

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS

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 - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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 - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cinthia Obladen de Almendra Freitas; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-569-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Penal. 3. Criminologia. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

Apresentação

Em uma agradável tarde de sol da primavera chilena, nas dependências da aconchegante e receptiva Universidade de Santiago, o grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I reuniu-se com o propósito de discutir temas condizentes à dogmática moderna, seja do direito e do processo penal, seja no que diz respeito à política criminal e à criminologia. Os trabalhos ora apresentados revelam, como o leitor por certo verificará, o quão ecléticos, críticos e atuais são os temas e o quão comprometidos foram os autores na confecção dos textos. São eles, pela ordem do livro, identificados por título, autor (es) e breve resumo, os seguintes:

O primeiro, cujo título é “a criminalização do stalking no Brasil sob o olhar da criminologia crítica”, dos autores Ana Luísa Dessoy Weiler , Alexandre Juliani Riela e Joice Graciele Nielsson, busca avaliar a criminalização do stalking no Brasil com a Lei nº 14.132/2021 sob o olhar da criminologia crítica e do endurecimento da lei penal. O problema de pesquisa parte da seguinte indagação: em que medida a criação de nova lei incriminadora é eficaz para o combate efetivo do stalking? Parte-se da hipótese de que a lei penal tem um caráter simbólico e seletivo, e que a lei do stalking não combate o fenômeno de forma efetiva visto ser a lei insuficiente para uma mudança cultural. Os objetivos específicos da pesquisa estruturam o texto em três seções: a) discutir os processos de criminalização do sistema penal a partir da criminologia crítica de Alessandro Baratta; b) caracterizar o fenômeno do stalking a partir de sua conceitualização e da sua função fenomenológica; c) a criminalização do stalking no Brasil e seus efeitos. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O segundo, cujo título é “a violência institucional e a saúde psicofisiológica dos agentes de segurança pública na contemporaneidade”, também dos autores Alexandre Juliani Riela e Ana Luísa Dessoy Weiler: tem por objetivo fazer uma análise sobre a violência institucional frente à saúde mental dos agentes de segurança pública do Brasil, tanto no aspecto interior quanto exterior aos ergástulos. O problema que orienta a pesquisa parte do seguinte questionamento: em que medida a violência institucional adoece mentalmente os agentes de segurança pública no Brasil, limitando ou impedindo a sua atuação? Parte-se da hipótese de que os agentes de segurança pública estão com sua saúde mental fragilizada, uma vez que, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), no ano de 2019,

morreram mais policiais por suicídio do que em serviço. Os objetivos específicos da pesquisa se desdobram nos seguintes tópicos: a) perceber de que modo a violência institucional impacta o agente de segurança pública; b) discutir a saúde mental do agente de segurança; c) analisar quais as soluções viáveis para a preservação da saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O terceiro trabalho tem por título a “análise da evolução da finalidade das sanções de natureza criminal: das ordenações reais ao Código Criminal do Império”, dos autores Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Moraes Silva e Ricardo Henrique Lombardi Magalhães. No texto, os autores enfocam que, ao longo dos séculos, houve substanciais mudanças no Direito brasileiro acerca das questões de natureza criminal, de modo que houve um afastamento das penalidades muito severas. O texto busca compreender tal processo evolutivo, visando aferir a finalidade das normas de natureza criminal em momentos anteriores da História pátria, bem como objetiva verificar se as sanções de natureza criminal se afastaram da ideia de atemorizar a população. Foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, em uma pesquisa descritiva e qualitativa. Concluiu-se que houve uma notória evolução das sanções cominadas para as práticas das condutas que foram tidas como criminosas, de maneira que se buscava a prevenção geral contra o cometimento de crimes através da atemorização da população diante da rigidez das normas “criminais” que já estiveram vigentes, ao passo que, atualmente, se busca, ao menos em tese, a ressocialização daqueles que cometeram delitos.

Em “breves considerações bioéticas e penais sobre o aborto após tentativa de suicídio”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Camila Martins de Oliveira e Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos exploram, a partir de pesquisa qualitativa e com o emprego de raciocínio dialético, uma situação ocorrida em São Paulo, em que uma mulher foi denunciada por aborto em ocasião na qual, estando grávida e deprimida, ingeriu veneno para ceifar a própria vida. A situação, estudada com ingredientes de política criminal e da bioética, expõe a ingerência do direito penal nas situações de vida em geral, e reclama uma maior e melhor reflexão sobre a violação ao princípio da ultima ratio ante a casos de emprego simbólico. Sem a análise das provas e do processo em si, mas apenas do fato e da denúncia oferecida, não se tem por qualquer pretensão interferir no julgamento do caso, mas valer-se dele para uma discussão transdisciplinar do direito e, em especial, no caso que serve de lastro à pesquisa, questionar a existência de dolo, da imputabilidade penal da gestante, da conduta do médico que comunicou o fato às autoridades e, por fim, da obediência ou não à diretriz do direito penal mínimo.

O quinto trabalho, cujo título é “colonialismo tardio e crimes patrimoniais: a funcionalidade da seleção dos crimes de pequena monta para o marco de poder planetário contemporâneo”, da autora Dorcas Marques Almeida, externa que a estrutura do poder global alterou-se substancialmente desde a segunda metade do século passado e, conseqüentemente, o poder punitivo também passou a ser manejado com a finalidade de atender a fins distintos. Anteriormente, o sistema punitivo era utilizado sobretudo com a finalidade de preservar a integridade das sociedades de consumo, porém, atualmente, o sistema punitivo é utilizado com a finalidade de dilapidar a autonomia das democracias. Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo investigar se os crimes patrimoniais ainda são selecionados pelo poder punitivo e, em caso positivo, qual é a funcionalidade da seleção desses crimes para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo. Para responder aos referidos questionamentos, o presente artigo adotou a revisão da literatura como metodologia e elegeu os autores Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos como marco teórico, sendo que a análise da obra dos referidos autores conduzirá à conclusão de que a seleção dos crimes patrimoniais é primordial para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo e que, conseqüentemente, a seleção típica da estrutura de poder anterior foi aprofundada em níveis abissais.

O sexto texto tem por título o “controle judicial do acordo de não persecução penal”, e foi escrito por Jaroslana Bosse. O trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de controle jurisdicional quando houver negativa injustificada de oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público. A Lei Federal n. 13.964/2019, que introduziu essa espécie de acordo como um novo modelo de resolução consensual de conflitos criminais, não deixou muito claro se o benefício se trata de um direito subjetivo do investigado ou de uma discricionariedade do Ministério Público. Ainda mais, caso o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos para o acordo e exista negativa injustificada por parte do Ministério Público, outro questionamento pertinente é se o Magistrado pode ou não exercer algum tipo de interferência. No trabalho é analisado o caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou decisão do Juiz de primeiro grau que rejeitou denúncia, considerando a ausência de interesse de agir, diante da recusa infundada do Ministério Público em propor o acordo. Verifica-se, ainda, que o precedente é importante para a construção de uma via interpretativa na qual o Acordo de Não Persecução seja compreendido como um direito subjetivo do investigado.

Em “criminologia midiática: a agenda setting theory e o sensacionalismo como instrumentos fortalecedores do totalitarismo financeiro”, escrito por Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira. Nele, a autora propõe o estudo da relação existente entre o direito penal e a mídia com o conseqüente fortalecimento do totalitarismo financeiro através da utilização da agenda

setting theory e do sensacionalismo. Considerando-se a inexistência de uma assepsia política relativa ao direito penal, é possível afirmar que há um viés ideológico excludente e etiquetador em seu conteúdo. Tal escolha política favorece o totalitarismo financeiro e possui a mídia como um de seus instrumentos fomentadores, até porque esta está incluída naquele. A produção midiática veiculada conduz à transformação das vítimas do totalitarismo financeiro a adeptas de suas ideias. Nesse sentido, a mídia possui o condão de auxiliar na incidência do controle social punitivo em um público previamente etiquetado como “inimigo”, fortalecendo o totalitarismo financeiro a partir da manutenção de seu poder, tendo o sensacionalismo como uma ferramenta para ocultar os reais problemas e, por conseguinte, dificultar uma genuína transformação da sociedade.

O oitavo trabalho, “da teoria hermenêutica constitucional em Häberle e do método penal: sobre a conformação do direito penal na jurisdição constitucional”, de autoria de Renato Almeida Feitosa, faz uma análise crítica da teoria hermenêutica constitucional de Peter Häberle à luz do método penal, considerando a necessidade de ponderar e limitar a extensão da chamada “sociedade aberta dos intérpretes” como expressão de uma teoria constitucional democrática que ganha cada vez mais adeptos como instrumento metodológico de controle e afirmação dos valores constitucionais. O cotejo entre essas duas linhas metodológicas visa demonstrar a inviabilidade da abertura axiológico-normativa que esta teoria hermenêutica pretende dar, quando afeta à concreção do direito penal, haja vista as premissas epistemológicas de validade e eficácia do direito penal como condição mesma de preservação dos moldes de um Estado Democrático de Direito, nomeadamente do princípio da legalidade e seus corolários. Desta feita, traz-se como caso paradigma da problemática o precedente do STF (ADO nº 26) que ampliou o espectro de incidência da norma penal, subsumindo a homofobia à proibição normativa prevista no tipo penal que teria por objeto o combate ao preconceito de raça e cor. Nesta pesquisa, são tratados os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional e das estruturas da teoria do crime e da teoria hermenêutica constitucional, evidenciando o caráter inconciliável destas.

O nono trabalho, intitulado “o Direito penal do inimigo como expressão do biopoder”, dos autores Lauro Mens de Mello, Rodrigo Francisconi Costa Pardal e José Antônio de Faria Martos, tem como objetivo o estudo conceitual da ideia de biopoder a partir de Foucault com a vida como objeto de controle, regulação e domesticação, relacionada com o poder disciplinar. Objetiva ainda uma análise do discurso relativo ao direito penal do inimigo em que se adota um conceito não ontológico, mas funcional de cidadão, que permite afastar esse status em determinadas condições. Analisa-se ainda a questão dos arquétipos de Jung que, a partir das representações, concebem forma de atuação do biopoder e que este difunde e legitima o direito penal do inimigo. Como resultados pretende-se demonstrar a forma de

como opera o biopoder com a lógica de imunização voltada ao corpo social, com o discurso pseudo-legitimador de se manter a coesão social e como o biopoder é uma forma dissimulada de dominação sem o desgaste inerente ao confronto direto. Como conclusão constata-se o surgimento do direito penal do inimigo como forma de aniquilação do status de cidadão e transformação em homo sacer.

Em “dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas: a natureza da substância enquanto vetor ilegal de criminalização da pobreza”, os autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Renata Pereira Mayrink externam que, definida a responsabilidade criminal de determinado cidadão, ou seja, afirmado depois de um processo que tramite em contraditório judicial, que alguém foi o autor de um fato típico, ilícito e culpável, o juiz do caso tem o dever legal de individualizar a pena. O primeiro passo para dosimetria da pena é a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas, para os casos em que o autor incorrer em algum dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006, ou seja, violar uma norma penal incriminadora da Lei de Drogas, o juiz deverá se ater a critérios particulares de individualização da pena, estabelecidos no artigo 42 da legislação especial. O objetivo da pesquisa é analisar a aplicação desses critérios mencionados da Lei de Drogas, especialmente o critério natureza da substância, como mecanismo de concretização de uma política penal seletiva. Para tanto, a metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos, além de doutrinas sobre o tema.

O décimo primeiro trabalho que se apresenta é o seguinte: “emoções e moralidade no tribunal do júri: notas sobre o uso de cartas psicografadas no julgamento do caso boate Kiss”, das autoras Carolina de Menezes Cardoso Pellegrini, Marina Nogueira de Almeida e Ana Paula Motta Costa. O texto tem como objetivo apresentar considerações preliminares acerca do uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri. Como cenário base para a discussão, utiliza-se o caso da Boate Kiss, no qual a defesa utilizou-se de carta supostamente psicografada de uma das vítimas, como forma de tentativa a atenuar/isentar a culpa do réu. Nesse sentido, o ensaio norteia-se pela seguinte pergunta de pesquisa: “como cartas psicografadas afetam as emoções e moralidades no Tribunal do Júri?”. Compreendendo o panorama constitucional do tribunal do júri e seus princípios norteadores, além de que é possível refletir sobre uma reconfiguração do cenário que mescla política e sentimento, como forma de impactar e mobilizar – tal qual o fez Cláudia Fonseca (2018), embora com objeto de pesquisa diverso, parte-se da hipótese de que o uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri tem sua força pautada, antes de tudo, pelo caso específico em julgamento – no caso, um evento traumático.

Em “gênero, raça e classe como estruturadores históricos das prisões brasileiras”, a autora Magali Gláucia Fávaro de Oliveira examina as opressões cruzadas de gênero, raça e classe

como estruturadores históricos das prisões brasileiras. Para tanto, por meio do método dedutivo e com base em bibliografia regada por autores e autoras negras, inicialmente, analisou-se o problema de desigualdades e discriminação racial no Brasil, como esqueletos sociais reproduzido pelas instituições. Outrossim, por meio de uma linha histórica legislativa, do Brasil-colônia à contemporaneidade, traçou-se o viés incriminador nos quais nasceram e ainda permanecem as prisões brasileiras, vivificadas em uma era de abolição da escravatura de um lado, compensada de outro, pela criminalização da cultura e do modo de vida do povo preto, bem como pelos inúmeros incentivos de migração do povo europeu para o país. Diante das construções realizadas, ao fim, foi possível compreender que a mulher, preta e pobre, tem a cor, o sexo e a classe preferida do sistema de justiça criminal, compondo hoje uma proporção relativamente pequena entre as populações carcerárias ao redor do mundo, mas figurando o setor de mais rápido crescimento dentre as pessoas presas.

O décimo terceiro texto, que tem por título “ineficiência punitiva do art. 60 da Lei de Crimes Ambientais: sua comparação com as sanções cominadas às infrações administrativas”, dos autores João Victor Baptista Magnavita e José Claudio Junqueira Ribeiro, externa que “a Política Nacional do Meio Ambiente veio inaugurar um novo patamar de preocupação com o bem ambiental à medida em que se consubstancia em um dos mais importantes documentos legislativos sobre políticas públicas ambientais em solo pátrio. Dessa forma, pinçando um de seus instrumentos, o licenciamento ambiental, busca-se no presente estudo entender se os enunciados relativos a esse instrumento, elencados em forma de sanções administrativas e criminais, realmente servem como suporte que compele o agente infrator a cumprir a legislação ambiental. Cabe mencionar, ainda, que a pesquisa desenvolvida se utilizou da metodologia da pesquisa qualitativa, ao se apoiar na filosofia fenomenológica do que se propõe a estudar, do método de pesquisa explicativa uma vez que se preocupa em identificar os fatores e quesitos que determinam para a ocorrência de determinados fenômenos jurídicos estudados. Ademais, para fundamentar o presente trabalho, utilizou-se do método indutivo que foi conduzido pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, revelando, portanto, a base na qual se construiu o estudo em comento.

Em “mandados de criminalização, tratados internacionais e enfrentamento à corrupção”, os autores Antônio Carlos da Ponte e Cintia Marangoni tratam do combate às práticas de corrupção, verdadeira chaga que subtrai preciosos recursos públicos da sociedade, no contexto da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção deficiente. Para tanto, perpassou-se pelos instrumentos atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo os Tratados Internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, que também devem ser percebidos como mandados de penalização (diante do disposto no artigo 5º, §3º, da

Constituição Federal de 1988), a fim de compreender-se o quanto ainda se poderá avançar nesta seara. Assim, o presente estudo ressalta a compreensão do crime de corrupção como um claro atentado aos direitos humanos, na medida em que priva o Estado de investimentos que seriam destinados à população, motivo pelo qual questiona-se sua inclusão no rol dos crimes hediondos, além de sua tipificação no âmbito privado, em atendimento a mandado constitucional implícito de criminalização e respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

O décimo quinto texto tem por título “mesclagem de dados eleitorais em proveito do banco multibiométrico: Lei de Identificação Penal e Proteção de Dados Pessoais”, e foi escrito por Raissa de Cavassin Milanezi e Cinthia Obladen de Almendra Freitas. Nele, revela-se que o Pacote Anticrime inseriu na Lei de Identificação Criminal, Lei n.º 12.037/2009, o Banco Multibiométrico, que tem como objetivo armazenar dados biométricos, de impressões digitais e, quando possível, íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais e identificar civilmente o indivíduo não identificado. Busca-se analisar juridicamente o referido Banco de Dados, sob a perspectiva da proteção de dados e de violação a direitos humanos e fundamentais, frente à sociedade de controle e vigilância. O problema de pesquisa tem por base a seguinte interrogação: Permite a legislação brasileira, em termos de garantias constitucionais penais e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a mesclagem de dados eleitorais e dos institutos de identificação em prol da persecução criminal? Para tanto, a pesquisa utilizou método dedutivo, em que foi realizado levantamento bibliográfico de livros, teses e dissertações com os descritores indicados abaixo. Ao final, a chegou-se à hipótese de que a mesclagem de dados na forma como está disposta na Lei de Identificação Criminal viola diversos preceitos penais e da LGPD.

Em “o ANPP – Acordo de não persecução penal e a revisibilidade jurisdicional do mérito do ato administrativo”, os autores Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro apresentam como tema o acordo de não persecução penal – ANPP e externa que os mecanismos negociais têm se mostrado como tendência no âmbito criminal, com a possibilidade de aplicação de consequências penais sem a necessidade do devido processo legal, abreviando o lapso temporal entre o suposto cometimento da infração e a execução penal. Dessa forma, a pesquisa questiona se a realização dessa justiça negocial criminal produziria uma espécie de administrativização da justiça e quais seriam os seus efeitos para o exercício do poder punitivo. Objetiva-se, de maneira geral, analisar o instituto do ANPP e a jurisprudência correlata no que tange à natureza jurídica e ao controle judicial sobre seu não oferecimento. O procedimento de pesquisa observou uma metodologia dedutiva, com auxílio da técnica de análise de jurisprudência. Complementarmente utilizou-se uma metodologia exploratória para pesquisar a jurisprudência correlata ao ANPP. Conclui-se que o acordo de não

persecução penal vem sendo interpretado como não constituindo direito subjetivo do acusado, bem como pela realização do fenômeno da administrativização do poder punitivo, tendo em vista a substituição de atores judiciais por atores administrativos na condução dos mecanismos negociais e que a posição em que os tribunais têm se colocado, de negar a revisão jurisdicional, parece conflitar com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O décimo sétimo texto, “o contexto histórico de valorização dos direitos humanos e a violação da dignidade humana no sistema carcerário”, é de autoria de Renata Pereira Mayrink e Rômulo Luis Veloso de Carvalho. Nele se externa que a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana é incontestável na atualidade, mas, apesar de supremo, é um valor continuamente afastado. A pesquisa visa estudar a atual crise do sistema carcerário nacional, sob o enfoque da dignidade humana, com o objetivo de criticar as sistemáticas violações a esse direito fundamental. Inicialmente analisou-se o contexto histórico de surgimento dos direitos humanos, em seguida a crise no sistema carcerário nacional e as constantes violações ao valor essencial da dignidade humana. Por fim, conclui-se pela necessidade de uma reforma em diversos setores que lidam com a execução penal, já que a atual situação de mazela dos cárceres nacionais não pode ser atribuída a apenas um fator, mas sim a diversos que se somam. Acima de tudo é preciso que haja a máxima efetivação dos direitos humanos, sobretudo da dignidade humana dos encarcerados. A metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos e jurisprudência nacionais e internacionais, doutrinas sobre o tema e vídeos.

Em “o direito penal e os reflexos dos avanços neurocientíficos: uma análise acerca da culpabilidade”, Júlia Gabriela Warmling Pereira, autora do texto, destaca que a relevância sobre as descobertas neurocientíficas inaugura uma nova era. E na medida em que as suas investigações vêm avançando, através de novas tecnologias de mapeamento cerebral, têm revelado localizações específicas de eventos cerebrais, os quais permitem inferir a crescente aproximação entre a neurociência e o direito. As ambições neurocientíficas têm se expandido e se impregnado na sociedade, situação que acarreta um peso maior nas leis e, diante desse fato, as questões atinentes ao direito merecem atenção para que se tenha uma inserção adequada à realidade. O direito e a neurociência constituem um tema com diversas implicações de cunho social, ontológico e metodológico, necessitando ser analisado, essencialmente, sob o aspecto dogmático penal, particularmente no tocante à culpabilidade penal. No que concerne às discussões acerca do direito penal, nota-se que transcende deste âmbito as investigações a respeito do comportamento humano. Compreende, também, o interesse em analisar a conduta humana e a própria questão do livre-arbítrio, igualmente relevante às neurociências. Não há dúvida de que as possíveis repercussões para o direito

penal constituem um tema que tem levado diversos doutrinadores a se debruçar sobre as pesquisas, as quais devem ser analisadas com as cautelas devidas.

O décimo nono trabalho que compõe o livro tem por título “o exame criminológico sob a perspectiva crítica: apontamentos sobre a Súmula Vinculante nº 26 como política criminal”, e foi escrito por Jéssica Cristina de Moraes, Eduardo Bocalete Pontes Gestal e Sergio Nojiri. O texto objetiva analisar a construção dos pensamentos criminológicos e sua contribuição para uma lógica de controle social idealizada a partir de mecanismos de exclusão e institucionalização (encarceramento) em massa, tendo como base de investigação a súmula vinculante nº 26 que possibilitou o uso continuado do exame criminológico como ferramenta de avaliação de progressão de regime na contramão da nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, pela Lei n.º 10.792/03, a qual havia revogado esta perícia nesse contexto da execução da pena. Para tanto, faz-se uma breve passagem sobre os discursos presentes nas escolas criminológicas, traçando um caminho entre os pensamentos criminológicos da Escola Clássica à Positiva à Sociológica até a Criminologia Crítica, demonstrando como o “outro” (apenados, doentes mentais, pessoas sem ocupação e demais indivíduos que não contribuíssem com a sua força de trabalho) sempre esteve na posição política e social de membro não desejável na sociedade. Após, discorre-se acerca do exame criminológico e do seu uso durante a Execução Penal relacionado à apuração de mérito subjetivo à progressão de regime. Destaca-se, ainda, os pontos de embate entre referenciais apoiadores e contrários ao uso do exame, na medida em que vislumbramos que essa perícia otimiza o período de cumprimento de pena em regime mais gravoso e reverbera as problemáticas do sistema penal na prática. Finalmente, são tecidos comentários acerca da possível existência de fatores político-ideológicos na atuação Supremo Tribunal Federal com a edição Súmula vinculante nº 26.

No texto “o futuro da educação prisional: educação à distância sustentável” o autor Nelcyvan Jardim dos Santos expõe ser necessário conhecer as tendências futuras nos programas de educação e ensino. Neste artigo ele se concentrou em fornecer perspectivas sobre o futuro dos programas educacionais, necessidades de alunos e professores para uma educação inovadora e ao mesmo tempo suprir as necessidades de desenvolvimento educacional aos que estão privados de liberdade. Apresenta, ainda, vantagens em detrimento dos recursos humanos, segurança dos professores e acesso ao ensino a todos os detentos por meio dessa modalidade. Apesar do acesso à educação nos presídios se encontrar estampado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Lei de Execução Penal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além de outras normativas, faz-se necessário mostrar que esses indivíduos, esquecidos pela sociedade, também têm direitos, capacidade e possibilidades reais de uma harmônica integração social. O desenho do artigo contempla a abordagem

bibliográfica e documental e tem como objeto de estudo compreender os cenários educacionais do futuro, na aplicação da Educação à Distância nas unidades prisionais, como fator de valorização dessa modalidade de ensino para concretizar os direitos dos reclusos e minimizar a ausência de oferta educacional nos centros penitenciários nacionais.

Em “os estabelecimentos penais e os dados frente ao Covid-19”, a autora Ana Eduarda Bazzo Pupim realiza um estudo sistemático dos estabelecimentos penais frente a pandemia do Covid-19 e conclui, com dados do Infopen, que o sistema carcerário brasileiro é precário, desigual e violador de direitos básicos. Quinze vírgula três por cento (15,3%) das pessoas que se encontram em regime fechado deveriam estar em regime semiaberto ou até liberados, isto antes da pandemia; contudo, as regras de sanitização para o combate do Covid-19 não modificaram a realidade, porquanto difíceis de serem colocadas em prática. Na verdade, 81.214 de presos e servidores foram infectados com o Coronavírus, ou seja, 13,6% do sistema carcerário considerando a população de 2019, e 11,5% se considerada a população de presos de 2020, demonstrando a atual necessidade de reforma do sistema penitenciário brasileiro.

Em “progressão de regime em crimes hediondos no Supremo Tribunal Federal: uma análise empírica pela Súmula Vinculante 26”, dos autores Ana Clara Macedo Jaccoud, Pedro Burlini de Oliveira e Raphaël Tinarrage, discute-se que uma das principais discussões que circundam a execução penal dos crimes hediondos é a possibilidade de exigência de exame criminológico como requisito para progressão de regime. Isso porque, esse exame já foi obrigatório em Lei, a qual após revogada gerou uma lacuna que a Súmula Vinculante nº 26 (SV 26) do Supremo Tribunal Federal buscou colmatar. Frente a tal lacuna e as discussões emergentes, foi realizado um estudo empírico sobre o comportamento de casos no STF que pedem a progressão de regimes para condenados por crimes hediondos ou assim equiparados, verificando as nuances da aplicação dos requisitos para essa progressão. Para tanto, a pesquisa contou com uma produção empírica baseada em métodos de Machine Learning, a partir da criação de um modelo treinado para identificar decisões do STF relacionadas à SV 26. Além disso, o artigo apresenta uma exposição teórica sobre aspectos dogmáticos do exame criminológico e sua expressão jurisprudencial do STF. A partir dessa verificação, foram expostas descobertas sobre a persistência da exigência do exame e sobre a concentração de processos no STF tratando da progressão de regime nesses tipos de crimes.

No artigo “stalking e a tipificação do crime de perseguição da Lei 14132/21- um amparo à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade”, as autoras Evandra Mônica Coutinho Becker e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão discorrem que o stalking é um fenômeno cuja marca e as facetas são múltiplas. Tomados isoladamente, a miríade de

atos dos perpetradores, geralmente, não é ilegal em si. Esse aspecto explica, em parte, porque o stalking só é percebido tardiamente pela vítima, o que significa que a persecução penal só intervém muito tempo depois. Frequentemente, vários comportamentos de assédio não se enquadram na lei penal porque, tomados isoladamente, não parecem ameaçadores (como, enviar flores ou presentes). No entanto, a gama de atos de perseguição concebíveis é ampla e pode incluir crimes como: danos à propriedade ou transgressão, que podem ser, por si só, objeto de queixa. A presente pesquisa tem como objetivo geral apresentar a tipificação do stalking como crime mediante a legislação brasileira bem como a infração de direitos do cidadão. Assim, os objetivos específicos deste artigo buscam, conceituar o que é stalking e o que o abrange, explicar e descrever a tipificação do ato de stalking como crime na legislação brasileira, bem como a responsabilidade civil que o imputa, apresentar e descrever os direitos fundamentais do cidadão, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e por fim, descrever como o crime de stalking fere os direitos da personalidade garantidos ao cidadão. Para desenvolvimento da pesquisa, as autoras se valeram do método de revisão bibliográfica. Por fim, concluiu-se que a lei 14.132/2021 foi essencial para especificar de forma clara e concreta o crime de stalking na atualidade, principalmente, mediante os avanços tecnológicos e a disponibilidade de diversas ferramentas para efetuar tal crime.

Observa-se, assim, que, como foi inicialmente dito, os autores incumbiram-se do compromisso de serem críticos e corajosos com vistas à maior e melhor adequação das práticas ao texto constitucional e das demandas da contemporaneidade em prol de um modelo integrado, proativo e transformador de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof.a Dr.a Cinthia Obladen de Almendra Freitas- PUC-PR - cinthia.freitas@pucpr.br

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC - matheusfelipedecastro@gmail.com

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC – Dom Helder – Escola de Direito - lgribeirobh@gmail.com

DA TEORIA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM HÄBERLE E DO MÉTODO PENAL: SOBRE A CONFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTIC THEORY IN HÄBERLE AND THE CRIMINAL METHOD: ON THE CONFORMATION OF CRIMINAL LAW IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Renato Almeida Feitosa ¹

Resumo

O presente estudo faz uma análise crítica da teoria hermenêutica constitucional de Peter Häberle à luz do método penal, considerando a necessidade de ponderar e limitar a extensão da chamada 'sociedade aberta dos intérpretes' como expressão de uma teoria constitucional democrática que ganha cada vez mais adeptos como instrumento metodológico de controle e afirmação dos valores constitucionais. O cotejo entre essas duas linhas metodológicas visa demonstrar a inviabilidade da abertura axiológico-normativa que esta teoria hermenêutica pretende dar, quando afeta à concreção do direito penal, haja vista as premissas epistemológicas de validade e eficácia do direito penal como condição mesma de preservação dos moldes de um Estado Democrático de Direito, nomeadamente do princípio da legalidade e seus corolários. Desta feita, trazemos como caso paradigma da problemática o precedente do STF (ADO nº 26) que ampliou o espectro de incidência da norma penal, subsumindo a homofobia à proibição normativa prevista no tipo penal que teria por objeto o combate ao preconceito de raça e cor. Nesta pesquisa, trataremos dos pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional e das estruturas da teoria do crime e da teoria hermenêutica constitucional, evidenciando o caráter inconciliável destas.

Palavras-chave: Método penal, Hermenêutica constitucional, Democracia, Princípio da legalidade, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The present study makes a critical analysis of Peter Häberle's constitutional hermeneutic theory in the light of criminal method, considering the need to consider and limit the extent of the so -called "open society of interpreters" as an expression of a democratic constitutional theory that gains more and more supporters as an instrument methodological control and affirmation of constitutional values. The comparison between these two methodological lines aims to verify the feasibility of the axiological-notative opening that this hermeneutic theory aims to give, when affecting the completion of criminal law, given the epistemological premises of validity and effectiveness of criminal law as condition of preservation of democratic rule of law molds, namely the principle of legality and its corollars. This time, we

¹ Doutorando em Direito Penal - PUC Minas; Mestre em Direito - UFPE; Trabalho realizado com apoio CAPES.

bring as a paradigm of the problem of the precedent of the STF (ADO 26) which expanded the incidence spectrum of the criminal norm, subsuing homophobia to the normative prohibition provided for in the criminal type that would have as its object the fight against prejudice of race and color. In this research, we will deal with the assumptions of legitimacy of constitutional jurisdiction and the structures of theory of crime and constitutional hermeneutic theory, highlighting the unconcilious character of these.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal method, Constitutional hermeneutics, Democracy, Principle of legality, Judicial activism

Introdução

A abertura hermenêutico-constitucional do intérprete para a realidade política e social é fenômeno que paulatinamente ganha força na prática do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na ampliação do seu universo cognoscível para além do processo e do ordenamento, ao trazer diversos atores (políticos, públicos, privados) e reconhecendo diversas interpretações, como condição de afirmação legítima da Constituição e cientificidade da teoria constitucional a partir de uma teoria hermenêutico-constitucional.

Nesta toada, o professor alemão Peter Häberle, constitucionalista de escol, crítico dos sistemas formais fechados que limitam tanto os autores legitimados à interpretação, quanto o alcance semântico e valorativo do ordenamento jurídico, desenvolveu uma teoria hermenêutica constitucional questionadora das tarefas, objetivos e métodos utilizados no caminho da interpretação constitucional, afirmando que, para uma teoria da interpretação constitucional ser reconhecida como saber científico, a Constituição deve dialogar com a realidade, enquanto requisito de reconhecimento dos valores presentes que a sociedade emana e demanda, trazendo profundas implicações teóricas na metodologia da concreção dos valores constitucionais de ordem epistemológica interdisciplinar com as ciências sociais e de ordem jurídico-funcionalista.

Essa teoria tem premissa na inclusão de atores públicos e privados em potência, enquanto forças produtivas de interpretação como condição *sine qua non* de afirmação democrática. Ou seja, desvelando a subsunção de uma hermenêutica constitucional pluralista à afirmação democrática.

Não obstante o valor que a teoria hermenêutica häberleana representa para os estudos das teorias constitucionais e de interpretação, não podemos olvidar do fato de que o sistema jurídico penal, o qual também está sujeito ao controle (face aos seus excessos) e proteção (das garantias do acusado) constitucional, tem características próprias que, em função da gravidade - leia-se: violência institucionalizada - de sua incidência afeta a direitos, traz consigo princípios condicionantes de sua formação e manifestação (i.e.: *ultima ratio*, fragmentariedade, proporcionalidade, legalidade, etc.).

Assim, observa-se que a abertura hermenêutica constitucional a vetores estranhos aos princípios e valores penal-constitucionais pode criar situações de conflito teóricos com reflexos materiais sérios, ante os subjetivismos desenhados e hipersensibilizados por valores de ordem punitivo-populista, criando janelas de interpretação que, ao contrário do que se pretende com a abertura hermenêutica em Häberle (i.e.: afirmação de uma constituição democrática), afetam

os estamentos dos princípios e direitos fundamentais insculpidos na Constituição, comprometendo a ordem jurídico penal e a própria higidez epistemológica da ciência penal.

O presente estudo traz o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) fez interpretação da lei 7.716/89 (que trata dos crimes contra o preconceito de raça e cor), conforme anseios de determinados grupos, para inserir no espectro semântico de “racismo” a figura da homofobia.

Feitas as devidas considerações teóricas, buscamos analisar criticamente as perspectivas hermenêutico-constitucional aberta (que justificou a ampliação do alcance da norma proibitiva) e da teoria finalista, com escopo no precedente emblemático supracitado para verificar e expor a incongruência da incidência daquela metodologia hermenêutica no âmbito do direito penal em controle de constitucionalidade, por desestruturar as bases dogmáticas de conformação da ciência penal e inevitavelmente da realidade político criminal. O trabalho não entrará nas implicações afetas à teoria do Estado - a dizer, da violação do princípio federativo de independência dos Poderes, por supressão da competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário - por fugir do escopo deste estudo.

Constata-se tratar de um estudo de caráter interdisciplinar entre os direitos constitucional e penal, evidenciando a importância de identificar eventuais riscos na incidência irrestrita de teorias estranhas à sistemática do direito penal. Portanto, para se chegar a qualquer conclusão, utilizaremos o método hipotético dedutivo. Analisando, em cotejo, os elementos da estrutura da teoria háberleana, seus pressupostos de legitimidade e aplicação frente às premissas de afirmação do direito penal em seus princípios de conformação e da própria estrutura do crime no seu primeiro elemento (qual seja, a tipicidade), tendo por fundamento o princípio da legalidade e seus corolários.

1 Da legitimidade de jurisdição constitucional

A Lei Fundamental é força legitimadora das instituições públicas, do ordenamento jurídico, sendo premissa irrevogável da ideia de justiça e democracia.

Democracia esta, nas lições de Kelsen (1928, p.253), que encontramos na jurisdição constitucional o meio particularmente adequado para encontrá-la, se a enxergarmos “não na onipotência da maioria, mas no constante compromisso entre os grupos representados no Parlamento pelas maiorias e minorias e, conseqüentemente, paz social. A simples ameaça do uso do Tribunal Constitucional pode estar nas mãos da minoria, enquanto um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses legalmente protegidos inconstitucionalmente e

de opor-se, em última análise, à ditadura da maioria, que é não menos perigosa para a paz social do que a da minoria (tradução nossa)¹.

Para Kelsen (1928) é clara a necessidade da justiça constitucional, asseverando a necessidade de um ente competente para dar solidez à ideia política de um Estado Democrático. Em verdade, para o autor, a essência do Estado se perfaz na repartição de competências legislativas e executivas. Depreendendo-se ser ínsita a ideia de construção de funtores deônticos² através do Poder Legislativo, enquanto um dos pilares fundamentais de uma organização de poder político democrático.

Destarte, a organização política de um Estado social e democrático de direito demandam entes constitutivos de um corpo político com competências que lhes são próprias, regidos pelo princípio de separação de poderes, tendo a jurisdição constitucional o papel de preservação da sua ordem.

Konrad Hesse (1991), ao tratar da força normativa da constituição concluiu que o direito constitucional deve buscar condições que garantam maior eficácia possível das normas constitucionais, garantindo o desenvolvimento da dogmática e da hermenêutica constitucional, enquanto ciência que deve se prestar a “preservar, modestamente, a consciência dos seus *limites*.” (HESSE, K., 1991, p. 26), devendo a força normativa da Constituição ser preservada a partir de certos pressupostos, como condição de validade e eficácia na aproximação da Constituição formal à realidade.

Como acentua Paulo Bonavides (2004), a análise dos descompassos formais e materiais com a Constituição passa por um processo de jurisdição constitucional cuja competência esta mesma confere ao STF, enquanto órgão do Poder Judiciário, com o múnus de correção e afirmação do direito.

Neste sentido, leciona que:

Há que distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa. A primeira é matéria institucional, estática, a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o Direito e a política. À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí

¹ Tradução livre de: *Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propre à réaliser cette idée. La simple menace du recours au Tribunal constitutionnel peut être entre les mains de la minorité un instrument propre à empêcher la majorité de violer inconstitutionnellement ses intérêts juridiquement protégés et à s'opposer par là, en dernière analyse, à la dictature de la majorité, qui n'est pas moins dangereuse pour la paix sociale que celle de la minorité.*

² Terminologia de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

implícitos, terá sua legitimidade arranhada e contestada ou comprometida, como ora acontece em determinados sistemas judiciais dos países da periferia. Neles o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle, transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento e hipertrofia, já do poder do Estado, já do arbítrio dos governantes. (BONAVIDES, P., 2004, p. 128.)

A abertura que a Constituição deve permitir de forma a resguardar sua integridade está adstrita à observância dos princípios como limites balizadores e legitimadores de uma decisão adequada a determinado contexto, encerrando a correção material que possa haver na própria interpretação filtrada pelo espectro que um princípio possa emanar sobre o caso. Apesar dos instrumentos processuais e balizas principiológicas de interpretação constitucionalmente previstas, o mau uso desses meios abre margem à quebra do arcabouço jurídico e de preceitos epistemológicos que conformam uma estrutura dogmática a determinado ramo do direito.

Na perspectiva de Alexy (2003), direitos fundamentais - que estão previstos numa Carta de Estado - estão dispostos em princípios e regras substanciados pelo seu caráter normativo, podendo ser depreendidos de forma objetiva pela expressão do enunciado ou que demandem uma interpretação, respectivamente.

A análise qualitativa do princípio traz, como mandado de otimização de ordem deontológica, inexorável vinculação à conformidade da legalidade no ordenamento, à sua eficácia e correção material (ALEXY, R., 2003), revelando integridade normativa e alcançando o fim a que se propõe na adequação da norma à realidade.

Na teorização de uma dimensão epistemológica lógico-analítica, a definição do espectro semântico de um conceito jurídico de forma exauriente seria condição necessária sem a qual não seria possível a compreensão clara para uma segura aplicação do direito (ALEXY, R., 2005).

Esse encerramento do espectro interpretativo de princípios e regras não significaria um engessamento da Constituição e consequente afastamento da correção material trazida por Alexy, mas, ao contrário, a possibilidade de conformação do dever-ser dentro dos limites estatuídos pela Carta Maior, filtrado e limitado pelas dimensões que a estrutura do próprio ordenamento permite, evitando influxos políticos de vieses estranhos aos interesses republicanos e democráticos.

Nesta toada, a de se reconhecer, como salienta BONAVIDES (2004, p.130), que:

Sem embargo do considerável alargamento e avanço formal havido no Brasil com a Constituição em vigor no que toca ao controle concentrado de constitucionalidade, observa-se, todavia, ao mesmo tempo, acentuada queda qualitativa no que diz respeito

ao emprego desses mecanismos constitucionais de proteção jurisdicional do regime e de suas estruturas.

Os limites de abertura gnosiológica devem se encerrar no próprio princípio na análise de um caso, do contrário, descaracterizando a sua natureza de baliza irreduzível e inafastável.

Nesse prisma, conforme ensinamento de Mir Puig (1982, p.20): O Estado liberal responde à preocupação de defender a sociedade contra o Estado, o que pretende conseguir mediante a técnica formal da divisão de poderes e do princípio da legalidade (tradução nossa)³.

Logo não podemos olvidar da reserva institucional imposta pela Constituição aos Poderes, sendo a competência constitucionalmente estabelecida um fator nuclear de legitimidade da jurisdição constitucional que não pode enveredar no múnus dos poderes Executivo e Legislativo.

2 Da teoria hermenêutica häberleana

Peter Häberle (1997) traz em sua teoria questionamentos acerca das tarefas e objetivos da interpretação constitucional, questionando seus métodos, com fim de garantir cientificidade à teoria da interpretação constitucional, tendo sua metodologia sido utilizada e citada expressamente no curso da ADO nº 26 (BRASIL. Acórdão. 2019, pp. 256; 519; 534)

No seu trabalho, expõe a necessidade de aproximação de uma Constituição com a realidade que a ela diz respeito, buscando estabelecer uma conexão interdisciplinar entre as ciências sociais e jurídicas, desenhando uma linha jurídico-funcionalista como condição de eficácia do método utilizado. Nessa perspectiva, aponta o requisito de abertura hermenêutica constitucional para uma sociedade aberta de intérpretes como *conditio sine qua non* de afirmação de uma Constituição democrática (HÄBERLE, P., 1997).

O processo de abertura hermenêutica implicaria na potencial vinculação de todos os atores sociais da esfera pública e privada, sendo a interpretação constitucional um elemento da sociedade aberta, enquanto um elemento formador ou constituinte desta. Assim, “os critérios de interpretação hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” (HÄBERLE, P., 1997, p.13).

³ Tradução livre de: *El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad.*

Häberle (1997) tem por premissa de interpretação democrática a participação de atores públicos e privados como forças produtivas de interpretação - intérpretes em sentido amplo -, sendo a teoria democrática condicionante da hermenêutica, garantindo uma mediação própria entre sociedade e Constituição, aproximando a realidade a esta.

Na sua metodologia, a teoria hermenêutica constitucional deve identificar grupos de pessoas e fatores que formam o espaço público; o tipo de realidade a que estão vinculados; como incide no tempo; quais possibilidades e necessidades existentes; reconhecendo a interpretação adotada, como se desenvolveu e qual contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu caráter hermenêutico.

Nessa toada, a legitimação da participação em potência de todos os atores sociais fundamenta-se pela sua representatividade na concretização material da Constituição. “Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade, tomam elas parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição” (HABERLE, P., 1997, p.34)

Em sentido aproximado, BONAVIDES (2004, p. 132) afirma:

Quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade. A grande vantagem, senão a superioridade mesma da democracia participativa sobre quaisquer outros sistemas de organização governativa, é a de que onde mais se precisa – e é o caso dos países em desenvolvimento – ela não mantém, como nos regimes representativos tradicionais, o soberano, isto é, o poder constituinte originário, adormecido senão que o conserva sempre presente. Nunca distante do cidadão, mas invariavelmente ao seu lado. E com base nesse imperativo, devemos inferir que a legitimidade da justiça constitucional repousa também em grande parte na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e nas suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição. Não havendo tal adesão ou aprovação, exaure-se com certeza o manancial donde fluem os elementos morais, éticos, cívicos e patrióticos do dever de fidelidade que garante a causa pública e a ordem constitucional e traça-lhe a linha de continuidade e estabilidade que é a pauta de solidez do regime e das instituições.

Nesse sentido, a Constituição deve buscar ser um espelho da sociedade e, ao mesmo, balizar os caminhos que esta sociedade toma a partir dos valores fundamentais que emanam da Carta Maior. Logo, a jurisdição constitucional tem sua legitimidade condicionada à legitimidade da Constituição do Estado que deve ter uma abertura à dinâmica que a sociedade apresenta.

Essa abertura, no entanto, deve ocorrer através dos filtros principiológicos que regem os caminhos hermenêuticos que o juiz irá adotar na análise dos casos concretos que demandem uma otimização da aplicação do comando normativo de acordo com essa Constituição legítima, enquanto expressão da correção material, nos termos da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2003).

Usando a teoria alexyana na análise da teoria hermenêutica de Häberle, o intérprete formal, ao buscar a conformidade da Constituição aos valores emanados da dinâmica social, estaria buscando conferir a *correção material* das suas decisões, enquanto correspondência das balizas constitucionais à realidade, ou seja, efetividade democrática. Aqui, a ideia de ampliação da hermenêutica, para além do intérprete formal, coloca a esfera pública como “força normatizadora” (HÄBERLE, P., 1980, p. 52; 55; *passim*).

Nesta linha, Häberle (1980, p. 90)⁴ afirma que:

Na interpretação constitucional "preliminar" dos juízes, muitos interpretam, isto é, potencialmente todas as forças pluralistas públicas. A esse respeito, o termo "participante no processo constitucional" é relativizado na medida em que os círculos dos envolvidos na interpretação constitucional se expandem. O público pluralista desenvolve o poder de força normatizadora. Sendo necessário que o Tribunal Constitucional, mais tarde, precise atualizar sua interpretação conforme a realidade pública.

Embora o próprio Häberle registre ressalva ao fazer entender que os princípios e métodos de interpretação constitucional devem ser preservados na sua substância, servindo como filtros sobre as referidas forças normatizadoras, não fica claro como este processo se daria, entendendo que, com a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional, haveria também uma restrição no espaço de atuação do legislador (HÄBERLE, P., 1997).

Esta *correção material*, quando dissociada da conformidade aos princípios constitucionais como filtros de interpretação de adequação e otimização do ordenamento, seria uma quebra do próprio sistema constitucional, pois, não obstante a dinâmica social e necessidade de acompanhamento e correção material por correspondência à abertura que um princípio confere à análise e interpretação de um caso, é limitada pelo próprio contexto fático e jurídico (ALEXY, R., 2002), não podendo, num juízo de ponderação, sobrepujar a outros princípios e regras, como é o caso em comento em que, como se observará, muito embora tenha o intérprete sensível acerto sobre as necessidades que se apresentam, utilizou da mesma via de afirmação democrática da Constituição para atropelar o princípio da legalidade e seus corolários, e, inevitavelmente, a própria estrutura dogmática do crime.

A busca de correção material, nesse sentido, cria uma janela de justificação do jogo retórico de desvencilhamento da responsabilidade argumentativa de enredamento do princípio

⁴ Tradução livre de: *Im „Vorfeld“ juristischer Verfassungsinterpretation der Richter interpretieren viele, d. h. potentiell alle öffentlichen pluralistischen Kräfte. Insofern relativiert sich der Begriff „am Verfassungsprozeß Beteiligte“ in dem Maße, wie sich die Kreise der an der Verfassungsinterpretation Beteiligten erweitern. Die pluralistische Öffentlichkeit entfaltet normierende Kraft. Das Verfassungsgericht hat später erit sprechend öffentlichkeit aktualisierend zu interpretieren.*

da estrita legalidade e da taxatividade penal e da separação dos poderes na ponderação com o princípio da igualdade.

3 Do método penal: Premissas de validade do tipo penal

Ora, o direito penal liberal e democrático manifesta-se indubitavelmente através da incidência da estrutura lógica silogística, de adequação do fato à hipótese prevista no enunciado normativo, ao método penal. Não se dará de forma avalorada como se pretendia antes da virada metodológica neokantiana, quando passou a haver influxo da filosofia dos valores.

Não obstante, o silogismo ideal (i.e.: lógico formal) nos moldes de Beccaria tenha sido superado, subsiste a estrutura lógica do seu processo através de um silogismo dialético.

Como ensina Brito (2020), o direito se afirma dirimindo conflitos no âmbito da argumentação, do discurso, estando superado o silogismo lógico-abstrato. Embora a decisão do intérprete não esteja dissociada da estrutura lógica formal (de premissa maior, premissa menor e termo médio), não existe certeza imanente a ser demonstrada pelo silogismo.

Para que um silogismo tenha forma válida, é necessário que haja uma inferência enquanto fundamento do raciocínio, sendo objetivo do próprio processo silogístico. Temos uma premissa enquanto proposição necessária para que se chegue a uma conclusão. O silogismo ocorre através da inferência de uma premissa maior para uma premissa menor e sua conclusão, havendo um termo médio presente em ambas as premissas (HEGENBERG, 2012).

E é nesse sentido que Brito (2020, p.116) afirma:

A correção da decisão não provém da mera correspondência formal entre a norma e o caso concreto, mas sim pelo consenso que vai além da própria norma e é socialmente aceito e compartilhado, um reconhecimento social que dá validade à decisão e adequação valorativa. Por isso que atualmente não devemos mais falar de um raciocínio jurídico mas sim de uma argumentação jurídica; não mais de um mero silogismo lógico-formal, mas de um silogismo dialético. O silogismo dialético não deixa de ser silogismo, portanto mantém uma proximidade com as regras e instrumentos da lógica formal. Esta somente não é suficiente para o âmbito jurídico, no qual verdade e verossimilhança são influenciadas por fatores valorativos, principiológicos e sociais.

Neste sentido de aplicação da norma ao caso concreto através de um processo silogístico dialético é que se demonstra a necessidade do método entimemático no direito penal. A compreensão conjunta dos métodos desenha os limites valorativos e principiológicos da retórica no âmbito penal, como meio de preservar o silogismo na argumentação jurídica.

Como ensina Brandão (2012), na praxis, a “descoberta” judicial vem antes da justificação que muitas vezes pode revelar a incongruência do que se pretende ou, pela retórica que omite os entimemas validade de uma conclusão, chegar a uma decisão incoerente com o sistema. Aqui, o entimema seria o “silogismo retórico no qual uma das premissas está implícita” (BRANDÃO, C., 2012, p.199). Segundo o autor (2012, p. 203-204):

Na metodologia jurídica a premissa maior é elíptica: a partir do conhecimento do caso (premissa menor), o julgador intui uma conclusão e busca uma premissa maior para fundamentá-la. Se isso é verdadeiro por conta da retórica ser um elemento indispensável para a justificação das decisões, também o próprio senso comum da praxis jurídica confirma essa afirmação.

Dito isto, a tipicidade se perfaz enquanto um limite negativo ao entimema, ou seja, no processo de dedução ou indução argumentativo, não podendo o intérprete se furtar à observância do enunciado legal. Destarte, a conclusão dos argumentos encontrará seu limite no tipo penal, quando representar um prejuízo ao réu, de sorte que é somente pela tipicidade que a conduta terá legítimo reconhecimento através do método penal (BRANDÃO, C., 2012).

Noutro prisma, a ciência penal passa a desenvolver o instituto do bem jurídico como aporte substancial à estruturação do conceito jurídico de crime. Nas lições de Brandão (2018, p. 9): “a visão do bem jurídico em função da norma, que não se confunde com a lei, tal como dizia Binding, é o fundamento da antinormatividade penal, elemento presente na hodierna ciência e atual chave hermenêutica da tipicidade”. Nessa perspectiva:

Foi o desenvolvimento da teoria do crime que deu ao direito penal cientificidade. A epistemologia penal, nesse panorama, nasceu com a teoria do crime, que se revela como o método através do qual uma ação passa a ela pertencer. A doutrina alemã construiu, sobre o tema, uma sucessão de instituições que foi denominada de sistema tripartido. Esse sistema, estruturado na tipicidade, na antijuridicidade e na culpabilidade, somente se institucionalizou no período compreendido entre o final do século XIX e o começo do século XX e ganhou importância ímpar para a epistemologia penal graças ao método neokantista proposto pela escola de Baden, que recompreendeu esses elementos à luz da filosofia dos valores. É o conceito tripartido do crime que dará os cânones para o estabelecimento de um padrão teórico que converterá uma ação em crime. Por esse motivo, ele é em si mesmo um método, possibilitando a construção de uma jurisprudência racional e estabelecendo padrões conceituais que são susceptíveis de extrair cânones para a separação entre o delito e a conduta penalmente não delituosa. (BRANDÃO, C., 2018, p. 18)

Nesse contexto, “o conceito de bem jurídico, por ocasião da criação de sua nomenclatura, será o pressuposto formal da norma, não se dissociando do Estado, por meio de sua atividade legislativa, que o cria.” (BRANDÃO, C., 2018, p. 26)

O tipo tem sua essência no valor que é o bem jurídico a ser penalmente tutelado. Este valor traduz a substância do tipo penal e delimita o espectro de significação que o intérprete terá no enquadramento do caso ao tipo. Neste sentido o tipo penal fica condicionado aos princípios da lesividade e legalidade. (BRANDÃO, C., 2018)

Dito isto, a epistemologia jurídico-penal tem na tipicidade um dos elementos basilares na teoria do delito e sua condição de existência é o tipo penal que só se perfaz através da afirmação do princípio da legalidade em suas dimensões da irretroatividade, da taxatividade, da clareza e da sua previsão expressa no ordenamento.

A afirmação deste princípio basilar de uma ordem jurídica democrática está disposta de forma expressa na seção de direitos fundamentais do indivíduo, sendo do Poder Judiciário a competência, intransponível a outros poderes, de atuar na formulação de normas incriminadoras, enquanto condição necessária de reconhecimento de uma sociedade civilizada que observa as reservas impostas pela Carta Regente.

4 Da legitimidade democrática do direito penal frente ao princípio da legalidade (e seus corolários) como sua condicionante

O princípio da legalidade se condiciona através de realidades pré-existentes que irão demonstrar um referente material suficientemente apto a conferir conteúdo a um bem jurídico. Este curso de reconhecimento de um bem jurídico que mereça tutela penal passa necessariamente pelo processo legislativo como condição de legitimidade daquela norma através da imanência da legalidade e seus corolários.

A criação de normas incriminadoras que dão legitimidade à atuação repressiva do Estado pela polícia e pelo *jus puniendi* sem a observância do princípio da legalidade como eixo central de validade torna a atuação do Estado numa violência arbitrária por deixar de atuar dentro dos limites de um Estado Democrático de direito.

Nas palavras de Mir Puig (1982, p.33)

Un Derecho penal democrático de Derecho debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad, tanto en su vertiente formal sólo pueden establecer delitos y penas, disposiciones dotadas de rango de ley (que ahora debe ser orgánica) anteriores al hecho enjuiciado, como en su realización material "exigencia de determinación" de las proposiciones jurídico-penales.

No mesmo sentido, Muñoz Conde (2001, p.135):

Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de "principio de legalidad", establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el "imperio de la ley", entendida ésta como expresión de la "voluntad general".

E segue com brilhante argumentação (MUÑOZ CONDE, 2001 p. 136):

El principio de intervención legalizada supone, al mismo tiempo, un freno para una política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna. En este sentido, debe decirse una vez más que "el fin no justifica los medios". Una política penal mala, pero llevada a cabo con las garantías jurídicas mínimas, es preferible a una buena política penal realizada sin ningún tipo de control.

Logo, a afirmação do direito penal só pode se dar através do princípio da legalidade, sendo: vedada a imputação de crime a fatos anteriores à sua positivação; vedada a aplicação da analogia *in malam partem*; vedada a aplicação de normas penais que sejam ambíguas, obtusas no seu comando e substância; e, sobretudo, que estejam dispostas em lei, sob pena de esvaziar de sentido a cientificidade do direito penal e, por consequência, a própria segurança jurídica e legitimidade de incriminação e imposição de penas pelo Estado.

5 Análise do caso na ADO nº 26

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 foi expressão legítima de uma demanda socialmente reconhecida a respeito da mora do Congresso Nacional na implementação de prestação legislativa com o fito de positivizar o mandado de proibição incriminador com efeito de resguardar os grupos LGBTQIA+.

No caso, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 5003/2001 para dar fiel cumprimento ao preceito do inciso XLI, art.5º da CF, sendo enviado ao Senado com número 122/2006, mas esta restou inerte em dar seguimento ao curso regular do projeto, evidenciando a omissão do Poder Legislativo e violação da Constituição pela não criminalização da homofobia e transfobia.

Tendo este panorama, o plenário do Tribunal Constitucional reconheceu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão com eficácia geral e vinculante para reconhecer o estado de inconstitucionalidade por omissão e oficiar o Poder Legislativo para suprir sua omissão na análise do projeto 122/2006, nos termos do art. 103, §2º; dando, ademais, para espécie de todo criminalista que tenha um mínimo de formação teórica adequada, **interpretação conforme a**

Constituição em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo.

O parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição foi expresso na decisão do STF e tem redação hialina: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias [...]”. Reconhecida a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, cabe ofício ao Congresso Nacional **para que o mesmo enquanto Poder competente do Estado legisle a respeito da matéria.**

Embora corrente a discussão dos limites aceitáveis de ativismo judicial e de disposições normativas expressas pela limitação do espectro de atuação do Poder Judiciário, a Corte se omitiu na observância de sua própria jurisprudência em respeitar o princípio da reserva legal, tendo o Min. Ricardo Lewandowski asseverado sobre a questão:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. [...] bem traduz a importância do princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal, destaco a reiteração da jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, em decorrência do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Assim, a Corte, amparando-se em escólio doutrinário, asseverou que: “[...] no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (‘lex populi’ e ‘lex praevia’, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida [...]. A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos. (BRASIL, Acórdão. 2019, p. 513-514)

A ideia de Estado, em sua substância, está inarredavelmente atrelada aos princípios e regras que delineiam a Constituição. Um dos seus princípios fundamentais de integridade e afirmação harmônica das funções do Estado está no da separação dos poderes, enquanto modelo político que garante a repartição de competências próprias de cada Poder, garantindo sua

independência contra influxos estranhos ao fiel cumprimento dos seus deveres. Princípio que reflete na impossibilidade do constituinte derivado realizar qualquer emenda à constituição que possa afetar esta estrutura (artigo 60, parágrafo 3º, inciso III, CF: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a separação dos poderes).

6 Análise sob a ótica do método hermenêutico häberleano e do método penal

No curso da ação, a metodologia häberleana ganhou forma com a participação ativa de diversos atores sociais⁵ (na forma do *amicus curiae*), bem como na conformação do juízo hermenêutico dos intérpretes formais, sendo evidenciada a lacuna existente entre a realidade e a Constituição.

Com as devidas reservas teóricas e ressalvas a institutos de efetivação de uma democracia integral que preservem a autonomia do juízo do intérprete competente para interpretar e valorar um caso, uma irrestrita abertura interpretativa axiológica abre margem a uma dinâmica que foge àquela adequada a um sistema autopoietico, pois os argumentos utilizados serão falhos por ausência das premissas necessárias que apontem para a correção da conclusão possível dentro dos limites que um princípio possa permitir.

O fato da Corte Suprema reconhecer a omissão inconstitucional, face aos bens jurídicos que demandam tutela do Estado como condição de afirmação e preservação do princípio de democracia e de dignidade da pessoa humana, não a legitimam a se arrogar de uma competência constitucionalmente prevista de outro Poder, ferindo de morte o princípio da legalidade e seus corolários, bem como a própria estrutura epistemológica da ciência penal para caracterização de um fato enquanto crime. Na decisão do STF, construiu-se uma argumentação omissa tanto no reconhecimento da competência legislativa intransponível do Congresso Nacional - pelo princípio e cláusula pétrea da separação dos poderes nas suas respectivas competências - quanto no reconhecimento do maior peso dos princípios e pressupostos teóricos regentes do ramo do direito afeto à decisão, certo que a violação da sua dimensão de validade traz efeitos concretos com a condenação de uma pessoa com base em tipo penal que não traz em seu bojo elementos suficientes para caracterização da hipótese justificadora de tipificação

⁵ Com participação do *amicus curiae*: GRUPO GAY DA BAHIA - GGB; ABGLT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXOS; GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JURISTAS EVANGÉLICOS - ANAJURE; FRENTE PARLAMENTAR "MISTA" DA FAMÍLIA E APOIO À VIDA; GRUPO DIGNIDADE - PELA CIDADANIA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS; CONVENÇÃO BRASILEIRA DAS IGREJAS EVANGÉLICAS IRMÃOS MENONITAS - COBIM; PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO - PSTU; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSSEXUAIS - ANTRA; DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

do evento, revelando verdadeiro arbítrio do judiciário, com intensificação da cultura do punitivismo e afetação da confiança do cidadão na integridade do sistema.

Como bem observou o Min. Marco Aurélio em seu voto, a questão demonstra incongruência lógica ao se determinar o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia e, *pari passu*, reconhecer o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico constitucional” de racismo, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989. Logo, dada a amplitude semântica do contexto, não cabe a via (judicial) eleita para dar cumprimento à pretensão de criminalização com ampliação do espectro de incidência da norma, sendo o Congresso Nacional o espaço adequado para tanto (Cf. Acórdão p. 555-556).

Observe-se que os princípios violados são condição de existência e, assim, de legitimidade mesma da manifestação de poder pelos Órgãos do Estado Democrático, colocando em contradição o próprio argumento de concretização de uma democracia constitucional por esta mesma decisão afetar a sua incolumidade.

É necessário respeito à Constituição, mas isso não implica que os seus preceitos devam sobrepujar a metodologia do direito penal que persegue fins próprios e especiais no seu condicionamento, em função da institucionalização da violência do Estado contra a esfera de direitos fundamentais do indivíduo.

Para mais, não é possível a violência do Estado através do direito penal como instrumento de afirmação democrática. Isso é uma contradição face ao que o direito penal representa, sobretudo, na realidade brasileira em que o encarcerado é anulado na sua existência, nos seus direitos mais mezinhos, à dignidade humana, ao próprio futuro que lhe aguarda, dado o estigma que carregará. A anulação do ser humano não é caminho de reeducação, conscientização, mudança de paradigma cultural. É notório que o sistema penal, ao contrário do que o discurso de prevenção geral e especial possa trazer, marginaliza ainda mais. Portanto, não sendo meio adequado para garantia de segurança a populações vulneráveis e sensibilizar pela educação aqueles que tenham preconceito, mas, sim, de perpetrar imolação, muitas vezes, recrudescendo e escalando qualquer aversão que possa existir.

O ativismo judicial punitivista no último e fundamental estrato de jurisdição (qual seja a constitucional) cria um fenômeno de progressão da atuação violenta do Estado na esfera privada. Nas palavras de Baratta (1989. pp.60-61):

O uso inflacionário das definições de desviação e criminalidade não é compatível com a realização de um ideal de uma sociedade de indivíduos livres e iguais [...]. O princípio cardinal de uma política criminal alternativa não é a criminalização

alternativa, mas a sua descriminalização, a mais drástica redução possível do sistema penal⁶.

Percebe-se movimentos da doutrina, em outros ramos do direito - constitucionalistas, como o advogado PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI e civilistas, como é o caso de MARIA BERENICE DIAS, citados nos fundamentos do Acórdão da ADO nº26 (pp. 47; 106; 117; 323, *passim*) que trazem argumentos adequados e suficientes a demonstrar a necessidade de uma atuação mais incisiva do Estado em políticas que garantam inclusão e proteção desses grupos vulneráveis, de sorte que se fez reconhecer a omissão do Poder Legislativo no seu munus de agir em favor da comunidade LGBTQIA+. Contudo, trazem argumentos estranhos à ciência penal para justificação da decisão do STF em ampliar o espectro semântico e normativo da tipologia da lei 7.716/1989 que trata expressamente de crimes de preconceito de raça e de cor. VECCHIATTI trouxe argumentos que buscavam ampliar um conceito de ordem fenotípica e biológica para alcançar retoricamente noções foucaultianas de construção histórico-cultural motivada com um fim de controle, dominação e subjugação, aproximando a ideia de grupo vulnerável ao conceito de raça. Construção que foi absorvida pelo Ministro Relator (Cf. p. 06 do Acórdão de 13 de junho de 2019) e aceita pelos votos que o acompanharam.

Nas palavras o insigne advogado (2019):

Se racismo é conceito político-social, também é o de raça, enquanto dispositivo político-social de poder, que visa garantir privilégios a um grupo dominante em detrimento de um desumanizado e inferiorizado grupo dominado, afirmado como “degenerado” e, assim, discriminado de maneira estrutural, sistemática, institucional e histórica, para o fim de estigmatizar, desqualificar moralmente, expulsar do convívio familiar ou até internar em hospitais psiquiátricos as minorias sexuais e de gênero (população LGBTI+), em prol de opressoras ideologias normalizadoras, mediante alterocídio discriminatório. Logo, o heterossexismo e do cissexismo são ideologias racistas ao pregarem a heteronormatividade e a cisheteronormatividade, ou seja, a heterossexualidade e a cisgêneridade compulsórias, punindo simbólica, moral e/ou fisicamente quem “ousa” viver a vida de outra forma.

Data máxima vênia, usar o conceito de raça numa esfera axiológica de ordem político-social é descaracterizar o uso da linguagem pela relativização dos seus significantes e manipulação retórica como melhor aprazer aquele que pretende modulá-la. Embora os reflexos do preconceito sobre um grupo vulnerável possam ser coincidentes nos seus efeitos, não é correto afirmarmos que elas partem de um mesmo fundamento. Não nos parece razoável afirmar que um ser humano é da raça gay, lésbica, bissexual, etc.

⁶ El uso inflacionario de las definiciones de desviación y de criminalidad no es compatible con la realización del ideal de una sociedad de individuos libres e iguales, bajo cuya bandera el proletariado había ido a tomar el Palacio de Invierno. El principio cardinal de una política criminal alternativa no es la criminalización alternativa, sino la descriminalización, la más drástica reducción posible del sistema penal.

Na mesma linha de raciocínio, Abbagnano (1993, pp.977/978) leciona:

O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados ‘raças’ sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça ‘ariana’ ou ‘nórdica’.

Através deste artifício retórico, buscou-se superar a crítica de que o STF estaria legislando ou fazendo analogia em malam partem⁷, contudo, este argumento não parece ter congruência com a integralidade da decisão que atendeu ao ditame do artigo 103, par.2º da CF, pois, do contrário, a atuação do Poder Legislativo seria despicienda, se o bojo do enunciado incriminador está perfeito nos seus elementos.

Reconhece-se a necessidade de uma maior atenção pela tutela de direitos deste grupo de pessoas que são efetivamente vulnerabilizadas, mas o uso da linguagem para justificar a afetação de um princípio fundamental à ordem jurídico penal é grave violência à própria ordem jurídico constitucional em seus princípios garantistas.

As leituras jurídico-funcionais da teoria hermenêutica constitucional incidentes no direito penal buscam dar uma aproximação desta à realidade sendo, em alguma medida, adequadas ao reconhecimento de fenômenos que demandam tutela penal - caso das condutas permeadas de preconceito em função de sexualidade/gênero, que demandam uma tutela do Estado em defesa desses grupos com políticas que efetivamente quebrem tabus e paradigmas culturais homofóbicos, cerceando a violência decorrentes do preconceito com educação e sensibilização. Não obstante, num sistema democrático, não se pode instrumentalizar o direito penal como meio de concretizar influxos políticos estranhos à ciência penal. Destarte, o valor do direito penal democrático atende aos princípios de separação dos poderes, legalidade (i.e.: nos seus corolários *nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*), como

⁷ A homotransfobia foi considerada espécie de racismo e enquadrada nos crimes raciais (“por raça”, por exemplo, artigo 20 da Lei 7.716/89): não por “analogia”, pois “criminalizar por analogia” demandaria dizer que a homotransfobia seria “tão grave quanto” o racismo, a merecer mesma punição, mas não foi isso que o STF reconheceu. Fez-se interpretação literal do termo legal raça e do termo constitucional racismo, ainda que evolutiva, caso se entenda que a compreensão biológica teria sido a “original”.

condição inafastável de limitação do poder punitivo, da legitimidade de atuação do Estado e consequente confiança do corpo de cidadãos integrantes dessa realidade.

O problema resta manifesto na medida em que se cria um entendimento equivocado acerca do direito penal. Parece haver um equívoco dos intérpretes ao fixar bens jurídicos que merecem tutela penal, **independentemente do direito penal positivo**, de sorte que o curso de análise e reconhecimento de valores negativos à dinâmica social instrumentaliza o sistema de justiça criminal, refletindo numa reificação desse sistema e da negatividade social (BARATTA, A., 1989).

Conclusão

A legitimidade de jurisdição está condicionada por uma série de fatores de ordem formal e material – partindo, como pressuposto basilar, a atribuição de competência constitucional, passando pela adequação formal do caso concreto ao arcabouço normativo pertinente à matéria à correção material da conclusão a que chegará o intérprete, ou seja, refletindo uma aproximação da Constituição formal à realidade.

Depreende-se que a aproximação da Constituição às demandas sociais prementes é condição de afirmação democrática desta jurisdição. Todavia, não é possível deixar de observar as limitações instituídas pelo ordenamento jurídico com seus princípios e regras. Sendo certo, como bem acentuou Kelsen, que a democracia não representa a vontade da maioria, mas, sim, o trabalho vigilante e permanente dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário, no sentido de garantir uma convivência harmônica e igualitária entre todos os concidadãos.

Neste sentido, muito embora seja um caminho teórico que tem ganhado cada vez mais adeptos, a abertura hermenêutica para uma sociedade aberta de intérpretes que representa lídima expressão dessa vontade de afirmação democrática constitucional, é necessário que o processo dialético de construção de fundamentos legitimadores de uma decisão não se furte a observar as premissas presentes no processo argumentativo de construção desses fundamentos, sob pena de fragilizar toda a estrutura epistemológica não só do direito penal, como também do direito constitucional.

Assim, a metodologia do direito penal, fundada numa premissa axiológica de reconhecimento de bem jurídico com dignidade penal, depende fundamentalmente da expressão imanente do princípio da legalidade em seus corolários como condição de validade da norma, a partir da sua positivação em enunciado hipotético que preveja de forma clara, sem analogias, o espectro de alcance que ela poderá ter.

A ADO nº 26 trouxe fundamentos de ordem político-social e consubstanciou-se pela hermenêutica dos valores, reconhecendo a omissão do Estado no seu múnus legiferante. Essa construção argumentativa, contudo, deixou de observar um predicado no entimema de primeira ordem que seria o fato de ser necessária a positivação pelo Poder Legislativo de norma incriminadora de qualquer bem jurídico valorativamente reconhecido com dignidade penal; deixando-se de observar o elemento Poder Legislativo, para atender ao entimema de segunda ordem que seria o fato dos grupos LGBTQIA+ sofrerem atos de violência contra a sua integridade física, psicológica e social reconhecidamente com dignidade penal; logo, depreendendo-se equivocadamente que o Poder Judiciário, em sede de controle constitucional, deveria cumprir o seu papel atuando no interesse desses grupos, positivando norma penal incriminadora específica.

A conclusão da decisão soa teratológica e revela o equívoco de ordem lógica, na medida em que, ao tempo que reconhece a omissão inconstitucional do Senado pela mora em reconhecer da matéria e determinar que se oficie o Congresso para cumprimento do seu papel, também se amplia o espectro das normas incriminadoras da lei 7.716/1989, ultrapassando o limite da competência da jurisdição constitucional, sob o argumento de estar a homofobia e transfobia enquadradas no escopo semântico do racismo. Ora, se homofobia e transfobia está no escopo semântico de racismo, não haveria que discutir quebra da legalidade por analogia in malam partem, mas tampouco seria necessário oficiar o Poder Legislativo para cumprir com o seu múnus, evidenciando o malabarismo retórico com pretensão validadora desta conclusão teratológica.

Decisões como esta abrem margem para cada vez maior fragilização do sistema penal e sua ciência, sob pretexto de afirmação democrática, quando, em verdade, é uma quebra de princípio de Estado democrático de direito.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofia**. trad. Galletti. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

ALEXY, Robert. **Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

BARATTA, A. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. XII. Cursos e Congresos nº 57 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, p. 14-68, 1989.

BARATTA, A. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: un discusión en la perspectiva de la criminología crítica in **Pena y Estado**. BUSTOS RAMÍREZ, J. (Org.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (Algumas observações sobre o brasil). **Estudos Avançados** 18 (51), 2004.

BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae**, Vol. 3, Nº4, p. 7-45, Jan.-Jun. 2018.

BRANDÃO, Claudio. **Tipicidade Penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRASIL. STF. **ADO nº 26**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em 29 de agosto de 2022.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 7.716 de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm Acesso em 29 de agosto de 2022.

BRITO, Alexis Couto de. Argumentação jurídica e tipicidade. Do entimema na teoria da imputação penal. **Delictae**, Vol.5, Nº 8, Jan-Jun. 2020.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. (Trad. Gilmar Mendes) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens. **Archiv Des Öffentlichen Rechts**, vol. 102, no. 1, 1977, pp. 27–68. *JSTOR*, Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/44305751> Acesso em 29 de agosto de 2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. (Trad. Gilmar Mendes) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HEGENBERG, L. **Lógica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

KELSEN, Hans. La Garantie Juridictionnelle de la constitution (La Justice Constitutionnelle), en **Revue du Droit Public et Science Politique**, Trad. Charles Einsenmann, 1928, pp 198-257, t. XLV.

MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho**. 2ªed. Barcelona: Casa Editorial S.A. 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2001.

VECCHIATTI, Paulo Roberto I. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. **Consultor Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo> Acesso em 29 de agosto de 2022.