VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Copyright © 2025 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Educação Jurídica
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS – MS
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG
Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Joice Graciele Nielsson; Thiago Allisson Cardoso De Jesus. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5274-168-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A problematização da questão criminal é historicamente marcada pela efervescência das diversas teorias e posições, bem como por um intenso academicismo retratado pelo distanciamento da Universidade das realidades conjunturais, pela confluência de diversos paradigmas no redesenho das políticas criminais, (re)dimensionadas a partir de interesses e racionalidades, alguns declarados e outros implícitos, que se desdobram na forma como o Estado, estrutura-estruturante, de base constitucional e forjadamente garantista atua, compatibilizando-se com os preceitos constitucionais e com as novas tecnologias e a disrupção da inteligência artificial nos últimos tempos.

Nessa senda, afiguram-se os anais aqui apresentados como instrumento fecundo para publicização de pesquisas científicas, reunindo os artigos submetidos e aprovados para apresentação n Grupo de Trabalho DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III, modelagem de um espaço plural, democrático e em constante ascese intelectual, no V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/CONPEDI, realizado na intensidade das festividades juninas, com participação de pessoas pesquisadoras de todo país, representantes das diversas regiões e realidades.

Abrindo a pauta, as tensões que demarcam a estruturação da atuação estatal brasileira na questão criminal, discutindo questões atinentes à teoria do crime, à dogmática jurídica sobre imputabilidade penal, as implicações da Inteligência artificial no redesenho do trato político-criminal e a configuração dos fundamentos, limites e potencialidades de um Direito Penal

Representando a consolidação desse GT e o impacto sociopolítico da pesquisa socialmente engajada na formação de recursos humanos, diversas apresentações discutiram o Direito Criminal em perspectiva interdisciplinar, a partir do uso da base material violenta e excludente e a necessária atuação para a preservação e afirmação de direitos, em profícuo diálogo entre o ordenamento interno e os direitos internacionais dos direitos humanos. A leitura, além de recomendável, passa a ser necessária e urgente, a partir dos contributos das pesquisas intituladas "A EXPANSIVIDADE DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: UMA REFLEXÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA", "RECONHECIMENTO DE PESSOAS, SELETIVIDADE PENAL E RACISMO: A (DES)NECESSIDADE DA ESTRITA APLICAÇÃO DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NAS DECISÕES DO STF E STJ", "A POSSÍVEL QUEBRA DA INCOMUNICABILIDADE DO CONSELHO DE SENTENÇA A PARTIR DA INFLUÊNCIA DA MÍDIA", "A (IM) POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CASOS DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO: UMA ANÁLISE PROBATÓRIA ANTECIPADA.", "FALSAS MEMÓRIAS NO CRIME DE ESTUPRO NO PROCESSO PENAL", "A PROVA TESTEMUNHAL E O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS" e "ASPECTOS SIMBÓLICOS DO CRIME DE FEMINICÍDIO E A LEI Nº 14.994/2024".

Por fim, diversas disrupções para fazer pensar, questionar e projetar o Direito Penal e Processual Penal a partir de temas emergentes, novas instigações e adaptações à ordem constitucional e pesquisas que dialoguem realidades diferentes por métodos comparativos e dialógicos, a partir dos textos "A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE DEFESA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO E DA JUSTIÇA NEGOCIAL", "EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E OS REFLEXOS NAS NORMAS E PRÁTICAS RELACIONADAS AO TRABALHO NO SISTEMA PENINTENCIÁRIO BRASILEIRO", "TORNOZELEIRA ELETRÔNICA E POLICIAMENTO PREDITIVO: OS DESAFIOS JURÍDICOS DECORRENTES DO PROJETO DE LEI 989/22", "PRÁTICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO

Refletimos, novamente, sobre urgentes compromissos com o referenciamento de mulheres, da literatura de pensamento decolonizador, do uso de pesquisas empíricas que se voltem ao estudo e, também, para a preservação e afirmação de direitos de grupos vulnerabilizados. Dialogamos sobre interseccionalidades, sobre violência institucionalizada e normalização das violências, além de necropolíticas e da atuação do Estado como violador de direitos.

Mais uma edição do CONPEDI e um potente Grupo de Trabalho: razões pelas quais convidamos à leitura viva e atenta de todos os textos aqui publicados.

Um viva reiterado ao pensamento crítico e a produção de conhecimento engajado e inteligente de nosso país!

Profa. Dra. Joice Graciele Nielsson

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

joice.gn@gmail.com

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão, Universidade Federal do Maranhão, Universidade Ceuma/Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis e Programa de Doctorado em Estado de Derecho y Gobernanza Global/USAL-ES.

t_allisson@hotmail.com

Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte

Universidade Nove de Julho

A EXPANSIVIDADE DO DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: UMA REFLEXÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

THE EXPANDING SCOPE OF CRIMINAL LAW AND THE PRINCIPLE OF MINIMAL INTERVENTION: REFLECTIONS ON THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA AND TRANSPHOBIA.

Rafael Teixeira Sebastiani [1]
Laura Bianchi Picinin [2]
Renata Franciele Tavante [3]

Resumo

Utilizando-se do método teórico dedutivo, com base nas técnicas de revisão bibliográfica e jurisprudencial, o presente artigo diz respeito ao princípio da intervenção mínima, instrumento a ser utilizado como último recurso, para proteger bens jurídicos fundamentais e evitar que se abuse da pretensão punitiva do Estado. Por outro lado, há a expansão do direito penal, a qual se refere ao aumento da criminalização de comportamentos, o que pode ser problemático, pois pode violar o princípio da intervenção mínima, aumentando a intervenção estatal. Nesse sentido, a criminalização da homofobia e transfobia é um exemplo de expansão do direito penal, onde a sociedade reconhece a necessidade de proteger direitos fundamentais das pessoas LGBTQIA+, reconhecendo-os como crimes, a fim de coibir práticas discriminatórias e garantir a igualdade de direitos, promovendo um ambiente mais seguro para essas minorias. A relação entre esses temas reside no equilíbrio entre a proteção dos direitos humanos e o respeito ao princípio da intervenção mínima. O objetivo é analisar, à luz do garantismo penal e dos direitos fundamentais, se a criminalização da homofobia e transfobia pode ser considerada uma forma legítima de expansão do Direito Penal, mediante a compreensão do princípio da intervenção mínima, investigação da teoria da expansividade penal e seus limites constitucionais, fundamentação da ADO nº 26/STF e avaliação dos impactos da referida criminalização sob a ótica do Direito Penal Garantista.

Palavras-chave: Princípio da intervenção mínima, Expansividade, Direito penal,

this article explores the principle of minimal intervention in criminal law, which serves as a last-resort tool to safeguard fundamental legal rights and prevent the excessive use of the State's punitive power. In contrast, it also addresses the expansion of criminal law, marked by the growing trend of criminalizing more behaviors, a development that can potentially clash with the principle of minimal intervention by increasing State interference. A clear example of this expansion is the criminalization of homophobia and transphobia. Here, society acknowledges the need to protect the fundamental rights of LGBTQIA+ individuals by classifying discriminatory acts as crimes. This legal recognition aims to deter discrimination and foster a more equitable and secure environment for marginalized communities. The core of the discussion lies in finding a balance between upholding human rights and respecting the boundaries of State intervention. "The objective is to examine, through the lens of penal garantism and fundamental rights, whether the criminalization of homophobia and transphobia constitutes a legitimate expansion of criminal law. This involves an analysis of the principle of minimal intervention, an exploration of the theory of penal expansion and its constitutional limits, a review of the legal reasoning behind Supreme Court Decision ADO No. 26, and an assessment of the impacts of such criminalization from a garantist criminal law perspective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of minimal intervention, Expansion, Criminal law, Criminalization, Homophobia and transphobia

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, enquanto instrumento de controle social, deve pautar-se pela moderação e necessidade, orientando-se pelo Princípio da Intervenção Mínima. Este princípio, consolidado no Iluminismo e formalizado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, defende que a atuação penal estatal deve ser subsidiária, proporcional e restrita aos casos de lesão grave a bens jurídicos essenciais, evitando abusos e violações a direitos fundamentais.

No contexto histórico, pensadores como Cesare Beccaria e Luigi Ferrajoli criticaram o caráter excessivamente punitivo do Estado, defendendo um Direito Penal Mínimo, que atue apenas como última ratio (último recurso). Contudo, a realidade contemporânea tem sido marcada pela expansão desmedida do Direito Penal, com a criminalização de novas condutas, tais como a homofobia e a transfobia, reconhecidas como crimes pelo Supremo Tribunal Federal e, muitas vezes motivada por demandas sociais imediatistas, em detrimento de soluções menos violentas e mais eficazes.

O presente trabalho analisará os fundamentos do Princípio da Intervenção Mínima, seus corolários (fragmentariedade, subsidiariedade e insignificância), e os desafios impostos pela sua flexibilização, diante da judicialização de conflitos sociais, especialmente quanto à criminalização da homofobia e transfobia. Questiona-se: a criminalização é a resposta adequada para combater discriminações, ou reforça um ciclo de violência estatal e ineficiência? A reflexão crítica sobre esse paradoxo, entre a necessidade de proteção de direitos e os riscos de um Direito Penal máximo é central para repensar a função do sistema penal em uma sociedade democrática.

Por fim, examinar-se-á o caso da criminalização da homofobia no Brasil, confrontando a decisão do Supremo Tribunal Federal com os princípios garantistas, a fim de avaliar se a expansão penal é legítima ou se representa uma ruptura com o ideal de intervenção mínima.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O surgimento deste princípio ocorreu com o crescimento do movimento burguês e a força do seu clamor pelo fim do sistema penal absolutista, no final do século XVIII. A classe burguesa mostrava-se claramente insatisfeita com os antagonismos entre o regime político absolutista e o sistema capitalista que vinha surgindo.

Em uma época em que penas cruéis eram a regra (a tortura, por exemplo, era recurso utilizado de forma ordinária, e absolutamente permitida), as ideias iluministas tornaram o pensamento crítico liberal o maior inimigo dos modelos do Antigo Regime.

De forma pioneira, clama que a finalidade da pena é ser suficientemente forte para atingir seu fim, sem desconsiderar, entretanto, a proporcionalidade entre a gravidade do crime e a intensidade da reprimenda. Ainda, reclama que a pena não pode ser instrumento de paixão de poucas minorias, ou, ainda, acaso de um determinado momento.

O Princípio da Intervenção Mínima tem origem histórica na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, em 1789. No artigo 8º desse diploma, tem-se a imposição de que o direito penal deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias. De certa forma, traz a ideia originária do princípio da intervenção mínima, pois o Direito Penal só deve intervir quando for estrita e evidentemente necessária.

Cesare Lombroso foi nomeado "Pai da Criminologia", responsável por cunhar o método indutivo-experimental, com sua principal obra foi "O Homem Delinquente", de 1876, levantando dados, análises e conclusões por meio da observação. Considerava que o crânio do criminoso possuía anomalias, como premissas básicas o atavismo, o qual o criminoso herdava características de seus ancestrais; a degeneração epilética e delinquente nato, destacando características físicas como fronte fugidia, crânio assimétrico, cara larga e chata, grandes maças no rosto, lábios finos, barba rala, olhar duro, inclusive possuir tatuagens ou ingerir álcool, era comum entre os criminosos. Ele defendia que o criminoso possuía quatro espécies; o nato, o louco, de ocasião e por paixão.

Em relação ao estudo sobre a delinquência feminina, Lombroso e Giovanni Ferrero lançaram o livro "A mulher delinquente, a prostituta e a mulher normal", em 1893, que tratou o estudo das mulheres delinquentes da mesma forma que os homens, contudo, elas foram classificadas como criminosas natas, ocasionais, ofensoras histéricas, suicidas, criminosas de paixão, lunáticas, epiléticas e moralmente insanas.

Vale ressaltar que Lombroso e Beccaria fazem uma crítica de que a não aplicação da intervenção mínima gera a consequência do encarceramento em massa por conta de pequenos delitos.

No tocante à identificação dos criminosos e seu estereótipo semelhante, idealizou o perfil da mulher encarcerada como "ladras reincidentes", "prostitutas", "portadoras de tuberculose e sífilis" e, ainda, como um ser inferior aos homens, física, moral e intelectualmente. Em suma, na visão de Lombroso (2004), representaria as mulheres

presas por tráfico, as quais correspondem à majoritária população carcerária, devoradas por um sistema androcêntrico, etiquetado, que as rotula e iludido por uma falida política de guerra às drogas.

Cesare Beccaria teve o maior crédito de ter dado alarmante publicidade, em seu livro Dos Delitos e das Penas (lançado em 1764), à necessidade de o Estado respeitar os direitos e garantias dos cidadãos submetidos a processo penal.

Ele foi, sem dúvida, o marco teórico referencial que separou o então modelo intervencionista e agressor exercido na época, de um modelo pautado pelo respeito aos direitos humanos. "É melhor prevenir os crimes do que ter que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo os cálculos dos bens e dos males desta vida" (Dos delitos e das penas, p. 190).

A intervenção mínima é a ferramenta principiológica utilizada no Direito Penal Mínimo. Este último é a 'máquina' que se movimenta por meio de vários instrumentos, sendo o principal deles o princípio da intervenção mínima.

Tal princípio pode ser explicado por meio da missão que possui: a proteção dos bens juridicamente relevantes que estejam no topo da escala de importância. A intervenção mínima da via penal se traduz na atuação desta apenas quando se tratar situações com comprovada necessidade.

Vale lembrar que não há previsão constitucional expressa deste, tampouco está taxativamente previsto no Código Penal, isto é, com roupagem de norma. No entanto, a falta de menção expressa no texto da Constituição ou, ainda, no texto legal, em nada impede que seja imposto ao legislador e ao intérprete da lei, tendo em vista que possui evidente compatibilidade e sintonia com outros princípios jurídico-legais devidamente expressos.

Pode-se dizer que o princípio da intervenção mínima possui, no ordenamento jurídico-penal, três finalidades que dão suporte aos pilares do Direito Penal Mínimo.

A primeira finalidade consiste na influência direta às hipóteses de incidência da lei penal. Esta função está diretamente relacionada ao trabalho do legislador de tipificação de condutas e, após, de cominação das penas abstratas. Como se vê, é evidente a relação, aqui, com o princípio da proporcionalidade.

A segunda finalidade conferida ao princípio da intervenção mínima está diretamente relacionada à constatação acerca da real possibilidade de considerar determinada conduta típica.

Conforme se verá mais adiante, nem toda conduta formalmente típica é materialmente típica. Cabe, portanto, a este princípio, auxiliar na tarefa de afastar da esfera punitiva penal as condutas que não possuam tipicidade material.

Por último, pode-se citar que a terceira finalidade do princípio é a minimização das consequências jurídicas que surgem quando reconhecido o cometimento de um delito. Esta finalidade se traduz, assim, no esforço em tentar reduzir ao máximo os efeitos nocivos que as penas (em especial as modalidades de penas privativas de liberdade) causam nos cidadãos por ela atingidos.

Penas alternativas à prisão, bem como aplicação da reprimenda em um patamar temporal mínimo, são alguns exemplos dos esforços estabelecidos pelo princípio da intervenção mínima.

A *última ratio* do Direito Penal se traduz em afirmar que este ramo do Direito ocupa o último lugar na escala dos mecanismos jurídicos utilizados; se traduz em afirmar, ainda, que no rol dos meios estatais de poder, está a esfera penal no final da lista, sendo utilizada somente quando realmente indispensável para a conservação da paz social.

O modelo de Estado Democrático de Direito não poderia se distanciar, por certo, do caráter de *última ratio* do Direito Penal. Isto porque o texto constitucional é longo no que tange a direitos e garantias constitucionais. Por conseguinte, não seria legítimo que apresentasse previsão constitucional tão significativa em favor dos cidadãos, para ao mesmo tempo permitir que a via estatal penal incida sobre estes mesmos jurisdicionados e cerceia muitos desses direitos e garantias.

É que a Constituição declara a proteção à dignidade da pessoa humana, a promoção do bem a todos (sem qualquer discriminação), a constituição de sociedade livre e justa, bem como o direito de ir e vir e o direito a livre manifestação de ideias, entre tantos outros.

O Direito Penal Mínimo entende que não poderia este mesmo Estado Democrático de Direito (que criou todas estas previsões constitucionais) aplicar, na esfera penal, um sistema institucional de violência extrema, que logicamente fere todos estes direitos e garantias.

Baratta advoga no sentido de que devem ser penalmente tutelados apenas os delitos que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado (leia-se delitos

que venham a incrementar a injustiça social e os de natureza verdadeiramente grave, amparados pelos princípios da lesividade ou necessidade), afastando os demais que podem ser discutidos em esferas alienígenas ao Direito Penal (entenda-se, aqui, novamente, o Direito Penal como *última ratio*).

Bustos Ramirez ressalta que se o Estado se convertesse realmente em um Estado policial, com uso exagerado dos meios penais, toda a atividade social correria o risco de estar paralisada.

A consequência seria o surgimento de uma insegurança social generalizada. Os cidadãos não mais veriam o Estado como protetor; pelo contrário, se sentiriam desprotegidos e, ainda pior, desamparados e desrespeitados.

O modelo de Direito Penal Mínimo prega o ideal de intervenção penal no seu grau mínimo (ou minimamente necessário), porque entende que a atuação penal estatal traz, sempre e inevitavelmente, prejuízos ao cidadão e à sociedade. "O direito penal não é só a mais violenta forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, mas é também, seguramente – e talvez por isso mesmo – a mais desastrosa forma de intervenção do Estado na vida social".

Este modelo se volta para a Constituição. As diretrizes estão pautadas, primordialmente, no respeito aos princípios constitucionais. É, aliás, na própria Carta Maior que o Direito Penal encontra legitimidade: "O Direito Penal jamais sobreviveria se não tivesse um forte substrato constitucional, porque é na Constituição que vem auferir legitimidade para interferir em direitos fundamentais dos cidadãos (...) BENETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. Revista Ajuris, Porto Alegre: Ajuris n. 156, 1992, p. 155.

Luigi Ferrajoli defende que: "o garantismo é entendido no sentido do Estado Constitucional de Direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens".

Ferrajoli, ao contrapor o Direito Penal Mínimo com o modelo de Direito Penal Máximo, refere que se no mais rigoroso dos dois modelos, nenhum cidadão passa despercebido pelo sistema investigatório e punitivo estatal:

> "a certeza perseguida pelo direito penal mínimo é, ao contrário, que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que algum culpado reste impune. Os dois tipos de certeza, e os custos ligados às respectivas incertezas, refletem interesses e opções políticas contrapostas: de um lado a máxima tutela da segurança pública contra as ofensas ocasionadas pelos crimes, por outro, a

> máxima tutela das liberdades individuais contra as ofensas geradas por penas arbitrárias".

Ele defende a aplicação minimamente necessária do Direito Penal, apenas no limite mínimo necessário e em proporção ao que pede o princípio da ofensividade. Trata-se, conforme Ferrajoli propõe, de aplicar o quanto necessário (sem excessos) para a proteção dos bens jurídicos fundamentais.

Luigi divide o garantismo penal em negativo, o qual visa limitar a função punitiva do Estado, que deve ser aplicada estritamente aos casos necessários e em medida adequada, consistindo na proibição do excesso e, o garantismo positivo, que busca evitar a impunidade e garantir que os bens jurídicos relevantes à sociedade sejam efetivamente protegidos, caracterizando-se pela proibição da proteção insuficiente.

Prevê ainda as garantias primárias que consistem nas proibições e obrigações, formais e substanciais, impostos na tutela de direitos, ao exercício de qualquer poder. Enquanto as garantias secundárias são subsequentes às violações das garantias primárias, diz respeito à anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilidade pelos atos ilícitos. Pode-se citar como exemplo que a Constituição Federal prevê como garantia primária que não haverá pena de banimento, ao que, o legislador não a observa e comina tal pena a determinado crime, nesse caso, será utilizado o controle de constitucionalidade, previsto na própria constituição como garantia secundária, julgando o ato como nulo.

A atuação penal exercida pelo Estado somente se justifica, no Direito Penal Mínimo, se os conflitos existentes não puderem ser resolvidos dentro do seu próprio âmbito (dentro da própria família, por exemplo; ou entre os próprios envolvidos; ou, ainda, dentro da própria comunidade).

Os efeitos nocivos do Direito Penal são inevitáveis, daí porque a razão de aplicá-lo o mínimo possível. "Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade" (Queiroz, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um Direito Penal Mínimo, cit., p. 79).

Em uma expressão mais moderna, o referido princípio significa que o Direito Penal, pela violência que lhe é imanente, deve ser reservado como última medida de controle social. Dito de outra forma, o Direito Penal deve ser o último recurso ao qual o Estado recorre para proteger determinados bens jurídicos e somente quando outras formas de controle não forem suficientes para alcançar tal resultado. A Política Criminal (estratégias políticas de redução da violência intrassocial) não pode ficar reduzida ao

Direito Penal (incriminação e sanção de condutas com emprego, majoritariamente, da pena corporal) e nem mesmo tê-lo como seu primeiro e principal recurso.

Segundo a constatação já bastante consolidada pela Criminologia (ciência que, dentre outros objetos, estuda as causas sociais da violência), o fato é que o Direito Penal tem pouca eficácia na proteção de bens jurídicos, se comparado a outras estratégias, como a redução de desigualdades, educação, capacitação, informação, sanções administrativas e civis. Tome-se o seguinte exemplo: Em 2012, por exemplo, o Uruguai tornou-se o segundo país da América Latina a adotar o sistema de prazos, permitindo a realização do aborto, desde que respeitado o procedimento legal de assistência e aconselhamento, até a 12a semana de gestação. No primeiro ano de vigência da lei, segundo as cifras oficiais, 6676 abortos foram realizados licitamente, enquanto noticiou-se apenas um único caso de morte em decorrência de aborto clandestino (uma mulher morreu em decorrência de aborto autoprovocado com agulhas de tricô). Não houve aumento no número de abortos realizados em relação ao cenário anterior e, em contrapartida, o número de mortes maternas por complicações decorrentes de aborto caiu quase a zero, segundo dados oficiais publicados pelo Ministério da Saúde do Uruguai. A educação apropriada sexual e reprodutiva, o acesso universal ao planejamento familiar, prática clínica competente, incorporação de contraceptivos e um procedimento em que a mulher possa falar abertamente sobre as razões que a levam desejar o aborto e em que o Estado possa ajudá-la a superar tais motivos, fornecendo-lhe apoio, alternativas e, ao fim e ao cabo, respeito à sua decisão, tudo isso se mostrou uma proteção muito mais eficiente ao bem jurídico do que a ameaça da pena.

Em segundo lugar porque, embora seja estratégia de controle da violência, o próprio Direito Penal é em si violência e nesse paradoxo reside a chave do minimalismo. Só há vantagem em empregá-lo quando a violência da conduta que ele intenta coibir for superior à violência do próprio Estado. O Direito Penal, pelo custo individual e social que implica, é um mal (ainda que, segundo a maioria, um mal necessário) de forma que não se pode admiti-lo salvo nos casos em que ele seja imprescindível.

O direito penal só deve ser aplicado quando a criminalização de um fato é estritamente necessária à proteção de determinado bem ou interesse, que não foi suficientemente tutelado por outras searas do direito, sendo o Direito Penal o último grau de proteção jurídica, a *última ratio*.

Os destinatários do princípio da intervenção mínima são o legislador, no momento de selecionar condutas que passaram a ser tuteladas pelo direito penal (no plano abstrato) e o aplicador do direito (no plano concreto).

A finalidade desse princípio trata-se do reforço ao princípio da reserva legal, posto que não é suficiente que tenha lei prevendo aquela conduta como criminosa, é necessário ainda que a intervenção penal cominada pela lei seja efetivamente necessária.

Rogério Sanches argumenta:

> "O princípio da intervenção mínima tem duas faces: orienta quando e onde o direito penal deve intervir (neocriminalização); por outro lado, também orienta quando e onde o direito penal deve deixar de intervir (abolitio criminis)". A abolitio criminis é fenômeno verificado sempre que o legislador, atento às mutações sociais (e ao princípio da intervenção mínima), resolve não mais incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, julgando que o Direito Penal não mais se faz necessário à proteção de determinado bem jurídico".

Vale ressaltar que do princípio da intervenção mínima, decorrem outros dois princípios: o da fragmentariedade e o da subsidiariedade.

O direito penal é fragmentário, pois é visto como um sistema descontínuo de ilicitudes, isto é, o direito penal não pode e nem tem como criminalizar todas as condutas existentes, mesmo que sejam ilícitos do direito.

A fragmentariedade prevê que somente devem ser tutelados pelo direito penal os casos de relevante lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos fundamentais para a manutenção e progresso da sociedade, devendo ser utilizada em plano abstrato, para permitir que sejam criados tipos penais somente quando outros ramos do direito falharem na proteção de um bem jurídico.

Segundo Ferrajolli:

> "A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do direito penal. Este (fragmentariedade) se apresenta por meio de pequenos flashs, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, ponteado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um náufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual se possa achegar".

O princípio da subsidiariedade é outro corolário da intervenção mínima, o qual está ligado à autonomia do Direito Penal, direcionando ao aplicador do direito, no plano concreto. Somente após constatar outros meios de solução social dos conflitos não aptos a dirimi-los, é que serão utilizados os meios coercitivos que dispõe o Direito Penal.

Nas palavras de Cleber Masson:

> "A atuação do Direito Penal é cabível unicamente quando os outros ramos do Direito e os demais meios estatais de controle social tiverem se revelado impotentes para o controle da ordem pública. Projeta-se no plano concreto -

> em sua atuação prática o Direito Penal somente se legitima quando os demais meios disponíveis já tiverem sido empregados, sem sucesso, para proteção do bem jurídico. Guarda relação com a tarefa de aplicação da lei penal".

Desta maneira, o Princípio da Intervenção Mínima diz respeito a sua utilização somente quando as demais searas do Direito forem insuficientes para a proteção dos bens jurídicos essenciais.

Vale ressaltar que esse princípio é uma diretriz fundamental no Direito Penal contemporâneo, tendo como Claus Roxin, um dos principais teóricos da Teoria do Funcionalismo, desenvolveu uma abordagem do Direito Penal na qual sua aplicação deve ser justificada pela proteção de bens jurídicos essenciais, tendo como função do Direito Penal, ser eminentemente protetiva e restrita, evitando a sua banalização e utilização como ferramenta de controle social exacerbado.

A teoria de Roxin baseia-se na proporcionalidade da intervenção penal, sendo essencial garantir que o Direito Penal não seja usado como mecanismo de repressão desnecessária, mas sim como um instrumento último e essencial para a preservação da ordem social e dos direitos fundamentais.

Juarez Tavares alerta os riscos da utilização excessiva do Direito Penal como instrumento de controle social, considerando que isso pode gerar um sistema penal "inchado", punitivo e desproporcional, em desacordo com a função protetiva e a natureza garantista do Direito Penal. Informa que a expansão do Direito Penal, se não for restrita e moderada por meio do princípio da intervenção mínima, pode resultar em uma sociedade excessivamente penalizada, onde os direitos fundamentais ficam comprometidos e mitigados.

O garantismo penal de Luigi Ferrajoli surge como um modelo de racionalização do poder punitivo, se diferenciando das perspectivas minimalistas clássicas, vez que possui um viés pessimista sobre o exercício do Direito Penal, alertando para abusos do poder punitivo. Todavia, ele Ferrajoli não propõe a abolição do sistema penal, mas sim sua redução e limitação, garantindo direitos fundamentais e evitando arbitrariedades, defendendo um Direito Penal mínimo, com penas reduzidas e limitadas a crimes graves contra os direitos fundamentais.

Ferrajoli rejeita o abolicionismo penal, pois considera que a sociedade ainda precisa de um sistema regulador de punições. Distingue abolicionistas radicais (que querem eliminar o Direito Penal) de substitucionistas (que querem substituir punições penais por medidas pedagógicas ou sociais) e explica que o abolicionismo é utópico, pois

a ausência total do Direito Penal poderia levar a formas informais e arbitrárias de punição, como a vingança privada.

O artigo "O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias", de Gustavo Noronha de Ávila, critica Ferrajoli por relegitimar o sistema penal, ao invés de questioná-lo de forma mais profunda, que seu modelo ainda mantém a inflição inútil de dor, mesmo que reduza penas, argumentando que o garantismo de Ferrajoli é uma teoria irrealizável, pois o sistema penal ideal nunca será plenamente garantista.

Posto isto, o garantismo penal está alinhado ao Princípio da Intervenção Mínima, já que defende um Direito Penal mínimo, que só deve intervir quando estritamente necessário. No entanto, a crítica feita no artigo supracitado aponta que Ferrajoli não consegue escapar totalmente da lógica punitiva, enquanto o abolicionismo sugere uma redução mais radical do uso do Direito Penal.

Parte da doutrina engloba, no princípio da intervenção mínima, os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, que serão estudados a seguir.

O princípio da fragmentariedade, diretamente ligado ao princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais violentos. A tutela penal é, portanto, "seletiva, limitada àquela tipologia agressiva dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e à intensidade da ofensa" (Luiz Regis Prado, Curso de direito penal brasileiro, 2007, p. 120).

O caráter fragmentário do Direito Penal significa, portanto, que ele não protege, nem deve proteger, qualquer lesão a qualquer bem jurídico, mas tão somente as lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes.

Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isso quer dizer que o Direito Penal só se refere à pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada (Luiz Regis Prado, Curso de direito penal brasileiro, 2007, p. 144).

O Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas representa um sistema descontínuo de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal (Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de derecho penal, p. 57). O patrimônio é sem dúvida um bem jurídico-penal, mas nem todas as lesões ao patrimônio podem ou dever-ser criminalizadas. O

inadimplemento de uma dívida, por exemplo, causa uma lesão patrimonial, mas constitui um problema civil e não um crime.

O princípio da subsidiariedade ou da necessidade também está umbilicalmente ligado ao da Intervenção Mínima e diz respeito à possibilidade da proteção do bem jurídico por intermédio de meios menos gravosos para os cidadãos do que a pena estatal. Segundo Mir Puig, "o Direito penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isto pode ser conseguido por outros meios, que serão preferíveis na medida em que forem menos lesivos aos direitos individuais" (Derecho penal, p.89).

A subsidiariedade aloca o Direito Penal como *última ratio* no conjunto do ordenamento jurídico. Parte da premissa, já apontada no tópico relativo à intervenção mínima, de que a pena e a medida de segurança não são os únicos meios dos quais dispõe a sociedade para a proteção de seus bens e, além do alto custo que implicam, demonstram, no mais das vezes, pouca eficácia. De fato, os interesses sociais podem receber suficiente proteção, por meio de mecanismos distintos, menos lesivos para o cidadão e normalmente mais eficazes para a proteção. A base constitucional de tal princípio, segundo Mir Puig, é o fato de que ele constitui uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social (Santiago Mir Puig, Derecho penal, p. 89).

Corolário do princípio de intervenção mínima e fragmentariedade, o princípio da insignificância postula que nem toda agressão merece reprimenda penal, mas apenas aquela que afetar os bens jurídicos de forma relevante, apta a justificar a intervenção penal. É a ideia que decorre do brocardo *minimis non curat praetor*.

É enunciado pela primeira vez em 1964 na obra de Roxin e atua sobretudo no âmbito da criminalização secundária permitindo excluir de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos.

Desta forma é compreendido como um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atinjam de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (Carlos Vico Mañas, O princípio da insignificância como excludente da tipicidade penal, p. 58).

No Brasil, o princípio da insignificância é reconhecido desde o final da década de 1980 pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas (RHC 66.869, Rel. Min. Aldir Passarinho, 2a T., j. em 6-12-1988, DJ 28-4-1989).

Desde então, tem engendrado inúmeras discussões acerca de seu âmbito de aplicação e seus critérios norteadores. Em linhas gerais, as críticas ao princípio residem na falta de parâmetros para sua caracterização, na ausência de previsão legal, e na existência de tipos incriminadores que, por si só, já punem condutas de menor lesividade e, portanto, tornariam sua aplicação desnecessária e, por fim, na sensação de ausência de tutela jurídica.

Com relação à primeira crítica, para minimizar os efeitos da insegurança jurídica, a jurisprudência vem tentando construir parâmetros mais ou menos firmes para o reconhecimento da infração bagatelar.

A partir de 2004, com o julgamento do HC 84.412 de relatoria do Ministro Celso de Mello, firmou-se no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que para sua aplicação é necessária a presença de determinados vetores, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do paciente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

> EMENTA: Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. Res furtiva no valor de R$25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: "De *minimis, non curat praetor*". O sistema jurídico há de considerar a

> relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, 2a T., j. em 19-10-2004, DJ 19-11-2004).

A crítica de que o já mencionado princípio seria inaplicável por ausência de previsão legal é inconsistente. O ordenamento jurídico não se limita a um amontoado de regras positivadas, há tempos que o tecnicismo de Arturo Rocco foi substituído por uma concepção mais ampla de Direito, que abrange não só o legislado, mas também valores constitucionais e princípios, muitos deles implícitos e tão ou mais importantes que as regras explícitas, sendo em alguns casos a *ratio essendi* e o alicerce delas. A terceira oposição de que já haveria tipos penais punindo de forma mais branda condutas de menor lesividade também não nos parece razoável. É plenamente possível a coexistência em um ordenamento de dispositivos que punam lesões reduzidas ou de pouca monta com a insignificância. Não se deve confundir lesão de pouca ou reduzida monta com a de ínfima, desprezível desvalor. Trata-se do caso do art. 155, § 2 o, do CP, que fala em "pequeno valor". Ora, se o valor é pequeno, tem aplicação a referida norma, mas, se é insignificante, daí é plenamente verificável o princípio em tela.

Por fim, resta a última crítica, a de sensação de ausência de tutela jurídica decorrente da atipicidade material e posterior afastamento do jus puniendi no caso em análise. O argumento não merece guarida, pois desconsidera justamente a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal. O afastamento da tutela penal não significa ausência de resguardo jurídico, mas tão somente que a violência da pena mostra-se desproporcional e desnecessária, não impedindo que outros mecanismos menos lesivos ao indivíduo ajam para resguardar o bem afetado.

O que ocorre é justamente o contrário. A aplicação do Direito Penal como linha de frente na sociedade, de forma desmedida, é o que torna a tutela jurídica enfraquecida e desacreditada, o que ocorre frequentemente com a chamada "legislação penal simbólica" (Para mais detalhes acerca do tema: Aproximación al derecho penal contemporáneo, p. 304 e ss. e A expansão do direito penal, ambos de Jesús-María Silva Sánchez). O sistema penal jamais terá condições materiais de atender toda a demanda: basta imaginar se todos aqueles que hoje trazem consigo droga fossem levados para as

repartições policiais, as filas levariam o sistema ao colapso. A situação apenas se agrava com o aumento da criminalização.

EXPANSIVIDADE DO DIREITO PENAL

Em síntese, a expansão do direito penal se caracteriza pela criação de novos tipos penais, tendo como objetivo a proteção de bens jurídicos coletivos, deixando de ser apenas objeto de descrição por parte da ciência, pois retira uma das principais características do direito penal iluminista: em vez de o direito penal ser a *última ratio* do Estado para a proteção de bens jurídicos, torna-se o principal e mais utilizado instrumento de gestão de problemas sociais.

Percebe-se um confronto entre o direito penal e o direito administrativo, chamado por Silva Sánchez de "administrativização do direito penal", explicando que uma característica do direito penal é assumir a forma de raciocínio do direito administrativo.

Pode-se dizer que a primeira expansão do direito penal é a da criminalidade, enquanto a segunda, segundo Silva Sanchéz, ocorre basicamente pela existência de novos bens jurídicos penais, os quais defluem de novas realidades que antes não existiam ou pela deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que passaram a se manifestar como bens escassos.

Diante dessa expansão, o Direito Penal mínimo, garantista, muitas vezes é deixado de lado para satisfazer interesses populares, perdendo a consciência da necessidade de um Direito Penal Mínimo, isto é, o uso do Direito Penal como *última ratio*.

Pode-se dizer que um grande exemplo da expansão do Direito Penal é o aumento da criminalização de condutas, levando à sobrecarga do sistema penal e ao aumento do encarceramento. Enquanto outro exemplo é a Lei de Drogas, nº 11.343/2006, a qual também aumenta drasticamente o encarceramento, sem a clara e formal distinção entre as figuras do usuário e traficante.

Algumas das consequências da expansão do Direito Penal são a perda da proporcionalidade das penas, a superlotação carcerária e a violação de direitos humanos no interior do cárcere e o uso do Direito Penal como solução para problemas sociais.

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

Tramitava-se no Congresso Nacional alguns projetos de lei buscando incluir, expressamente, na Lei nº 7.716/89, como crime as condutas homofóbicas e transfóbicas.

Contudo, sempre se observou uma resistência muito grande de certos setores da sociedade com a punição de tais condutas e, em razão disso, esses projetos nunca foram aprovados.

Em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal no qual pediu o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais.

Com fulcro no artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal, a supracitada associação sustentou que a demora do Congresso Nacional é inconstitucional, tendo em vista o dever de editar legislação criminal sobre a matéria. Posto isto, o Min. Edson Fachin foi sorteado relator deste mandado de injunção.

No ano de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), solicitando que o Supremo Tribunal Federal declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia e transfobia.

A ação foi proposta a fim de que seja imposto ao Poder Legislativo o dever de elaborar legislação criminal que puna a homofobia e a transfobia como espécies do gênero "racismo".

Segundo o partido, a criminalização específica decorre da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo - crime previsto no art. 5º, XLII da Constituição Federal - ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda, também subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV).

Ainda, o Congresso Nacional tem se recusado a votar o projeto de lei que visa efetivar tal criminalização.

Ambas as ações desenvolveram a linha de raciocínio mediante a Constituição Federal de 1988, que possui mandados de criminalização, ou seja, "ordens" dadas pelo legislador constituinte ao legislador infraconstitucional (Congresso Nacional) no sentido de que ele deveria editar lei punindo criminalmente condutas que configurem discriminação e racismo.

Vale ressaltar que tais mandados de criminalização estão nos dispositivos constitucionais:

> Art. 5º (...)
> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

Outros argumentos são que o Congresso Nacional já puniu diversas condutas discriminatórias na Lei nº 7.716/89, mas continua sendo omisso que tange à homofobia e transfobia e que a referida Lei pune condutas racistas, porém enquanto não se edita uma lei específica para se punir tais crimes, deve-se aplicar o previsto na Lei nº 7.716/89, motivo pelo qual o conceito de racismo é amplo, não ficando limitado a uma definição biológica.

Em relação ao mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Quanto à ADO nº 26, o Supremo, por maioria, com eficácia geral e efeito vinculante, julgou para reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; declarou a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; cientificou o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; forneceu interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar as condutas de homofobia e de transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 e declarou que os efeitos da referida interpretação conforme somente se aplicarão a partir da data em que se concluiu o presente julgamento, isto é, 13 de junho de 2019.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes teses:

> 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

> 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;
> 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

A criminalização da homofobia e da transfobia no Brasil, determinada pelo Supremo Tribunal Federal nas ações ADO 26 e MI 4733, representa um marco jurídico e político na proteção dos direitos da população LGBTQIA+. A decisão foi tomada em 13 de junho de 2019 e estabeleceu que a omissão legislativa na criminalização de práticas discriminatórias motivadas por orientação sexual e identidade de gênero é inconstitucional, determinando a aplicação da Lei n.º 7.716/89 (Lei do Racismo) às condutas homotransfóbicas até que o Congresso Nacional edite legislação específica.

A fundamentação do STF baseou-se em pilares constitucionais e internacionais. Em primeiro lugar, a Corte reconheceu que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput e inciso XLI, da CF) impõem ao Estado o dever de adotar medidas eficazes contra todas as formas de discriminação. A homofobia, definida como atitude de aversão, rejeição ou violência contra pessoas LGBTQIA+, foi reconhecida como forma grave de violação a esses direitos.

Além disso, o STF se apoiou no compromisso internacional do Brasil com a proteção de direitos humanos, especialmente nas normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconhece a orientação sexual como critério proibido de discriminação.

A Corte utilizou a técnica da interpretação conforme a Constituição, a fim de dar eficácia imediata aos direitos fundamentais da população LGBTQIA+ frente à morosidade legislativa. O ministro Celso de Mello, relator da ADO 26, destacou que o silêncio do legislador diante da violência contra essa população representava uma forma de "legitimação da barbárie e da exclusão".

A decisão, ainda que celebrada por organizações de direitos humanos, suscitou debates no meio jurídico. Parte da doutrina crítica apontou riscos à segurança jurídica e questionou se o Judiciário poderia exercer papel legislativo. No entanto, sob o prisma do controle de omissão inconstitucional e da efetivação de direitos fundamentais, a atuação do STF se revela não como violação à separação de poderes, mas como resposta constitucional à falência institucional do Legislativo.

Em termos práticos, a decisão passou a permitir a responsabilização penal de atos homofóbicos e transfóbicos, inclusive sob a forma de injúria racial qualificada, incitação ao ódio e discriminação institucional. Além disso, reforçou o dever do Estado em adotar políticas públicas, mecanismos de proteção e ações afirmativas voltadas à população LGBTQIA+.

É importante destacar que a criminalização não esgota a necessidade de combate à violência LGBTQIA+. Conforme alerta Luiz Valério Trindade (2022), o discurso de ódio e a violência simbólica nas redes sociais também exigem respostas estruturais, como educação em direitos humanos, regulação de plataformas digitais e fortalecimento de redes de apoio. A criminalização, embora importante, é apenas um dos instrumentos de um conjunto mais amplo de políticas de inclusão e reconhecimento.

Assim, a decisão do STF se insere em uma perspectiva de Direito Penal comprometido com os valores constitucionais, que reconhece a necessidade de proteger grupos vulnerabilizados sem romper com os limites do garantismo. Ao reconhecer a homofobia como forma de racismo, o STF não apenas preenche uma lacuna legislativa, mas também afirma a centralidade da dignidade humana na ordem constitucional brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalização da homofobia e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal, ao determinar a aplicação da Lei de Racismo a essas condutas, representa um marco relevante na trajetória constitucional brasileira voltada à efetivação dos direitos humanos e ao enfrentamento das desigualdades estruturais. Longe de constituir uma ruptura com o

princípio da intervenção mínima, tal decisão revela-se como um exemplo paradigmático de sua aplicação crítica e emancipatória, voltada à proteção concreta de sujeitos historicamente vulnerabilizados.

A análise desenvolvida ao longo deste trabalho demonstrou que o Direito Penal, quando orientado pelos princípios do garantismo constitucional e aplicado como última ratio, pode funcionar como instrumento legítimo de defesa de bens jurídicos fundamentais, especialmente a dignidade humana, a igualdade substancial e o direito à não discriminação. A ideia de intervenção mínima, portanto, não deve ser interpretada como um veto absoluto ao uso do poder punitivo, mas como um critério racional para sua limitação e qualificação.

A decisão do STF na ADO 26 e MI 4733 surge como resposta necessária à omissão legislativa histórica do Congresso Nacional, que persistiu em não criminalizar práticas evidentemente violadoras de direitos fundamentais da população LGBTQIA+. A atuação da Suprema Corte se deu nos estritos limites da jurisdição constitucional e com base em compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, não apenas preenchendo uma lacuna normativa, mas reafirmando a força normativa da Constituição e a centralidade dos direitos humanos em sua interpretação.

Ao longo da análise, sustentou-se que a criminalização da homofobia não viola o princípio da intervenção mínima, mas sim o atualiza, oferecendo-lhe densidade axiológica. A intervenção penal, nesse contexto, é mais do que repressiva: é simbólica, pedagógica e política — pois afirma que a dignidade de pessoas LGBTQIA+ é inegociável que a violência contra elas não será tolerada pelo ordenamento jurídico.

Todavia, reconhece-se que o Direito Penal não é panaceia, tampouco solução única para os problemas complexos relacionados à exclusão, preconceito e violência. A criminalização é apenas uma das múltiplas dimensões necessárias ao enfrentamento da LGBTfobia. Para que os efeitos da decisão do STF se materializem de forma efetiva, é fundamental que o Estado brasileiro implemente políticas públicas intersetoriais, promova educação em direitos humanos, fiscalize práticas institucionais discriminatórias e crie mecanismos de acolhimento e escuta.

Conclui-se, portanto, que a expansão do Direito Penal, quando fundada na proteção de direitos fundamentais e respeitadora dos limites do garantismo, é não apenas possível, mas eticamente necessária. Em tempos de crescente intolerância, a criminalização da homofobia representa um avanço civilizatório, reafirmando o compromisso do Direito com a dignidade de todos os corpos, existências e amores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso, Rodolfo. Breve discussão sobre a constitucionalidade dos crimes do novo Código de Trânsito brasileiro. **Âmbito Jurídico.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/breve-discussao-sobre-a-constitucionalidade-dos-crimes-do-novo-codigo-de-transito-brasileiro/>. Acesso em: 4 abr. 2025.

Ávila, Gustavo Noronha. O DEBATE ENTRE LUIGI FERRAJOLI E OS ABOLICIONISTAS: ENTRE A SEDUÇÃO PELO DISCURSO DO MEDO E AS PRÁTICAS LIBERTÁRIAS. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561. DOI: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n2p543-561>. Acesso em: 4 abr. 2025.

Beccaria, Cesare Bonesana, Marches di. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2014.

Bozza, Fábio da Silva. As dimensões da expansão do Direito Penal. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/as-dimensoes-da-expansao-do-direito-penal/339494712#:~:text=A%20expans%C3%A3o%20do%20direito%20penal,%C3%A0%20prote%C3%A7%C3%A3o%20ambiental%20e%20do>. Acesso em: 4 abr. 2025.

Carrard, Liliana. **O princípio da insignificância e a mínima intervenção penal**. 19/05/2013 130 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Faculdade de Direito da USP

Cavalcante, Márcio André Lopes. Atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo social. Entenda a decisão do STF. **Dizer o Direito.** Publicado em 10 jul. 2019. Disponível em: < https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>. Acesso em: 4 abr. 2025.

Lombroso, Cesare. **O homem delinquente.** Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Editora Ícone, 2007.

Lombroso, Cesare. **Ferrero, Guglielmo. Criminal woman, the prostitute, and the normal woman.** Tradução de Gibson, Mary e Rafter, Nicole Hahn. Durham: Duke University Press, 2004.

Rosa, Wendell Luis; Lucchesi, Érika Rubião; Guedes, Márcio Bulgarelli. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A PERIGOSA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE: breves considerações sobre o crime de gestão temerária (parágrafo único, do artigo 4° da Lei n. 7.492/86). **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, Ribeirão Preto – SP, a. I, n. 1, p. 2-12 jan./dez. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/nivaldofrederice/Downloads/juvencio,+001.+A+expans%C3%A3o+do+Direito+Penal_wendell[1]+-+ok.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2025.

Silva Sánchez, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.