine qua non* para manutenção do Estado Democrático de Direito e Separação dos Poderes, é a razão de ser do sistema criminal e principal barreira ao tiranismo e arbitrariedade.

3. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA A CRIMINALIZAÇÃO

De antemão, é preciso pontuar que não se pretende diminuir ou desconsiderar o alarmante problema social que se vive, não se argumenta que os preconceitos e discriminações sociais com base em gênero e orientações sexuais são "casos isolados", haja vista expoente crescimento de casos de violações de direitos que essas comunidades minoritárias têm sofrido. Nesse contexto, é grande e importante o holofote que trouxe o Supremo Tribunal Federal para a problemática social em comento, aparentemente, já é passada a hora da mobilização do Poder Público no combate a esses tipos de preconceitos e descriminalizações.

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

Como já explicado, não se visa analisar ou questionar a necessidade ou não da criminalização de condutas homotransfóbicas, mas sim fazer análise crítica e fundamentada do meio pelo qual essa criminalização foi feita: através de decisão judicial.

3.1. AUSÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS E PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E INTERPRETAÇÃO CONFORME

De início, já é de conhecimento que uma das características dos Direitos Fundamentais expostos na Constituição é a de que não são absolutos, isto é, podem sofrer limitações por diversos modos, uma delas são as feitas pela própria Constituição, por exemplo o artigo 5º, IV, que traz o direito à liberdade de expressão, limitando-o, todavia, ao vedar a possibilidade do anonimato, pois se este fosse permitido, estaria inviabilizado o direito de resposta, outro também fundamental disposto no inciso seguinte, V, da Carta Magna: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Outra limitação que também pode ser estabelecida é por meio da interpretação judicial, em casos excepcionais, no entanto, fenômeno cuja principal causa é a colisão entre um direito fundamental e outro. É verdade, a regra constitucional é de que não há hierarquia entre direitos fundamentais, ou seja, não se pode dizer que o direito à Liberdade de Expressão é mais importante do que o direito à Resposta, ambos, pois, possuem elevada importância e devem ser preservados. Todavia, por vezes o abuso no exercício de um direito, acaba por prejudicar o direito de outrem, o que não pode ser permitido em um Regime Político Democrático, cabendo ao intérprete do direito, nesses casos, utilizar de mecanismo permitido no direito para a solução do conflito, cujo nome, de origem americana, é assim conhecido: *hard cases*.

A doutrina ensina que, quando se está diante de *hard cases*, envolvendo colisão entre direitos fundamentais, o método mais adequado à solução da problemática é o denominado “concordância prática”, que consiste, em suma, na parcial redução do alcance de um dos direitos em conflito, prevalecendo-se o outro; tal mecanismo, todavia, deve ser realizado caso a caso, difícil é estabelecer regras objetivas para tanto.

O próprio Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento em comento, salienta esse posicionamento e a ele adere, dizendo, portanto, que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados quando em conflito com outros, por meio da “concordância prática ou da harmonização”, reduzindo o alcance de um, de maneira proporcional e adequada, em relação ao outro, sem, contudo, fazer um sacrifício total do direito ou garantia a ser relativizado,

conforme se observa em seu próprio livro de direito constitucional, que assim disserta sobre o tema:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, **não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados** pela Carta Magna (princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o **intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização**, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o **sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual** (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (Moraes, 2019, p. 38-42).

Tendo esse posicionamento, o ministro ainda argumenta e fundamenta, na decisão da ADO n.º 26, em relação à impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o Legislativo, no sentido de criar figuras típicas por meio de decisões, não possuindo aquele Poder competência e legitimidade para tanto, pois, além da própria razão e função de sua existência, não exerce manifestação da vontade popular, diferentemente deste que sua existência é pautada na Representação dessa vontade, conforme melhor será elucidado e dissertado no tópico 5.1 deste trabalho. Para tanto, conforme já explicado anteriormente, exige-se o cumprimento dos requisitos formais e materiais da legalidade pelo Poder Legislativo, a quem cabe exercer a atribuição de criar figuras penalmente típicas.

A despeito da fundamentação impecável em seu livro, ele mesmo vota pela criminalização das condutas de homofobia e transfobia como se racismo fossem, de modo a aniquilar completamente o *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* – direito fundamental da estrita legalidade –, em prol do direito a não discriminação, contradizendo estranhamento o seu próprio posicionamento e entendimento exarado em seu livro “direito constitucional”; ora, fora o próprio ministro quem escreveu que quando se está diante de conflito entre dois ou mais princípios, o método para resolução do *hard case* é “realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual”, contudo, verifica-se que a redução feita, não foi “proporcional”, porquanto o dispositivo, em verdade, extinguiu e desconsiderou completamente a estrita legalidade, não havendo que se falar em redução parcial; se agora uma conduta típica foi criada com base em uma decisão judicial, onde está presente qualquer resquício ou parte do direito fundamental à reserva legal?

Ainda, apesar de, na fundamentação, deixar claro a impossibilidade da criação de novos tipos penais pelo Poder Judiciário em substituição ao legislativo, com seu voto, o ministro nada mais nada menos que o fez, ainda que indireta e implicitamente, embora a decisão efetivamente não crie uma nova lei ou um novo tipo penal codificado formalmente, equipará-la a conduta de racismo, permitindo sua punição como se assim fosse, fazendo uma interpretação extremamente

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

ampliativa do tipo penal, porquanto viabiliza a punição de fatos não previstos no elemento do tipo, gera os mesmos efeitos práticos – nascimento de um novo crime antes não previsto.

3.2. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DO TIPO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA GRAVIDADE DA CONDUTA TIDA POR CRIMINOSA

O ministro Barroso, por sua vez, manifesta-se fortemente favorável à criminalização utilizando-se de discursos que giram em torno, em síntese, da necessidade de serem feitas políticas públicas e da proteção aos direitos fundamentais das minorias discriminadas, ressaltando o silêncio do legislador que até então nada fez para o saneamento dessa alarmante problemática; aduzindo que algo precisa ser feito, e um Estado Democrático de Direito não pode se manter silente a ela, como o fez o Poder Legislativo. Ressaltando, ainda, que em razão da grande violação de que sofrem, ainda que a Constituição não deixe expresso que a punição a que se refere o art. 5º, XLI, se dê necessariamente por meio da criminalização da conduta, pelo postulado normativo específico, isto é, o princípio dos princípios, a proporcionalidade, impõe tal medida – criminalização (ADO n.º 26, p. 2911-292).

Os postulados normativos não podem ser confundidos com os conceitos de regras e princípios, conforme aponta Humberto Ávila. Para ele, os postulados podem ser qualificados como “metanormas” ou “normas de segundo grau”, criando “(...) critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação (...). Desse modo, podem ser caracterizados como normas metódicas, fornecendo critérios bastante precisos para a aplicação do Direito; apontando, ainda, que esses postulados podem ser subdivididos em postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e os postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade), este último utilizado na fundamentação do ministro (Ávila, 2014, p. 184-220).

Além do princípio da proporcionalidade, utilizado para reconhecer a necessidade de que sejam punidas no âmbito do direito penal, Barroso, para justificar a possibilidade de enquadrar a conduta homotransfóbica como espécie de racismo, aponta para a possibilidade de, através de interpretação constitucional, adotar a mais abrangente para o enquadramento conceitual, de modo a alcançar o sentido da norma àquela. Para o ministro, o conceito de racismo, em verdade, nada tem a ver com o conceito de raça sob o aspecto físico ou biológico; ao contrário, é:

uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas” (Supremo Tribunal Federal, 2019, p. 294).

Embora a intenção do Ministro seja legítima ao reconhecer a gravidade da questão social, a solução não pode, para tanto, aniquilar direitos fundamentais diversos, sacrificando-os totalmente, em desrespeito ao postulado inespecífico da concordância prática; deixando de lado toda a necessidade da garantia da separação dos Poderes.

Sob o olhar da proporcionalidade, a despeito de sabido como princípio norteador de todos os ramos do direito, não se pode lhe dar tal força ao ponto de se viabilizar criação de novas condutas delituosas por meio de decisões judiciais; usando a proporcionalidade, foi argumentado que, em razão da gravidade e crescentes violações ao bem jurídico protegido, há a necessidade da punição criminal. Contudo, os efeitos práticos da decisão geram, ao contrário, grande desproporcionalidade, isto é, fazendo-o, aniquilou-se completamente o direito fundamental do artigo 5º, XXXIX; desse modo, os meios utilizados são eficientes, pois cumprem o objetivo final: proteger o bem jurídico, mas não são adequados, porquanto não demonstrada imprescindibilidade pela inexistência de meios menos gravosos.

Há de se observar, ainda, que o princípio da proporcionalidade é corolário ao da concordância prática, uma vez que ambos buscam uma solução a um conflito, mas proibindo excessos. Ávila adverte sobre a proibição do excesso de restrição de qualquer direito fundamental, apesar de sabida sobre sua relatividade; de acordo com a própria argumentação jurídica de Moraes, os direitos fundamentais não são absolutos, podem ser restringidos, mas não aniquilados em face de outros (Marques, 2010).

3.3. ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA

Para melhor entender o tema, de início, é imperiosa necessidade de se distinguir a analogia da interpretação analógica; Magalhães Noronha (1998, p. 75) elucida a distinção, na interpretação extensiva “o intérprete se torna senhor da vontade da lei, conhece-a e apura-a, dando, então, um sentido mais amplo aos vocábulos usados pelo legislador, para que correspondam a essa vontade”; ao passo que, na analogia “o que se estende e amplia é a própria vontade legal, com o fito de se aplicar a um caso concreto uma norma que se ocupa de caso semelhante”. Nesse sentido, a analogia também não se confunde com a interpretação analógica, apesar de possuir grafias semelhantes, seus conteúdos e funções são distintos: o primeiro conceito funciona como método de integração de normas; ao passo que o segundo, interpretação analógica, realiza-se exercício interpretativo com base no próprio texto legal, buscando-se sua vontade (Asúa, 1990, p. 122) e sentido – *mens legis*.

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

Manifestando-se sobre o tema, o Pretório Excelso, no Inquérito 1.145/PB, já se posicionou no sentido de que a vedação à analogia *in malam partem*, isto é, quando a norma integradora for maléfica ao destinatário, é absoluta, por mais grave e repudiável que seja a conduta:

Não se pode pretender a aplicação da analogia para abranger hipótese não mencionada no disposto legal (analogia *in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da estrita legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da "cola eletrônica", a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito (Supremo Tribunal Federal, 2006).

Tal proibição não pode se limitar apenas às interpretações nos casos concretos, mas também deve ser entendimento adotado a discussões abstratas sobre a lei envolvendo o direito penal, como o caso da ADO n.º 26.

Curioso, ainda, é o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 97261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ocasião em que entendeu a Corte que a captação clandestina de sinal de TV a cabo seria fato atípico para o direito penal, visto que o objeto material da conduta do agente, no caso concreto, não poderia ser equiparado a energia, e, por consequência, bem móvel a tipificar o delito de furto previsto no artigo 155 do Código Penal. Argumentou a Suprema Corte ser tal interpretação inadmissível por se tratar de colmatação jurídica ilícita no direito penal brasileiro – Analogia *in malam partem* (Supremo Tribunal Federal, 2009). Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça em oportunidade idônea, através da Sexta Turma, em julgamento ao RESP n. 1.838.056/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, decidiu no mesmo sentido, entendendo não ser possível enquadramento do sinal de TV por assinatura como energia elétrica, tipificado no art. 155, § 3º, do mesmo diploma normativo, por também entender ser analogia *in malam partem* (Superior Tribunal de Justiça, 2020). Nos dizeres do próprio Supremo Tribunal Federal:

O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no artigo 155, §3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, **na espera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei** (analogia *in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes.

Ora, é questionável por qual razão, em uma ocasião entendeu a Suprema Corte em uma decisão não ser possível a “aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei” por entender ser analogia *in malam partem*, e noutra de modo diverso, mas em pressupostos fáticos semelhantes, como o da ADO n.º 26, entendeu por viável a atuação judicial contrariando a lei; eis o problema de subjetivismos e flexibilizações em decisões judiciais no âmbito penal, parece, em verdade, inexistir critério fixo e objetivo, ora se adota um posicionamento, ora se adota outro, restando em uma insegurança jurídica subjetiva inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

A jurisprudência então firmada é tão pacífica e rigorosamente respeitada, acerca da colmatação jurídica que alcança hipóteses não previstas nos ditames estritos da lei, que no julgamento do HC 210667 AgR, observando o disposto no artigo 112, §3º, inc. V, da Lei de Execução Penal, o Supremo enfatizou o dever do magistrado de dizer a lei no seu sentido literal, isto é, a progressão de regime do apenado somente pode ser recusada se ele integrar organização criminosa, não cabe a extensão do alcance da norma para hipótese de associação criminosa (Supremo Tribunal Federal, 2022). Se a estrita observância dos termos legais deve ser observada até mesmo quando o indivíduo já possui sua culpabilidade comprovada, em respeito ao artigo 5º, LVI, da Carta Magna, quanto mais nos casos em que que ainda não teve essa presunção de inocência afastada.

O voto do Ministro Barroso, por conseguinte, ao criminalizar a homofobia e a transfobia por analogia ao racismo, representa um avanço na proteção dos direitos da comunidade LGBTQIA+. A utilização da analogia e a aplicação do princípio da proporcionalidade, embora justificantes para o Ministro, suscita controvérsias sobre a validade dessas teses utilizadas, é necessário estabelecer barreira ao Poder Judiciário, vedando sua atividade como legislador positivo. Ao mesmo tempo em que celebra a luta por direitos, aponta a periculosidade de utilizar qualquer meio para buscar “justiça”.

3.4. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Outra questão de mérito jurídico debatida e importante para a decisão, também, é a divergência doutrinária a respeito do inciso XLI, do artigo 5º; seria ele, ou não, um mandado de criminalização? A questão tem que ser analisada pois, reconhecido como um mandado de criminalização, a conclusão é de que haveria uma obrigatoriedade constitucional para a previsão da homotransfobia como crime no ordenamento jurídico, caso em que, sua não tipificação, seria postura ilegítima do legislador.

Nesse contexto, para uns, mandados de criminalização podem estar contidos na constituição, explícita ou implicitamente, para outros, devem estar previstos explicitamente para que se possa averiguar eventual mora legislativa a seu respeito, por exemplo, o disposto no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal, em que o racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, os definidos como hediondos, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, estão explicitamente descritos como crime, criando um dever de criminalização, veja, a carta magna, nesse trecho, não apenas limitou-se a dizer que há de haver uma punição, mas ordenou e especificou que essa punição seja

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

feita pelo Direito Penal, ou seja, tipificando-as como delito, diferentemente do que acontece no inciso XLI, em que não foi dito explicitamente a criminalização.

Especificamente, no direito penal, maior é a posição doutrinária no sentido de que não há como se reconhecer obrigação para aplicação de uma tutela penal com base em mandados de criminalização implícitos, em razão da subsidiariedade da tutela jurídico-penal (Dias, 2001, p. 102-103). No mesmo sentido, Flávio Eduardo Turessi (2015, p. 163-164), que explica ambos os posicionamentos e, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e intervenção mínima do direito penal.

(...) todo o bem jurídico penalmente relevante tem de encontrar uma referência, expressa ou implícita, na ordem constitucional dos direitos e deveres fundamentais. Mas, justamente em nome do critério da necessidade e da consequente subsidiariedade da tutela jurídico-penal, a inversa não é verdadeira: no preciso sentido de que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização (Figueiredo Dias, 2001, p. 102-103).

Aos que reconhecem a existência de mandados implícitos, entendem haver maior discricionariedade legislativa, a qual, contudo, não é ampla e sem limitações, sendo uma delas, a própria proporcionalidade, que, não observada, enseja inadmissível excesso.

(...) como bem anota Luciano Feldens, os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais. No entanto, além dos mandados expressos de criminalização, a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal. Nesse contexto, a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de descrição legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo (Mendes, 2018, p. 700).

Não parece correta a ideia de que a Carta Magna previu mandados de criminalização implícitos, preferindo-se o posicionamento de que os mesmos devem estar previstos expressamente, conforme demonstrado acima. Ora, se para omissão legislativa em qualquer matéria, considera-se “dever de legislar” uma obrigação gerada explicitamente na Constituição, quanto mais sob o aspecto penal, cuja tutela é pautada pela subsidiariedade.

4. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FRENTE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Piovesan (1995, p. 79-80), sobre o “dever de legislar”, explica que omissão legislativa é “não fazer aquilo a de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado”. Partindo-se desse pressuposto, reconhecida a omissão legislativa, por violação ao mencionado dever legislativo, é acertada decisão judicial que declare a mora do legislador. Por outro lado, não havendo a

obrigatoriedade, deve-se entender que a soberania popular assim quis que fosse, caso contrário, já teria provocado o legislador para que o faça, de modo semelhante ao *abolitio criminis*. Outro exemplo dessa pressão popular, foi a que se fez para o aumento de pena aos crimes contra animais domésticos, a essa vontade atendendo o legislador que o fez no artigo 32 da Lei nº 9.605/98.

O Brasil é regido pela teoria da tripartição dos poderes, fundamental para sua construção como um Estado democrático, essa divisão é de primordial importância para a viabilidade desse regime; do contrário, a centralização dos poderes, sujeitaria o povo ao arbítrio e vontade dessa autoridade, que não haveria como ser freada ou limitada; em cotejo, o mesmo grau de importância deve ser dado também à característica da harmonia entre eles, sem a qual, aquele que prevalecesse se tornaria tirano, pois sua vontade seria última e absoluta *ratio*, impossibilitando seu controle e freio. O filósofo e jurista francês Montesquieu, em sua obra “Espírito das Leis” melhor elabora a necessidade da descentralização e fracionamento do exercício desses poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las de maneira tirânica. (...) Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (Montesquieu, 1997, p. 168)

Para Montesquieu, além da cisão, há a necessidade de que seja exercido com moderação, cuja função é fundamental e basílica para que seja evitada a tirania e garantida a liberdade, daí vem a necessidade da imprescindível preservação da harmonia entre eles. Nesse raciocínio, por exemplo, não pode ser permitido ao Legislativo a função da gerência da administração pública, nem ao Executivo exercer julgamentos sobre as leis (jurisdição), e, mormente ao Poder Judiciário, a possibilidade de substituir a legitimidade do legislador.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (Montesquieu, 1997, p. 168).

Há, em sentido contrário, aqueles que entendem ser oportuna e obrigatória a atuação da corte quando direitos fundamentais forem violados por omissões constitucionais, para essa parcela, ao Supremo, como guardião da Constituição, foram outorgados poderes para fazer valer os preceitos fundamentais nela expostos, de modo que, quando isso ocorrer, tratar-se-ia de mero exercício de suas competências constitucionais previstas na Constituição, afinal de contas, tal atuação pode ser considerada ainda um freio ao abuso legislativo. Barroso como mencionado, entende serem esses preceitos fundamentais o topo da hierarquia no Estado Democrático de Direito, por isso, deve ser preservada a todo custo, significa dizer que pode além de postura proativa, inclusive, contrariar a vontade da maioria (ADO n.º 26, p. 286). Partilhando de igual entendimento, no sentido de que a proatividade da Corte está prevista na Carta, Soliano (2013), dizendo ser essa atividade prevista na própria Constituição, pois não foi o judiciário que criou a

A MITIGAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO ANTE OMISSÕES LEGISLATIVAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratórias de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção e etc. Melhor explicando, entende ser tal posição legitimada pela Carta Magna, que incumbiu à Corte a competência para tanto.

Ives Gandra, ao contrário, entende ser incabível a interpretação e ideia de que o Pretório Excelso possui legitimidade ativa quando houver mora Constitucional, para ele a Carta apenas conferiu-lhe poderes para atuar como legislador negativo, jamais positivo, isto é, somente poderia dizer que uma norma está de acordo com a Constituição ou contrária a ela, caso em que poderia adotar medidas para sua remoção do ordenamento jurídico. Ives Gandra, nesse sentido, aponta os dispositivos constitucionais, ainda que em controle de constitucionalidade concentrado, que corroboram com tal entendimento e negam o posicionamento ativista, vez que estabelece que “ao declarar a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal não pode editar norma, devendo, apenas, comunicar ao Legislativo que a sua omissão é inconstitucional” (Gandra, 2011, p. 24).

CONCLUSÃO

Dado todo o exposto, é patente a complexidade do caso, tanto no âmbito concreto, vistas as crescentes discriminações e aumento do preconceito em sociedade, a falta de empatia e dever para consigo e com os outros, quanto no âmbito abstrato, objeto do artigo, em que se discutiu toda a (in)viabilidade do *decisum* da Suprema Corte. Nesse sentido, foram analisados os principais argumentos sobre a problemática apontada: quando o judiciário se depara com uma omissão legislativa ou ausência de lei, pode atuar sem embasamento legal, dizendo o que a lei não diz, ferindo, pois, com os meios, em prol da finalidade visada?

A democracia brasileira, fundamentada na soberania popular, exige que as decisões sobre a criminalização de condutas sejam tomadas pelos representantes eleitos do povo, através do processo legislativo. A atuação do Poder Judiciário, deve respeitar esse princípio fundamental, abstraindo-se de intervenções políticas. A usurpação da função legislativa pelo Judiciário, ao criminalizar condutas que não foram definidas como crimes pelo legislador, representa uma afronta à democracia e à vontade popular. Lembrando que a função principal do judiciário, que dá sentido à sua razão de existir é a de exercer a jurisdição, não de inovar no ordenamento, não acaso, Montesquieu: “Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (1997,

p. 175). Não se encontra, pois, o ativismo judicial respaldo filosófico nem jurídico, a não ser o posicionamento minoritário doutrinário, como Soliano e Barroso, já mencionados.

É preciso que seja preservado o equilíbrio entre os poderes, garantindo que cada um exerce suas funções de forma harmônica e respeitando os limites constitucionalmente impostos; a separação dos Poderes, não apenas impede a concentração de poder, mas também protege a integridade do sistema democrático e evita a tirania e a arbitrariedade. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, deve ser utilizado para garantir essa harmonia e a efetivação dos direitos fundamentais, sem, contudo, extrapolar suas competências estabelecidas; a separação dos poderes é de primordial importância para garantia da segurança jurídica objetiva e viabilidade da existência de uma democracia e respeito à soberania popular. A preservação da democracia brasileira exige que a soberania popular e a segurança jurídica prevaleçam sobre qualquer tentativa de legitimar arbitrariedades, sob argumentos aparentemente nobres, mas que, na prática, comprometem os princípios fundamentais do Estado de Direito e corroem a confiança nas instituições democráticas.

Para melhor aprofundamento e possível solução à celeuma abordada, é importante a presente discussão, mas não exaustiva, recomendável, pois, realização de estudos comparativos com outros casos de atuação extensiva da Suprema Corte, analisando a evolução da jurisprudência e os critérios utilizados por ela para reconhecer a existência de omissão inconstitucional e para suprir essa lacuna legislativa, buscando maior objetividade possível ao Direito Penal, afastando-se de poderes ilimitados. Além disso, seria interessante investigar as implicações dessa decisão para a segurança jurídica e para a divisão de poderes, bem como as perspectivas futuras para a criminalização de outras formas de discriminação, ouvindo-se, por exemplo, o que a própria sociedade pensa a respeito, afinal de contas, ela é quem detém o poder para definir o futuro do país.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Para AGU, cabe ao Congresso decidir se criminaliza homofobia.** Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/para-agu-cabe-ao-congresso-decidir-se-criminaliza-homofobia--721821>. Acesso em: 15 nov. 2024.

ALMEDINA. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** 4. vol., tomo III. São Paulo: Saraiva, 1997.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal:** sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GAZETA DO POVO. **Gilmar Mendes critica proposta que limita poder do STF e compara com ditadura Vargas.** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/mendes-/critica-proposta-limita-poder-stf-compara-ditadura-vargas/>. Acesso em: 17 nov. 2024.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal:** la ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodología da ciéncia do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAGALHÃES, Noronha. **Direito Penal.** v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Princípio da proporcionalidade e seus fundamentos.** 2010. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/princípio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 15 nov. 2024.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 18, p. 23-38, jul./dez. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** Parte General I. Madrid: Civitas, 1997.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciéncia Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 1, jan./mar. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inquérito n. 1.145, Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo306.htm>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 10 nov. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.838.056/RJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 9 de junho de 2020. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?dt_publicacao=18%2F12%2F2020&num_registro=202001969158. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 97261/RS. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622429>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 210667 AgR. Julgado em 05 de dezembro de 2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765089574>. Acesso em: 15 nov. 2024.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos:** proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

Como citar este artigo:

SANTOS, Álvaro Moura Domingues dos; FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. A mitigação da estrita legalidade pelo Judiciário ante omissões legislativas. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 45–61, 2025. DOI: 10.5380/cejur.v3i2.97708.