

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

Carlos Alberto Matos Brito

PODER NORMATIVO JUDICIAL PENAL: análise dos limites do poder normativo jurídico nos casos de omissão e déficit do poder punitivo estatal em defesa dos grupos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro

Belo Horizonte
2025

Carlos Alberto Matos Brito

PODER NORMATIVO JUDICIAL PENAL: análise dos limites do poder normativo jurídico nos casos de omissão e déficit do poder punitivo estatal em defesa dos grupos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador(a): Dr^a. Klélia Canabrava Aleixo.

Área de Concentração: Intervenção Penal e Garantismo.

Belo Horizonte
2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B862p	Brito, Carlos Alberto Matos Poder normativo judicial penal: análise dos limites do poder normativo jurídico nos casos de omissão e déficit do poder punitivo estatal em defesa dos grupos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro / Carlos Alberto Matos Brito. Belo Horizonte, 2025. 171 f.
	Orientadora: Klélia Canabrava Aleixo
	Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito
	1. Minorias. 2. Direito penal. 3. Direitos fundamentais. 4. Bem jurídico. 5. Princípio da proporcionalidade. 6. Criminalização. 7. Garantismo penal. I. Aleixo, Klélia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	SIB PUC MINAS
	CDU: 343.2

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Carlos Alberto Matos Brito

PODER NORMATIVO JUDICIAL PENAL: análise dos limites do poder normativo jurídico nos casos de omissão e déficit do poder punitivo estatal em defesa dos grupos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Intervenção Penal e Garantismo.

Prof^a. Dr^a. Klélia Canabrava Aleixo (Orientadora)

Prof. Dr. Pablo Alves de Oliveira (Banca Examinadora)

Prof^a. Dr^a. Poliana Renata Cardoso (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 11 de julho de 2025.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Brito e Telma, primeiros propulsores da busca pelo conhecimento como ferramenta de grandeza pessoal e ascensão profissional.

Aos meus irmãos, estimuladores do estudo como elemento de transformação do ser em si e da sociedade que o cerca.

À minha esposa, Mayara, e aos meus filhos, Renato, Maria Luiza e Alice, incentivadores do contínuo aperfeiçoamento técnico e jurídico.

Um livro que expressa uma concepção da realidade e a demonstra com fundamentos racionais não é apenas uma produção intelectual, que poderia se perder nas prateleiras inalcançáveis de uma biblioteca, mas sim um instrumento valioso para orientar nossa própria conduta (Tavares, 2020, p. 15).

A jurisdição é sempre um poder-saber: quanto maior é o saber, menor é o poder e maior é a sua legitimidade; e vice-versa (Ferrajoli, 2022b, p. 229).

RESUMO

Esta dissertação tem a finalidade de discorrer sobre os meios de identificação e de promoção dos direitos das “minorias”, dos “grupos vulneráveis” e dos “silenciados”, analisando as normas jurídicas internacionais e nacionais sobre o tema, explicitando a compreensão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e da Doutrina. A promoção dos direitos fundamentais por meio do Direito Penal é aqui tratada como ferramenta jurídica de proteção dos bens jurídicos-penais das minorias, estabelecendo os métodos jurídicos delimitativos de sua escolha. Compreenderemos a aplicação do princípio da proporcionalidade quando estivermos diante de excesso do poder punitivo, aplicando a vertente da “proibição do excesso”, ou em casos de omissão ou participação normativa deficiente, afrontando a faceta da “proibição da proteção deficiente”. Faremos a análise dos modelos teóricos de resolução de conflitos entre normas jurídicas válidas pela teoria principialista de Robert Alexy (2024), em confronto com a teoria garantista capitaneada por Luigi Ferrajoli (2002, 2022a, 2022b, 2022c). Analisaremos os mandados de criminalização explícitos e implícitos das normas constitucionais da Carta Magna Brasileira de 1988. Ao final, responderemos se, diante da omissão do Poder Legislativo em criminalizar condutas discriminatórias praticadas em desfavor das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”, pode o Poder Judiciário, com base no poder normativo jurídico em um sistema de controle de constitucionalidade, por meio de seu julgamento em uma Corte Constitucional, propor a aplicação de lei vigente, ainda que de forma temporária, à conduta que considera criminosa diante da mora legislativa.

Palavras-chave: Minorias; Princípio da Proporcionalidade; Mandados de Criminalização; Poder Normativo Judicial; Direito Penal.

ABSTRACT

This dissertation aims to discuss the means of identifying and promoting the rights of “minorities”, “vulnerable groups” and the “silenced” analyzing international and national legal norms on the subject, while elucidating the understanding of the Justices of the Supreme Federal Court and legal doctrine. The promotion of fundamental rights through Criminal Law is addressed here as a legal tool for protecting the legal-penal interests of “minorities”, establishing the delimiting legal methods for their selection. We will examine the application of the proportionality principle when faced with an excess of punitive power, applying the “prohibition of excess” aspect, or in cases of omission or deficient normative participation, thereby violating the “prohibition of insufficient protection” facet. We will analyze theoretical models for resolving conflicts between valid legal norms using Robert Alexy’s (2024) principlist theory, in contrast to the garantist theory championed by Luigi Ferrajoli (2002, 2022a, 2022b, 2022c). Furthermore, we will assess the explicit and implicit criminalization mandates within the constitutional norms of the 1988 Brazilian Magna Carta. Finally, we will determine whether, in the face of legislative omission in criminalizing discriminatory conduct against “minorities” and “vulnerable groups”, the Judiciary—based on its normative legal power within a system of constitutional review and through adjudication in a Constitutional Court—can propose the application of existing law, even if temporarily, to conduct it deems criminal due to legislative delay.

Keywords: Minorities; Proportionality Principle; Criminalization Mandates; Judicial Normative Power; Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 MINORIAS, SILENCIADOS E VULNERÁVEIS.....	15
2.1 Conceito e Definição.....	15
2.1.1 Regulação Jurídica Internacional.....	15
2.1.2 Regulação Jurídica Constitucional.....	22
2.1.3 Supremo Tribunal Federal.....	25
2.1.4 Doutrina.....	32
2.2 Minorias e Grupos Sociais Vulneráveis.....	39
3 DIREITO PENAL E VULNERÁVEIS.....	42
3.1 Direito Penal como Instrumento Segregador.....	46
3.1.1 Seletividade Penal dos Vulneráveis.....	49
3.2 Direito Penal como Instrumento de Proteção.....	52
4 BEM JURÍDICO PENAL E VULNERÁVEIS.....	60
4.1 Crise da Teoria do Bem Jurídico-Penal e a Proteção dos Vulneráveis.....	70
5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL COMO VEDAÇÃO (PROIBIÇÃO) DA PROTEÇÃO DEFICIENTE (INSUFICIENTE).....	79
5.1 Direitos e Garantias Fundamentais dos Vulneráveis.....	89
5.2 Fundamentos do Princípio da Vedação (Proibição) da Proteção Deficiente (Insuficiente) Penal dos Vulneráveis.....	93
5.3 Sanção Penal como Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais.....	106
6 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	113
6.1 Mandados Implícitos e Expressos de Criminalização na Constituição Federal de 1988	120
6.2 Mandados de Criminalização e a Proteção Penal dos Direitos Fundamentais dos Vulneráveis.....	125
7 O PODER CRIATIVO (NORMATIVO) JUDICIAL.....	130
7.1 As Cortes Supremas.....	130

7.2 O Supremo Tribunal Federal: Judicialização e Ativismo Judicial.....	133
7.3 A Criação e o Controle Judicial dos Deveres Implícitos e Expressos de Criminalização Penal.....	142
7.4 Criação Judicial <i>in malam partem</i> em Direito Penal.....	146
7.4.1 Aplicação da Dogmática Penal a Criação Judicial.....	153
8 CONCLUSÃO.....	158
REFERÊNCIAS.....	160

1 INTRODUÇÃO

Um mundo multicultural e diversificado, composto por diferentes classes sociais, impulsiona uma crescente demanda pela defesa da democracia e pelo reconhecimento de uma sociedade plural e dinâmica. Surge, diante desse contexto, a importância do estudo das “minorias”, dos “grupos vulneráveis” e dos “silenciados”. O debate foca-se na identificação dessa parcela da sociedade enquanto um grupo de pessoas com maior suscetibilidade à violação de seus direitos, derivada de uma condição de vulnerabilidade social, culminando na necessidade de uma proteção específica (Barreto; Costa, 2015, p. 58; Jubilut, 2005, p. 13).

A promoção e a proteção das “minorias”, dos “grupos vulneráveis” e dos “silenciados”, com o advento de um Estado Social e Democrático de Direito, passam a ser obrigação estatal. Pode ser realizada pelo Estado por meio de discriminação positiva, com a implementação de políticas públicas que materializem o exercício de seus direitos, ou por intermédio de repressão normativa de condutas vulneradoras de bens jurídicos. A limitação do poder estatal em um Estado Democrático, ao mesmo tempo que regula e protege os direitos da parcela majoritária da sociedade, deve observar também as questões atinentes às “minorias” em todas as suas vertentes, dentre elas a participação social e a proteção tutelar (Jubilut, 2005, p. 13; Vasconcelos, 2019, p. 5).

Com o decorrer do tempo, inicia-se um processo de promoção e proteção dos “grupos minoritários” através de normativas do Direito Penal. Condutas violadoras dos direitos dessa parcela vulnerável da sociedade passam a ser tipificadas como infrações penais, conferindo maior eficácia aos mandamentos constitucionais de criminalização, surgindo um “Direito Penal dos Vulneráveis”. Tal “Direito Penal dos Vulneráveis” é compreendido como um conjunto normativo que se socorre do Direito Penal como forma de reconhecimento de seus direitos e da superação de sua condição de vulnerabilidade. Dever protetivo esse, derivado da promoção da igualdade de fato e de direito, sendo considerado por seus defensores como “instrumento para afirmação e não violação de direitos” (Barreto; Costa, 2015, p. 58-72; Vasconcelos, 2019, p. 5).

Poucos são os trabalhos acadêmicos e científicos do Direito Penal que analisam os “grupos minoritários” enquanto destinatários de proteção e promoção de direitos de uma forma global, com o recurso de normas penais favoráveis a essas classes sociais estigmatizadas e vulnerabilizadas. A discussão sobre o tema, em geral, resume-se a um grupo específico, como, por exemplo, os crimes contra as mulheres, crimes de racismo, dentre outros delitos em desfavor dos grupos vulneráveis. É imprescindível o estudo conjunto e

multidisciplinar, de forma a expandir a compreensão de como o poder punitivo estatal promove a tutela penal dos bens jurídicos em favor dos grupos minoritários. Contribuindo, assim, para que os operadores do direito possam melhor compreender o tema “Direito Penal dos Vulneráveis”, tornando-se difusores desse conhecimento e capacitados a utilizar as ferramentas jurídicas ao entender como operam o sistema jurisdicional internacional e nacional e a defesa dos direitos fundamentais dos “grupos minoritários” (Matanzaz, 2023, p. 17-18 e 25; Souza, 2019, p. 31).

O exacerbamento da punição, fundamentado em um mero “simbolismo penal”, advém da falsa percepção de que o problema está sendo devidamente enfrentado. Porém, a realidade que aparenta ter sido modificada com a mera vigência de uma norma jurídica incriminadora mantém-se inalterada. A luta pela promoção e proteção da igualdade de direitos impõe aos operadores jurídicos o estudo aprofundado e de forma holística sobre a criação e a fundamentação da criminalização de condutas discriminatórias, fortalecendo a defesa dos direitos fundamentais das “minorias”. A efetividade social dos direitos necessita de um suporte conceitual consolidado, da construção de uma estrutura jurídica mínima e de uma racionalidade na atuação repressiva estatal (Silva; Souza, 2023, p. 183; Tavares, 2020a, p. 13-15).

Os mandados de criminalização constitucionais são considerados preceitos de proteção de direitos fundamentais, necessitando que haja o estudo de sua eficácia, de seus limites, dos deveres conferidos ao legislador ordinário e dos mecanismos de saneamento das omissões legislativas. Sendo uma faceta de proteção dos direitos das “minorias”, conferem um papel relevante ao direito penal sancionador diante de condutas discriminatórias. A supremacia constitucional exige de todos os hermenutas o estudo das normas constitucionais e infraconstitucionais, inclusive as de índole penal, à luz dos princípios e das regras da Constituição, pois a atividade punitiva do Estado e a cominação de sanções penais pelo legislador são imposições derivadas de “mandados de criminalização” destinados à repressão das condutas criminógenas, que atentam contra o usufruto de direitos fundamentais das “minorias”, dos “grupos vulneráveis” e dos “silenciados” (Gonçalves, 2007, p. 15, 19 e 22-23; Tavares, 2020a, p. 15).

Diante da omissão e, por conseguinte, da obrigação do legislador quanto à sua função de criar normas impostas pelos mandados de criminalização constitucionais, foi elaborada uma sólida fundamentação jurídica, jurisprudencial e doutrinária. Contudo, quanto ao papel do Poder Judiciário frente a esses mandados, surge a lacuna estudada por esta dissertação. O Poder Judiciário, com fundamento no princípio da proporcionalidade em sua vertente da

proibição de proteção deficiente (insuficiente), justifica sua intervenção na promoção e proteção dos direitos dos “grupos minoritários” quando omissos os demais poderes estatais. A defesa dos direitos fundamentais, dentre eles os dos grupos excluídos e estigmatizados, exige a intervenção de forma excepcional do Poder Judiciário, que age, por vezes, como “legislador positivo” na esfera penal. Desponta, então, a indagação de quais seriam os limites de sua atuação e se sua intervenção não resultaria em afronta aos princípios constitucionais, dentre eles o princípio da reserva legal e o da separação dos poderes, pelo argumento de que “a Corte não pode legislar positivamente para ampliar o poder punitivo penal”. Questiona-se ainda se o Supremo Tribunal Federal possuiria legitimidade constitucional para legislar de forma positiva em matéria penal, quando o resultado de sua intervenção for agravar penalmente a infração penal, mesmo diante de condutas discriminatórias ou desarrazoadas contra as “minorias”, os “grupos vulneráveis” e os “silenciados” (Almeida, 2023, p. 10; Neto, 2023, p. 57).

O estudo das decisões construtivas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle abstrato de constitucionalidade das normas diante da latente omissão ou da parcial inconstitucionalidade da ação do legislador, tem importância quanto ao modo de integração normativa visando à proteção de bens jurídicos fundamentais, dentre eles os direitos das “minorias”. O comando do princípio da proibição de proteção deficiente (insuficiente), como fundamento para a construção de decisões construtivas aditivas e/ou substitutivas, foi consolidado em nosso ordenamento jurídico, mas persiste a indagação quanto aos limites e às possibilidades do Supremo Tribunal Federal, diante do sistema normativo nacional, de exercer um papel de “legislador positivo” em matéria de Direito Penal, principalmente quando suas decisões resultarem em analogia *in malam partem* em matéria penal (Almeida, 2023, p. 10-15).

Estudaremos as principais normas jurídicas de proteção internacional, assim como as normas constitucionais da República Federativa do Brasil, que conferem o reconhecimento, a promoção e a proteção de direitos à parcela da sociedade estigmatizada e excluída. Estenderemos a análise aos julgados dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e aos estudos da doutrina sobre o tema, investigando como são conceituados, identificados e utilizados os termos “minorias”, “grupos vulneráveis” e “silenciados”. Objetivamos uma sistematização do debate sobre o estudo das normas e das fundamentações dos acórdãos destinados a tutelar a camada estigmatizada da população, sem a pretensão de revisitar e catalogar de forma completa a literatura doutrinária e todas as normativas jurídicas, porque o

tema, como veremos, é matéria interdisciplinar e compreende diversas áreas do conhecimento complementares ao estudo jurídico.

Em seguida, analisaremos como a promoção e a proteção de direitos fundamentais são garantidas por meio de normas jurídicas penais em favor da defesa dos grupos discriminados e excluídos, abordando os aspectos jurídicos abstratos e concretos da tutela penal das “minorias”. Será analisado o modo como a função de proteção do bem jurídico-penal é identificada e aplicada em nosso sistema jurídico. Analisaremos de que forma a Criminologia Crítica observa a escolha dos bens jurídicos e especificará quem de fato são os destinatários das normas jurídicas penais.

Estudaremos o princípio da proporcionalidade em sua vertente “proibição da proteção deficiente”, diante da omissão ou da intervenção normativa penal ineficiente, derivada de um “dever de proteção” que incumbe ao poder punitivo estatal. Analisaremos a teoria principialista de Robert Alexy (2024) e a confrontaremos com a teoria garantista de Luigi Ferrajoli (2002, 2022a, 2022b, 2022c) como soluções doutrinárias resolutivas de conflitos entre normas jurídicas válidas. Examinaremos ainda os mandamentos constitucionais de criminalização do ordenamento jurídico brasileiro. Ressaltamos que o objeto de estudo não abrange os mandados de criminalização positivados em tratados e convenções internacionais, embora não olvidemos sua importância, mas, por exigência de delimitação e justificação da presente pesquisa, optamos pelo estudo dos mandados de criminalização explícitos e implícitos previstos no texto constitucional da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, argumentaremos se, diante da omissão do Estado Legislador — que tem a competência e a legitimidade de reprimir as infrações criminais por meio de procedimento legislativo, dentre elas incriminar condutas e cominar sanções às lesões aos bens jurídicos penais dos “grupos minoritários” —, e se, diante da inércia do Poder Legislativo, pode o Poder Judiciário, com base no princípio da proporcionalidade em sua vertente “proibição de proteção deficiente (insuficiente)”, produzir sentença aditiva *in malam partem*, a exemplo da criminalização da homofobia e da transfobia, quando vilipendiados os direitos fundamentais dos excluídos e dos estigmatizados pela sociedade. E se esta sentença aditiva atenta contra os axiomas regentes da teoria do garantismo penal.

Usaremos o julgamento da ADO 25/DF, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, como decisão de referência para sustentar ou não as premissas desta dissertação, identificando o conteúdo das teses favoráveis e desfavoráveis à criminalização, e, ao final, teceremos considerações sobre a constitucionalidade dos argumentos dos Ministros da Egrégia Corte.

Este trabalho será realizado por meio do método hipotético-dedutivo, consubstanciado pelo estudo qualitativo de bibliografias, doutrinas e legislações (internacional e nacional) que abordam o tema.

2 MINORIAS, SILENCIADOS E VULNERÁVEIS

2.1 Conceito e Definição

2.1.1 Regulação Jurídica Internacional

Estudar as principais normas jurídicas internacionais, que de forma direta e indireta tutelam os direitos das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”, tem a finalidade de compreender sua extensão conceitual e identificar como a normativa internacional regulamenta a temática da vulnerabilidade e resguarda os direitos dos grupos excluídos. Importa substancialmente para a definição do reconhecimento do objeto protetivo e das formas de garantia de acesso aos direitos regidos pelo Direito Internacional.

Foi identificada, no decorrer dos tempos, uma crescente e progressiva normatização em defesa dessa classe estigmatizada, não passando despercebida pela análise doutrinária, que, ao verificar o conteúdo dos regramentos externos, diagnosticou insuficiências normativas. Críticas foram propostas como meio de identificar lacunas existentes, visando aprimorar os estatutos internacionais.

Há um crescente reconhecimento internacional do denominado “direito das minorias”. Estados aderem a regramentos que os determinam a tutelar os direitos humanos das “minorias”, dos “vulneráveis” e dos “silenciados”, por ser latente a demanda desses grupos por obrigações e garantias ratificadas nos tratados e convenções internacionais. A internacionalização dessas normas contribuiu para sacramentar o papel do Direito em proibir e refutar toda e qualquer forma de discriminação contra esses grupos, tradicionalmente segregados e oprimidos. É necessário estudarmos os principais instrumentos de proteção internacional e que dão sustentáculo aos “direitos das minorias” (Gonçalves, 2009, p. 218-219).

No começo do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial — esta marcada por variadas violações, dentre elas o genocídio de inúmeros “grupos minoritários” —, primou-se por um sistema de proteção internacional mais eficaz, tornando os direitos humanos objeto de tutela internacional. O meio encontrado foi dar notoriedade ao ser humano como indivíduo, através de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificando em seu bojo os direitos individuais (Oliva; Künzli, 2018, p. 704-707).

Consoante a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

I. *Todas as pessoas nascem livres e iguais* em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (Fundo das Nações Unidas para a Infância, 1948, art. I-II, grifos nossos).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) expressa que os direitos nela elencados deverão ser reconhecidos como valores universais, normatizando que “todas as pessoas nascem livres e iguais”, assegurando a todo ser humano o usufruto dos direitos descritos, e proibindo discriminações decorrentes de raça, cor, sexo, língua e religião. Porém, a norma é omissa quanto ao termo “minorias” e à sua específica proteção (Barreto; Costa, 2015, p. 14; Souza, 2019, p. 14).

Predominou o pensamento à época de que os direitos dos “grupos minoritários” já estariam tutelados e incluídos pelo reconhecimento dos direitos humanos em sua forma universal. Verificou-se, porém, durante o contexto bipolarizado da Guerra Fria, que a simples proclamação de que todas as pessoas são livres e iguais em direitos não foi motriz para modificação da realidade subjacente, sendo considerada a Declaração Universal dos Direitos Humanos um insuficiente meio de proteção das “minorias” e dos “grupos vulneráveis” (Barreto; Costa, 2015, p. 63; Bastelli, 2014, p. 20; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 15; Souza, 2019, p. 15).

A preocupação com a real efetivação dos direitos humanos e a implementação de uma verdadeira igualdade de direitos e de oportunidades, juntamente com a consciência da precisão de uma conceituação universal de “minorias”, para que fosse aplicada a todos os Estados, levou à criação de uma Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas (1950). Visando determinar com mais riqueza normativa o objeto de proteção pelo Direito Internacional dos “direitos das minorias”, a Subcomissão sugeriu a seguinte delimitação (Barreto; Costa, 2015, p. 62; Bastelli, 2014, p. 134; Oliva; Künzli, 2018, p. 709).

I - o termo minoria inclui, dentro do conjunto da população, apenas aqueles grupos não dominantes, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, marcadamente distintas daquelas do resto da população;

II - tais minorias devem propriamente incluir um número de pessoas suficiente em si mesmo para preservar tais tradições e características e;

III - tais minorias devem ser leais ao Estado dos quais sejam nacionais (Bastelli, 2014, p. 21).

O conceito elaborado pela Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas (1950) declara que o reconhecimento de “minorias” deve estar atrelado à lealdade ao Estado em que se encontra, afastando a possibilidade de secessão, revelando ser, em seu conteúdo, uma normativa meramente política. Diante da rejeição dessa definição, foi recomendado que as “minorias” fossem tuteladas em um documento internacional de direitos humanos (Bastelli, 2014, p. 21; Oliva; Künzli, 2018, p. 709).

Retomando a discussão sobre o tema, foi elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em que, pela primeira vez, um texto normativo internacional aborda de forma específica o termo “minorias”. Tendo como parâmetro a redação elaborada pela Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas (1950), o Pacto Internacional não define o conceito de “minorias”, porém confere direitos aos “grupos minoritários” (Bastelli, 2014, p. 21; Souza, 2019, p. 15).

Consoante o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, não se negará às pessoas pertencentes às referidas minorias o direito que lhes corresponde, em conjunto com os demais membros do seu grupo, a possuir sua própria vida cultural, a praticar a sua própria religião e a empregar o seu próprio idioma (Organização dos Estados Americanos, 1966, art. 27).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos especifica a existência de minorias étnicas, religiosas e linguísticas, sendo considerado um instrumento internacional de reconhecimento das “minorias”. A proteção internacional obriga os Estados aderentes a protegerem as pessoas pertencentes aos “grupos minoritários”, independentemente de serem ou não cidadãos do Estado em que se encontram. Não pode haver seletividade por parte do Estado em obrigar-se somente perante os seus cidadãos, ou seja, não há necessidade de ser a “minorias” nacional do Estado — basta sua existência dentro do território nacional para que se imponha a proteção estatal (Maia, 2001, p. 20-21; Oliva; Künzli, 2018, p. 708; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 15).

O artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Organização dos Estados Americanos, 1966), embora constitua fundamento de proteção internacional às “minorias”, além de não se ater à sua conceituação, mostrou-se insuficiente normativamente, pois omite outras espécies de grupos excluídos, já que nem todos estariam abrangidos pelo manto da proteção internacional. Dessa forma, surgiu a necessidade de uma normativa

inclusiva de todos os tipos de “minorias” (Maia, 2001, p. 21; Matanzaz, 2023, p. 20; Silveira; Freitas, 2017, p. 96).

As dificuldades de definição normativa internacional que possibilitassem caracterizar as “minorias” levaram doutrinadores a tentar sua elaboração. Dentre eles, o italiano Francesco Capotorti, a quem a Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias (1950) solicitou um estudo. Capotorti (1979), ao propor a limitação do conceito de modo objetivo e científico — no que foi denominado definição clássica ou tradicional de “minorias” —, realizou uma interpretação tendo como referência a normativa do art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Organização dos Estados Americanos, 1966) (Matanzaz, 2023, p. 20; Oliva; Künzli, 2018, p. 709; Silveira; Freitas, 2017, p. 97-98). Em trabalho publicado, ele definiu “minorias” como

grupos distintos dentro da população do Estado, nacionais desse Estado, possuindo características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, que diferem fortemente daquelas do resto da população; eles devem ser em princípio numericamente inferiores ao resto da população; em uma posição de não dominância (Capotorti, 1979, p. 96).

Capotorti (1979) especifica em sua definição elementos do que seriam “minorias”, realçando os critérios objetivos e subjetivos. Quanto aos objetivos: o fator numérico, que poderia ser definido como um grupo numericamente inferior, e a presença de uma posição de não dominância. Quanto ao subjetivo: o elemento de solidariedade entre os membros em preservar sua cultura, tradição, religião e linguagem. Entretanto, ele afasta o fator lealdade ao Estado, contido no conceito proposto pela Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas (1950), porém mantendo a necessidade de ligação ao ente estatal através da cidadania. Dessa maneira, o referido autor tenta implementar um critério científico e fechado de definição (Lopes, 2023, p. 162; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 13-14; Silveira; Freitas, 2017, p. 98; Souza, 2019, p. 19).

Tendo em vista os critérios propostos na definição clássica ou tradicional de “minorias”, notou-se de pronto sua insuficiência conceitual, mesmo com Capotorti ter almejado criar um conceito objetivo e científico. No entanto, a definição do autor esqueceu a presença de outros elementos subjetivos, além da fragilidade ao fundamentar o critério numérico de “minoria”, porque uma interpretação literal da palavra pode gerar entendimentos equivocados e não permitir a compreensão de sua complexidade. Diante desses fatos, críticas foram formuladas com a finalidade de aperfeiçoamento da definição clássica ou tradicional (Matanzaz, 2023, p. 21; Silveira; Freitas, 2017, p. 98-100).

Primeira crítica: “minorias” nem sempre são uma parcela inferior em comparação à população em geral de um Estado. Segunda crítica: o conceito clássico ou tradicional de “minorias” resumiu-se a aspectos linguísticos, religiosos e étnicos na identificação desses grupos (Lopes, 2023, p. 163; Silveira; Freitas, 2017, p. 98).

As “minorias” nem sempre serão numericamente inferiores ao restante da população. Logo, o critério objetivo numérico não seria um fator interpretativo e conceitual correto, pois o aspecto quantitativo não contempla certos grupos como sendo “minorias”. Assim, resta evidente a insuficiência do critério objetivo numérico clássico ou tradicional para conceituar o termo “minorias”, porque este não seria isoladamente quantitativo, mas qualitativo. Sendo que o critério deveria focar: na ausência de participação na criação de decisões públicas; no tratamento conferido a esta parcela da sociedade que sofre preconceito e discriminação, não tendo acesso às mesmas oportunidades; na subjugação, dominação e subordinação das “minorias” perante o restante da sociedade, porque a “maioria” é sempre a parte que domina, independentemente do seu percentual; a “minorias” é a parcela dominada (Leal; Vargas, 2023, p. 882; Maia, 2001, p. 20; Souza, 2019, p. 16-17).

O regime do *Apartheid* é um exemplo em que um grupo minoritário (população branca) subjugava, dominava e subordinava um grupo majoritário (população negra). Com tal constatação, o conceito clássico ou tradicional de minoria deveria ser modificado, pois um grupo dominado pode ser um grupo majoritário, enquanto um grupo dominante pode ser um grupo minoritário. Consequentemente, deveria ser valorizada uma conceituação em que os critérios numéricos fossem afastados, optando pelo fator de subjugação, dominação e subordinação (Jubilut, 2005, p. 16; Leal; Vargas, 2023, p. 881; Lopes, 2023, p. 163; Oliva; Künzli, 2018, p. 710; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 10; Silveira; Freitas, 2017, p. 99; Souza, 2019, p. 17).

As “minorias” não devem ser reconhecidas pela quantidade ínfima ou pelo menor percentual de pessoas em relação ao total da população, porque pode haver um grupo minoritário composto por uma maioria numérica, a exemplo de negros e de mulheres. O elemento numérico tradicional ou clássico não é fator hábil para identificar as “minorias” que necessitam de proteção especial (Leal; Vargas, 2023, p. 881; Souza, 2019, p. 17; Silveira; Freitas, 2017, p. 99). A segunda crítica é que o conceito clássico ou tradicional limita-se a especificações linguísticas, religiosas e étnicas para conceituar “minorias”, focando nas “minorias culturais”, o que levaria somente à contemplação dos povos indígenas, da população negra e das comunidades tradicionais. Entretanto, exclui outras “minorias”, pois a proteção especial não se resume às “minorias culturais” delimitadas pela definição clássica ou

tradicional, porque esta relega identidade de gênero, orientação sexual, condição social e econômica, bem como outras que possam resultar em limitações de direitos fundamentais, devido à existência de outras “minorias” e “grupos vulneráveis”, que merecem igual tutela, a exemplo de mulheres, pessoas com deficiência, homossexuais, migrantes, refugiados, dentre diversas “minorias” (Gonçalves, 2009, p. 211; Leal; Vargas, 2023, p. 881; Lopes, 2023, p. 163; Jubilut, 2005, p. 16; Souza, 2019, p. 19-21).

Diante das críticas, o conceito clássico ou tradicional de “minorias” está defasado, primando por uma atualização de acordo com a realidade vigente, necessitando de ampliação para que promova o afastamento de situações injustas e que proteja não somente grupos linguísticos, étnicos e culturais especificados na definição clássica ou tradicional, mas que alcance qualquer “grupo minoritário ou vulnerável” que tenha seus direitos fundamentais restringidos ou negados (Lopes, 2023, p. 163; Matanzaz, 2023, p. 21; Souza, 2019, p. 18-21).

A Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992), mesmo com a ausência de força vinculante ou imperatividade de um tratado, pretendeu explanar os direitos previstos no art. 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) (Barreto; Costa, 2015, p. 63; Bastelli, 2014, p. 21; Oliva; Künzli, 2018, p. 708; Maia, 2001, p. 212), e o fez nos seguintes termos:

Os Estados deverão proteger a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias no âmbito dos seus respectivos territórios e deverão fomentar a criação das condições necessárias à promoção dessa identidade (Organização dos Estados Americanos, 1992, art. 1º, 1).

A Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas (Organização dos Estados Americanos, 1992) não concebe um conceito específico de “minorias”, mas orienta que o Estado proteja as minorias étnicas, culturais, religiosas ou linguísticas, reconhecendo suas identidades e promovendo medidas (legislativas, políticas públicas e outras) para tutelar os seus direitos. Tendo um caráter jurídico, porém não vinculativo, a declaração, como instrumento internacional, implementou uma política de “discriminação positiva” com maior reconhecimento de direitos especiais às “minorias” (Maia, 2001, p. 32; Oliva; Künzli, 2018, p. 708; Souza, 2019, p. 20).

Apesar dos esforços, a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas (Organização dos Estados Americanos, 1992) não conseguiu viabilizar uma definição de “minorias” que fosse universalmente aceita, pois se mostrou adequada às minorias étnicas, religiosas, linguísticas e culturais, consideradas

“minorias tradicionais”, mas não garantiu um maior âmbito de proteção que congregasse outras “minorias” e “grupos vulneráveis”. Conceituar “minorias” é um trabalho complexo e que não pode ficar restrito a critérios tradicionais, mas deve ser externalizado pela realidade jurídica moderna, porque o termo “minorias” está em permanente construção (Bastelli, 2014, p. 23; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 16; Souza, 2019, p. 19-20).

Os documentos internacionais, acima estudados, especificam a proteção dos direitos humanos e dos direitos das “minorias”. Porém, há uma dificuldade em encontrar uma definição única e consensual, no plano externo, do conceito de “minorias” que delimite sua abrangência, isso devido à diversidade de tipos e à complexidade de sua identificação, que se alterna a partir de uma época e do contexto histórico, cultural e social de cada Estado. Além do conceito de “minorias” ser complexo, a definição pode ser ampla demais (incluindo grupos minoritários que não precisam de proteção especial) ou, na maioria das vezes, reduzida além do devido, a exemplo do conceito clássico e tradicional (deixando à margem, injustamente, grupos que necessitam de tutela, impulsionando situações de exclusão). O conceito de “minorias” e “grupos vulneráveis” é dinâmico e precisa ser redefinido e ressignificado com o transcurso do tempo, pois novos grupos minoritários e vulneráveis surgem, assim como novas demandas de proteção especial (Bastelli, 2014, p. 22-23; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 12; Souza, 2019, p. 30).

Verificamos que a normatização internacional, no decorrer dos tempos, apesar de sinalizar uma gradativa legislação protetiva, não ficou imune a apreciações discordantes. Críticas foram identificadas e formuladas: pela ausência de individualização de termos específicos nos textos internacionais; pela presença de normativas subjetivamente políticas; pela exclusão de outros grupos minoritários; pela falta de defesa plena; pelo alcance limitado na extensão dos seus efeitos; e pela fragilidade de designações restritivas dos elementos subjetivos e objetivos.

As análises valorativas tiveram a intenção de expor as insuficiências e, por consequência, estimular o aperfeiçoamento do conceito dos termos em estudo, propondo a melhoria da definição normativa protetora de acordo com as reais particularidades das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”. Afasta-se assim definições clássicas ou não extensivas, que deixavam de lado identidade de gênero, orientação sexual, econômicas, dentre outras, igualmente merecedoras de tutela e proteção.

As normativas internacionais devem conceber a defesa normativa das minorias no maior grau de extensão possível. Primeiro, não haverá uma definição universal, única e consensual sobre os termos “minorias” e “grupos vulneráveis”, ante a impossibilidade jurídica

e fática. Segundo, é preciso entender que o conceito de “minorias” e de “grupo vulnerável” é uma construção complexa e em constante evolução, não limitada aos critérios tradicionais, devendo ser redefinido com o decorrer do tempo, por exigência tanto do surgimento de novos grupos minoritários quanto da atualização de políticas públicas e de proteções específicas.

2.1.2 Regulação Jurídica Constitucional

A recente Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, promoveu o reconhecimento de inúmeros direitos entre os seus fundamentos e objetivos. Em sua extensão normativa, expressamente garantiu a todos os membros da sociedade sua fruição de forma isonômica e sem distinção, além de implementar a oferta de políticas públicas inclusivas e de proteção específica. Apesar do reconhecimento de sua importância como fonte de direitos, a doutrina teceu críticas à Carta Magna quanto ao padrão normativo de reconhecimento e de concessão de garantias às “minorias”, “grupos vulneráveis” e “silenciados”.

A Constituição Federal de 1988, ao sufragar uma Constituição Dirigente, não serve apenas como mero estatuto constitucional, mas como referência normativa a ser seguida pela sociedade e concretizada por todos, inclusive com especial proteção às “minorias” e aos “grupos vulneráveis”. Mesmo não as formulando de maneira sistematizada, confere regramentos constitucionais em defesa da tutela estatal de “minorias” étnicas, raciais e religiosas (v.g., indígenas e população negra) e de “grupos vulneráveis” (v.g., família, crianças, adolescentes, jovens, idosos, mulheres, consumidores, presos, pobres, pessoas com deficiência) (Arruda, 2021, p. 55; Brito, 2009, p. 94-95; Iensue, 2023, p. 905).

A Constituição Federal (1988, arts. 1º-5º, 215-216) reconhece direitos em favor das “minorias” e dos “grupos minoritários”, dentre eles: a dignidade da pessoa humana, a não discriminação, a igualdade e a diversidade cultural.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (Brasil, 1988, arts. 1º, 3º, 5º e 215-216).

O Brasil, ao se definir como Estado Social e Democrático de Direito, deve empreender todos os meios de proteção e de promoção dos direitos humanos, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, não devendo ignorar os direitos das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”. O Estado Social e Democrático de Direito tem a missão de tutelar a sociedade brasileira, dentre eles os que se encontram despossuídos de direitos, de liberdades e do exercício das garantias fundamentais constitucionalmente previstas na Carta Magna Brasileira de 1988 e nos tratados por ela ratificados. Privação essa derivada de uma situação de exclusão e de vulnerabilidade dessa camada social (Arruda, 2021, p. 57; Iensue, 2023, p. 905; Leal; Vargas, 2023, p. 885; Sousa, 2019, p. 31).

A Constituição Cidadã de 1988, que tem como objetivo fundamental promover o bem de todos sem distinção de qualquer natureza, deve ser o norte de inclusão dos historicamente excluídos e marginalizados, pois refuta qualquer tipo de discriminação, assegurando a tutela dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis (Arruda, 2021, p. 68; Leal; Vargas, 2023, p. 885; Silveira; Freitas, 2017, p. 106).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 visa efetivar os direitos das “minorias” em uma sociedade onde a desigualdade social impera. O direito à isonomia não se atém ao formalismo diante da lei, mas se estende ao direito à diferença, com o reconhecimento da diversidade cultural e humana como elemento de identificação das “minorias”. As “minorias” precisam de serviços e de políticas públicas que fidelizem os princípios e as regras conferidos pela Constituição Federal sem distinções, pois “todos são iguais perante a lei”, mas na medida de suas desigualdades, criando uma rede de proteção específica que os torne cidadãos de direito e de fato, proporcionando igual acesso a oportunidades e à participação (Arruda, 2021, p. 62-64; Silveira; Freitas, 2017, p. 62 e 107).

O direito à igualdade conjugado com a não discriminação estabelece a promoção da diversidade e confere destaque a duas características dos direitos das “minorias”: a primeira, o direito à existência; a segunda, o direito à identidade. O “direito à existência” confere um rol de direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas, como o direito à vida, aos meios de sobrevivência com dignidade, dentre outros (v.g., proteção aos direitos da personalidade, às

liberdades de expressão, de opinião, de reunião, de associação). O “direito à identidade” determina o reconhecimento da diferença e o direito de ser diferente, conferindo proteção de direitos específicos (v.g., direito coletivo à vida ou à existência, discriminações positivas) (Iensue, 2023, p. 932-933; Souza, 2019, p. 30).

A diversidade cultural das “minorias”, seja étnicas, linguísticas, religiosas ou de outra natureza, deve ser reconhecida e respeitada em todo o território nacional, não podendo ser olvidada pela República Federativa do Brasil. O Estado brasileiro deve tutelar o exercício dos direitos culturais e garantir o pleno acesso às fontes da cultura, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações tradicionais (Iensue, 2023, p. 905-906; Souza, 2019, p. 31).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece o pluralismo social da população, porém em nenhum momento do seu texto constitucional faz menção expressa aos termos “minorias”, “grupos vulneráveis” e “silenciados”. Além da ausência desses termos, inexiste, na Carta Magna de 1988, uma delimitação de seus conceitos, nem diferenciação terminológica entre eles (Leal; Vargas, 2023, p. 898-899).

A menção próxima ao tema “minorias” é lida no texto constitucional pelo termo “necessitados” (Brasil, 1988, art. 134). Termo esse que englobaria tanto os “necessitados em sentido estrito” — os vulneráveis economicamente — quanto os “necessitados em sentido amplo”, os vulneráveis organizacionais que estão em situação de exclusão do usufruto de direitos fundamentais e de vilipêndio em sua dignidade (Leal; Vargas, 2023, p. 898-899).

A ausência de termo explícito no texto da Constituição Federal de 1988 redundando na falta de identificação e de reconhecimento de “minorias”, “grupos vulneráveis” e “silenciados”, na inexistência de seus conceitos e de delimitação de sua abrangência e, por consequência, resulta em uma proteção deficitária pela ausência da percepção da diferença fática e jurídica entre eles. Não havendo uma indicação precisa de definição e de distinção, porém uma generalização não sistematizada de direitos, reproduz-se, em vez de afastar, a exclusão, permanecendo a invisibilidade dessa parcela da sociedade (Leal; Vargas, 2023, p. 898-899).

As normas protetoras dos direitos das “minorias” e dos “grupos vulneráveis” não se resumem aos artigos analisados, estando elencadas ao longo de diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988. Apesar do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana e da não discriminação como promotoras de uma igualdade de fato e de direito, e de que as normas constitucionais resguardam o direito à existência e à identidade como

postulados imprescindíveis a uma vida digna, constatou-se sua insuficiência normativa quanto à identificação dos grupos minoritários e à promoção de seus direitos.

A Carta Magna tutela o pluralismo social, com o consequente reconhecimento de direitos; contudo, quanto às garantias extensíveis às “minorias”, “grupos minoritários” e “silenciados”, não existe uma delimitação específica e uniforme de proteção, porém tutelas protetivas esparsas ao longo do texto constitucional, não havendo menções explícitas à sua existência ou à delimitação de suas diferenças. Da mesma forma que na normativa internacional, os dispositivos constitucionais pecam pela falta de definição e de distinção desses grupos, reforçando a percepção deficiente da divergência que a própria Carta Magna afirma tutelar, qual seja, o direito de ser diferente e a promoção da defesa da diferença.

2.1.3 Supremo Tribunal Federal

Demandas processuais interpostas perante a Justiça brasileira, incluídas as destinadas à Suprema Corte, vêm sendo apresentadas de forma a obter uma resposta jurídica diante de uma ação excessiva ou de um ato omissivo dos Poderes Públicos. As “minorias” e os “grupos vulneráveis”, pela falta ou baixa representatividade entre os Poderes Estatais, têm na propositura de ações judiciais o único recurso capaz de promover a viabilização do usufruto dos seus direitos ou de garantir a determinação de proteção pelo Estado.

Analisaremos julgamentos do Supremo Tribunal Federal para entender como os Ministros da Egrégia Corte identificam e classificam os grupos minoritários. Os julgados escolhidos abordaram diversos grupos minoritários, a exemplo da população negra, como forma de compreender os fundamentos jurídicos que cercam a matéria.

Nos processos que julgaram casos envolvendo direitos da população negra, os Ministros do Supremo Tribunal Federal empregaram, em seus julgados, os seguintes termos:

- a) Ministro Alexandre de Moraes: “grupos minoritários” (ADC 41/DF, p. 72);
- b) Ministro Celso de Mello: “grupos vulneráveis” (ADC 41/DF, p. 147-148);
- c) Ministro Gilmar Mendes: “minorias” (ADPF 347/DF, p. 308);
- d) Luís Roberto Barroso: “minorias” (ADC 41/DF, p. 38-56);
- e) Ricardo Lewandowski: “minorias” (ADI 5617/DF, p. 72).

O Ministro Alexandre de Moraes, ao se pronunciar sobre a manifestação do Advogado-Geral, disse: “... a discriminação positiva seria expediente normativo válido para viabilizar a inclusão de grupos minoritários em procedimentos públicos de decisão...” (ADC 41/DF, p. 72). O Ministro Celso de Mello discorreu em seus argumentos: “... o tratamento

diferenciado em favor de pessoas negras, ..., objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável” (ADC 41/DF, p. 147-148). Gilmar Mendes, por sua vez, declarou: “Os exemplos dessas minorias são os presidiários, os menores infratores e a população negra e pobre submetida a alarmantes níveis de letalidade policial” (ADPF 347/DF, p. 308). Luiz Roberto Barroso: “... titularizados por minorias estigmatizadas, como são os negros” (ADC 41/DF, p. 38) e “... A questão da participação de minorias étnico-raciais em órgãos públicos...” (ADC 41/DF, p. 56). Ricardo Lewandowski: “..., que atinge não apenas as mulheres, e negras, como foi o caso da Vereadora Marielle, mas também outras minorias...” (ADI 5617/DF, p. 72).

Quanto aos fundamentos dos acórdãos que envolvem a comunidade negra, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que se trata de “minorias”. Exceto o Ministro Celso de Mello, que argumenta que se trata de “grupos vulneráveis”.

Nos processos que julgaram casos que envolvem direitos da comunidade LGBTQIAPN+:

- a) Ministro Alexandre de Moraes: “grupos vulneráveis” (ADO 26/DF, p. 251 e 256);
- b) Ministra Cármen Lúcia: “minorias” (ADI 4277/DF, p. 695; ADO 26/DF, p. 468);
- c) Ministro Celso de Mello: “minorias” (ADI 4275/DF, p. 123 e 127; ADI 4277/DF, p. 835; ADO 26/DF, p. 72 e 181; ADPF 132/RJ, p. 264; ADPF 291/DF, p. 79 e 291) ou “grupo vulnerável” (ADO 26/DF, p. 36, 38, 75, 100, 130, 190 e 192);
- d) Ministro Cristiano Zanin: “minorias” (ADPF 787/DF, p. 94);
- e) Ministro Dias Toffoli: “minorias” (ADPF 1151/SC, p. 9);
- f) Ministro Edson Fachin: “minorias” (ADI 5543/DF, p. 31; ADPF 787/DF, p. 80);
- g) Ministro Gilmar Mendes: “minorias” (ADI 4275/DF, p. 139 e 142; ADI 4277/DF, p. 748, 749, 780, 788 e 801; ADI 5543/DF, p. 148; ADPF 132/RJ, p. 173, 181 e 194; ADPF 457/GO, p. 47-48; ADPF 460/PR, p. 70; ADPF 467/MG, p. 22 e 23; ADPF 526/PR, p. 52; ADPF 787/DF, p. 20) ou “grupos vulneráveis” (ADPF 787/DF, p. 28);
- h) Ministro Joaquim Barbosa: “minorias” (ADI 4277/DF, p. 724);
- i) Ministro Luís Roberto Barros: “minorias” (ADO 26/DF, p. 283, 292 e 425) ou “grupos vulneráveis” (ADO 26/DF, p. 285-286);
- j) Ministro Luiz Fux: “minorias” (ADI 4277/DF, p. 689; ADPF 132/RJ, p. 82; ADPF 460/PR, p. 22, 23 e 28) ou “grupos vulneráveis” (ADI 4275/DF, p. 94-95);
- l) Ministro Marco Aurélio: “minorias” (ADPF 132/RJ, p. 214) ou “grupos vulneráveis” (ADO 26/DF, p. 549, 551, 552 e 555; ADPF 347/DF, p. 23, 43 e 65);

m) Ministro Ricardo Lewandowski: “minorias” (ADI 4275/DF, p. 116, 117 e 118; ADPF 132/RJ, p. 112) ou “grupos vulneráveis” (ADO 26/DF, p. 355 e 527);

n) Ministra Rosa Weber: “minorias” (ADI 4275/DF, p. 60, 71, 73 e 81).

O Ministro Alexandre de Moraes, em seus argumentos, discorreu: “... não se atingiu a igualdade na posse e proteção de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT – inclusive, em relação aos demais grupos vulneráveis...” (ADO 26/DF, p. 256). A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez: “..., põe-se em discussão omissão legislativa penal protetiva das minorias homo e transexuais (e suas derivações),...” (ADO 26/DF, p. 468). O Ministro Celso de Mello: “... contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade dos transgêneros,...” (ADI 4275/DF, p. 123) e “... o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável)...” (ADO 26/DF, p. 130). Gilmar Mendes: “... Destaque-se que diversos casos e exemplos de ataques sistematizados de violência contra as minorias integrantes da comunidade LGBTI...” (ADPF 457/GO, p. 48) e “... que compõem as bases institucionais de proteção da saúde dos grupos vulneráveis da população LGBTQIA+...” (ADPF 787/DF, p. 28). Luís Roberto Barroso: “... que a comunidade LGBTI+ constitui um grupo vulnerável,...” (ADO 26/DF, p. 285) e “..., no combate às discriminações e violências sofridas pela população LGBT... para proteção desse segmento social politicamente minoritário” (ADO 26/DF, p. 425).

Luiz Fux: “... adaptam ambientes e práticas sociais às necessidades de grupos vulneráveis. No caso dos transexuais,...” (ADI 4275/DF, p. 94-95) e “... O Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, ..., em caso, a pretensão da equiparação da união homoafetiva à união estável” (ADI 4277/DF, p. 689). Marco Aurélio: “... estaquei o preconceito vivido por gays, lésbicas e transgêneros, ..., pelo tratamento dispensado pelo Estado a esse grupo vulnerável,...” (ADO 26/DF, p. 555) e “..., à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais... Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários” (ADPF 132/RJ, p. 214). Ricardo Lewandowski: “A autodeterminação da pessoa ‘trans’ deve integrar o patrimônio normativo na luta por reconhecimento deste grupo minoritário” (ADI 4275/DF, p. 116-117) e “... O contexto fático subjacente à presente demanda sugere que as violações às garantias individuais dos grupos de vulnerabilidade LGBT,...” (ADO 26/DF, p. 527). Rosa Weber: “... cumpre assinalar que a tutela do direito à identidade de gênero ... dessas pessoas que integram um grupo minoritário e estigmatizado pela comunidade política e jurídica” (ADI 4275/DF, p. 81).

Quanto aos argumentos dos acórdãos que envolvem a comunidade LGBTQIAPN+, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que se tratam de “minorias”, embora os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski ora entendessem ser “minorias”, ora “grupos vulneráveis”.

Nos processos que julgam casos envolvendo direitos das comunidades quilombolas, indígenas e tradicionais:

- a) Ministro Edson Fachin: “minorias” (ADI 4.269/DF, p. 13);
- b) Ministro Marco Aurélio: “minorias” (ADI 4.269/DF, p. 79-80).

O Ministro Edson Fachin argumenta nesses termos: “..., bem como os direitos de minorias étnicas como os povos indígenas, os quilombolas e as populações tradicionais que habitam na região” (ADI 4269/DF, p. 13). Marco Aurélio discorre: “..., não se podendo potencializar a necessária proteção às minorias – refiro-me às populações indígenas e aos quilombolas...” (ADI 4.269/DF, p. 79).

Quanto aos argumentos dos acórdãos que envolvem as comunidades quilombolas, indígenas e tradicionais, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que se trata de “minorias”.

Nos processos que julgaram casos que envolvem direitos dos estudantes:

- a) Ministro Celso de Mello: “grupos vulneráveis” (ADC 41/DF, p. 145).

O Ministro Celso de Mello fundamenta: “... estudantes que compõem os denominados grupos vulneráveis...” (ADC 41/DF, p. 145).

Quanto ao argumento do acórdão que envolve estudantes, o Ministro Celso de Mello entendeu que se tratam de “grupos vulneráveis”.

Nos processos que julgaram casos que envolvem direitos da comunidade religiosa:

- a) Edson Fachin: “minorias” (RE 859376/PR, p. 108);
- b) Gilmar Mendes: “minorias” (RE 859376/PR, p. 133).

O Ministro Edson Fachin discorre: “..., mas também permitir a afirmação de direitos das minorias religiosas...” (RE 859376/PR, p. 108). O Ministro Gilmar Mendes: “... sobre determinadas confissões religiosas, principalmente sobre as minoritárias...” (RE 859376/PR, p. 133).

Quanto aos argumentos dos acórdãos que envolvem a comunidade religiosa, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que se trata de “minorias”.

Nos processos que julgaram casos que envolvem direitos das pessoas com deficiência (PcDs):

- a) Ministra Cármen Lúcia: “grupos vulneráveis” (ADC 41/DF, p. 173);

b) Ministro Dias Toffoli: “grupos vulneráveis” (ADPF 1151/SC, p. 33);

c) Ministro Luís Roberto Barroso: “grupos vulneráveis” (ADI 7028/AP, p. 9 e 10; ADI 5583/DF, p. 23, 24 e 26).

A Ministra Carmem Lúcia argumenta: “..., determina-se a implementação de ação afirmativa na contratação de portadores de necessidades especiais, [...] os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável” (ADC 41/DF, p. 173). O Ministro Dias Toffoli fundamenta: “..., dedicando tratamento especial a grupos vulneráveis, a exemplo de crianças e adolescentes, idosos e deficientes (isso para citar apenas alguns)” (ADPF 1151/SC, p. 33). O Ministro Luís Roberto Barroso: “As pessoas com deficiência compõem o grupo vulnerável...” (ADI 5583/DF, p. 26).

Quanto aos argumentos dos acórdãos que envolvem PcDs, a maioria dos Ministros entendeu que se trata de “grupos vulneráveis”.

Nos processos que julgaram casos que envolvem direitos das mulheres, crianças, adolescentes e idosos:

a) Ministro Dias Toffoli: “grupos vulneráveis” (ADPF 1151/SC, p. 33);

b) Ministro Luís Roberto Barroso: “grupos vulneráveis” (ADPF 461/PR, p. 2);

c) Ministro Marco Aurélio: “minorias” (ADI 5617/DF, p. 75) ou “grupos vulneráveis” (ADPF 347/DF, p. 23 e 65);

d) Ministro Ricardo Lewandowski: “minorias” (ADI 5617/DF, p. 72) ou “grupos vulneráveis” (ADPF 754 TPI-DÉCIMA SEXTA-REF/DF, p. 26 e 28).

O Ministro Dias Toffoli fundamenta: “... dedicando tratamento especial a grupos vulneráveis, a exemplo de crianças e adolescentes, idosos e deficientes (isso para citar apenas alguns)” (ADPF 1151/SC, p. 33). O Ministro Luís Roberto Barroso: “... Importância da educação sobre diversidade sexual para crianças, adolescentes e jovens. Indivíduos especialmente vulneráveis...” (ADPF 461/PR, p. 2). O Ministro Marco Aurélio: “... O difícil caminho percorrido revelou, de herança, uma cultura de violência e de desrespeito à mulher e às minorias” (ADI 5617/DF, p. 75) e “... tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT” (ADPF 347/DF, p. 65). O Ministro Ricardo Lewandowski: “..., que atinge não apenas as mulheres, e negras, como foi o caso da Vereadora Marielle, mas também outras minorias...” (ADI 5617/DF, p. 72) e “... e, por consequência, protege-se a coletividade, notadamente os mais vulneráveis...” (ADPF 754 TPI-DÉCIMA SEXTA-REF/DF, p. 28).

Quanto aos argumentos dos acórdãos que envolvem as mulheres, crianças, adolescentes e idosos, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que se

trata de “grupos vulneráveis”, embora os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski ora entenderam ser “minorias” e em outros julgamentos “grupos vulneráveis”.

Nos processos que julgaram casos que envolvem direitos dos presos:

- a) Ministro Alexandre de Moraes: “grupos vulneráveis” (ADPF 347/DF, p. 223);
- b) Ministro Celso de Mello: “minorias” (HC 172136/SP, p. 23);
- c) Ministro Cristiano Zanin: “grupos vulneráveis” (ADPF 347/DF, p. 196);
- d) Ministro Gilmar Mendes: “minorias” (ADPF 347/DF, p. 308);
- e) Ministro Luís Roberto Barroso: “minorias” (ADPF 347/DF, p. 81 e 113) ou “grupos vulneráveis” (ADPF 347/DF, p. 81, 118, 133 e 136);
- f) Ministro Marco Aurélio: “minorias” (ADPF 347/DF, p. 19, p. 51, 54-55) ou “grupos vulneráveis” (ADPF 347/DF, p. 18-19, p. 23 e 43).

O Ministro Alexandre de Moraes fundamenta: “..., sobretudo quando se trata de um grupo vulnerável; e o grande impacto sobre a segurança pública que o descontrole do sistema prisional produz” (ADPF 347/DF, p. 223). O Ministro Celso de Mello: “... em favor das minorias, quaisquer que sejam, inclusive dos condenados e presos provisórios que compõem o universo penitenciário...” (HC 172136/SP, p. 23). O Ministro Cristiano Zanin: “..., oportunizando a separação dos presos pela gravidade do crime cometido, protegendo mulheres, pessoas transgêneros, entre outros grupos que se tornam ainda mais vulneráveis em um ambiente hostil e degradante” (ADPF 347/DF, p. 196). O Ministro Gilmar Mendes: “... Os exemplos dessas minorias são os presidiários, os menores infratores e a população negra e pobre submetida a alarmantes níveis de letalidade policial” (ADPF 347/DF, p. 308). Luís Roberto Barroso: “... e não a uma minoria estigmatizada de detentos apenas, ao contrário do que o senso comum poderia indicar” (ADPF 347/DF, p. 113) e “Quanto ao tratamento dispensado a grupos vulneráveis: Presos...” (ADPF 347/DF, p. 133).

Quanto aos argumentos dos acórdãos que envolvem os presos, uma parte dos Ministros entendeu que se tratava de “minorias”, e outra, de “grupos vulneráveis”. Embora os Ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio ora tenham entendido, no mesmo processo, serem “minorias”, em outras passagens do julgamento referiram-se a “grupos vulneráveis”.

Em alguns acórdãos, os Ministros do Supremo do Tribunal Federal usam argumentos que revelam a consciência de distinção entre “minorias” e “grupos vulneráveis”.

- a) Ministro Celso de Mello: “minorias” e “grupos vulneráveis” (ADI 4275/DF, p. 131; ADI 4277/DF, p. 851; ADO 26/DF, p. 178 e 343; ADPF 132/RJ, p. 242-243; HC 172136/SP, p. 22-23);

- b) Ministro Cristiano Zanin: “minorias” e “grupos vulneráveis” (ADI 7644 MC-REF/AM, p. 23-24);
- c) Ministro Dias Toffoli: “minorias” e “grupos vulneráveis” (ADPF 1151/SC, p. 9 e 13);
- d) Ministro Flávio Dino: “minorias” e “grupos vulneráveis” (ADI 7644 MC-REF/AM, p. 6);
- e) Luís Roberto Barroso: “minorias” e “grupos vulneráveis” (RE 859376/PR, p. 35);
- f) Ministro Marco Aurélio: “minorias” e “grupos vulneráveis” (ADO 26/DF, p. 545 e 557).

O Ministro Celso de Mello os identificam em sua fundamentação: “Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis ...” (ADI 4275/DF, p. 131). O Ministro Cristiano Zanin; “...; ao princípio da dignidade humana, notadamente das minorias sociais e grupos vulnerabilizados (CF, arts. 1º, III; 3º, IV);...” (ADI 7644 MC-REF/AM, p. 23-24). O Ministro Dias Toffoli: “...; tendo em vista que a linguagem neutra é uma das formas de se combater preconceitos linguísticos contra minorias sociais e grupos vulnerabilizados...” (ADPF 1151/SC, p. 9). O Ministro Flávio Dino: “...; do princípio da dignidade humana, notadamente das minorias sociais e grupos vulnerabilizados (CF, arts. 1º, III; 3º, IV); ...” (ADI 7644 MC-REF/AM, p. 6). O Ministro Luís Roberto Barroso: “...; possibilitar a inclusão de grupos vulneráveis ou minoritários, ...” (RE 859376/PR, p. 35). O Ministro Marco Aurélio: “...; envidando esforços à concretização da proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis, ...” (ADO 26/DF, p. 545).

Foi observado nos julgamentos da Corte Egrégia que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não utilizaram o conceito clássico ou tradicional, elaborado por Francesco Capotorti (1979), como forma de identificar ou delimitar “minorias”. Ampliaram sua definição, nos termos das críticas ao conceito proposto por ele, para abranger novos grupos que necessitam de proteção e promoção dos direitos assegurados no ordenamento jurídico nacional e internacional. Porém, foi constatado nos acórdãos analisados que, em sua maioria, os termos foram interpretados e reconhecidos de maneira semelhante, não sendo estabelecida nenhuma construção técnica jurisprudencial no sentido de identificação precisa dos elementos distintivos entre as “minorias” e os “grupos vulneráveis” (Leal; Vargas, 2023, p. 896; Souza, 2019, p. 31-32 e 37).

Em alguns casos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal demonstram ter o entendimento preciso da distinção entre “minorias” e “grupos vulneráveis”, mas não se

aprofundaram em estabelecer e implementar essa delimitação. Ressalta-se a importância de uma construção jurisprudencial na mais alta corte, com o objetivo de identificar a diferenciação entre “minorias” e “grupos vulneráveis”, para melhor embasar os fundamentos de fato e de direito quando julgam seus direitos fundamentais na Egrégia Corte (Leal; Vargas, 2023, p. 892).

Portanto, é de suma importância que os Ministros do Supremo Tribunal Federal estabeleçam um “consenso terminológico”, delimitando e separando conceitualmente quem são as “minorias” e os “grupos vulneráveis”, com a finalidade de resguardar os direitos de forma plena, respeitando suas individualidades e particularidades distintivas. Embora devamos constatar que os Ministros da Egrégia Corte Constitucional, apesar da indiferenciação terminológica, tiveram a preocupação de conceder uma proteção especial, vez que suas decisões visaram à garantia da igualdade de direitos, não só em seu sentido formal como também material, além do reconhecimento da isonomia de oportunidades, promovendo, assim, a justiça social a favor das “minorias” e dos “grupos vulneráveis” (Leal; Vargas, 2023, p. 894 e 898).

Da avaliação dos fundamentos jurídicos dos acórdãos analisados, verificamos a falta de uma argumentação judicial distintiva consistente entre as “minorias” e os “grupos vulneráveis”. As comunidades negras, LGBTQIAPN+, quilombolas, indígenas, tradicionais e religiosas foram identificadas, na maioria dos casos julgados, como sendo “minorias”. Por outro lado, os estudantes, pessoas com deficiência, mulheres, crianças, adolescentes, idosos e presos foram reconhecidos majoritariamente como “grupos vulneráveis”. Percebemos que parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem noção da distinção entre “minorias” e “grupos vulneráveis”, enquanto outra percentagem identifica de forma aleatória as partes envolvidas no processo.

À semelhança da normativa internacional e constitucional, os Ministros da Egrégia Corte não têm uma definição consolidada e geral, ainda que provisória, da diferenciação entre “minorias” e “grupos vulneráveis” em suas fundamentações. A crítica a ser dirigida aos julgamentos da mais alta corte de justiça do Estado brasileiro tem a finalidade de que a melhor prestação jurisdicional seja concedida quando maior for a percepção da definição e distinção dos grupos minoritários e vulneráveis a serem objeto de proteção estatal.

2.1.4 Doutrina

A Doutrina, como resultado do esforço hermenêutico empreendido pelos operadores do direito, tem a finalidade de interpretar as normas jurídicas e as decisões judiciais, ofertando diversos posicionamentos sobre o objeto de estudo e melhorando a compreensão da matéria através da construção crítica e da propositura de novas teses e pontos de vista. A conceituação de “minorias”, “grupos vulneráveis” e “silenciados”, assim como a de todo objeto de estudo jurídico, tende a não ser unânime, apresentando divergências de interpretações sobre seus conceitos e delimitações, o que é inerente a qualquer ramo das ciências.

Observamos que não existe uma definição universalmente válida e aceita no campo internacional, assim como há ausência de unanimidade de identificação e de delimitação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o conceito e o uso dos termos “minorias” e “grupos vulneráveis”, revelando a dificuldade de reconhecimento jurídico dessa parte excluída da sociedade. Isso levaria à indagação da efetiva necessidade de conceituação, fazendo-se a devida distinção entre “minorias” e “grupos vulneráveis”, ou de apenas compreendê-los como um “fenômeno de fato”, que engloba todos sem buscar entender seus contornos (Bastelli, 2014, p. 20; Jubilut, 2005, p. 21).

Os termos “minorias” e “grupos vulneráveis” são controvertidos, e os estudiosos do tema adotam posições antagônicas sobre o seu conceito, reconhecendo diferentes significados conceituais de acordo com o critério de abordagem de seu estudo. Entretanto, o conhecimento é um saber provisório, que pode ser aprimorado, retificado ou modificado, sendo imprescindível um critério mínimo ou limite conceitual para identificar quem seriam as “minorias” e os “grupos vulneráveis” (Silveira; Freitas, 2017, p. 101; Souza, 2019, p. 11).

Tratar o tema (minorias e grupos vulneráveis) como uma questão de fato, acrescentado pela ausência de limites conceituais, resulta em dificuldades de ordem jurídica (em inexistência de critérios claros de aplicação de políticas públicas e em falta de legitimidade de intervenção estatal). Por conseguinte, obstruindo o implemento de um “sistema integrado e holístico de proteção”, contribuindo para o tratamento pontual caso por caso, além da dificuldade de implementação de direitos a essa parcela excluída da sociedade (Jubilut, 2005, p. 21-22).

Os operadores do direito devem ter o conhecimento necessário e seguro sobre o conceito e a definição de “minorias” e “grupos vulneráveis” para que possam utilizar os recursos jurídicos disponíveis de modo mais eficaz na defesa dos direitos dos que vivem em situação de exclusão social, pois os tribunais internacionais e nacionais, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, estão sendo cotidianamente demandados para decidir casos que

têm como requerentes ou destinatários as “minorias” e os “grupos vulneráveis” (Souza, 2019, p. 12).

Há consenso sobre a dificuldade de desenvolver uma definição conceitual de “minorias” e “grupos vulneráveis”, não sendo unânime uma concepção preponderante e segura sobre essas categorias sociais estigmatizadas. As mulheres, vistas como parte social minoritária e vulnerável, podem ser ricas ou pobres, intelectuais ou iletradas, brancas ou negras, de raças e etnias diversas, homossexuais ou heterossexuais. Os homossexuais, outra parcela excluída e estigmatizada, podem ser ricos ou pobres, intelectuais ou iletrados, brancos ou negros, de raças e etnias diferentes. Por mais que seja complexo o conceito de “minorias” e de “grupos vulneráveis”, buscar um consenso, mesmo provisório e subsistindo lacunas, deve ser um empreendido esforço de alcance de sentido. A desigualdade jurídica de direitos e de proteção se perpetuará, se não for fielmente especificado quem são esses grupos, visíveis ou invisíveis pela sociedade (Baracho Júnior, 2023, p. 30; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 2).

Os termos de um vocabulário técnico-científico são resultados de um contínuo processo de construção, oriundo de fontes históricas, políticas, filosóficas, sociais, jurídicas e teóricas, influenciados por múltiplos aspectos. Assim, o conceito de “minoria” pode variar de acordo com uma época e um lugar, devendo ser revisado no decorrer do tempo, de modo a não excluir uma parcela minoritária desprotegida e a identificar os que vierem a existir no futuro. Destacamos que o significado de “minoria” vai além de uma categorização dada pela ciência jurídica, devendo ser analisado sob o manto das demais ciências, pois é interdisciplinar a importância dessa temática. De forma que sua definição é um constructo histórico, social, político e econômico. Longe de ser pacificado, é um conceito não estanque, mas aberto às novas necessidades e expectativas que surgem com o passar do tempo (Arruda, 2021, p. 65; Jubilut, 2005, p. 14-15; Leal; Vargas, 2023, p. 880; Matanzas, 2023, p. 19; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 3; Silveira; Freitas, 2017, p. 101; Souza, 2019, p. 12-13).

A definição de tais termos é um desafio, levando em conta o reconhecimento e a busca pelo usufruto de direitos fundamentais, visto que parcela dos estudiosos entende que seus significados são diferentes. Essa diferenciação é considerada necessária não só por motivos de ordem teórica, mas também prática e jurídica. Segundo esses doutrinadores, há um equívoco no uso dos termos como sendo sinônimos, erro esse derivado de uma concepção de que seus componentes estão em uma mesma situação de desvantagem e de fragilidade social. Portanto, entre os que defendem que não são palavras sinônimas, o sentido do termo “minorias” seria diverso do termo “grupos vulneráveis”, sendo estes vítimas de desigualdades que precisam ser abolidas, enquanto aquelas, vítimas de diferenciação cultural que devem ser mantidas. A

diferenciação entre eles permite a concessão de tutela específica, de acordo com a necessidade de cada grupo (Bastelli, 2014, p. 10; Freitas; Lehfeld; Neves, 2022, p. 99 e 102-103; Leal; Lima, 2021, p. 146 e 151; Leal; Vargas, 2023, p. 879-880; Siqueira; Castro, 2017, p. 107 e 109).

Compreender que as “minorias” e os “grupos vulneráveis” devem ser protegidos e tratados de forma diferenciada, porque ao se reconhecer essa distinção propicia-se uma adequada e efetiva proteção aos seus membros, culminando em uma harmonização de tratamento de acordo com suas necessidades e características. A percepção das condições históricas e de oportunidades como díspares e que se encontram em situações de vulnerabilidade diversas, converge na possibilidade de uma proteção específica e individualizada, evitando a sub-representação das “minorias” e dos “grupos vulneráveis” nas atuais democracias (Jubilut, 2005, p. 14-17; Leal; Lima, 2021, p. 152; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 4-7).

Doutrinadores estudando a estruturação linguística alemã entre as palavras maioridade (*Mündigkeit*) e minoridade (*Unmündigkeit*), definindo aquela como sendo a capacidade de falar e esta pela ausência de poder de fala, concluem que parcela da sociedade não tem “voz”, por não ter acesso à capacidade plena de se expressar. Sendo o termo “silenciado” usado para identificar grupos sociais minoritários e vulneráveis, cujos direitos e garantias constitucionais foram relegados e menosprezados e que se encontram em contínuo processo de luta pela “voz”. Sendo que no Brasil esse silenciamento foi derivado de uma herança colonial autoritária que formatou a sociedade brasileira (Matanzaz, 2023, p. 17-18 e 21-22; Sodré, 2005, p. 1).

A definição do termo “minorias” levaria em conta os seus elementos caracterizadores: isolamento e homogeneidade. O isolamento deriva de uma estrutura geográfica em que as minorias tendem a se agregar culturalmente entre si e a buscar proteção recíproca contra as majorias, residindo, em geral, em um mesmo espaço territorial (v.g., bairros, ruas, vilarejos). A homogeneidade representa a situação social, política e econômica desfavorável e similar em que vive essa parcela da comunidade, excluída do meio social e expropriada da possibilidade de expressão de pensamento. Ambas são derivadas de um processo histórico de marginalização, decorrente da falta de representação na ordem política, de discriminação socioeconômica, de ausência de políticas públicas e de desrespeito contínuo à sua cultura e modo de vida (Baracho Júnior, 2023, p. 30-31; Leal; Vargas, 2023, p. 881).

Os grupos vulneráveis não têm traços de identificação cultural que os unifiquem; entretanto, os seus direitos fundamentais são violados, e eles se encontram em situação de

subordinação e de não dominância pelo simples fato de pertencerem a um grupo social, em que a proclamação de direitos conferidos a eles não foi suficiente para modificar a realidade estrutural subalterna e de injustiça em que vivem. A vulnerabilidade se reflete no reconhecimento de direitos meramente no plano formal, logo, são dotados de baixa efetividade, o que equivale ao seu não reconhecimento, sendo seus direitos constantemente desrespeitados, além de suas reivindicações jurídicas não surtirem efeitos, não sendo oponíveis ao restante da sociedade. Seus integrantes são historicamente e sistematicamente desprestigiados e possuem maior dificuldade de representação nos espaços públicos e de poder, situação que resulta na falta de representação efetiva de seus interesses e no não atendimento de suas demandas jurídicas (Barreto; Costa, 2015, p. 63 e 78; Leal; Vargas, 2023, p. 884 e 891).

O avanço no estudo dos conceitos e na identificação entre “minorias” e “grupos vulneráveis” proporcionou o reconhecimento da necessidade de proteção específica, compreendendo a situação de inferioridade hierárquica desses grupos frente à vontade subjugadora da maioria dominante. Nesse sentido, a diferenciação é um elemento importante para a conceituação desses segmentos da sociedade, pois os “grupos vulneráveis” almejam o exercício dos seus direitos, sem a preservação do traço discriminativo promovido pelo restante da sociedade. Já as “minorias” demandam seus direitos e seu correspondente exercício, porém preservando o objeto de discriminação que faz parte de seu “traço cultural” e de seu “elemento identificador”, que unifica o grupo específico minoritário (Jubilut, 2005, p. 15; Leal; Vargas, 2023, p. 882-884).

Diante desse quadro distintivo, podemos categorizar em ordem ou classificação os “grupos vulneráveis” como sendo o “gênero” (minorias *lato sensu*), e as “minorias” seriam consideradas a “espécie” (minorias *stricto sensu*), dividindo-se esta em subgrupos específicos (v.g., minorias étnicas, religiosas, raciais, sexuais, dentre outras), de modo que possuem entre si um “vínculo subjetivo de solidariedade” unificador e um traço comum entre seus integrantes, que os submetem a casos de exclusão social. É uma solução classificatória que confere maior precisão conceitual e detalha a diferença entre os excluídos sociais (Arruda, 2021, p. 66; Leal; Lima, 2021, p. 153; Leal; Vargas, 2023, p. 891; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 20 e 24-25).

A compreensão da diferenciação de definição (e a construção de maior precisão terminológica entre eles) tem fundamental efeito teórico e prático quando houver a necessidade de identificar direitos e de planejar políticas públicas direcionadas em favor desses grupos, obedecendo às suas necessidades específicas no momento de promoção de sua

tutela. As minorias necessitam de políticas públicas que, ao mesmo tempo, promovam seus direitos fundamentais, eliminando estereótipos, preconceitos e ações discriminatórias, e preservem seus traços diferenciais, sob pena de sua dissolução e da quebra dos traços culturais comuns que os identificam. Por sua vez, os “grupos vulneráveis” buscam a tutela dos seus direitos, sem a conservação do traço distintivo que os coloca em posição de vulnerabilidade, não havendo características culturais específicas entre si, almejando, em sua grande maioria, a superação ou eliminação de situações de subordinação e de discriminação (Arruda, 2021, p. 64; Freitas; Lehfeld; Neves, 2022, p. 99-100; Leal; Lima, 2021, p. 159; Leal; Vargas, 2023, p. 884-898; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 21-24).

A adoção de uma definição absoluta, permanente, homogênea e unívoca sobre o termo “minorias”, assim como em relação aos “grupos vulneráveis”, é uma possibilidade inatingível, ainda mais a de exemplificar de modo exauriente quais seriam ou não esses grupos, fruto da “complexidade da matéria” e da existência de “múltiplas dimensões” entre seus componentes. A dinâmica social não permite avaliar somente por critérios objetivos para sua definição, nem o uso de uma ampla abertura de critérios subjetivos, o que poderia resultar em excessos quanto a quem seriam os tutelados pelo enquadramento no conceito de grupos minoritários e vulneráveis (Freitas; Lehfeld; Neves, 2022, p. 100; Silveira; Freitas, 2017, p. 113).

Outra parcela de doutrinadores entende que a separação entre definição e identificação entre as “minorias” e os “grupos vulneráveis” poderia ocasionar maior dificuldade na promoção de proteção específica, na proposição de políticas públicas e na implementação de ações afirmativas, considerando irrelevantes as distinções, vez que ambos são discriminados e vulnerabilizados, sendo vítimas da intolerância e do desrespeito. Mesmo aqueles que consideram que o termo “minorias” não seja sinônimo de “grupo vulnerável”, a distinção de conceitos entre eles é irrelevante, pois ambos sofrem discriminações, sendo que a real importância está na tutela jurisdicional deferida pelo Estado ao grupo excluído (Freitas; Lehfeld; Neves, 2022, p. 103; Matanzaz, 2023, p. 21; Ramacciotti; Calgaro, 2022, p. 19-20; Siqueira; Castro, 2017, p. 109-110).

Apesar de haver pouco debate teórico e doutrinário quanto à distinção terminológica entre “minorias” e “grupos vulneráveis”, os termos não se confundem, superando uma discussão meramente conceitual, mas sim uma discussão que acarreta consequências de fato. Não se omite que tanto as minorias quanto os grupos vulneráveis são alvos de intolerância e de discriminação, mas sua diferenciação auxilia na correta identificação dessa parcela da sociedade e proporciona a devida proteção e o exercício de seus direitos fundamentais. As minorias seriam discriminadas pela falta de reconhecimento de direitos e pela ausência de

uma política de identidade; já os grupos vulneráveis, pela dificuldade de acesso a direitos e pela igualdade de participação política (Freitas; Lehfeld, 2022, p. 103-104).

Doutrinadores observam que, no decorrer dos tempos, sempre haverá o surgimento de novas “minorias” e de “grupos vulneráveis”, a exemplo de presos, egressos, obesos, transplantados, pessoas mais altas, pessoas mais baixas, devendo os estudos e as investigações sobre os setores menos favorecidos e protegidos da sociedade serem constantemente atualizados (Brito, 2009, p. 101; Siqueira; Castro, 2017, p. 112).

A dificuldade encontrada pela doutrina em encontrar uma definição que seja aceita de forma ampla e irrestrita sobre os termos não pode ser um empecilho para sua construção. Uma vez que os direitos que tutelam e protegem essa parcela da sociedade necessitam de uma adequada compreensão sobre como implementar direitos fundamentais diferenciados e políticas públicas específicas a fim de interromper as desigualdades de fato e de direito. Os termos “democracia”, “cidadania”, “minorias” e “grupos vulneráveis” estão entrelaçados, demonstrando tanto uma interdependência entre eles quanto o fato de que a superação das discriminações e das intolerâncias trará o “resgate de uma cidadania perdida ou escondida dentro do armário” (Brito, 2009, p. 99; Iensue, 2023, p. 897).

Não há, nem haverá, uma definição universalmente válida e aceita por toda a comunidade jurídica, seja internacional ou nacional, sobre o que sejam “minorias” ou “grupos vulneráveis”. Interpretações conceituais são díspares em virtude da linguagem jurídica não ser um retrato matemático exato. Entretanto, dificuldades técnicas de precisa formalização de significados não devem ser empecilhos para o esforço de construção de uma delimitação de concepção dos tipos de grupos de pessoas estigmatizadas e desprotegidas pela sociedade. Mesmo não havendo unanimidade de conceituação, podemos envidar ainda que de forma provisória o esboço de um critério mínimo de distinção entre eles. A desigualdade se perpetua quando não se estabelece a diferença do que não é semelhante.

Silenciados seriam todos os grupos estigmatizados, conjugados pelas “minorias” e “grupos vulneráveis”, por não terem poder de fala e plena capacidade de se expressar e de requerer seus direitos, isso derivado da ausência de representação econômica, política e social, tendo suas “vozes” silenciadas e, muitas vezes, nem ouvidas.

Minorias são vítimas de diferenciação cultural, tendentes a agregarem-se culturalmente buscando proteção recíproca, geralmente em um determinado espaço territorial, sendo excluídos social, política e economicamente. Demandam a promoção de seus direitos com o afastamento dos atos discriminatórios, entretanto com a preservação do objeto

discriminado que faz parte de sua identidade cultural e que unifica o grupo preservando seus traços identitários.

Grupos vulneráveis são vítimas de desigualdades de acesso a direitos e de participação política, não tendo traços de identificação cultural unificadora, porém têm seus direitos violados, encontrando-se em situação de subordinação e não-dominância. Almejam o exercício dos seus direitos, sem a preservação do ato discriminatório que os deixa em posição de vulnerabilidade.

A diferenciação permite, ao mesmo tempo, a identificação precisa do grupo minoritário envolvido e, por consequência, a concessão da medida jurídica adequada e o planejamento de políticas públicas específicas, de acordo com as necessidades individualizadas de cada grupo. Conceito este que deve ser revisto pela possibilidade de inclusão de “minorias” e “grupos vulneráveis” que hão de surgir com o passar dos anos.

2.2 Minorias e Grupos Sociais Vulneráveis

A identificação dos tipos de “minorias” e “grupos vulneráveis” deve representar um esforço inafastável por parte do Estado e de toda a sociedade, que, ao realizá-la de forma eficiente, poderá proporcionar uma proteção eficaz, de acordo com a necessidade de cada grupo. A promoção dos direitos declarados nas normas do ordenamento jurídico só sairá do aspecto meramente formal para o ideal plano material com a compreensão da diferença que cerca esses grupos, identificando detalhadamente suas peculiaridades e particularidades. O Estado somente poderá proteger eficientemente se entender, de forma plena, quais são as reais causas da exclusão, da discriminação e da desagregação de cada grupo minoritário específico.

Em pleno século XXI, apesar dos avanços sociais, o exercício de direitos fundamentais não é usufruído de forma isonômica por todos os membros da sociedade. Respectivamente, não há o respeito à pluralidade de pessoas existente nos grupos sociais. Ao Estado cabe identificar os traços humanos unificadores dos indivíduos e estudar seus fatores diferenciadores, especificando os que causam danos à parcela marginalizada. Ao realizar essa delimitação, pode-se optar ora pelo implemento de políticas públicas de inclusão, ora pela criação de normas para que um comportamento social possa ser suprimido ou reprimido, com o intuito de atingir a isonomia de direitos e coibir práticas discriminatórias. A igualdade social decorre da implementação de uma proteção especial aos que são vítimas de opressão, vez que não estão inseridos nos espaços públicos e de poder, nem são reconhecidos em seus direitos (Siqueira; Castro, 2017, p. 108-109).

Como visto, existem defensores da distinção e outros da sinonímia entre os termos. Os adeptos do sinônimo identificam a similitude entre eles por estarem em uma mesma situação de vulnerabilidade e exclusão. Pode-se encontrar na doutrina e nos julgados tanto a referência aos “grupos vulneráveis” quanto às “minorias” para identificar os excluídos como uma só unidade de pessoas. Os que se posicionam pela distinção argumentam que as “minorias” se caracterizam por diferenças culturais coletivas, que devem ser preservadas, e os “grupos vulneráveis” como vítimas de desigualdades, que devem ser enfrentadas ou dirimidas (Bastelli, 2014, p. 24; Matanzaz, 2023, p. 21).

Os grupos estigmatizados e excluídos seriam identificados pelos seus fatores individualizadores, sendo o gênero expresso pelo termo “grupos vulneráveis *lato sensu* ou em sentido amplo”, que teria como espécies as “minorias” e os “grupos vulneráveis *stricto sensu* ou em sentido estrito”. As “minorias” seriam caracterizadas por uma ligação identitária cultural coletiva (etnia, religião, língua). Já os “grupos vulneráveis *stricto sensu* ou em sentido estrito” seriam identificados seja por fatores físicos (gênero, cor, idade e deficiência), seja por opções da personalidade (homossexualidade, travestis, simpatizantes de ideologias políticas) ou por fatores socioeconômicos (trabalhadores, migrantes, refugiados, pobres, favelados, desempregados, consumidores, sem-terra) (Bastelli, 2014, p. 25-28).

A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis é evidenciada pelos argumentos expostos, pois eles estão em posição de subjugação e necessitam de auxílio, por meio de proteção específica e individualizada. Na busca pela diminuição da distância entre os direitos abstratos enunciados nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais e a realidade do seu exercício pelos segmentos excluídos, de modo que sua realidade se aproxime de uma vida considerada digna, cabe ao Estado promover, além do acesso a bens básicos e vitais, o combate aos processos de exclusão, como a desqualificação social, a desagregação identitária, o desrespeito intersubjetivo e a anulação de alteridades (Barreto; Costa, 2015, p. 63; Jubilut, 2005, p. 22-23).

A exclusão e a vulnerabilidade são fatores negativos decorrentes da interlocução entre os “recursos materiais ou simbólicos” e o “acesso às oportunidades sociais”, redundando em desvantagens para as “minorias” e os “grupos vulneráveis” quanto ao usufruto de direitos fundamentais e quanto à sua mobilidade social reduzida. Combater as causas da exclusão e da vulnerabilidade tornou-se um objetivo tanto dos Organismos Internacionais, por meio de seus tratados e convenções, quanto dos ordenamentos constitucionais de países democráticos, com a declaração de direitos fundamentais em prol das camadas sociais minoritárias. O enfrentamento parte de duas perspectivas: a “promocional”, através de políticas públicas e de

medidas de proteção específica, com a finalidade de promover a igualdade material de acesso e de oportunidades; e a “repressivo-punitiva”, que tem como meta punir e proibir qualquer forma de discriminação e de violação de direitos. A perspectiva “repressivo-punitiva”, inclusive, aproxima as minorias e os grupos vulneráveis do sistema criminal, passando estes a serem reconhecidos como vítimas de formas específicas de violência, derivadas de sua peculiar condição de vulnerabilidade (Barreto; Costa, 2015, p. 64).

Estando ambos os grupos em posição de subjugação e de subordinação, porém cada um com suas devidas peculiaridades, devem ser protegidos de modo específico e individualizado, de acordo com suas realidades. As minorias seriam reconhecidas por uma identidade cultural coletiva que as une, seja pela etnia, religião ou língua. Os grupos vulneráveis seriam distinguidos por fatores discriminatórios físicos, de personalidade ou socioeconômicos. O real enfrentamento da exclusão deve ser prestado pelo Estado por intermédio de uma atividade promocional, com a implementação de políticas públicas de igualdade de acesso e de medidas específicas de proteção, ou através de atividade normativa, com a punição e proibição dos atos discriminatórios e violadores de direitos.

A atividade normativa punitiva repressiva, como método de materialização de defesa em favor da proteção das minorias e dos grupos vulneráveis, é um formato de tutela estatal recente, mas que cotidianamente vem sendo acentuado e reivindicado por parcela da sociedade como meio de combate ao preconceito e à discriminação. Dentre as normas punitivas, as de índole do Direito Penal vêm sendo recorrentemente apontadas como ferramenta antidiscriminatória e método punitivo necessário contra atos ilícitos praticados em desfavor dos grupos minoritários.

3 DIREITO PENAL E VULNERÁVEIS

O Direito Penal, como instrumento jurídico-normativo, teoricamente seria usado como *ultima ratio* de proteção da sociedade. Sua forma extremada somente se revelaria presente quando os demais ramos do direito não tivessem eficácia regulativa e protetiva. A criminalização primária deveria ser isonômica, criando abstratamente delitos e penas para proteger os membros de toda a sociedade e os bens jurídicos sem distinção. A criminalização secundária teria a tarefa de processar e punir todos aqueles que infringissem a norma penal, por meio de um sistema persecutório não discriminatório.

O estudo teórico e crítico do Direito Penal e a influência do poder persecutório criminal sobre as minorias e os grupos vulneráveis têm a intenção de promover um estudo concreto dos efeitos jurídicos no cotidiano do sistema punitivo. Busca-se entender como, de fato, o fator vulnerabilidade orienta a instrumentalização do Direito Penal, verificando especificamente quem são os destinatários finais da criminalização e do encarceramento.

O Direito Penal tem a finalidade de proteção de interesses relevantes à sociedade, realizada por intermédio de normas penais. Possui natureza subsidiária e, excepcionalmente, constitutiva ao tutelar bens jurídicos. Tem a função de “promover a inclusão onde há exclusão, prover direitos onde há violação”. A intervenção jurídico-penal consiste na garantia de conceder aos cidadãos uma vida pacífica, livre e segura (Barreto; Costa, 2015, p. 59; Bastelli, 2014, p. 78-81; Santos, 2017, p. 77).

O Direito Penal tutela a paz social, promovendo um Estado Democrático de Direito em que os direitos individuais e coletivos são respeitados e preservados. Os Direitos Humanos exercem sobre o Direito Penal uma dupla função: negativa, como limite de sua intervenção; e positiva, tutelando direitos com a criação de uma lei penal (Baratta, 2019, p. 27-28; Santos, 2017, p. 75).

Entretanto, o Direito Penal, em geral, instrumentaliza uma “segregação social” como forma de controle societário, culminando em uma divisão dos seres humanos em “castas”. Sendo arbitrário, não pune de forma igualitária todos os delitos, independentemente da classe dos autores, recaindo, em regra, sobre a parte mais débil e economicamente desfavorável da sociedade. Ele é instrumento de opressão e de separação entre os “cidadãos de bem” e os “cidadãos do mal”. É seletivo quanto à sua clientela, formatando estereótipos conforme o “grau de vulnerabilidade” dos destinatários à criminalização. A criminalização secundária, indicadora de quem são os criminalizados, realizada pelas agências persecutórias (polícia, promotores, juízes e sistema prisional) — “filtradores” do sistema criminal —, incide de

forma perceptível sobre determinados grupos de pessoas (Prado, 2020, p. 30, 44, 60 e 154; Santos, 2017, p. 3; Zaffaroni, 1998, p. 137; Zaffaroni; Santos, 2020, p. 78 e 97).

A justiça criminal é seletiva tanto no que concerne à escolha e proteção de bens e interesses quanto no que concerne ao processo de indicação de sua “clientela”. O sistema punitivo é ideologicamente organizado em uma sociedade de classes, objetivando proteger os interesses da classe dominante, sendo um instrumento de controle social da classe dominada. É elitista, pois alcança exponencialmente as “classes sociais mais débeis”, evitando atingir os detentores do poder econômico e aqueles que elaboram as normas penais, conservando uma “estrutura vertical de dominação e de poder” (Baratta, 2011, p. 166; 2019, p. 29-30; Prado, 2020, p. 36; Zaffaroni, 1998, p. 134).

Estudos criminológicos apontam a vulnerabilidade como fator de orientação do exercício do Direito Penal, sendo comumente seus destinatários indivíduos estigmatizados, provenientes dos estratos sociais menos abastados e pertencentes a grupos políticos não dominantes. O sistema penal é estruturado de forma a não aplicar a legalidade processual *erga omnes*, possibilitando seu exercício arbitrário e seletivo sobre os vulneráveis. O ordenamento legislativo penal privilegia uns, de forma direta ou indireta, em detrimento de grupos “racialmente identificados”, manifestando o que se denomina “racismo institucional” (Barreto; Costa, 2015, p. 67; Lima; Araújo, 2023, p. 212-213; Prado, 2020, p. 130).

O Direito Penal é direcionado às classes populares, em especial aos “grupos sociais mais frágeis”, mesmo sendo os comportamentos socialmente delitivos praticados por todas as camadas sociais e que as graves violações de direitos humanos têm como autores grupos dominantes. A estigmatização dos excluídos sociais, fomentada pelos órgãos de controle formal, resulta na coincidente característica da “clientela prisional”. Por ser seletiva, a massa carcerária é composta de pessoas de pouco poder econômico e desprovidas de direitos. A seletividade das sanções penais estigmatizantes e seus efeitos consecutórios, dentre eles o cárcere, tem o intuito de manutenção da “escala vertical da sociedade”, frustrando uma possível ascensão social dos “estratos mais baixos” e aumentando a desigualdade social (Baratta, 2011, p. 166; 2019, p. 29-30; Cervi, 2010, p. 114-115; Prado, 2020, p. 59 e 151; Zaffaroni, 1998, p. 134).

A seletividade penal é um “dispositivo social e jurídico afirmativo de punição”. A teoria do etiquetamento (*labeling approach*) carimba determinados indivíduos como delinquentes, prioritariamente oriundos das escalas sociais mais baixas, sendo por si só considerados infratores delituosos, e somente por esses fatores criminógenos são caracterizados como praticantes de condutas delituosas. Na América Latina, entre os quais

países como o Brasil, há em curso um processo de desumanização de indivíduos. Seleccionados pelo Direito Penal, com o exercício do procedimento de criminalização secundária fomentada pelas agências sociais formais de controle, recai, de forma notória, sobre as camadas sociais mais carentes. O cárcere serve como instituto de produção e reprodução dos etiquetados como delinquentes, recrutados entre as camadas marginais mais débeis da sociedade. O encarceramento no sistema penal brasileiro demonstra, ao mesmo tempo, uma “crise de desigualdade” e uma “seletividade racial” (Baratta, 2019, p. 31; Lima; Araújo, 2023, p. 208; Prado, 2020, p. 130-131 e 135).

O sistema de criminalização é diretamente proporcional ao grau de poder. É ilusória a vulnerabilidade de corporações frente ao sistema criminal, mesmo existindo conflitos entre empresas multinacionais. O poder punitivo funciona em desfavor, predominantemente, de corporações jurídicas vulneráveis, sobressaindo-se entre as médias e pequenas, pois estas não têm nem a estrutura de controle interno, nem a sofisticação para atender às demandas externas das grandes empresas. As pequenas e médias empresas, diante de seu *status* econômico, não exercem qualquer pressão ou *lobby* político, administrativo e judicial (Zaffaroni; Santos, 2020, p. 78-79).

Dirimindo a seletividade estigmatizante do sistema social e criminal, o Direito Internacional dos Direitos Humanos encabeça duas vertentes. A primeira consiste na defesa dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, que se efetiva pela promoção da igualdade material através do implemento de ações afirmativas e de políticas públicas específicas, com a inclusão dos grupos sociais marginalizados. A segunda diz respeito ao enfrentamento e à repressão das práticas sociais e criminais discriminatórias. Dessa forma, convergem os Direitos Humanos e o Direito Penal, com a implementação concomitante de ações de caráter repressivo-punitivo articuladas com a promocional e participativa. A necessidade de medidas sociais e penais tem a função de coibir práticas discriminatórias e responsabilizar seus autores, cabendo ao Estado a formação de um sistema preventivo voltado a combater os tipos delitivos discriminatórios, bem como a normatização da criminalização de condutas outrora não punidas (Bastelli, 2014, p. 10 e 41; Jorge; Júnior, 2023, p. 139).

O Direito Penal, como forma de proteção de minorias na medida de suas vulnerabilidades frente à estrutura social hegemônica, deve se estruturar institucional e normativamente em defesa desses grupos. O reconhecimento dos Direitos Humanos e seus reflexos sobre o Direito Penal reforça a tese de garantia de fruição de direitos por todos, conferindo efetividade aos direitos emancipatórios. Cristaliza-se assim a noção de vulnerabilidade penal, não somente quanto ao significado de acolhimento e proteção às

vítimas de delitos, mas também quanto ao surgimento de um propósito expansionista, com o fomento de legislações penais de proteção e criminalização específicas em favor desses segmentos minoritários (Barreto; Costa, 2015, p. 61-62 e 66; Matanzaz, 2023, p. 21-22).

Os estudos criminológicos tradicionais e as teorias de reação social identificaram a vulnerabilidade criminal através da seletividade dos destinatários das normas penais, categorizados como “desviados sociais”. Diversa é a perspectiva de um “Direito Penal dos vulneráveis”, que nota a vulnerabilidade como fator de identificação e de proteção das vítimas de formas específicas de violação de direitos humanos. O Direito Penal deve ser seletivo, mas no sentido de preservar a vida em sociedade, mantendo a paz comunitária e interferindo o mínimo possível nas relações sociais, de modo a evitar que as normas penais recaiam somente sobre as classes e grupos sociais vulneráveis. O Direito Penal Mínimo deveria ter por parâmetro os direitos humanos como forma de limitar o poder punitivo do Estado, assegurando que os destinatários das normas penais sejam tanto os grupos dominantes quanto os minoritários, sem distinção, preconceito ou estigmatização (Barreto; Costa, 2015, p. 67; Santos, 2017, p. 128 e 145).

O Direito Penal, como ramo do ordenamento jurídico, foi tradicionalmente usado como regramento segregatório discriminador da sociedade, punindo de forma não isonômica e tendo como resultado a perseguição e o encarceramento da parcela mais vulnerável, mostrando-se seletivo quanto aos tipos de bens jurídicos a serem protegidos e desigual quanto aos destinatários finais da aplicação da sanção penal. A criminalização primária, tipo abstrato de delito criado pelo Estado, e a criminalização secundária, instrumento persecutório penal, em vez de isonômicas e imparciais, mostraram-se desiguais quanto ao objeto de proteção de direitos e parciais quanto à sua “clientela” — a quem o sistema interessa punir e encarcerar.

Os Direitos Humanos, como plataforma jurídica, iniciaram um novo aprimoramento da forma de defesa dos grupos minoritários, seja pela promoção material de políticas públicas de igualdade de acesso e de oportunidades, ou pela tutela punitiva contra práticas discriminatórias por meio de sanções jurídicas, dentre elas as de ordem criminal. O Direito Penal passa a ser estruturado como plataforma jurídica de proteção das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”, destinado a punir atos discriminatórios, havendo, por conseguinte, uma expansão punitiva. O Direito Penal é visualizado como um fator de proteção específico contra o descumprimento dos regramentos protetivos dos Direitos Humanos, dentre as quais as violações aos direitos dos grupos minoritários.

3.1 Direito Penal como Instrumento Segregador

O Direito Penal como sistema normativo delimitativo de delitos e impositivo de penas deveria ser aplicado de forma subsuntiva e, somente, quando os outros ramos do direito não tivessem eficácia protetiva. Praticado um crime e identificado o culpado com a observância do devido processo legal, deveria ter, por consequência, a aplicação de uma pena. Porém, da realidade do exercício punitivo, foi observada sua instrumentalização discriminatória. O sistema penal pretensamente imparcial e isonômico foi submetido à crítica, porque o resultado final é diverso do que o teoricamente pretendido. A parcialidade e a seletividade ficaram evidentes, pois latente está a preferência de punição sobre uma parcela da população.

O contexto histórico demonstra o Direito Penal como um fator de fixação e imposição de “políticas criminais de caráter autoritário”. Há uma expansão do Direito Penal, que criminaliza novas condutas, aumenta as penas e mitiga as garantias processuais sob o discurso do efetivo combate à criminalidade e da proteção de bens jurídicos. O Estado Social é substituído pelo Estado Penal (Barreto; Costa, 2015, p. 71; Greco, 2020, p. 7; Oliveira, 2023, p. 283).

O poder punitivo, por ser seletivo, não individualiza seu exercício de forma isonômica, pois o funcionamento do sistema penal é desigual, e o processo de criminalização secundária promovido pelas agências estatais de repressão executa uma política criminal arbitrária. O Direito Penal não é aplicado de modo igual a todos: o *status* de criminoso é concebido de modo divergente, sobressaindo um enfoque racial, já que as ações estatais não são neutras. O Direito Penal imputa-se sobre quem a estrutura social descreve como delinquente, diferenciado ou anormal, como se a figura do criminoso estivesse atrelada a um “determinismo criminológico” (Bissoli Filho, 2019, p. 15; Cervi, 2010, p. 112; Prado, 2023, p. 45 e 67; Zaffaroni; Santos, 2020, p. 97).

O Direito Penal elege os “candidatos à criminalização” por meio de estereótipos. O processo de criminalização tipifica os mais vulneráveis. O sistema punitivo, organizado de forma ideológica, tem o objetivo de resguardar os interesses da classe dominante. Como instrumento de controle social, é opressor, elitista e seletivo, recaindo sobre as “classes sociais mais débeis”, evitando processar e, quanto mais, punir os detentores da criação das leis, conservando uma “estrutura vertical de dominação e de poder”. Como ferramenta de proteção aos interesses dominantes, a “hegemonização do controle político” criminal serve como mecanismo de subjugação das “classes subalternizadas” (Chersoni; Goulart; Leal, 2023, p. 315-317; Deschamps, 2023, p. 86-87; Prado, 2020, p. 36; Zaffaroni, 1998, p. 251-252).

O sistema penal funciona de forma desigual e é seletivo em seu processo de criminalização, optando por condutas praticadas por pessoas oriundas das classes sociais mais vulneráveis, gerando uma zona de marginalidade: a população criminoso. A seletividade do Direito Penal incriminatório não se aplica apenas a pessoas de “classes sociais mais baixas”, mas é resultado de uma estrutura de escolhas de comportamentos delitivos a serem sancionados e do direcionamento dos recursos persecutórios executivos das normativas penais. A função seletiva do sistema penal se transmuda em função marginalizadora, demarcando as zonas criminógenas e atingindo os “estratos mais baixos do proletariado” (Baratta, 2019, p. 44; Bissoli Filho, 2019, p. 16-17).

O sistema penal é seletivo. As agências formais de perseguição e de controle social do crime promovem a triagem entre aqueles considerados perigosos e rotulados como de má índole. O sistema penal realiza um *apartheid* entre “ricos e pobres”, “brancos e negros”, “adequados e marginalizados”. É arbitrário ao não punir de forma isonômica as condutas delitivas, sancionando, de modo geral, a parte “mais débil” e os “extratos economicamente mais desfavorecidos” (Prado, 2020, p. 30, 44 e 49).

O Direito Penal pune com ênfase no que concerne às “minorias sociais, políticas, raciais e étnicas”, independentemente da época e do território. Historicamente, há uma simbiose do Direito Penal com as minorias, não em sua defesa, mas em uma versão sanitarista que pretende afastar os “indesejáveis” do convívio social, sendo os grupos minoritários e os vulneráveis sua clientela e alvo principal de punição. O jargão popular formulado pela tríade “preto, pobre e puta” cristaliza o entendimento imaginário-social da caricatura dos destinatários do Direito Penal, anunciando que o alvo primário do sistema penal está no pigmento epidérmico e no desprovimento de recursos financeiros das pessoas. O vulgar jargão popular dos “três pês” (pretos, pobres e putas) deve ser alterado para “pretos, pobres e azarados”, devido ao aumento do leque dos excluídos. O sistema punitivo é desigual, e a violência racial recai sobre “portadores de maior quantidade de melanina”, sendo que a “cor da pele” e os “traços biológicos” são o alvo principal, com o consequente descarte desses corpos humanos para o cárcere. O Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* e se torna a *sola ratio* quando o destinatário é a população pobre e de cor negra (Baracho Júnior, 2023, p. 29; Lima; Araújo, 2023, p. 225; Matanzaz, 2023, p. 18-19 e 22; Prado, 2023, p. 45 e 66).

A legitimação do Direito Penal encobre um sistema punitivo que favorece uma classe que, na maioria das vezes, permanece impune, frente a outra que é predominantemente condenada. É incipiente a aplicação das normas penais aos detentores dos meios econômicos e de produção, e, por ser seletiva e elitista, favorece a classe nobre da sociedade, mantendo

pacíficas, por meio do rigor da lei, as classes menos abastadas. Imuniza do processo de criminalização comportamentos delituosos praticados pelas classes acumuladoras de capital, direcionando os desvios criminosos realizados pelas “classes subalternas”. A persecução do tipo penal, promovida pelas agências estatais, aplica uma “rede fina” quando almeja enquadrar condutas criminosas executadas pelas classes subalternas, enquanto usa uma “rede larga” quando intenta punir condutas delitivas das classes mais favorecidas. A criação dos tipos penais é severa quanto aos pobres, porém benevolente aos favorecidos. As prisões servem para acomodar a parcela social desprovida de recursos, correspondendo aos anseios de um pequeno grupo detentor de poder (Baratta, 2011, p. 165; 2019, p. 45; Cervi, 2010, p. 113-114 e 123; Prado, 2020, p. 36).

O Direito Penal torna-se um instrumento institucionalizado de punição dos mais pobres, sendo estes clientes preferenciais do cárcere. O discurso midiático e populista de maior rigor penal demonstra sua ineficiência, pois o Direito Penal pune de forma desigual e, quando há punição, a realiza com o afastamento de garantias fundamentais, fomentando um “direito de exceção”. O Estado cria artifícios legais, promovendo uma austeridade do poder punitivo quando se depara com a impunidade de alguns crimes de natureza grave e cruel, seja em razão da ineficiência da investigação criminal, seja pela demora na decisão judiciária, até, além disso, pela prescrição da pretensão punitiva, com o argumento da necessidade da máxima punição, mesmo com a mitigação dos direitos e garantias penais e processuais (Prado, 2020, p. 10-11, 17 e 24).

Foi constatada a seletividade do Direito Penal, derivada de um sistema de criminalização primária, formulador de tipos penais voltados a aplicar à parcela vulnerável, e de uma criminalização secundária, promovida pelas agências persecutórias que indiciam, denunciavam, condenam e executam, primordialmente, as camadas minoritárias. Pois, independentemente da consciência ou não dos operadores jurídicos de que o sistema criminal está criminalizando e encarcerando preferencialmente pessoas das classes menos favorecidas, o resultado final não deixa dúvidas.

O sistema punitivo não alcança a todos, e, quando a parcela mais favorecida da sociedade é punida — quando é punida —, o resultado são penas brandas ou há punição como forma de contentar e aplacar os anseios da massa, demonstrando que os criminosos de “colarinho branco” também são punidos. A exceção da punição de pessoas da classe social elevada representa a regra da punição da classe adversa. O Direito Penal tornou-se um sistema de institucionalização da criminalização dos mais vulneráveis.

3.1.1 Seletividade Penal dos Vulneráveis

A justiça e a igualdade, como elementos fundantes teóricos de um Direito Penal ideal a ser aplicado em uma sociedade que prima por um Estado Democrático de Direito, deveriam ser concretizadas de forma isonômica a todas as pessoas e aplicadas aos fatos delitivos realizados sem distinção ou discriminação. Porém, quando há um aprofundamento da análise do resultado prático da aplicação do direito punitivo, a criminalização se mostra injusta e desigual. Verifica-se que o Direito Penal, como elemento segregador a cargo do Estado, não é neutro e elege uma parte da sociedade para ser enquadrada nos tipos penais.

A aparente neutralidade do Direito Penal, por meio de leis dirigidas a todos sem distinção de cominação penal aos violadores das normas criminais, é refutada pela simples observação das pessoas que compõem a “massa carcerária”, tendo como clientela preferencial os pobres e os destituídos de direitos. O ideário de justiça e de igualdade, como fundamentação teórica de um Direito Penal justo, na prática atinge, em regra, os “grupos minoritários, marginalizados e indesejáveis” da sociedade. O sistema punitivo é segregador, visando os excluídos e os opositores do sistema. A criminalização secundária recai de forma seletiva sobre os mais vulneráveis (Bastelli, 2014, p. 102-103; Lima; Araújo, 2023, p. 222; Matanzaz, 2023, p. 18; Zaffaroni; Santos, 2020, p. 103 e 112).

O etiquetamento dos criminosos como o “outro”, o “mau”, o “inimigo” seleciona os mais vulneráveis e os desprovidos de poder. O sistema penal é desigual e discriminatório, tendo como arquétipos os grupos em desvantagem social. Esse suposto funcionamento preferencial sobre uma determinada classe de pessoas não é um distorcido funcionamento do sistema penal, mas procedimento essencial de sua perpetuação. Quando se desnuda a real função do sistema punitivo, esse se revela como manifestação de poder e instrumento de dominação, com o objetivo de disciplinar e controlar os “indesejáveis” e os “marginalizados”. Ao inventar “párias” e promover o discurso do combate à pobreza, personifica a preferência por pessoas com “melanina”, em sua maioria excluídas da classe privilegiada, sendo clara a discriminação. O “*apartheid* fático” é notado pela “falta de melanina” nas universidades e instituições públicas e privadas, e ao mesmo tempo abundante perante os criminalizados e encarcerados (Karam, 2021, p. 63 e 70; Barreto; Bastos; Santos, 2023, p. 26; Zaffaroni; Santos, 2020, p. 55 e 106-107).

Existem milhares de mandados de prisão expedidos pelo Poder Judiciário brasileiro aguardando cumprimento, para serem alocados nas unidades prisionais superlotadas. Devido à grande demanda dos mandados a cumprir e dos já cumpridos, e pela falta de vagas nas

unidades prisionais, gera-se um outro sistema de seletividade dos candidatos a quem vai preencher os espaços que surgem. A superlotação do sistema penitenciário assemelha-se, em muitos casos, aos típicos “campos de concentração”. A “questão penitenciária” não é neutra; uma simples vistoria nas unidades prisionais constata-se de plano que a maioria da “massa carcerária” é oriunda das classes pobres e excluídas, apontando que a população majoritária de detentos é extraída do proletariado e das zonas socialmente marginalizadas. A incidência negativa indireta da pena carcerária atinge especialmente as famílias dos condenados dos “estratos sociais mais baixos”, mais do que daqueles oriundos dos “estratos elevados”. As teorias de “tolerância zero”, da “vidraça quebrada” e do “movimento da lei e ordem” não conduzem à minimização da criminalidade, mas revelam o encarceramento dos mais pobres e, conseqüentemente, a elevação da população carcerária entre os mais vulneráveis (Baratta, 2011, p. 167; 2019, p. 42-43; Cervi, 2010, p. 59 e 161-162; Chersoni; Goulart; Leal, 2023, p. 326; Zaffaroni; Santos, 2020, p. 117).

Carnelutti (2023, p. 19-25) escreveu: “... para mim, o mais pobre de todos os pobres é o encarcerado. ... O encarcerado é, essencialmente, um necessitado”. O alvo preferencial do sistema penal está exposto nas prisões, em celas entre muros e grades. O “processo massivo de encarceramento” vitimiza jovens, negros e os moradores de bairros periféricos. Isso não acontece somente em nosso território, vai além fronteiras. O sistema penal é seletivo e fragmentário, mas atua em favor dos interesses dos detentores do poder econômico (Cervi, 2010, p. 142; Karam, 2021, p. 63-64).

Analisando o processo de proibição das drogas, a fundamentação de proteção da saúde individual e pública encobriu a verdadeira intenção da criminalização das substâncias entorpecentes, que foi a instrumentalização para a segregação e a marginalização das “minorias” negras e pobres, desmentindo o clássico pensamento de que o direito penal serve para proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade. A criminalização primária das drogas, a cargo do legislador ao estabelecer parâmetros legais para definição entre traficante e usuário, beneficiou as classes sociais média e alta branca, prejudicando as classes baixa e negra, sendo estes últimos os preferencialmente selecionados pelo Direito Penal na incidência de tipificação de traficância, permitindo de pronto o etiquetamento segundo as teorias deterministas e lombrosianas. Esses estereótipos em desfavor dos marginalizados traficantes, como sendo pobres e negros, não estão imputando somente o reconhecimento de fato típico criminoso, mas o enquadramento de uma classe social composta de miseráveis e reconhecidos pela cor da pele, que acaba, pelos setores da criminalização secundária, por ser mais facilmente identificada, processada e condenada como “traficante”, tão somente pela condição

de vulnerabilidade social e racial. Os alvos prioritários do combate ao tráfico são os “mais vulneráveis, os pobres, marginalizados, de pele escura e os pequenos varejistas” (Karam, 2021, p. 20; Lima; Araújo, 2023, p. 217 e 220-221).

O sistema penal, como forma de repressão, cria um “alvo”, iniciando em seguida sua perseguição, e retroalimenta a insegurança com o aumento da vigilância e perseguição a determinados setores da sociedade. O Direito Penal deveria ser igual, porém é, na verdade, desigual, não defendendo de forma isonômica os bens jurídicos essenciais, nem enquadrando de forma paritária o *status* de criminoso a todos os indivíduos, sendo, portanto, “seletivo por natureza” e “desigual por excelência”. A legislação penal é “efetiva contra uns e quase inaplicável contra outros”. A classe branca e abastada só de forma excepcional é tipificada com o *status* de criminoso; em sua maioria, é a classe pobre e negra que é categorizada como “desviante”. O “caráter classista” e o “racismo institucional” ficam evidentes pela aflição penal dirigida aos “estereótipos historicamente selecionados” (Baratta, 2011, p. 162; Batista, 2011, p. 88; Lima; Araújo, 2023, p. 214, 222-223 e 226).

Os efeitos da intervenção penal são desiguais quanto à pessoa do criminoso e ao âmbito familiar e societário que o cerca. O *status* social do condenado é mais grave quando incide sobre jovens das classes mais carentes do que sobre aqueles de classe média e alta. Os jovens ex-detidos abastados reintegram-se mais rápido e com maior facilidade ao ambiente social do que os ex-detentos jovens de famílias do baixo escalão social, pois o encargo de “criminoso” resulta, para estes, em uma marca permanente. A seletividade penal incide sobre as “camadas sociais mais baixas”; os mecanismos de criminalização atingem, em sua maioria, a “população pobre, marginalizada, desprovida de poder e de pele escura”, sendo essa a parcela mais vulnerável da sociedade. O sistema penal é desigual e parcial; as exceções de igualdade e de imparcialidade confirmam a regra (Baratta, 2019, p. 42-43; Batista, 2011, p. 25-26; Cervi, 2010, p. 131 e 142; Chersoni; Goulart; Leal, 2023, p. 325-326; Karam, 2021, p. 22 e 24-25).

O Direito Penal é seletivo e fragmentário em favor de uma classe abastada e em desfavor das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”. Constata-se que, quando o Estado fundamenta a proibição de uma conduta como forma de proteção de um bem jurídico, na verdade instrumentaliza uma criminalização seletiva e fragmentária, marginalizando os grupos minoritários. O enquadramento do fato típico não se resume à subsunção ao tipo descrito em abstrato na norma, mas está voltado a tipificar e encarcerar a classe social desprovida de recursos e de direitos.

3.2 Direito Penal como Instrumento de Proteção

O Direito Penal, como instrumento segregador da parcela minoritária e vulnerável da sociedade — conforme demonstrado —, é uma realidade visível diante da simples constatação de quem são os destinatários finais primordiais da criminalização. Com o passar do tempo, uma nova vertente, impulsionada pelos defensores dos Direitos Humanos, inicia um processo de instrumentalização do outrora instrumento segregador do Direito Penal, convertendo-o em ferramenta de inclusão e proteção dos direitos fundamentais das minorias e dos grupos vulneráveis. Movimentos sociais organizados reivindicam a participação do poder punitivo em sua esfera criminal em favor das classes minoritárias, aplicando sanções penais de acordo com as especificidades e a gradação dos ilícitos discriminatórios e estigmatizantes.

Organismos Internacionais de Direitos Humanos incluíram, entre suas plataformas de proteção, a exigência de criminalização de condutas ilícitas discriminatórias como decorrência de violações dos direitos fundamentais, devendo haver punição aos infratores e responsabilizando, em muitos casos por omissão, os Estados não cumpridores dos tratados e convenções ratificados. A República Federativa do Brasil, como pertencente à rede de proteção internacional, formalizou, ainda que de forma tardia e em passos lentos, a previsão de tipos legais punindo atos de violação e de discriminação contra os direitos dos grupos minoritários.

A Criminologia Crítica identificou o Direito Penal como um direito não isonômico, recrutando seus destinatários dentre as classes subalternizadas, decorrente da vulnerabilidade dos menos favorecidos, sendo estes os alvos principais do processo de criminalização. O sistema penal, segundo essa vertente crítica da Criminologia, disciplina o convívio social entre classes de modo discriminatório, demonstrando que a igualdade e a neutralidade são aspectos jurídicos refutados pelo cenário fático, pois o resultado prático criminalizante inexoravelmente alcança determinada classe social em detrimento de outras (Barreto; Costa, 2015, p. 68; Batista, 2011, p. 29-32).

Uma recente análise sobre o conceito de vulnerabilidade, desenvolvida por outra vertente da Criminologia Crítica, fundamenta que violações a Direitos Humanos devem ser consideradas “crimes”. Defende-se a necessidade de criação de “novos processos de criminalização” em favor das minorias e dos grupos vulneráveis — antes rotulados apenas como destinatários do processo de criminalização —, que passam a ser vistos como “vítimas em potencial”. Os defensores dessa nova forma de tutela dos Direitos Humanos utilizam o Direito Penal como instrumento de proteção de interesses específicos, recorrendo as

“estruturas de poder e de controle” que outrora eram vistas como fontes de discriminação, transcendendo a visão negativa dessas estruturas para se apropriar dessas mesmas ferramentas de repressão (Barreto; Costa, 2015, p. 68).

O Direito Penal é promovido a ser um “instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão”, minimizando a violência persecutória estatal e tutelando os mais fracos, protegendo os menos favorecidos, que são vítimas do sistema penal. Afastando o anterior uso unilateral e discriminatório, agora torna-se um instrumento punitivo de violação dos Direitos Humanos dos entes vulneráveis. O Direito Penal, outrora excludente e discriminatório, passa a ser uma forma de afirmação de interesses dos que eram antes somente destinatários e vítimas da seletividade discriminatória, passando a serem “vítimas em potencial e não como autores”. A Criminologia Crítica, ao analisar a busca pela diminuição da intervenção do Direito Penal, detectou, em vez disso, uma “expansão penal” diante do aumento do requerimento de criação de novos tipos penais e do agravamento das penas já existentes (Cervi, 2010, p. 93 e 108; Barreto; Costa, 2015, p. 60; Ferrajoli, 2002, p. 268 e 373).

A proteção dos direitos das minorias por meio do Direito Penal tem se expandido, ao contrário de uma vertente em que as estruturas punitivas persecutórias se voltavam apenas contra classes de pessoas vulneráveis. Esse novo posicionamento concebe a proteção ao punir práticas discriminatórias; porém, reverter um sistema penal punitivo segregacionista exige alteração das estruturas executiva, legislativa e judiciária e dos pensamentos dos operadores do direito (Matanzaz, 2023, p. 19-23).

A ampliação do espectro do Direito Penal em prol da defesa de interesses de grupos minoritários parte da concepção de que crimes praticados contra essa parcela vulnerável constituem violação dos Direitos Humanos, seja por critérios raciais, sexistas ou de exclusão. Esse movimento de repressão à criminalidade reivindica que condutas anteriormente não punidas sejam objeto de tutela do Direito Penal, fruto, por exemplo, do início de lutas de movimentos feministas nos anos 70, que incluíram em sua plataforma de reivindicação a punição de autores de atos violentos contra as mulheres. Esse processo de criminalização resulta na criação de um “Direito Penal dos vulneráveis”, compreendido como a mobilização de grupos minoritários que buscam intervenção por intermédio de normas penais, como forma de afirmação de especificidades, do reconhecimento de suas identidades e por demandas de proteção (Barreto; Costa, 2015, p. 60-61; Karam, 1996, p. 79).

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, dentre eles a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos, promove e exige que os

Estados-Membros que ratificaram os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos cumpram-nos irrestritamente. Dentre as formas de defesa requeridas, estão a faceta punitiva, por meio da criminalização de condutas ofensivas e violadoras dos direitos humanos, e a consequente investigação e punição de seus autores. Caso não cumpram os deveres de criminalização e responsabilização dos autores violadores dos direitos humanos, a omissão dos Estados-Membros pode resultar na responsabilização do ente estatal omissor através de uma condenação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos (Bastelli, 2014, p. 11 e 42-44).

O Direito Penal foi, por décadas, ferramenta normativa de contenção, repressão e perseguição aos grupos minoritários. O Brasil, diante de sua inércia, demorou a usar o Direito Penal como meio de salvaguarda desses mesmos grupos vulneráveis. Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, ampliou-se a previsão de criminalização de ilícitos, visando prevenir e punir violências e discriminações contra as minorias e os grupos vulneráveis. O Brasil vincula-se à rede de proteção internacional dos Direitos Humanos pelo fundamento de princípios regentes de suas relações internacionais. Dentre as normativas de sua Carta Cidadã, está a “prevalência dos direitos humanos” (Brasil, 1988, inc. II, art. 4º), possibilitando que a ordem jurídica nacional invoque o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos (Bastelli, 2014; Matanzaz, 2023).

O tardio uso do Direito Penal pelo Brasil como instrumento de proteção às minorias deve-se à pressão dos Organismos Internacionais e a condenações das Cortes Internacionais de Direitos Humanos por omissão do Estado brasileiro, devido à sua inércia em criminalizar condutas e na persecução penal dos violadores de direitos das minorias e dos grupos vulneráveis. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) estabelece o dever do Estado-membro de criminalizar e punir os atos de violência contra a mulher (Bastelli, 2014; Matanzaz, 2023).

O Estado brasileiro editou, 17 (dezessete) anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 e 12 (doze) anos da Convenção de Belém do Pará, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), porém mais por decorrência de sua condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do que pelo compromisso assumido ao ratificar referida Convenção internacional (Bastelli, 2014, p. 11 e 42; Matanzaz, 2023, p. 18, 22-23 e 25).

O Estado brasileiro promulgou inúmeras legislações de ordem penal, tipificando condutas criminosas discriminatórias e atentatórias aos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, levando em consideração: a) gênero: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/12), Lei Lola (Lei nº 13.642/2018), Lei do Feminicídio

(Lei nº 13.771/2018); b) vulnerabilidades etárias: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/03); c) proteção das pessoas atípicas: Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15 e Lei nº 7.853/89); d) diferenças raciais e étnico-culturais: Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), Lei do Racismo (Lei nº 7.716/89), Lei do Genocídio (Lei 2.889/59); e) demais vulnerabilidades: Estatuto do Consumidor (Lei 8.078/90) (Barreto; Costa, 2015, p. 61; Bastelli, 2014, p. 68; Matanzaz, 2023, p. 23).

O movimento reivindicatório dos partidários que defendem a criminalização de novas condutas e o aumento das penas já cominadas aos crimes vigentes, praticados em desfavor das minorias e dos grupos vulneráveis — a exemplo das leis acima delineadas —, surge da mobilização e da luta pelo reconhecimento desses direitos na sociedade contemporânea. Os movimentos sociais exigem que o Estado, por intermédio do “instrumento de controle do Direito Penal”, através da coerção da ameaça de uma pena, tenha seus direitos respeitados. Isso porque entendem que a proteção das vítimas minoritárias e vulneráveis será maior quando a severidade do poder punitivo estatal for aplicada aos violadores dos seus direitos, partindo da ideia de “quanto mais punição, mais proteção” (Barreto; Costa, 2015, p. 77-79).

A expansão do Direito Penal visando à proteção de minorias e grupos vulneráveis — com a criação de novos tipos penais e aumento das penas vigentes — aparenta proporcionar uma suposta repressão e proteção, contudo, de fato, oculta os motivos que dão origem aos conflitos sociais. A efetividade e a racionalidade na produção de legislações penais são relegadas a segundo plano, sobressaindo-se uma hipertrofia da função simbólica do Direito Penal. Maior intervenção do sistema punitivo é propagandeada como solução para todos os males discriminatórios e estigmatizantes, oferecendo uma resposta fácil, porém falsa, às reivindicações por segurança, conjugada com o desejo igualmente inviável de “instrumento de emancipação dos oprimidos”. Essa lógica “antidemocrática da repressão e do castigo só fará reproduzir a dominação e a exclusão cultivadas” (Barreto; Costa, 2015, p. 79; Bastelli, 2014, p. 100; Prado, 2020, p. 42; Karam, 2021, 15-16 e 92).

As reivindicações de estender o sistema punitivo às condutas discriminatórias tradicionalmente imunes fundamentaram a criação de movimentos populares. Titulares de direitos sociais específicos, dentre eles os movimentos feministas, incluíram a busca pela punição aos autores de crimes contra as mulheres. As reivindicações criminalizantes exigidas pelos demais grupos minoritários e vulneráveis, como exemplo os movimentos ecológicos, de luta pela igualdade racial, de defesa dos direitos LGBTQIAPN+, de defesa das crianças, idosos e PcDs, que aderiram sem uma reflexão profunda ao padrão criminalizador. O movimento foi propagandeado e defendido pelos ativistas dos Direitos Humanos, que antes

denunciavam o sistema punitivo como seletivo, elitista e segregador, agora sem maiores delongas exigem que a atuação do mesmo sistema penal seja direcionada para criminalizar condutas e punir os autores de atos discriminatórios praticados contra as minorias e os vulneráveis (Karam, 2021, p. 26-27).

Essa adesão irrefletida ao sistema penal resultou em uma equivocada compreensão dos direitos humanos fundamentais, a partir de uma interpretação distorcida das normas que os regem, extraíndo “inexistentes obrigações criminalizadoras”. Não houve a percepção da criação de um “padrão discriminatório de classe”, nem a investigação das reais causas da violência e do motivo da atuação punitiva do Estado ao se dirigir predominantemente às “populações pobres e marginalizadas”. O sistema penal é produtor de desigualdade e, sendo seletivo, não se aplica a todos os autores de condutas criminosas; ao contrário, sua eficácia é discriminatória, fundamentando-se na excepcionalidade do alcance de um grupo social frente ao outro. Os raríssimos casos de punição da parcela enriquecida da população são instrumentos de demonstração da legitimação do sistema criminal, ocultando seu papel de “instrumento de manutenção dos mecanismos de dominação” (Karam, 2021, p. 27, 32, 61-62 e 64-65).

A criminalização dos “macrodelinquentes” e dos detentores do poder econômico e político passa à sociedade uma ilusão de punição isonômica. A “macrodelinquência” é geralmente impune, sendo criminalizada de forma excepcional quando há conflitos entre eles por espaço de poder. A retirada da proteção da impunidade sobre os atos ilícitos praticados por um deles é realizada como forma de eliminação da corporação menos favorecida ou de alguém que violou as regras do jogo. Os criminosos do colarinho branco (*white collar crime*), em geral, não são punidos, e quando são, isso é derivado de um entrevero entre os próprios criminosos — ou por um deles se tornar disfuncional para a “macrodelinquência”, ou quando esta elimina a cobertura de proteção por considerar que deixou de ser útil. E, nos julgamentos em que os “macrodelinquentes”, os criminosos de colarinho branco ou os detentores do poder político e econômico são processados e condenados, as penas são mais brandas (Baratta, 2011; Cervi, 2010; Zaffaroni; Santos, 2020).

O sistema penal é fragmentário, tendo como finalidade proteger interesses das classes dominantes, pois a seleção dos bens jurídicos e dos comportamentos lesivos é objeto de controle penal que privilegia os interesses das classes mais favorecidas, imunizando-as, em regra, dos processos de criminalização. Isso gera um paradoxo, porque os mais excluídos, minorias e grupos vulneráveis, que são os predominantemente afetados como destinatários do sistema punitivo, demandam uma crescente resposta desse próprio poder repressivo — que

não criminaliza a classe dominante —, e “quando pune, são com penas brancas; quando encarcera, geralmente são em suas próprias casas” (Baratta, 2011, p. 120; Cervi, 2010, p. 143; Zaffaroni; Santos, 2020, p. 97-98, 120 e 123).

As classes dominadas, percebendo a concentração do sistema persecutório sobre as minorias e grupos vulneráveis e que deixa de criminalizar e punir as condutas delituosas das classes dominantes, não se preocupam em compreender a real razão dessa desigualdade e, de forma ingênua e sem maiores questionamentos, requerem que os mesmos mecanismos repressores e punitivos sejam aplicados à “criminalidade dourada”. A pena é “pura manifestação de poder”, elegendo como destinatários os excluídos e os desprovidos econômicos. A seleção da definição dos crimes e das condutas criminosas obedece a uma regra básica de formação social: há uma desigual distribuição de bens; o *status* criminoso incide preferencialmente sobre os “membros das classes subalternizadas”; os bens e atributos positivos são, em regra, destinados aos “membros das classes dominantes”, servindo a excepcional criminalização, representada pela cominação de penas a um ou outro membro dominante, somente como fator de legitimação do sistema penal, ocultando o seu “papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação” (Karam, 1996, p. 79-81).

A “posição política, social e econômica dos autores dos abusos do poder econômico” imuniza-os da persecução criminal e da consequente cominação de pena. E o afastamento excepcional da “cobertura de invulnerabilidade” da classe dominante, em que conflitos entre setores hegemônicos desse mesmo poder penalizam um ou outro, somente ocorre por colisão de poder ou por um não servir mais ao sistema. Quando há punição sobre os setores dominantes, é perante “personagens subalternos”. A ocasional criminalização de membros da elite social gera uma satisfação e alívio por sua penalização, não só desviando as atenções para as reais causas da punição como também afastando a aplicação de outras soluções penais, provocando a superficial sensação de que, com a punição, o problema estará resolvido. A funcionalidade do sistema penal é invisibilizar as reais fontes geradoras da criminalidade e propagar a crença de que os delitos sociais são combatidos, não diagnosticando os verdadeiros desvios estruturais que alimentam o sistema punitivo (Karam, 1996, p. 82).

A ideologia do “politicamente correto” ampliou a luta de classes entre homens e mulheres, brancos e negros, heterossexuais e homossexuais, adultos e crianças, jovens e idosos, ricos e pobres. Referenda que ações em prol das classes dominadas e em desfavor das dominantes são justificadas “em nome de um futuro melhor e mais igualitário”. Os “crimes (cifra dourada)” são realizados por quem tem, de uma forma ou de outra, o controle do

sistema persecutório, por aqueles que se beneficiam da criminalização primária e secundária, fruto da interpenetração do poder político com o poder econômico. Os raros processos, quando instaurados, resultam em absolvição ou em condenações meramente simbólicas, estas últimas sem o estigma de criminoso ou de encarcerado. A pressão dos grupos minoritários e vulneráveis em busca de punição pelos atos criminosos e discriminatórios de que são vítimas desenvolveu uma luta política nos espaços públicos para tipificar condutas: “todos querem um crime para chamar de seu” (Dieter; Dieter, 2021, p. 9; Prado, 2020, p. 43 e 129).

A expansão do Direito Penal e o enrijecimento punitivo das condutas apoiam-se em um “simbolismo penal”, contribuindo para a falsa percepção de que as condutas estigmatizantes e discriminatórias mereceram a atenção devida, enquanto, na realidade, não contribuíram para a superação fática do problema social. A criação de novos tipos penais e a exacerbação das penas não são métodos eficazes de tutela dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis. As medidas de repressão são reflexo de um “populismo legislativo”, culminando em um “direito penal simbólico”, pois as normas penais são derivações do clamor da opinião pública, consequência de crimes de repercussão social e midiática, objetivando esconder as “mazelas sociais”, tendo pouco efeito prático e manipulando a grande massa social e televisiva. A lei penal não reduz a criminalidade como um “passe de mágica”. A atividade legiferante penal não terá efeitos se não houver a efetiva aplicabilidade dos seus comandos normativos, concomitante à conscientização da sociedade, visando à superação das causas históricas e sociais das discriminações e estigmatizações. A superação de injustiças deve se dar de duas maneiras: primeiro, por meio de “transformações de ordem política”, ao oferecer acesso mínimo aos bens materiais, proporcionando uma vida digna; segundo, pela “desconstrução de padrões culturais institucionalizados”, os quais impedem a igualdade e paridade nas decisões políticas. Devido a essas razões, o Direito Penal não serve de instrumento de reconhecimento e de concretização dessas duas abordagens (Barreto; Costa, 2015, p. 79; Silva; Sousa, 2023, p. 183; Vasconcelos, 2019, p. 6).

A elaboração de novos tipos penais e a exacerbação das penas aos crimes em vigor tem como consequência meramente uma “inflação de normas penais”, sem redução concreta da criminalidade. A diminuição da violência só se efetivará com a intervenção estatal por meio de políticas públicas de valorização de toda a sociedade, especialmente com a inclusão e proteção dos grupos minoritários e vulneráveis. A criminalização é resultado da desigualdade social, e seu combate efetivo deve ser por meio de políticas públicas que proporcionem “condições mínimas de dignidade e inclusão social”, voltadas à redução das desigualdades entre os membros da comunidade, principalmente sobre as camadas mais pobres. O Direito

Penal e seu sistema persecutório não estão preparados para tutelar os Direitos Humanos, porque sua atuação punitiva “ocorre no efeito e não na origem do conflito” (Cervi, 2010, p. 50, 61 e 140-141).

Entender que a proteção das minorias aumenta a partir da maior severidade do poder punitivo estatal, com fundamento no *slogan* “quanto mais punição, mais proteção”, não é um aspecto a ser defendido. Exacerbar penas já existentes ou criar tipos penais sem um estudo crítico não expõe os reais motivos dos conflitos sociais e das causas da violência. A racionalidade da produção e da proteção por meio da legislação penal deve ser o fato primário a ser levado em consideração para termos uma política pública criminal repressiva eficaz.

Reivindicações criminalizantes sem reflexão sobre a funcionalidade do Direito Penal resultam em produção legislativa distorcida das normas de direitos humanos fundamentais. O incremento do Direito Penal como mero “simbolismo” perpetua a falsa ideia de que os atos discriminatórios estão sendo combatidos e punidos, pois a execução dos tipos penais sem conscientização da população não culmina, por si só, na superação das causas ilícitas discriminatórias e estigmatizantes.

Não se olvida de que, apesar dos esforços de imprimir uma nova metodologia do uso do Direito Penal como instrumento de proteção, ainda persiste um sistema seletivo em que as “minorias” e os “vulneráveis” são os destinatários primários do encarceramento e da estigmatização. A seleção dos bens jurídicos obedece a uma regra de desigual distribuição na definição de crimes e do *status* de quem será considerado criminoso, já pré-definido. Há a excepcional condenação das classes sociais dominantes, sendo a regra o inverso em relação às classes dominadas.

Entretanto, entendemos que o Direito Penal deve ser usado como forma excepcional de proteção a favor dos grupos minoritários, com a tipificação de condutas e a cominação de penas contra atos discriminatórios praticados contra essa parcela vulnerável da sociedade, porém mediante a intervenção de um Direito Penal Mínimo, consubstanciado pelos princípios constitucionais penais.

4 BEM JURÍDICO PENAL E VULNERÁVEIS

O Direito Constitucional, como fonte primária normativa de um ordenamento jurídico, reflete sobre o método de identificação e de escolha de um bem jurídico a ser protegido. Por sua vez, o bem jurídico vincula o legislador ordinário aos ditames constitucionais. Veremos que a constitucionalização do Direito também aproximou o Direito Constitucional e o Direito Penal, ambos sendo normas reitoras do limite do poder punitivo estatal. Por ser a função precípua do Direito Penal, segundo a doutrina majoritária, a proteção dos bens essenciais fundamentais mais relevantes à sociedade, deve ser realizada quando for necessária, porém nem todo bem jurídico será tutelado pelo Direito Penal.

O bem jurídico tem a função de orientar o legislador e de escolher qual conduta será considerada delitiva e protegida pela norma penal. E existem princípios constitucionais penais, extraídos da Carta Magna, reitores de um Direito Penal Mínimo, que servem como baliza para a identificação e escolha dos bens jurídicos que serão tutelados criminalmente. A Constituição Federal de 1988, como limite do poder punitivo, passa a ter uma dupla função: uma negativa, a tradicional limitação dos princípios do Direito Penal Mínimo, e uma positiva, ordenadora de comandos de criminalização.

As teorias constitucionais (ou constitucionalistas) enfatizam a Constituição como fonte jurídica e instrumento de concretização do conteúdo dos bens jurídico-penais, tendo a finalidade de orientar e limitar a atividade legiferante na elaboração dos tipos penais. O conceito de bem jurídico-penal deve refletir os valores constitucionais, sendo a Constituição referência regulatória da atividade punitiva do Estado. Existe, portanto, uma correlação entre os “valores constitucionais expressos e implícitos” e a “teoria do bem jurídico-penal” (Badaró, 2017, p. 86 e 93; Prado, 2025, p. 36; Turessi, 2015, p. 84).

Em um Estado Democrático de Direito, o conceito de bem jurídico-penal deve ser extraído dos valores e preceitos constitucionais que normatizam diretivas às políticas criminais estatais. O bem jurídico-penal fundamenta e limita o direito de punir, salvaguardando as liberdades públicas e assegurando o respeito aos direitos individuais e coletivos, estimulando o respeito à pluralidade, à diversidade e à tolerância. A correlação entre bens jurídico-penais e a Constituição não é de coincidência, mas de coerência. A ordem constitucional delimita o conceito de bem jurídico-penal, vinculando o legislador penal ordinário aos mandamentos constitucionais. É a norma constitucional, não a norma jurídico-penal, a fonte de eleição do bem jurídico-penal. A proteção de um bem jurídico-penal deve ser inferida à “luz da Constituição Federal, não do Código Penal”. Ao se discutir a

recepção de uma lei penal anterior à Constituição, não se analisa se a valorização do bem está protegida ou não pelo Direito Penal, mas se o valor do bem jurídico foi recepcionado pela nova ordem constitucional (Ponte, 2016, p. 165-166 e 171-172; Streck, 2009, p. 43; Turessi, 2015, p. 103-104).

A ordem legal que rege os bens jurídico-penais deve corresponder à norma axiológica emanada da Constituição Federal, não podendo se opor formal e materialmente à disciplina do texto constitucional. Não há necessidade prévia para que a Constituição eleja um bem jurídico-penal passível de proteção, mas que sua eleição pelo legislador preserve os valores constitucionais. A atividade legislativa deve estar submetida materialmente à Constituição, porquanto a “ordem de valores jurídico-constitucional” é o “quadro de referência” e o “critério regulativo” da atividade punitiva do Estado (Batista, 2011, p. 94; Favoretto, 2019, p. 52; Ponte, 2016, p. 187; Prado, 2025, p. 53).

Os defensores do conceito de bem jurídico-penal extraído das normas da Constituição vinculam o legislador ordinário por derivação de sua hierarquia jurídica. Identificados a partir da Constituição os bens jurídico-penais fundamentais, esse conceito justifica os critérios político-criminais de proibição e de proteção pelo Direito Penal, dentre eles a tutela penal dos “direitos fundamentais” individuais e coletivos (Badaró, 2017, p. 87-88; Bastelli, 2014, p. 88; Ferrajoli, 2002, p. 380).

A constitucionalização da teoria do bem jurídico-penal aproximou o Direito Constitucional e o Direito Penal, pois este “não é um sistema autopoietico”, não tendo fim em si mesmo. A proteção dos bens jurídico-penais, dentre eles os direitos fundamentais, deriva da Carta Magna. A função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos é decorrente de valores e interesses constitucionais conectados de forma explícita ou implícita aos direitos fundamentais, intervindo sobre o poder punitivo para evitar comportamentos que os neguem ou os violem. A ordem constitucional delimita os poderes instituídos, introduz modelos de organização e promove a sociedade; por sua vez, a ordem penal tem a missão de evitar ações prejudiciais, ainda que o modelo social em concreto não reflita o “modelo constitucional estruturado” (Badaró, 2017, p. 40 e 85; Streck, 2009, p. 131-132).

O Direito Penal, ao limitar a esfera de liberdade do cidadão, tem como parâmetro de validade o Direito Constitucional. Em um Estado Democrático de Direito, a ordem constitucional impõe limites formais e materiais ao Direito Penal, e o conteúdo deste deve ser objeto de constante interpretação conforme a Constituição, por meio de uma “espiral hermenêutica”. O bem jurídico-penal experimenta um “processo de avaliação” diante dos valores constitucionais, não podendo dele se distanciar. Toda atividade estatal em um Estado

Democrático de Direito, inclusive a jurídico-penal, deve estar respaldada pela Constituição (Favoretto, 2019, p. 52; Heerdt, 2019, p. 49; Turessi, 2015, p. 85 e 98).

O Direito Penal e a teoria do bem jurídico-penal estão subordinados materialmente à Constituição, pois, ao ditar as normas regentes de um Estado Democrático de Direito, quando se criminaliza ou descriminaliza uma conduta, esse fato deve passar por um “filtro constitucional”. A lei penal não é blindada de uma “adequada interpretação constitucional”. Não há liberdade legislativa absoluta em matéria penal, ainda que venha a criminalizar ou descriminalizar condutas ofensivas a bens fundamentais. O legislador não tem liberdade ilimitada de definição ao penalizar condutas, pois está vinculado às normas formais e materiais da Constituição. A norma criminal pode ser objeto de controle de constitucionalidade. O Direito Penal, como instrumento de proteção de bens jurídicos, adquire uma “dignidade constitucional” a partir do pressuposto de que a Constituição é a diretriz do poder punitivo do Estado. Essa premissa justifica as construções doutrinárias que demonstram a importância dos bens jurídico-penais e a insuperável correlação com os valores essenciais proclamados na Constituição. As teorias constitucionalistas, sabendo que o Direito Penal deve agir em última instância e exercer o controle sobre o bem jurídico, defendem que o bem jurídico-penal tem o intento de tutelar penalmente os bens mais valiosos extraídos da Constituição Federal (Gomes, 2003, p. 90-91; Paschoal, 2015, p. 8; Streck, 2009, p. 42 e 44).

Parcela da doutrina defende que a função precípua e imediata do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, dentre eles os fundamentais. Ao ter a finalidade de proteção dos bens mais importantes ao convívio social, feita essa seleção, presume-se o relevo da tutela penal, que protege os valores mais importantes da sociedade; se violados ou infringidos, poderá ocorrer a consequente imposição de uma pena. Não é todo bem jurídico que será tutelado pelo Direito Penal e se tornará um bem jurídico-penal, pois “nem todo bem jurídico se converte em bem jurídico-penal” (Bastelli, 2014, p. 87-88; Favoretto, 2019, p. 35; Prado, 2020, p. 80; Turessi, 2015, p. 97).

A proteção estatal visa à tutela dos bens jurídicos fundamentais de uma sociedade. Entretanto, deve haver cautela na definição de quais bens jurídicos são merecedores de proteção na esfera penal. O Direito Penal não tem a finalidade de “retribuir um mal praticado” ou “prevenir infrações normativas” em todos os seus aspectos. A missão do Direito Penal na proteção de bens jurídicos deve estar em sintonia com o “quadro axiológico constitucional” e proteger os bens jurídicos mais relevantes e dignos da tutela penal (Cervi, 2010, p. 29; Favoretto, 2019, p. 36; Paschoal, 2015, p. 3; Prado, 2025, p. 65).

O Direito Penal não está divorciado da dignidade da pessoa humana. A norma penal expressa a forma como cada Estado escolhe e protege um bem jurídico-penal. A Constituição Federal e o Direito Penal compartilham o mesmo referencial axiológico, o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo a referência primária da “funcionalização da tutela concretizadora dos direitos fundamentais”. O Direito Penal deve tutelar bens jurídicos em consonância com a Constituição, estando o homem (e a mulher) em “primeiro plano” e assegurando a proteção de bens que sejam indispensáveis à sua existência, preservando a dignidade da pessoa humana (Heerdt, 2019, p. 49; Paschoal, 2015, p. 10; Prado, 2025, p. 40; Santos, 2017, p. 5; Turessi, 2015, p. 128).

O Direito Penal tem como missão “a proteção da sociedade e a defesa dos bens jurídicos fundamentais”. A tarefa imediata do Direito Penal tem natureza jurídica de tutelar os bens jurídicos indispensáveis e vitais ao convívio social, compreendidos como valores e interesses de relevância constitucional ligados de forma explícita ou implícita aos direitos fundamentais. E diante de sua relevância protetiva, devem ser acolhidos nos casos de insuficiência protetiva dos demais ramos do ordenamento jurídico. O Direito Penal protege bens jurídicos, não significando que deve proteger todos os bens, mas somente os mais importantes à sociedade. O conceito de bem jurídico é mais amplo que o de bem jurídico-penal. O “princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos” delimita a atuação do Direito Penal, não devendo este ramo do direito se preocupar com “questões meramente morais, ideológicas, religiosas” e com fatos relacionados ao estilo de vida do ser humano, devendo tutelar os bens jurídicos fundamentais, que não possam ser protegidos eficazmente por outros ramos do direito (Bastelli, 2014, p. 88; Cervi, 2010, p. 29; Favoretto, 2019, p. 163; Heerdt, 2019, p. 52; Prado, 2020, p. 53; Santos, 2017, p. 89).

O bem jurídico tem funções, dentre elas a de orientar o legislador a decidir qual conduta será reprimida por meio da tutela penal. A Política Criminal exprime o perfil do Direito Penal em vigor em um Estado. O legislador penal ordinário é limitado pelo bem jurídico-penal, que encontra ressonância na Carta Magna, sendo a Lei Fundamental informadora da legislação penal em vigor. O bem jurídico encontra limite na dimensão formal e material da norma constitucional. O legislador, em um Estado Democrático e Social de Direito, tem o compromisso de tipificar condutas que lesionem ou que coloquem em perigo “autênticos bens jurídicos”. O “caráter” político-criminal limita a atividade legislativa ao tipificar normas penais. A tarefa do legislador de criminalizar ou não condutas tem inegável fator ideológico e, por conseguinte, de política criminal. A teoria do bem jurídico, que tem por missão a proteção desses bens por meio do Direito Penal, traduz naturalmente os critérios de

política criminal, desde que indispensáveis à sociedade e adequados ao modelo de Estado Social e Democrático (Bastelli, 2014, p. 89; Favoretto, 2019, p. 36; Turessi, 2015, p. 103, 145-146 e 192).

O Direito Constitucional, como fundamento de validade do Direito Penal, extrai da norma magna princípios penais limitadores da atividade do legislador penal ordinário. A norma constitucional é a ancoragem da norma penal, a qual é limitada pelos fundamentos do texto constitucional e pela interpretação sistemática do sistema punitivo, realizado por meio dos princípios constitucionais informadores da criação da norma punitiva. Os princípios têm, dentre suas finalidades, a de proteger a sociedade contra eventuais abusos estatais (Turessi, 2015, p. 121-122 e 124).

Segundo o pensamento jurídico moderno, o Direito Penal tem como escopo a proteção de bens jurídicos, que são norteados por princípios penais fundamentais. São princípios penais que alicerçam o “edifício conceitual do delito”, restringindo o poder punitivo do Estado, promovendo a política legislativa criminal e estabelecendo parâmetros de interpretação e de aplicação da lei penal nos termos da Constituição. Os princípios penais têm função interpretativa, fundamentadora, supletiva e força normativa, servindo de fundamento e de limite à responsabilidade penal aplicada pelo Estado incriminador. Ao selecionar quais bens jurídicos, dentro do contexto social, merecem ou não a proteção penal, o legislador penal ordinário deve se basear nos princípios penais de natureza constitucional (Prado, 2025, p. 59-60).

O fundamento dos bens jurídicos é limitar a incidência do Direito Penal por intermédio dos mandamentos nucleares do sistema penal conformadores dos bens jurídico-penais, devendo ser extraídos da Carta Magna os princípios penais, explícitos ou implícitos, reguladores do sistema punitivo. Os princípios penais do Direito Penal Mínimo são extraídos da Constituição Federal, sendo eles reportados pela doutrina como sendo: dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, ofensividade (ou lesividade) e proporcionalidade (Paschoal, 2015, p. 4; Prado, 2020, p. 62; Prado, 2025, p. 36; Turessi, 2015, p. 124).

O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder punitivo do Estado e o legislador penal ao preconizar que só é legítima a criminalização de uma conduta quando for meio necessário para a proteção de um bem jurídico relevante e fundamental. A análise axiológica da conduta a ser criminalizada deve ser realizada somente nos casos mais graves e impassíveis de serem tutelados pelos demais ramos do ordenamento jurídico. Deve existir adequação entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico a ser tutelado, no sentido de que o Direito Penal somente agirá quando a lesão não seja passível de ser reparada por normas de

outras esferas do direito, e estas forem insuficientes para dirimir o conflito. A mínima intervenção pretende evitar o excesso de aplicação do Direito Penal, significando que somente deve incidir em último caso (Cervi, 2010, p. 28-29; Favoretto, 2019, p. 36; Prado, 2020, p. 53-54 e 65-66; Turessi, 2015, p. 129; Vasconcelos, 2019, p. 28).

O princípio da intervenção mínima determina que o Direito Penal tutele apenas as ofensas aos bens jurídicos mais importantes, os quais deverão ser norteados pela Constituição. Portanto, a norma penal deve ficar adstrita aos valores principiológicos extraídos da Lei Maior, identificando os bens jurídicos que necessitam dessa forma específica de tutela pelo Estado. Qualquer restrição ou limitação a direitos fundamentais deve sempre ser confrontada com as garantias explícitas ou implícitas do texto constitucional. O Estado deve socorrer-se do Direito Penal somente quando os outros ramos do ordenamento jurídico se mostrarem insuficientes para tutelar os interesses individuais e coletivos. Extraem-se do princípio da intervenção mínima os subprincípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, sendo ambas consideradas “duas faces da mesma moeda” (Badaró, 2017, p. 87; Gomes, 2003, p. 84-85; Heerdt, 2019, p. 49; Turessi, 2015, p. 129-130).

Segundo o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal deve atuar somente em último caso, após os demais ramos do ordenamento jurídico se mostrarem insuficientes e ineficazes para resguardar os bens jurídicos mais relevantes. Antes de impor uma tutela penal, o Estado deve usar todos os outros meios de controle jurídicos disponíveis e menos lesivos aos direitos individuais e coletivos. Se os outros ramos do direito forem suficientes para proteger o bem jurídico, não haverá necessidade de intervenção do Direito Penal. O caráter subsidiário do Direito Penal tem duas vertentes complementares: a negativa, em que o Estado não pode intervir impondo uma proteção penal, se o bem puder receber a mesma proteção por meio de outras normas sociopolíticas; e a positiva, em que o Estado deve usar todas as medidas não penais com a finalidade de evitar a tutela penal (Favoretto, 2019, p. 161; Gomes, 2003, p. 85; Paschoal, 2015, p. 11; Ponte, 2016, p. 88-89; Prado, 2020, p. 65-66).

O princípio da fragmentariedade revela que a proteção dos bens jurídicos contra violações não é tutelada em toda sua extensão pelo Direito Penal, pois este ramo do direito protege apenas os bens jurídicos que a sociedade considera de maior importância para o convívio social. Um bem jurídico-penal é um bem jurídico, porém um bem jurídico nem sempre será um bem jurídico-penal. Portanto, o Direito Penal é fragmentário, protegendo apenas um “pequeno fragmento” dos bens jurídicos. Seu aspecto fragmentário não é um defeito, mas uma condição de política criminal, pois a função do Direito Penal não é tutelar todos os bens jurídicos, somente os considerados fundamentais e que sofram os ataques mais

intoleráveis. Mesmo quando o bem jurídico é digno de tutela, a proteção penal não é absoluta, é relativa, é fragmentária, porque todos os ramos do direito se ocupam de sua proteção. Nos casos em que ações e omissões intoleráveis forem praticadas contra os bens jurídicos mais valiosos, tais condutas comissivas e omissivas serão objeto de criminalização (Cervi, 2010, p. 36; Favoretto, 2019, p. 36-37 e 162; Gomes, 2003, p. 86; Paschoal, 2015, p. 12; Prado, 2020, p. 66; Prado, 2025, p. 66; Turessi, 2015, p. 131).

O princípio da ofensividade ou da lesividade complementa os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. Um bem jurídico digno de ser tutelado pelo Direito Penal, em que a conduta violadora seja objeto de criminalização, somente terá a proteção da tutela penal se existir uma lesão ou um perigo de lesão contra o bem jurídico a ser resguardado. Como bem jurídico, fator de limitação do poder estatal e da atividade legislante, o Direito Penal somente terá legitimidade de intervenção quando a conduta promover efetivas lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídicos penais. Os bens jurídicos seriam “indicadores de ofensividade e de lesividade” a reclamar uma possível tutela penal, quando atingirem os direitos de terceiros e protegerem os bens mais importantes contra lesões ou contra ameaças de lesões mais graves, não se mostrando passível de suprimento por outros instrumentos jurídicos diversos do Direito Penal (Bastelli, 2014, p. 89; Paschoal, 2015, p. 12; Santos, 2017, p. 123).

São apontadas quatro funções do princípio da ofensividade ou da lesividade: “proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico”. A criminalização de uma conduta somente é permitida quando lesione ou esteja em perigo um bem jurídico, limitando a atividade estatal ordinária a abster-se de incriminar condutas que não promovam risco ao bem jurídico a ser protegido. Não pode ser formulada uma norma penal senão quando o fato a ser imputado como crime seja ofensivo, lesivo ou perigoso (Batista, 2011; Favoretto, 2019; Ferrajoli, 2002; Gomes, 2003; Heerdt, 2019; Prado, 2025; Turessi, 2015).

O Direito Penal não deve intervir em padrões de condutas internas à moral das pessoas, pois somente ações delituosas que tenham efeitos lesivos a terceiros é que podem ser tipificadas como infração penal. A “secularização do Direito” e o “apartamento da Moral” impossibilitam a normatização de comportamentos “imorais”. O princípio da ofensividade ou da lesividade tem “o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais”, reduzindo a tutela penal ao “mínimo necessário”, legitimando e credibilizando a intervenção

do poder penal estatal (Batista, 2011, p. 92-94; Favoretto, 2019, p. 205; Ferrajoli, 2002, p. 383-384; Gomes, 2003, p. 89-90; Heerdt, 2019, p. 63-64; Prado, 2025, p. 57; Turessi, 2015, p. 144-145).

O Direito Penal, entretanto, é seletivo, fomentando uma desigualdade quando criminaliza condutas lesivas a direitos de terceiros. A forma de seleção dos bens jurídicos revela uma rede de proteção não isonômica do Estado e do funcionamento da justiça penal. Os bens jurídicos tutelados não contemplam a sociedade como um todo, pois são selecionados somente bens de interesse de um determinado grupo de pessoas, os detentores do monopólio do capital, concentrando a proteção de bens de uma “pequena classe de pessoas privilegiadas”. O merecimento de proteção de um bem jurídico e o seu valor são retrato de uma época e de uma cultura. Essa avaliação é condicionada de forma histórica a proteger interesses de uma minoria dominante em detrimento de uma maioria dominada. Escolhido o bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal, a criminalização primária e secundária tem “endereço certo”, pois em sua maioria atingem pessoas das classes menos favorecidas, e em particular os grupos minoritários e vulneráveis (Cervi, 2010, p. 112-113, 118 e 121; Santos, 2017, p. 110).

O monopólio da violência estatal, característica do constitucionalismo moderno, tem uma importante função sobre o discurso da racionalidade jurídica, necessitando que se avalie os modelos de efetivação da tutela penal. O interesse penal sobre a produção legislativa que tipifica condutas, criminalizando em sua maioria as minorias e os grupos vulneráveis, precisa ser repensado. O Direito Internacional dos Direitos Humanos influenciou o Direito Penal estatal, fomentando o discurso de punição dos violadores de direitos humanos, inclusive, dos direitos fundamentais das minorias e grupos vulneráveis, impondo deveres de criminalização e tutelando bens jurídicos fundamentais ratificados nas convenções e tratados internacionais (Barreto; Costa, 2015, p. 77; Bastelli, 2014, p. 64; Matanzaz, 2023, p. 23).

As leis são necessárias, tendo a finalidade de manter a paz social e a manutenção de condições mínimas de vida; uma vez violadas e afetando bens jurídicos essenciais à sociedade, e a depender do grau de violação, podem resultar em um ilícito penal e, como consequência, na cominação de uma pena. O Direito Penal é a “forma de controle social do intolerável”, proibindo condutas que atingem os bens jurídicos mais importantes para a vida humana. Os bens jurídicos apresentam uma íntima relação com os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, ao assumirem a forma de bens jurídicos a serem tutelados criminalmente, têm como fundamento a “segurança e manutenção de uma ordem social com o mínimo de dignidade”, devendo ser tipificadas criminalmente condutas que atentam contra as

“condições mínimas e indispensáveis para uma vida em sociedade”. O Direito Penal deve ter como centro o homem (e a mulher), tutelando seus direitos humanos e fundamentais, mas isso somente é possível em um Estado Democrático de Direito (Santos, 2017, p. 75-76, 86 e 158).

Os princípios do Direito Penal Mínimo, dentre eles os da subsidiariedade e da fragmentariedade, não impedem o Direito Penal de se adequar às novas exigências de tutela penal, fazendo prevalecer a dignidade da pessoa humana, criminalizando condutas nocivas à convivência social e que prejudiquem o usufruto dos direitos fundamentais. O Direito Constitucional, promotor do princípio da intervenção mínima, oferece novas perspectivas — uma negativa e outra positiva — sobre os deveres de criminalização. O bem jurídico-penal não pode opor-se aos valores disciplinados no texto constitucional, funcionando a Constituição como um controle negativo, ou seja, valorado negativamente, um bem pela norma constitucional não pode ser erigido a bem jurídico pelo legislador ordinário. O limite negativo à tutela penal significa que só será criminalizada uma conduta que atente contra o conteúdo da Constituição (Batista, 2011, p. 94; Paschoal, 2015, p. 187; Ponte, 2016, p. 8; Turessi, 2015, p. 132-133).

A valoração e proteção de bens jurídicos, antes somente submetidas a um limite negativo, passam a ser previstas concomitantemente com um limite positivo de criminalização. O princípio da proteção de bens jurídicos tinha sentido outrora unicamente como delimitador racional da atuação do Direito Penal, sendo uma barreira a um “intervenção penal” pelo critério da “legitimação negativa”. Constatou-se, entretanto, a necessidade de “vínculo positivo” à tutela penal devido à necessidade de maior proteção aos bens jurídicos, dentre eles os direitos fundamentais. A função delimitativa (negativa) e constitutiva (positiva) não são inconciliáveis, mas sim instrumentos compatíveis de proteção aos interesses protegidos pela Magna Carta, que prioriza a defesa das liberdades individuais em consonância com as garantias dos direitos fundamentais. Portanto, os bens jurídicos penais reconhecidos pelo ordenamento constitucional podem e devem ser protegidos pelo Direito Penal em respeito à “dignidade constitucional” do bem e da proteção dos direitos fundamentais (Gomes, 2003, p. 94-95; Paschoal, 2015, p. 9; Santos, 2017, p. 94).

O Direito Penal tem a finalidade de proteger os bens jurídicos e sua tutela por meio de uma lei penal, definindo sua violação e cominando uma pena, pois é tarefa do legislador a constituição de um bem jurídico-penal, realizado por meio de uma “eleição política”. O surgimento do bem jurídico-penal corrobora a “face política” do Direito Penal. A criminalização de uma conduta tem como fonte principal os bens jurídicos constitucionais, devendo ser filtrados valorativamente: primeiro pelo legislador constitucional, em seguida

pelo legislador criminal, que, ao tutelar bens jurídicos, deve se orientar pelos princípios constitucionais, pois a proteção não pode ser feita de “qualquer modo e preço”. Assim, devem ser observados os requisitos normativos de um Estado Democrático de Direito, dentre eles o princípio da dignidade humana, da intervenção mínima e da ofensividade (ou lesividade). Porém, nas escolhas de bens jurídicos a serem tutelados, o grau de ofensividade determina a atuação estatal. A elaboração das normas penais não consegue prever todas as situações ofensivas que deveriam ser tuteladas; equívocos e omissões legislativas ocorrem de fato, por vezes, por “pressões sociais e midiáticas”. Erros e omissões que podem ser corrigidos e supridos pelo legislador, pelo intérprete e pelo aplicador do direito (Santos, 2017, p. 96-97 e 99).

A escolha de um bem jurídico-penal a cargo do Direito Penal deve ser reflexo dos preceitos do Direito Constitucional. Os valores constitucionais devem ser o norte da eleição dos bens jurídicos penais a serem protegidos pela legislação penal infraconstitucional. O Direito Constitucional é fonte de validade do Direito Penal, impondo a este limites formais e materiais, refletindo sobre o sistema de avaliação do bem jurídico-penal a ser tutelado. Ao criminalizar ou descriminalizar condutas, o Direito Penal não tem liberdade absoluta, mas está sujeito a restrição aos preceitos constitucionais. Pode a norma jurídica penal dissonante da Carta Magna ser objeto de controle de constitucionalidade.

O emprego do Direito Penal Mínimo, por meio dos seus princípios constitucionais, deveria ser isonômico quanto à escolha dos bens, e somente intervir quando os demais ramos do direito forem ineficazes como meios de proteção. A identificação de bens jurídicos, que deveria ser isonômica, revela a seletividade desses bens jurídicos em prol de uma determinada categoria da sociedade, protegendo os interesses de uma minoria dominante. Isso não se coaduna com os princípios constitucionais penais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em que todos devem ser tratados de forma isonômica e sem distinção.

O bem jurídico-penal, anteriormente submetido apenas a um limite negativo de atuação, passou (com a intervenção dos regramentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e das constituições de Estados Democráticos de Direito, dentre elas a Carta Magna de 1988) a adotar uma postura positiva quando presente a proteção e punição de atos violadores dos direitos humanos e discriminatórios contra as minorias e os grupos vulneráveis.

O Direito Constitucional, como promotor dos direitos nela elencados, oferece uma dupla função: negativa e positiva. A função negativa, levando em consideração as incidências dos princípios norteadores do Direito Penal Mínimo; e a função positiva, dos deveres de

criminalização explícitos e implícitos nela descritos. Não existe incompatibilidade entre o limite negativo e o positivo da proteção dos bens jurídicos penais. Os bens jurídicos penais constitucionais devem ser protegidos pelas normas penais, inclusive os identificados de forma explícita ou implícita na Carta Magna, desde que submetidos também às normativas do Direito Penal Mínimo.

4.1 Crise da Teoria do Bem Jurídico-Penal e a Proteção dos Vulneráveis

O estudo do bem jurídico-penal, da dogmática penal e da política criminal, apesar de serem institutos ímpares, é interconectado, porque seus reflexos incidem um sobre o outro. As escolhas dos bens jurídicos penais não são aleatórias, mas decorrentes de políticas criminais do Estado legiferante, que consome a tipificação formal como elemento difusor da dogmática penal prevalecente.

O estudo dogmático penal tem como finalidade desvendar os reflexos da tipicidade formal e material e sua correlação com a escolha e definição do bem jurídico-penal, o qual está submetido aos critérios estabelecidos pelo texto constitucional.

Após a leitura constitucional sobre o Direito Penal, e após identificar os bens jurídicos merecedores de tutela estatal, deve-se passar ao estudo dogmático jurídico. A verificação de uma efetiva tutela realizada pela legislação penal positiva não pode valer-se apenas do estudo do plano sobre a “tipicidade formal”, mas deve ser estendida à análise de sua “tipicidade material”. O bem jurídico-penal exerce uma relevante função sobre a dogmática penal (Prado, 2025, p. 30; Turessi, 2015, p. 104).

A correlação entre o bem jurídico-penal e a dogmática penal pretende promover a completude, unicidade e coerência ao “sistema jurídico-penal”. A “tipicidade formal”, que é a subsunção da conduta ao tipo penal, não pode ser compreendida sem a funcionalidade exercida pelo bem jurídico-penal sobre a dogmática jurídica. Além disso, o bem jurídico também exerce uma função político-criminal. Há uma conexão entre o bem jurídico-penal e o modelo penal estatal, o qual reflete os critérios de política criminal ao se identificar como são realizadas as escolhas dos bens que serão objeto de proteção penal pelo legislador ordinário. O bem jurídico-penal promove o conteúdo da tipicidade, e, a partir deste significado, advém o injusto penal; logo, há uma ligação entre bem jurídico-penal, dogmática jurídica (teoria do delito) e política criminal (realidade social) (Ponte, 2006, p. 172; Turessi, 2015, p. 105).

E para que o Direito Penal promova a real proteção de bens jurídicos, não mero papel simbólico, deve haver uma correlação entre dogmática penal e política criminal. Dentre eles,

um prévio conhecimento criminológico dos fatos e uma consequente política criminal que transforma esses dados em regras jurídicas, sendo um processo construído em etapas imprescindíveis para o alcance do “socialmente correto”. A dogmática penal (teoria do delito) tem importância normativa, mas não pode se divorciar da “mutante realidade social”. O Direito Penal, como mecanismo estatal de controle da sociedade, resulta de valores e de objetivos do modelo de Estado em que se encontra inserido. Os bens, antes de serem jurídicos, são valores da sociedade, devendo seguir a evolução da realidade social. A política criminal deve ser o elemento que interliga a dogmática penal e o legislador penal ordinário (Turessi, 2015, p. 193-194).

A Constituição Federal, assumindo a “função compromissória e dirigente”, visa à construção de uma sociedade justa e solidária e à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais. Não se podem ver os bens jurídicos como apartados do texto constitucional, mas como compreendidos pelos preceitos e princípios regentes do Estado Social Democrático de Direito. O compromisso do legislador ordinário em tipificar somente as condutas mais graves lesivas ou geradoras de perigo a autênticos bens jurídicos é função de uma política criminal que limita a atividade legislativa no momento de criar as normas penais (Prado, 2025, p. 30; Streck, 2009, p. 41).

Os critérios de escolhas de condutas e de proteção não são regidos por regras universais e imutáveis, variando em decorrência da estrutura social e do momento histórico-político. O conceito de bem jurídico não pode ser predeterminado, nem fechado e livre de dúvidas sobre o que pode ou não ser criminalizado de forma legítima. Não há um conceito único, doutrinário e definitivo do que seja um bem jurídico-penal, por ser um tema teórico em constante evolução histórica. Mas podemos dizer que o bem jurídico tem a finalidade de preservar as condições individuais indispensáveis à coexistência livre e pacífica em uma sociedade que respeita os direitos fundamentais. A criação da norma penal e a exegese do Direito Penal estão vinculadas aos bens jurídicos essenciais, bens esses que são fruto de um “consenso democrático”, fornecendo um “critério material” para a formulação dos tipos penais. O bem jurídico deve ser um “princípio interpretativo” e o “ponto de partida” da construção da estrutura do delito (dogmática jurídica) (Bitencourt, 2025, p. 11 e 342; Turessi, 2015, p. 98-99).

Não pode ser elaborado um conceito definitivo de bem jurídico; porém, a lesão ou ameaça de lesão ao bem deve ser condição necessária, mas não suficiente, para proibir e punir uma conduta delitiva. A política criminal voltada à máxima proteção dos bens jurídicos deve observar o mínimo de proibição e de sanção, de acordo com as necessidades reais da

sociedade. O “conceito material” reflete a realidade social, sobre a qual incide juízo de valor — em primeiro lugar pelo legislador constituinte e, em segundo, pelo ordinário —, por se tratar de um conceito valorado e determinado pelo sistema social em um “dado momento histórico e cultural”. Em sua definição, o legislador deve respeitar as diretrizes constitucionais e seus valores limitadores do direito de punir. A norma constitucional é a linha divisória do que pode ser objeto de incriminação ou não (Ferrajoli, 2002, p. 377; Prado, 2025, p. 65; Streck, 2009, p. 45).

O Direito Penal em um Estado Democrático de Direito não está desvinculado do bem jurídico; a tutela penal é considerada legítima quando, sob os auspícios do texto constitucional, for socialmente imprescindível. O conceito de bem jurídico-penal, ancorado pela normativa da Constituição Federal, representa a segurança e a certeza de que o Direito Penal — representado pelo conteúdo material do delito — defende como valor regente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, no texto constitucional, sendo a base e o limite do poder punitivo, estão os bens e os valores mais importantes que devem ser objeto de criminalização. As teorias constitucionais alertam para a importância do “papel crítico-limitativo” da Carta Magna, porque, em razão de seu “caráter rígido, garantista e personalista”, os valores e os princípios constitucionais representam instrumentos de controle da política criminal a serem observados pelo legislador penal ordinário (Badaró, 2017, p. 95; Ponte, 2016, p. 174; Prado, 2025, p. 40; Turessi, 2015, p. 102).

A identificação de bens jurídicos a serem tutelados na esfera penal importa em “juízos de valores”. A escolha entre criminalizar ou descriminalizar pressupõe este “juízo de valor”. Afirmar que o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, por meio do princípio da intervenção mínima, protege de forma subsidiária e fragmentária bens jurídicos (tese corroborada de forma predominante pela doutrina moderna) não resolve o problema e não converge para a concretização do “conteúdo material do delito”, porque este carece de maior concretude e necessita de melhor fundamentação para o exercício do poder legiferante. Sobre o Direito Penal, cumpre ao bem jurídico as seguintes funções: “axiológica”, de indicar valoração orientadora de seleção pelo legislador; “sistemático-classificatória”, de criação do sistema punitivo por critérios de agrupamentos de delito; “exegética”, como metodologia de análise e interpretação das normas jurídicas penais; “dogmática”, elaborando conceitos utilizados pela teoria geral do crime; e “crítica”, verificando os objetivos verdadeiros do legislador ordinário (Ponte, 2016, p. 174; Turessi, 2015, p. 84 e 86-87).

Ainda que o conceito de bem jurídico passe por crise em sua definição, a dificuldade de seus contornos não afasta sua importância como referência crítica ao processo legislativo.

As funções e limites do Direito Penal perpassam por um processo de reavaliação sobre o significado da proteção dos bens jurídicos, através de um redimensionamento que analisa, além da realidade fática, também a observância ou não ao ordenamento constitucional. Sendo revelada a problemática sobre os “deveres de proteção do Estado” frente aos direitos fundamentais, segue-se o respeito às teorias garantistas e a obediência às requisições de proporcionalidade. O conceito de bem jurídico, como delimitador do que pode ou não ser considerado bem jurídico-penal, enfrenta fortes críticas, dentre elas a incapacidade de compreender o “fenômeno delitivo”. O conceito de bem jurídico não pode ser “sentenciado à morte”, nem abandonada sua função crítica, sendo de suma importância no processo exegético de escolha da matéria a ser proibida e na construção da estrutura do delito (Heerd, 2019, p. 52-53; Prado, 2020, p. 67; Bitencourt, 2025, p. 10).

A função do Direito Penal como meio de defesa social, realizada pela proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade, teria a função de proteger os direitos fundamentais através de uma tutela jurídica aplicada igualmente e de forma indistinta, de modo que conteria condutas lesivas ou que expusessem a perigo os bens jurídicos individuais e sociais, punindo todos aqueles que violassem a lei penal. Isso conferiria legitimidade ao ordenamento penal, baseado na aplicabilidade do princípio constitucional em que “todos são iguais perante a lei” (Brasil, 1988, art. 5º), promovendo justiça social, dignificando a pessoa humana e garantindo respeito (princípio da legalidade) e isonomia (princípio da igualdade) perante a lei penal. O Estado só deve recorrer ao Direito Penal como medida extrema para proteger os valores sociais considerados mais importantes. A primeira questão sobre os valores sociais que reclamam a normativa penal é “como” são feitas as escolhas dos bens jurídicos e sobre “quem” recai o processo de criminalização (Deschamps, 2023, p. 87; Heerd, 2019, p. 53-54; Lima; Araújo, 2023, p. 213; Turessi, 2015, p. 189).

Analisando de forma detida o Direito Penal, verifica-se que os fundamentos isonômicos que dão sustentação a esse ramo do direito não passam de um “mito de igualdade formal”, pois o processo de criminalização e eleição dos bens jurídicos tutelados penalmente, ao contrário do que pretendia realizar constitucionalmente, apresenta, na verdade, fragmentação seletiva. O Direito Penal concretamente tem funções “não declaradas”. O sistema penal de “controle do desvio” apresenta uma contradição entre a “igualdade formal dos sujeitos de direito” e a “desigualdade substancial dos indivíduos”, verificando-se que aumentam as chances de serem definidos como “desviantes” uma parcela da sociedade em detrimento de outra (Baratta, 2011, p. 164; Lima; Araújo, 2023, p. 213).

O desenvolvimento teórico legitimante de intervenções penais, decorrente da função do Direito Penal como forma de proteção de bens jurídicos indispensáveis, é confrontado pela Criminologia Crítica, porque a proteção é observada conforme a realidade social e sua eficácia em concreto. A Criminologia Crítica observou que o comportamento criminoso é um status atribuído aos “desviantes” por meio de uma dupla escolha: primeiro, a identificação dos bens protegidos penalmente e a descrição das condutas no tipo penal; e segundo, a seleção dos indivíduos “desviantes” que infringiram a norma penal sancionada. O Direito Penal é desigual na proteção de bens jurídicos e seletivo na criminalização dos indivíduos, distribuindo de forma não isonômica um “bem negativo”, qual seja, o “*status* de criminoso” (Badaró, 2017, p. 161; Bastelli, 2014, p. 96-98).

A seleção isonômica dos bens jurídicos e dos comportamentos criminógenos torna-se objeto de controle penal. Porém, essa suposta isonomia encobre o fato de que o Direito Penal tende a privilegiar a proteção de bens jurídicos das classes dominantes e a imunizá-las do processo de criminalização, sendo esse procedimento penal dirigido para formas de desvio típicas das classes dominadas. Essa seleção direcionada manifesta-se tanto na escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei quanto na intensidade da cominação das penas, em que as maiores chances de serem criminalizados e punidos como “desviantes” recaem sobre a parcela da população dos “níveis mais baixos da escala social”. A natureza do Direito Penal revela-se fragmentária e seletiva por tender a proteger os bens jurídicos e valores da classe dominante e a punir as condutas delitivas das classes dominadas (Badaró, 2017, p. 161; Baratta, 2011, p. 165).

Em uma sociedade estratificada, os bens jurídicos protegem os interesses da classe dominante, garantindo a reprodução das relações de dominação. A missão do Direito Penal de proteção de bens jurídicos, em uma divisão social de classes, está, na verdade, protegendo os interesses e valores selecionados da parcela detentora de poder. Questionar a função de tutela protetiva de bens jurídicos não é transigir com os princípios da intervenção mínima e da ofensividade (ou lesividade), mas diagnosticar por que, em uma sociedade de classes, os bens jurídicos são ferramentas de perpetuidade das “relações de dominação”. A Criminologia Crítica expõe a “relatividade e seletividade” da proteção aos bens jurídico-penais, pois o “arranjo político da sociedade de classes” expressa os interesses da classe dominante, garantindo a reprodução dessa dominação. O conteúdo do Direito Penal, por ser uma decisão política, em regra protege os bens jurídicos que interessam aos grupos dominantes, influenciando no processo de criminalização, sem ser capaz de punir as condutas delitivas das classes de alto

poder econômico, tendo em vista o viés seletivo penal que incide sobre os grupos sociais excluídos (Badaró, 2017, p. 62 e 161-162; Batista, 2011, p. 94 e 113).

O legislador, ao definir os crimes e as correspondentes penas, protege os interesses e valores das classes dominantes, concentrando-se em condutas lesivas específicas, dentre elas as de cunho patrimonial. A construção seletiva de condutas proibidas (tipos legais) tem o efeito social de “pré-selecionar os sujeitos estigmatizáveis”, quais sejam, os membros das classes dominadas (Ponte, 2016, p. 190).

As diversas reformas legislativas penais não alcançaram a “delinquência dos poderosos”. A expansão do Direito Penal, com o recrudescimento da tutela punitiva, incidiu de forma prevalente sobre a “criminalidade de massa”. A modernização dos instrumentos penais, derivada da exigência da evolução da criminalidade, da sofisticação dos tipos de crimes e dos déficits de atuação persecutória, fez com que a intervenção penal, em vez de ser implantada de forma isonômica, se voltasse à punição de setores das camadas sociais marginalizadas. A Criminologia Crítica revela a incapacidade do Direito Penal de cumprir as promessas constitucionais, tanto no que concerne aos fins da pena quanto à missão de proteção de bens jurídicos. Porém, o que se observa é a instrumentalização da intervenção penal como fator legitimador e potencializador de novas formas de criminalização, não proporcionando a intervenção mínima da violência estatal. As propostas de alternativas ao expansionismo penal não acompanham as demandas sociais; ao revés, afastam os preceitos da subsidiariedade e da fragmentariedade, estratificando os “desviantes” da norma penal, reservando às classes desfavorecidas penas privativas de liberdade e, às favorecidas, penas restritivas de direitos (Badaró, 2017, p. 106 e 118-119; Turessi, 2015, p. 224).

Hodiernamente, a expansão do Direito Penal redescobre as vítimas em seu discurso jurídico-penal. O movimento vitimológico trouxe ao debate a ideia de que deve ser garantido à vítima o direito à punição do infrator. Na década de 90, os criminólogos passaram a advogar o uso do Direito Penal como instrumento de defesa dos grupos minoritários e vulneráveis e de repressão às condutas delitivas das classes dominantes. Com a evolução dos valores sociais e das novas formas de criminalidade, as tradicionais respostas do Direito Penal são ineficientes. A correlação entre bem jurídico-penal e Constituição submete o Direito Penal a limitações ou a revisões. A leitura constitucional da tutela penal pode ocasionar a despenalização de condutas, o agravamento ou a minoração das penas, ou a incriminação de novos tipos (Badaró, 2017, p. 103-105; Favoretto, 2019, p. 39; Ponte, 2016, p. 172).

Existe controvérsia sobre o funcionamento do Direito Penal como instrumento de política pública e social (perspectiva positiva) ante a presença de outros instrumentos

jurídicos que seriam mais apropriados e menos invasivos. Entretanto, ele tem a missão de tutelar penalmente as condutas mais ofensivas (perspectiva negativa), protegendo os bens e valores mais importantes da sociedade. O Direito Penal não pode ser estático e divorciado da realidade. O cenário atual e globalizado transmuta os valores. Percorre a necessidade de, à “luz da norma constitucional”, identificar o surgimento de novos bens jurídicos, por não existirem interesses de proteção unicamente individuais, mas também universais, que, uma vez violados ou em perigo de violação, desestabilizam a estrutura social (Turessi, 2015, p. 190-191).

O bem jurídico não é um instrumento exclusivo do Direito Penal, pois outros ramos do direito são orientados para sua proteção. Entretanto, a intervenção penal atinge de forma mais profunda os direitos e as garantias fundamentais, tanto pela aplicação de uma pena quanto pelo caráter estigmatizante derivado da punição. A concepção do bem jurídico como modelo de estudo depende de fatores intelectuais e sociais que permitam seu esclarecimento, bem como seu acompanhamento diante das novas exigências sociais, constituindo-se em narrativas de natureza argumentativa. A resistência da teoria do bem jurídico às reformas de criminalização primeiramente se manifesta no plano discursivo. Evidencia-se que a seleção dos bens jurídico-penais é resultado de uma “decisão política” estatal, não sendo neutra, ao atender aos interesses estruturais de uma sociedade de classes (Badaró, 2017; Heerdt, 2019; Turessi, 2015).

No entanto, os bens jurídicos estão condicionados ao respeito à liberdade e dignidade de todos sem distinção, estando sujeitos a uma permanente discussão e revisão democrática, pois o Direito Penal clássico não atende satisfatoriamente às novas demandas sociais. Não se afirma que o Direito Penal clássico foi superado e que devesse ser transformado em um instrumento jurídico de *prima ratio*, mas, diante dos novos valores e exigências da sociedade, remanescente a necessidade de sua existência e de seu reforço. Porém, é preciso submetê-lo a uma releitura dos institutos da dogmática penal e do bem jurídico-penal para equilibrar, de um lado, a adoção de tutelas punitivas e sua justa aplicação, e, do outro, a promoção da real proteção dos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos. Parte-se de um quadro normativo-institucional que contemplava somente a perspectiva de tutela de bens jurídicos subjetivos de uma determinada classe social abastada, para a defesa também de interesses de grupos determinados e da parcela difusa da população, abrangendo as minorias e os grupos vulneráveis (Badaró, 2017, p. 168-169, 171, 175-176; Heerdt, 2019, p. 52; Turessi, 2015, p. 196 e 222-223).

Vislumbramos a necessidade de correlação entre o bem jurídico-penal, a dogmática penal e a política criminal. Os critérios de escolha de um bem jurídico não são fixos, mas variáveis de acordo com as condições políticas da sociedade. E, sendo o bem jurídico-penal o critério norteador da construção da estrutura do tipo penal delitivo, ele tem importante fator interventivo sobre o aspecto dogmático da norma penal. A política criminal, como ferramenta de eleição dos bens jurídicos a serem protegidos, deve, além de minimizar os efeitos proibitivos e sancionatórios, somente ser empregada quando imprescindível aos interesses da sociedade.

A política criminal de identificação do bem jurídico-penal — sobre o que pode ou não ser objeto de proteção pelo Direito Penal — deveria ser igualitária e indistinta quanto ao tipo de bem jurídico-penal a ser tutelado. Entretanto, ao analisar a normativa penal no que se refere ao “como” são identificados os bens jurídicos e sobre “quem” são os destinatários finais da criminalização, transparece sua desigualdade e seletividade orientada.

A Criminologia Crítica identificou que os bens jurídico-penais a serem protegidos e a seleção dos indivíduos a serem considerados “criminosos” não são promovidos por critérios neutros. O Direito Penal, em concreto, privilegia a proteção dos bens jurídicos de interesse das camadas privilegiadas e sua imunização da imputação criminalizante, e, inversamente, afasta a proteção dos bens jurídicos das camadas vulneráveis, incrementando a penalização e o encarceramento dessa parcela minoritária da população.

Diagnosticar a função concreta da tutela protetiva dos bens jurídicos não tem a finalidade de expurgar a intervenção do Direito Penal nem transigir com os princípios do Direito Penal Mínimo. Entender o viés seletivo do Direito Penal evidencia a instrumentalização do poder punitivo estatal como legitimador da criação de novos tipos penais, afastando-o dos postulados da intervenção mínima estatal.

O Direito Penal, como ferramenta de defesa das “minorias” e dos “grupos minoritários”, deve observar a realidade seletiva e estigmatizante sobre a mesma parcela vulnerável. A leitura do texto constitucional revela a dupla função de proteção. A função positiva deve ser exercida com a punição de atos discriminatórios praticados em desfavor de qualquer pessoa, inclusive em defesa dos grupos minoritários, porém dentro das balizas constitucionais.

Parte da doutrina defende que o Direito Penal não é instrumento jurídico apropriado para ser usado como forma de tutela de condutas discriminatórias. Entretanto, entendemos que o Direito Penal deve ser utilizado somente quando os demais ramos do direito não forem eficazes como meios de defesa contra atos discriminatórios praticados em desfavor das

“minorias” e dos “grupos vulneráveis”, sempre obedecendo aos princípios do Direito Penal Mínimo.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL COMO VEDAÇÃO (PROIBIÇÃO) DA PROTEÇÃO DEFICIENTE (INSUFICIENTE)

O estudo do princípio da proporcionalidade como um dos elementos norteadores da aplicabilidade do Direito Penal moderno funciona como postulado normativo de limite da atuação punitiva do poder estatal. Estudar sua origem legal e o arcabouço jurídico fundante de sua aplicação, verificando seu *status* constitucional, faz-se necessário, pois passa a vincular toda atividade normativa restritiva de direitos. A partir de sua constitucionalização, qualquer ato desproporcional dos Poderes Estatais, seja por omissão ou por ação excessiva ou deficiente, inclusive na seara criminal, pode ser questionado judicialmente e arguida sua inconstitucionalidade perante o Poder Judiciário.

O princípio da proporcionalidade no Direito Penal, influenciado pelos ideais iluministas do século XVIII, ao lado dos pressupostos do direito penal moderno, dentre eles a legalidade e a igualdade, procurou eliminar intervenções estatais desnecessárias, fundamentado no direito de liberdade do cidadão e na garantia do destinatário da norma penal. O fato de não haver entre a pena e o delito nenhuma relação natural não exime a sanção penal de ser adequada ao crime praticado. O princípio da proporcionalidade penal, expresso na máxima *poena debet commensurari delicto*, deve nortear a atividade legislativa como limite de atuação do *ius puniendi* do Estado. O processo de construção do princípio da proporcionalidade na aplicação ao Direito Penal teve marcos regulatórios importantes: a obra “Dos Delitos e das Penas” (1764), escrita por Beccaria, defensor da humanização e proporção da pena; a II Guerra Mundial, derivada de um trágico apego ao estrito legalismo e à desmedida observância pura da lei; e o Tribunal Federal da Alemanha, construtor pioneiro de parâmetros balizadores da atuação legislativa (Bitencourt, 2025, p. 34; Ferrajoli, 2002, p. 320; Gomes, 2003, p. 42; Ribeiro, 2019, p. 18; Streck, 2009, p. 70).

O fundamento filosófico-jurídico do princípio da proporcionalidade no Direito Penal deve-se à obra “Dos Delitos e das Penas”, escrita por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, influenciado pelos ideais iluministas, e representa um marco consagrador da adesão à proporcionalidade entre a pena e o delito. Associava-se a proporcionalidade como condição de implemento de uma justiça penal. O crime necessita de punição, mas não de forma abusiva. Suas ideias influenciaram o direito administrativo do século XIX, como medida de limitação administrativa sobre a liberdade individual, criando uma defesa frente ao poder estatal e uma medida de controle do exercício do poder de polícia (Beccaria, 2014, p. 18, 45 e

63; Essado, 2008, p. 25; Favoretto, 2019, p. 188; Gomes, 2003, p. 50; Levorin, 2016, p. 156; Ribeiro, 2019, p. 18-19; Turessi, 2015, p. 153-154; Yokohama, 2018, p. 68-69).

O jusnaturalismo e o positivismo foram abalados pela eclosão e pelos resultados da Segunda Guerra Mundial. O período pós-guerra refletiu sobre o pensamento jurídico, gerando novas reflexões jurídicas destinadas a velar pelo bem comum da humanidade. O período pós-positivista foi determinante na evolução do conceito de proporcionalidade, refletindo uma mudança de paradigma derivada das novas concepções de proteção das garantias fundamentais e da eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da proporcionalidade passa por um processo de constitucionalização, vinculando os poderes do Estado a agir conforme a Constituição (Streck, 2009, p. 64-65; Yokohama, 2018, p. 70).

A doutrina e a jurisprudência alemã aprofundaram-se nos estudos do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). A aplicação do referido princípio no âmbito do direito administrativo foi deslocada para o direito constitucional, o que pode ser observado em decisões do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que expressou pela primeira vez o seu entendimento sobre a matéria da proporcionalidade em âmbito constitucional (decisão BverfGE 30) (Streck, 2009, p. 66; Yokohama, 2018, p. 70)

O reconhecimento doutrinário do princípio da proporcionalidade como “proibição (vedação) de proteção deficiente (ineficiente) ou vedação do retrocesso” (*Untermaßverbot*) surgiu dos estudos de Claus-Wilhelm Canaris e foi aplicado jurisprudencialmente pela primeira vez em matéria penal como *ratio decidendi* pelo Tribunal Constitucional Alemão, quando proferiu julgamento sobre a segunda decisão acerca do aborto, que analisava a constitucionalidade da descriminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação (BverfGE, 88, 203, 1993) (Canaris *apud* Broocke, 2016, p. 15 e 66; Mendes; Branco, 2025, p. 456; Ribeiro, 2019, p. 24-25; Silva, 2002, p. 19).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 não contempla de forma expressa o princípio da proporcionalidade. No entanto, o nosso ordenamento constitucional identifica seus fundamentos de forma implícita em diversos dispositivos da Constituição Federal, sendo um instituto jurídico fruto de um constitucionalismo moderno que busca proteger os direitos fundamentais de maneira que toda intervenção estatal seja necessária, adequada e na medida justa. Quanto à sua análise dogmática-constitucional, pelo fato de não estar positivado em norma expressa na Constituição Federal, não se retira sua força normativa. Assim, como a vertente da “proibição (vedação) do excesso” (*Übermaßverbot*), a “proibição (vedação) de proteção deficiente (ineficiente) ou vedação do retrocesso” (*Untermaßverbot*) é norma não explícita na Constituição Federal Brasileira de 1988. Discute-se na doutrina qual seria a sede

constitucional do princípio da proporcionalidade: se estaria no princípio do Estado de Direito, da dignidade da pessoa humana ou do devido processo legal (Bitencourt, 2025, p. 35; Estevão; Brito Filho, 2019, p. 312; Levorin, 2016, p. 79 e 161; Heerdt, 2019, p. 70; Ponte, 2016, p. 94-95; Turessi, 2015, p. 154).

Parte da doutrina entende que a proporcionalidade nasce do Estado de Direito. Embora não seja o único fundamento, é o que mais se destaca, ocupando o papel de princípio condutor e instrumento de controle de constitucionalidade das atividades estatais, vinculando o legislador, a administração e a jurisdição. A Constituição Federal Brasileira de 1988 expressamente declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), decorrendo o princípio da proporcionalidade da própria estrutura do Estado de Direito como elemento condicionante de seu funcionamento (Gomes, 2003, p. 63; Levorin, 2016, p. 163; Mendes; Branco, 2025, p. 156; Ponte, 2016, p. 95; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 336; Yokohama, 2018, p. 73-74, 81-82 e 87).

Outra parcela da doutrina argumenta que o princípio da proporcionalidade deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado este a base jurídica de todos os direitos constitucionais e a “viga mestra” do ordenamento jurídico, incidindo inclusive sobre o ordenamento penal. A Constituição Federal de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III), e, a partir desse fundamento, a proporcionalidade teria uma dupla finalidade: resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana e impedir medidas estatais invasivas desproporcionais à dignidade humana (Heerdt, 2019, p. 70; Levorin, 2016, p. 77; Yokohama, 2018, p. 97-100).

Uma corrente doutrinária fundamenta o princípio da proporcionalidade como corolário do princípio do devido processo legal (*due process of law*). A Constituição Federal de 1988 expressa o princípio do devido processo legal como direito fundamental (art. 5º, inc. LIV), devendo os atos normativos se revestirem de proporcionalidade, de forma a proteger e assegurar os direitos fundamentais. No julgamento da ADI 1.407-MC/DF, o Plenário do Supremo fundamentou a tese de que o princípio da proporcionalidade teria sua sede material de fundamento no dispositivo constitucional do devido processo legal (Barroso, 2025, p. 164; Macedo, 2010, p. 11; Mendes; Branco, 2025, p. 159; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 336; Yokohama, 2018, p. 89).

Independentemente dos argumentos históricos e fundantes do princípio da proporcionalidade, quando este passou a ter *status* dogmático-constitucional, converteu-se o “princípio da reserva legal” (*Gesetzesvorbehalt*) em “princípio da reserva legal proporcional” (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), passando a vincular todos os órgãos estatais ao

dever de proporcionalidade, pressupondo a legitimidade dos fins pretendidos, a adequação dos meios empregados e a necessidade de sua utilização. Pode-se argumentar a inconstitucionalidade de um ato estatal desproporcional praticado por qualquer dos poderes do Estado (Barroso, 2025, p. 165; Heerdt, 2019, p. 71; Mendes; Branco, 2025, p. 456; Sarlet, 2006, p. 336; Sarlet; Marinoni, Mitidiero, 2025, p. 169; Yokohama, 2018, p. 70-71).

A máxima “tratar os iguais de modo igual, e os desiguais de modo desigual” reconhece a desigualdade fática e jurídica das pessoas e infere que os que estão em situação de desigualdade não podem, por meio de mera declaração abstrata de vontade, reverter esse quadro social de desvantagem. As discriminações (ações) positivas promovidas pelo Estado através de políticas públicas concretizam materialmente o discurso da igualdade, ante o vazio de sua mera proclamação de que todos são iguais na forma da lei. O princípio da igualdade, previsto no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988 e em seu artigo 5º, *caput*, exige um tratamento igualitário aos que estão em mesma situação e proporcionalmente diferenciado aos que estão em condições desiguais (Bianchini, 2023; Levorin, 2016; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025).

O direito à igualdade apresenta dupla dimensão. A dimensão objetiva constitui valor estruturante do Estado Constitucional Democrático e Social de Direito, derivando “deveres de proteção dos órgãos estatais” e o consequente “dever estatal de proteção das pessoas” contra atos de discriminação atentatórios à dignidade da pessoa humana, inclusive na seara penal, estando em consonância com o direito constitucional brasileiro, que não somente proíbe discriminação, mas obriga o legislador a punir condutas discriminatórias (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XLI): “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. A dimensão subjetiva, por sua vez, em sua perspectiva negativa (defensiva), tem o objetivo de proibir tratamentos não igualitários, enquanto a face positiva (prestacional) fundamenta o direito às prestações de igualdade de acesso a bens e serviços disponibilizados pelo Poder Estatal ou por entidades privadas, implicando um dever estatal, seja na esfera fática, seja na esfera normativa, inclusive em matéria de Direito Penal (Bianchini, 2023, p. 109-110; Levorin, 2016, p. 165; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 552).

Os direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito apresentam uma dupla dimensão (perspectiva). A dimensão subjetiva (negativa) reflete a exigibilidade de implemento dos direitos fundamentais nas relações fáticas e jurídicas travadas entre o indivíduo e o Estado, tendo a função de um “direito de defesa”, constituindo os direitos fundamentais como limites negativos de atuação do Poder Público. A perspectiva objetiva (positiva) pressupõe não somente a sua aplicabilidade nas relações entre o indivíduo e o

Estado, como também deve estar presente nas relações entre particulares. Da dimensão objetiva (positiva) dos direitos fundamentais é projetado o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*). Mesmo não estando presente na relação jurídica, o Estado deverá sempre observar e proteger os direitos fundamentais dos entes envolvidos, sendo que esses direitos implicam um dever de atuação positiva, legal e judicial, do Estado de intervir preventivamente ou repressivamente contra interesses discriminatórios de terceiros e do próprio Estado. Essa dimensão objetiva (positiva) dos direitos fundamentais faz com que o Estado passe da “clássica posição de adversário” para a função de “guardião de direitos”, promovendo uma “eficácia dirigente” aos órgãos estatais e uma ordem de obrigação e de concretização e proteção do exercício dos direitos fundamentais. O Estado (Legislador-Administrador-Juiz) passa a ser, de fato, “garantidor” da efetividade dos direitos fundamentais (Bastelli, 2014, p. 93-94; Broocke, 2016, p. 23-25; Maciel Neto, 2020, p. 233; Leal; Vargas, 2023, p. 885; Sarlet, 2006, p. 331).

Apesar do reconhecimento de uma sólida doutrina e jurisprudência quanto ao princípio da proporcionalidade em sua vertente como “proibição (vedação) do excesso” (*Übermaßverbot*), analisado sob a relação de moderação entre a pena e o delito praticado e entre a pena cominada e o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, a proporcionalidade não se esgota nessa perspectiva. De outro lado, há um incipiente estudo sobre o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) do Estado, inclusive contra agressões de terceiros aos direitos fundamentais, necessitando de uma maior densificação doutrinária e jurisprudencial sobre a vertente da “proibição (vedação) de proteção deficiente (ineficiente) ou vedação do retrocesso” (*Untermaßverbot*), principalmente na esfera jurídico-penal, quando a atuação estatal fica aquém dos níveis mínimos de proteção constitucional aos bens jurídicos penais, ou mesmo quando não há proteção alguma (Bastelli, 2014, p. 95; Heerdt, 2019, p. 72; Macedo, 2010, p. 13; Ribeiro, 2019, p. 30; Sarlet, 2006, p. 306).

A proporcionalidade apresenta uma dupla dimensão (face, viés) no controle de constitucionalidade dos atos estatais ao vincular à materialização dos direitos fundamentais constitucionais, diminuindo a discricionariedade normativa do legislador ao proibir “ir longe demais” (*Übermaßverbot*) concomitante à proibição de “fazer muito pouco” (*Untermaßverbot*). A dimensão negativa do princípio da proporcionalidade tem função protetora do indivíduo contra as medidas estatais arbitrárias, sendo uma forma de controle dos excessos do Poder público, quando este não se atém aos “deveres de abstenção ou de autocontenção”, justificando a declaração de inconstitucionalidade do ato estatal pela “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*). Figurando a proporcionalidade pela “proibição de

excesso” (*Übermaßverbot*) como “parâmetro de aferição” da constitucionalidade das intervenções estatais excessivas sobre os direitos fundamentais (Barroso, 2025, p. 383; Gouvea, 2023, p. 23; Mendes; Branco, 2025, p. 456; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 170; Streck, 2004, p. 6; Streck, 2005, p. 192; Streck, 2009, p. 92-93; Yokohama, 2018, p. 125-126, 128, 130 e 132).

A dimensão positiva do princípio da proporcionalidade denominada “proibição de proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) decorre dos preceitos constitucionais, sendo considerado como um “mandado de otimização”. Assim, as normas ordenadoras devem ser realizadas da melhor forma possível, respeitando as possibilidades fáticas e jurídicas, devendo materializar da maneira mais eficaz os direitos fundamentais, sendo instrumento de contenção de omissões ou ações insuficientes do poder público. Presente a omissão estatal (o titular do dever nada fez para proteger) ou uma ação insuficiente (faz algo, mas falha ao atuar), aparece o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), exigindo comportamentos obrigatórios mínimos do ente estatal ou de terceiros, que sejam suficientes para uma proteção efetiva e adequada dos direitos fundamentais. A “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) no Direito Penal acontece quando o Estado se omite quanto ao uso de sanções penais ou promove tipificações insuficientes, que deveriam proteger efetivamente os bens jurídicos penais (Barroso, 2025, p. 383; Gouvea, 2023, p. 23; Mendes; Branco, 2025, p. 456; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 170; Streck, 2004, p. 6; Streck, 2005, p. 192; Streck, 2009, p. 92-93; Yokohama, 2018, p. 125-126, 128, 130 e 132).

A conexão entre a dogmática penal e a Constituição, tanto no que concerne aos direitos fundamentais como em relação às garantias institucionais, reflete o estudo dos limites que deve ter o Estado no exercício do poder punitivo e na promoção e proteção dos direitos humanos ao tipificar uma conduta humana. O Direito Penal impõe limite à tutela penal estatal, enquanto a Constituição fixa os limites à intervenção, inclusive sobre o Direito Penal. A definição do bem jurídico-penal a ser tutelado pelo Estado ao exercer o poder punitivo deve levar em consideração as duas vertentes do princípio da proporcionalidade: a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e a “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*). A interação entre a Constituição e o Direito Penal, por exigência de dispositivos constitucionais, requer proteção negativa de violações estatais e proteção positiva para sanar deficiências por meio do Estado. O Estado-Legislador dispõe de espaço discricionário para aferir a adequação e a necessidade de tutela dos bens jurídicos, mas deve obediência a balizamentos constitucionais de atuação, limitado pelas vertentes do princípio da proporcionalidade, respeitando o equilíbrio entre a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e

a “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) (Badaró, 2017, p. 138; Broocke, 2016, p. 28-29 e 31; Gouvea, 2023, p. 23; Heerdt, 2019, p. 65-66).

A dicotomia também se faz entre os defensores do garantismo penal. A defesa de um garantismo negativo tem fundamento na função clássica do Direito Penal, derivado das ideias liberal-iluministas representadas pela “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) maximizando os limites da intervenção estatal sobre os direitos individuais e deferindo o “direito de defesa” ao cidadão contra os excessos estatais, cabendo ao Estado exercer um “modelo de proibição” de não invadir de forma excessiva e desarrazoada a esfera de liberdade do infrator penal (Gavião Filho; Lyra, 2022, p. 77-79; Gomes, 2009, p. 1; Gouvea, 2023, p. 27; Macedo, 2010, p. 7; Maciel Neto, 2020, p. 238; Mendes; Branco, 2025, p. 1126; Ribeiro, 2019, p. 42; Streck, 2009, p. 51-52 e 93-94).

Os que defendem a dupla face do garantismo aderem também a um garantismo positivo, fundamentado no papel dirigente da Constituição como elemento de orientação de escolha e de proteção do bem jurídico-penal, existindo um lado “B” da proporcionalidade, sendo este a “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*). Trata-se de uma forma de obrigação do Estado a um comportamento ativo, pois, da mesma maneira que os infratores penais titularizam “direitos de defesa”, não deve o ente estatal descuidar de uma proteção real dos direitos fundamentais das vítimas e da sociedade, fazendo estender seu “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) a todos os membros da comunidade. O garantismo positivo reduz a discricionariedade do legislador penal ao criminalizar ou descriminalizar uma conduta lesiva, conferindo à sociedade uma proteção penal eficiente, não havendo uma “liberdade absoluta de conformação legislativa em matéria penal”. Há mandamentos de penalização na Constituição, que obrigam o legislador, impedindo-o de renunciar desproporcionalmente ao Direito Penal como forma de proteção dos bens jurídico-penais fundamentais, constitucionalmente reconhecidos e relevantes à sociedade. Há um “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) de bens jurídicos pelo Direito Penal, decorrente de um constitucionalismo dirigente em um Estado Democrático de Direito promotor da efetivação dos direitos fundamentais (Fernandes, 2011, p. 3; Gavião Filho; Lyra, 2022, p. 77-79; Gomes, 2009, p. 1; Gouvea, 2023, p. 27; Macedo, 2010, p. 7 e 13; Maciel Neto, 2020, p. 238; Mendes; Branco, 2025, p. 1126; Ribeiro, 2019, p. 42, 45 e 48; Streck, 2009, p. 51-52 e 93-94).

A distinção dúplici do garantismo em positivo e negativo não se mostra crível para uma parcela da doutrina. O garantismo, por essa concepção, é uma “corrente única e indissolúvel”, representando o estrito respeito às garantias penais e processuais previstas em lei e sua correta aplicação, sendo equivocada sua bifurcação teórica. A divisão doutrinária em

dois blocos não seria construtiva, nem enriqueceria teoricamente ou de forma prática a aplicabilidade do ordenamento jurídico-penal, sendo equivocada sua duplicidade (Ribeiro, 2019, p. 49).

Outra parcela da doutrina, de modo oposto, entende que a teoria garantista penal não afasta o aspecto positivo. A obra garantista é contrária tanto ao “direito penal máximo” quanto às “doutrinas abolicionistas”, sendo este um modelo utópico (inadequado) e aquele, propício ao abuso do direito de punir estatal. O modelo garantista se opõe tanto ao Estado autoritário e policialesco, violador dos direitos fundamentais, quanto a um Estado anárquico, sem regras para a boa convivência social, sendo necessária a defesa de um “Direito Penal Mínimo”, não se prestando o garantismo a fomentar a impunidade do criminoso. Para o garantismo penal, segundo essa parcela da doutrina, há fundamento tanto para o princípio da “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) quanto para o princípio da “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), seja no tocante à necessária criminalização de condutas que violam os bens jurídico-penais mais importantes da sociedade, seja na proporcionalidade entre o delito e a pena a ser imposta ao criminoso. Cumpre ao Estado o dever de não invadir, de forma desproporcional, a esfera de liberdade do criminoso; entretanto, deve, concomitantemente, proteger de forma eficiente a vítima e a sociedade dos crimes por estes sofridos. Os axiomas da teoria garantista não se destinam unicamente à proteção dos cidadãos diante dos excessos do poder estatal. A partir do momento em que o estado nacional, a exemplo do brasileiro, assume a forma de um Estado Democrático de Direito, obrigou-se perante a sociedade a usar o Direito Penal de forma proporcional como ferramenta de proteção social (Estevão; Brito Filho, 2019, p. 320-324; Fernandes, 2011, p. 6 e 11-12; Maciel Neto, 2020, p. 238; Sarlet, 2006, p. 353-354).

Os direitos fundamentais, em sua função clássica negativa de limite ao arbítrio das intervenções estatais sobre a liberdade individual — como exigência de uma “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*) —, com a nova dogmática-constitucional, passaram também a exercer um “mandamento de proteção” (*Schutzgebote*) ao legislador penal, denominado de “proibição de deficiente (insuficiência)” (*Untermaßverbot*). Este, ora derivado de “deveres de proteção jurídico-fundamentais” (*grundrechtlich Schutzpflichten*), dá ênfase à obrigação estatal, ora oriundo de “direitos de proteção jurídico-fundamentais” (*grundrechtlich Schutzrechten*), com destaque ao direito do cidadão. Se o princípio da proporcionalidade da “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) veda a criação e aplicação de penas desproporcionais à proteção dos bens jurídico-penais, o princípio da proporcionalidade da “proibição deficiente” (insuficiente) (*Untermaßverbot*) repudia a omissão tutelar ou a

proteção tutelar parcial. Há compatibilidade jurídica entre as duas vertentes do princípio da proporcionalidade, uma não antagoniza a outra, mas elas se complementam na efetiva proteção dos direitos fundamentais (Turessi, 2015, p. 155-157).

Diante de uma colisão entre o direito à liberdade do cidadão e o *ius puniendi* estatal, o princípio da proporcionalidade promove o sopesamento entre os interesses contrapostos, identificando a justa medida para o caso concreto. O “mandamento de proteção” (*Schutzgebote*), otimizado com base nos princípios constitucionais, determina um *dever prima facie* de o Estado atuar positivamente, dirimindo colisões entre direitos fundamentais a partir de uma “relação de precedência condicionada”. Se um dos direitos fundamentais restringe a possibilidade jurídica de atuação do outro, há uma colisão a ser sanada. Quando presentes princípios fundamentais conflitivos esta não é resolvida com a invalidação de um e a eliminação do outro do ordenamento jurídico; não sendo também solucionada pela introdução de uma exceção a um dos princípios divergentes em casos futuros. A solução para a colisão entre princípios fundamentais de direitos e com base nas circunstâncias do caso concreto se realiza por uma “relação de precedência condicionada”. E diante do caso específico haverá ponderação para que um dos princípios conflitantes tenha precedência sobre o outro, pois em caso diverso há possibilidade de que a questão seja resolvida de forma diferente (Alexy, 2024, p. 96; Turessi, 2015, p. 155; Yokohama, 2018, p. 130).

A possibilidade de conflito de direitos fundamentais válidos também surge diante de casos que envolvem o Direito Penal, sendo o princípio da proporcionalidade utilizado como ferramenta jurídica de ponderação entre os valores constitucionais fundamentais penais contrapostos. A proporcionalidade e a ponderação de direitos fundamentais são uma forma jurídica fundamentada para dirimir eventuais conflitos, sendo a ponderação realizada pelos poderes visando à convivência harmônica entre os essenciais direitos constitucionais. Essa nova era decorre da evolução de um Estado de Direito, predominantemente não interventor, marcado pela “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), para um Estado Democrático de Direito (e Social), que apresenta uma dupla dimensão: a de “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) em harmonia com a “proibição deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) na resolução de conflitos entre os direitos fundamentais (Barroso, 2025, p. 167; Essado, 2008, p. 70; Santos, 2017, p. 33; Streck, 2009, p. 52).

A dupla promoção dos direitos fundamentais exige uma atuação negativa (subjativa) do Estado, concomitante a uma função positiva (objetiva), sendo este determinante do seu “dever de proteção”, tornando-se o ente estatal garantidor da efetiva defesa e implementação dos direitos fundamentais. Esse “dever de proteção”, que se bifurca entre a tradicional

“proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), acrescenta hodiernamente a “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*), para que os meios de proteção dos bens jurídicos penais não estejam nem além (excesso) nem aquém (deficiente) dos níveis mínimos de dignidade.

Os atos dos entes estatais estão materialmente vinculados aos comandos constitucionais, devendo promover a proteção e o usufruto dos direitos fundamentais. Sendo a ausência ou o excesso do poder estatal submetidos a um possível controle de constitucionalidade. A vertente negativa do princípio da proporcionalidade justifica a declaração de inconstitucionalidade pela “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*). A face positiva fundamenta a declaração de inconstitucionalidade pela “proibição da deficiência” (*Untermaßverbot*). Esta última vertente é aplicada na esfera penal quando o Estado se omite em sancionar penalmente uma conduta ilícita ou realiza uma insuficiente tipificação de proteção do bem jurídico-penal.

A Constituição Federal impõe limites formais e materiais ao Direito Penal. Este ramo do direito deve promover e proteger os direitos fundamentais, porém os limites de atuação devem ser observados pelos Poderes Estatais reguladores da ordem jurídica. Sempre que o bem jurídico-penal é reconhecido como imprescindível à sociedade, desde que os outros ramos do direito não tenham eficácia protetiva, deve existir sua tipificação normativa, porém atendendo concomitantemente às duas vertentes do princípio da proporcionalidade. O Estado Legislador, como ente político competente criador das normas penais (dentre elas as de ordem incriminadora), deve equilibrar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais entre seus aspectos negativo e positivo. A discricionariedade do legislador ordinário não é absoluta, mas limitada pelas balizas constitucionais e do Direito Penal Mínimo.

Apesar de uma vertente dos defensores do garantismo penal entender que o Estado Legislador deve ater-se exclusivamente à face negativa do princípio da proporcionalidade — que minimiza a intervenção penal estatal, deferindo um direito de defesa pela “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) —, vedando penas excessivas e desproporcionais. Entendemos que a face positiva não é incompatível com o garantismo penal, pois os elementos de identificação e de escolha dos bens jurídico-penais a serem tipificados devem também observar a “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*), repudiando omissões e proteções ineficientes.

Não há uma liberdade absoluta de qualquer dos Poderes Estatais, seja para punir, deixar de punir ou punir de forma deficiente. Veremos no decorrer desta dissertação que há mandamentos de criminalização resguardados no texto constitucional, vedando ao legislador ordinário penal a renúncia ao Direito Penal como ferramenta de proteção dos bens

jurídico-penais. E diante do conflito na esfera penal entre direitos fundamentais, aplica-se, dentre outros, o princípio da proporcionalidade como fator jurídico de resolução de conflitos ante uma norma penal excessiva, omissiva ou comissiva deficiente.

5.1 Direitos e Garantias Fundamentais dos Vulneráveis

Os direitos fundamentais, apesar de seu reconhecimento em textos constitucionais e deverem ser usufruídos por todos diante da presença do direito à igualdade, somente com os recentes Estados Democráticos de Direito é que a parcela minoritária e vulnerável passou a ser sujeito passivo de proteção. Verificamos que, antes, elas eram exclusivamente destinatárias ativas dos tipos penais incriminatórios, pelo caráter seletivo-estigmatizante do Direito Penal, o que foi revertido a passos lentos diante das Constituições Modernas, que incluíram mandamentos de proteção a todos sem distinção. A vertente positiva (objetiva) dos direitos fundamentais, diante da presença de “mandados constitucionais”, determina que os Poderes Estatais promovam políticas de defesa das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”, derivado de um “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) estatal.

A luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais está em constante movimento de ampliação, não se resumindo ao surgimento de novos direitos básicos ao ser humano, mas à extensão da titularidade dos direitos às minorias e aos grupos vulneráveis, que sempre estiveram à margem da sociedade. O caráter dinâmico quanto ao conteúdo e à expansividade da titularidade dos direitos fundamentais louva-se no surgimento dos “estados constitucionais contemporâneos”, que trazem novas estruturas normativas e sua concessão aos sujeitos de direito. O “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”, incluídos no catálogo constitucional como “sujeitos de direito”, ocorre progressivamente, em razão de suas dificuldades socioeconômicas e pela falta de representação dessa parcela discriminada da sociedade. A deficiente (ineficiente) efetividade na defesa dos seus direitos equivale a um não reconhecimento, visto que suas pretensões jurídicas não são satisfeitas, nem em parcela mínima, em razão de sua condição de minoria e de vulnerabilidade, não surtindo efeitos suas reivindicações, nem sua “voz” é ouvida pela sociedade e pelo Estado (Barreto; Costa, 2015, p. 78).

A expansão do reconhecimento do “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) à parcela minoritária e vulnerável da sociedade desenvolveu-se tanto no âmbito público quanto no privado, decorrente de instrumentos normativos posteriores à promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, assegurando normas de proteção a essas específicas categorias de

indivíduos e grupos discriminados. O implemento de direitos fundamentais em sua dimensão objetiva proporcionou o surgimento de “mandados constitucionais”, determinando a adequação das normas jurídicas infraconstitucionais aos dispositivos da Carta Magna Brasileira de 1988. O “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) do Estado frente aos direitos fundamentais das “minorias” e dos “grupos vulneráveis” decorre de mandamentos constitucionais, dentre eles a observância do “princípio da proporcionalidade” em suas vertentes “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e “proibição deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) (Leal; Vargas, 2023, p. 886).

O princípio da dignidade da pessoa humana vincula os órgãos estatais, impondo tanto uma obrigação de abstenção de ingerências indevidas na esfera de liberdade individual contrárias à dignidade pessoal, quanto ao “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) contra agressões do próprio Estado e de terceiros. O princípio da dignidade humana tem uma dupla função: “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), que é o dever de abstenção de intervenções indevidas, e “proibição deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), que é o dever de proteção da dignidade dos indivíduos. Os direitos fundamentais têm um caráter multifuncional, devendo resguardar a ordem social derivada dos valores da Constituição, não apenas em seu aspecto filosófico, mas também jurídico. O caráter normativo dos direitos fundamentais, situado entre valores do “ser” e do “dever ser”, é mutável de acordo com as necessidades fáticas da sociedade e, por vincular-se aos valores constitucionais, deve passar por uma atualização periódica, sempre dentro de um marco restritivo de respeito à dignidade da pessoa humana. Portanto, a atualização normativa dos direitos fundamentais e seus correspondentes valores funcionam como norte condutor da atividade estatal e em defesa da proteção da dignidade dos membros da sociedade (Heerdt, 2019, p. 93 e 103; Turessi, 2015, p. 126-127).

Os direitos fundamentais, em uma interpretação clássica, tutelam a liberdade individual frente às intervenções do poder público, configurando um “direito de defesa” do cidadão frente ao *ius puniendi* do Estado, sendo uma vertente subjetiva dos direitos fundamentais que exige uma “ação negativa” do Estado. Em contrapartida, a vertente objetiva dos direitos fundamentais exige uma “ação positiva”, ou seja, uma participação ativa do Estado em conferir prestações fáticas (ex.: políticas públicas de reinserção social) ou prestações normativas (ex.: proteção por meio da norma penal em face de agressões discriminatórias e infundadas aos bens jurídico-penais). E, dentro do direito de prestação (ou direito a algo), está o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), como exemplificado pode ser por meio da tutela de normas penais contra atos atentatórios aos bens jurídicos mais caros à sociedade. Os direitos fundamentais reconhecidos como direito objetivo legitimam não só que

o Estado se obrigue a não apenas observar os direitos em face do Poder Estatal (*Abwehrrecht*), mas também são garantia de intervenção estatal contra agressões de terceiros (*Schutzpflicht des Staats*), fazendo com que o papel do Estado evolua da “posição de adversário” (*Gegner*) para “guardião de direitos” (*Grundrechtsfreund odre Grunrechtsgarant*) (Alexy, 2024; Gavião Filho; Lyra, 2022; Macedo, 2010; Mendes; Branco, 2025; Turessi, 2015; Sarlet, 2006; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025).

Hodiernamente, os direitos fundamentais não podem ser entendidos apenas como proibições de intervenções (direito de defesa), mas também como postulado de prestações (direito de proteção), assim como não devem se ater somente à “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), mas se estender a uma “proibição deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*). Esse “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), fundado nos direitos fundamentais, como base axiológica da Constituição e de todo o ordenamento jurídico, permite reconhecer os efeitos irradiantes dos direitos (*Austrahlungswirkund*) sobre toda a ordem jurídica legal (Alexy, 2024; Gavião Filho; Lyra, 2022; Macedo, 2010; Mendes; Branco, 2025; Turessi, 2015; Sarlet, 2006; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025).

Seguindo a fórmula elaborada por Alexy (2024), em que os direitos fundamentais abrangem um complexo de posições jurídicas, seja na condição negativa (defensiva) por meio de “direitos de defesa”, como o direito de não intervenção por parte do Estado, seja na condição positiva (prestacional), através de direitos a prestações de cunho fático (material) ou normativo (jurídico) por intermédio de normas de proteção, organização e procedimento. Apesar das críticas à classificação apresentada por Alexy, com as devidas adaptações, ela não é incompatível com os direitos de liberdade, pois refuta a compreensão dicotômica isolada sobre os direitos fundamentais, sendo que os “direitos de defesa” (negativos) e os “direitos a prestações” (positivos) se complementam e, à despeito de eventual conflito, acabam por se reforçar mutuamente (Alexy, 2024, p. 195-196, 201, 433, 442, 450, 453-454 e 456; Gavião Filho; Lyra, 2022, p. 74-75; Macedo, 2010, p. 7-9; Mendes; Branco, 2025, p. 455 e 637; Turessi, 2015, p. 161-162; Sarlet, 2006, p. 320-322; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 296-297).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão elaborou o entendimento de que a Constituição, não sendo um “documento neutro de valores”, possui uma ordem de valores objetivos extensíveis aos direitos fundamentais, cujo fundamento está na dignidade da pessoa humana. Esse fator valorativo condiciona a interpretação de todo o ordenamento jurídico, produzindo um “efeito irradiante”. A norma constitucional forma diretrizes para o Legislativo, Executivo e Judiciário. O julgamento de uma queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)

tornou célebre o caso Lüth (BverfGE, 7, 198), em que foi fixado o argumento de que os direitos fundamentais, para além de uma dimensão subjetiva, possuem uma vertente objetiva, incidindo não somente nas relações entre um lado, o indivíduo, e de outro, o Estado, mas também na relação entre indivíduos particulares. Portanto, os direitos fundamentais influenciam a interpretação em qualquer esfera normativa, inclusive na de direito privado (Alexy, 2024; Barroso, 2025; Mendes; Branco, 2025; Sarlet, 2006; Streck, 2009).

A partir dessa argumentação, foi reconhecida a possibilidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais. As leis infraconstitucionais, sejam da esfera pública ou privada, devem se conformar ao sistema de valores incorporados pelos direitos fundamentais. O juiz interpreta normas públicas ou privadas, mas a interpretação deve ser “conforme à Constituição”. Direitos podem ser reconhecidos desde que não violem os direitos fundamentais. Importante frisar que a teoria de uma ordem objetiva de valores encontra críticos que acusam essa teoria de ser uma “porta de entrada para um voluntarismo judicial fundado em juízos destituídos de legitimidade” (Alexy, 2024, p. 29, 126, 154, 506, 524-525 e 532-535; Barroso, 2025, p. 63, 384 e 397; Mendes; Branco, 2025, p. 186; Sarlet, 2006, p. 320-322; Streck, 2009, p. 101).

Os direitos fundamentais são considerados fundamentos de validade do princípio da proporcionalidade, este princípio como sendo “elemento integrante ou cláusula implícita” dos direitos fundamentais, nasce como uma garantia do cidadão frente às intervenções do ente estatal. Há um fundamento sólido de que o princípio da proporcionalidade deriva de um conceito oriundo do caráter jurídico dos direitos fundamentais. Nesse sentido, quanto à sua aplicação ao Direito Penal, especificamente na tipificação de uma infração penal e cominação de pena, deve haver o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, assim como a proporcionalidade penal deve ser fonte limitadora da lei penal. A proporcionalidade é uma norma constitucional implícita, sendo uma das espécies do gênero de direito fundamental (Essado, 2008, p. 64; Levorin, 2016, p. 166; Mendes; Branco, 2025, p. 159; Turessi, 2015, p. 154).

A democracia e os direitos fundamentais são pilares fundamentais que sustentam a formação de um Estado Democrático de Direito. O princípio da proporcionalidade em sua vertente “proibição deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) é uma forma de efetivação do dever de proteção dos direitos fundamentais quando tais não são resguardados de forma eficiente pelo Estado. O princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo que protege os direitos fundamentais, fortalece o respeito à democracia. O princípio da proporcionalidade em conjunto com os direitos fundamentais propicia a ligação entre o Direito Constitucional, o

Direito Penal e o Estado Democrático de Direito (Broocke, 2016, p. 15; Ribeiro, 2019, p. 37-38; Turessi, 2015, p. 156).

Os direitos fundamentais, além de sua clássica tutela de proteção como limite negativo à intervenção do poder público — diante do direito de liberdade individual derivado do seu respectivo “direito de defesa” contra o *ius puniendi* Estatal —, promovem, hodiernamente, um limite protetivo de atuação positiva do Poder Público, seja por meio de políticas públicas de inclusão social, seja por políticas normativas, com a criação de normas punitivas, dentre elas as penais, contra atos discriminatórios praticados em desfavor dos “grupos minoritários”.

Os direitos fundamentais obrigam, ao mesmo tempo, o Estado a uma “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e a uma “proibição de proteção deficiente” (*Untermaßverbot*). A formulação teórica de Alexy (2024) sobre as faces positiva e negativa dos direitos fundamentais não é incompatível com a tese que defendemos, pois os “direitos de defesa” (negativos) e os “direitos a prestações” (positivo) não são excludentes, mas complementares formas de proteção do dever estatal.

5.2 Fundamentos do Princípio da Vedação (Proibição) da Proteção Deficiente (Insuficiente) Penal dos Vulneráveis

A teoria do direito fundamental será estudada visando analisar os valores sociais do Estado e subsidiar como são solucionados os conflitos de valores contrapostos em uma relação jurídica válida. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (2024) será apreciada diante de sua adequação resolutiva aos conflitos de normas jurídicas em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, a teoria recebeu críticas diante de sua discricionariedade e subjetividade.

Uma teoria dos direitos fundamentais tem a função de sistematizar a determinação normativa dos objetivos e a extensão dos direitos fundamentais. A teoria material dos direitos fundamentais revela o sistema normativo, as predisposições ideológicas e os objetivos do Estado. Independentemente da teoria material dos direitos fundamentais adotada pelo Estado, ela materializa os valores predominantes de uma sociedade. E todas elas necessitam de uma “teoria dos princípios” para o suporte axiológico diante da presença de valores contrapostos dentro de uma relação jurídica. A Teoria dos Princípios de Alexy (2024) é adequada ao contexto jurídico brasileiro, possibilitando a proteção de direitos fundamentais quando presentes, em um caso concreto, situações de colisões normativas em uma sociedade que está em constante mutação de valores e, por consequência, a presença da elevação do percentual de conflitos e de demandas jurídicas. Porém, o método elaborado por Alexy não está imune a

objeções e críticas pelo argumento de que está presente a “discrecionalidade e a vulnerabilidade do subjetivismo do Estado-Juiz” (Alexy, 2024, p. 561; Broocke, 2016, p. 16 e 50; Maciel Neto, 2020, p. 196-198).

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (2024) faz uma distinção entre normas, classificando-as em regras e princípios. As regras são normas que sempre são satisfeitas ou não, incidindo em um “tudo ou nada”. Se uma regra está valendo, deve ser realizado tudo aquilo que nela está determinado, “nem mais, nem menos”. As regras são “mandamentos de determinação” diante de situações fáticas e jurídicas possíveis. Os princípios, por outro lado, são normas que determinam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, constituindo-se em “mandamentos de otimização”, caracterizados pela satisfação em grau variado. Essa distinção é qualitativa e não de grau. “Toda norma é uma regra ou um princípio”. Dentro das possibilidades jurídicas, há princípios e regras colidentes a serem solucionadas (Alexy, 2024, p. 90-91; Heerdt, 2019, p. 66).

Na colisão entre regras, o conflito pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção a uma das regras, eliminando o choque, ou se uma das regras for declarada inválida. Não há sopesamento entre regras, mas aplicação de uma regra e afastamento da outra, seja por uma cláusula que a execute, ou quando uma delas for declarada inválida. Colisões entre regras ocorrem na “dimensão da validade” normativa. Portanto, as regras são normas deônticas definitivas não sopesadas, que têm sua aplicabilidade aferida pelo critério de validade em caso de choque aparente entre elas. A solução de uma regra é cartesiana, correspondendo a sim ou não, tudo ou nada, ou, em linguagem binária, 0 ou 1. O conflito entre regras não existe, pois os critérios de verificação de validade são suficientes para que se considere apenas aparente a contradição entre essas espécies de normas (Alexy, 2024, p. 93-94; Broocke, 2016, p. 47; Heerdt, 2019, p. 66; Maciel Neto, 2020, p. 203-204).

Em caso de confrontos entre princípios válidos, como “mandamentos (mandados) de otimização” que são, precisam ser implementados na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, sendo que um dos princípios colidentes deve ser afastado em relação ao outro. Um dentre os princípios, em um caso concreto, terá a prevalência sobre outro confrontante; não há aplicação de subsunção, não há declaração de invalidade, nem inserção de cláusula de exceção, pois a preponderância não se verifica no plano da “dimensão da validade”, mas do sopesamento dos pesos entre os princípios colidentes para definir em que medida de possibilidade serão cumpridos. Os princípios têm pesos diferentes, e o princípio de maior peso prevalece sobre o outro. As colisões de princípios ocorrem na esfera da “dimensão de peso”. Entretanto, quando um dos princípios

tem precedência diante de um cenário fático e jurídico concreto, a questão da precedência pode ser resolvida de outra maneira se o ambiente fático e jurídico for diverso. A colisão de princípios válidos será apreciada judicialmente, lugar em que os direitos fundamentais principiológicos contrapostos serão sopesados por meio de “argumentos racionalmente verificáveis” (Alexy, 2024, p. 93-94; Broocke, 2016, p. 49; Heerdt, 2019, p. 66; Maciel Neto, 2020, p. 205-206).

Para Ferrajoli (2022a, 2022b), a distinção entre regras e princípios é uma importante conquista teórica. A divergência em relação às teses principialistas está na excessiva extensão conferida à noção de princípios. Uma norma pode ser concebida como um “princípio” ou uma “não-regra”. Este não é aplicável, porque nenhum comportamento predeterminado vem especificando exatamente sua aplicação ou violação; são princípios sem significado extensional, denominados “princípios diretivos ou diretivas”, dos quais nenhum comportamento específico pode ser previsto como observância ou violação. Por sua vez, os “princípios regulativos ou imperativos” são dotados de significado extensional, cuja atuação ou violação são claras, o que os torna aplicáveis como regra. Os princípios da igualdade e o direito à liberdade são regulativos ou imperativos, de modo que são materialmente possíveis, e deonticamente proibida a sua inobservância. Tais normas não admitem ponderação; sua violação gera antinomias, a menos que não existam limites expressos por regras. Essa redefinição da diferença entre princípios e regras — sendo estas todas as normas que preveem comportamentos que configuram sua violação, dentre elas os direitos fundamentais — revela-se melhor do que a noção alargada de princípios fornecida pelos principialistas: regras são aplicadas em função do “tudo ou nada” (Dworkin) ou realizadas ou não realizadas (Alexy). Os princípios diretivos são princípios não deônticos, considerados como constitutivos da identidade do ordenamento e relevantes para o argumento em uma argumentação interpretativa, sendo para eles exigida uma ponderação. Enquanto os princípios regulativos, entre eles os direitos fundamentais, são princípios deônticos, sendo possível sua atuação ou violação, assim como se manifesta em uma regra (Ferrajoli, 2022a, p. 34-35; 2022b, p. 273-274).

A elaboração dos argumentos de Alexy (2024) sobre considerar os direitos fundamentais, ou como princípios, ou como regras, diverge quanto à sua aplicação. Sendo os direitos fundamentais considerados princípios, devem ser realizados na maior extensão possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, sendo tratados como “mandamentos de otimização”, principalmente quando há colisões entre direitos fundamentais principiológicos. Se os direitos fundamentais forem considerados regras, seriam comandos

definitivos, sendo “mandamentos de determinações”. Conclui Alexy (2024) que a proporcionalidade decorre de uma estrutura de direitos fundamentais que assumiu caráter de princípios materiais constitucionais, e, sendo os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, pode ser aplicada como ferramenta jurídica de ponderação nas colisões entre princípios, dentre eles os de natureza de direito fundamental. Comenta o autor que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela, e assim sucessivamente. Como os princípios materiais dos direitos fundamentais estão de forma explícita e implícita na Constituição, esta vincula material e formalmente o legislador infraconstitucional (Alexy, 2024, p. 116-117; Essado, 2008, p. 32; Heerdt, 2019, p. 66-67; Maciel Neto, 2020, p. 199; Yokohama, 2018, p. 90-91).

A atribuição de um caráter principiológico aos direitos fundamentais não se mostrou infensa a críticas, sob o fundamento de que levaria ao enfraquecimento da Constituição e da manutenção do Estado Democrático de Direito, por permitir a possibilidade de “interpretações aleatórias” do que seja, de fato, o conteúdo desse princípio. Isso possibilita ao aplicador do direito dizer qual é a sua ideia de “máxima de proporcionalidade” e de suas submáximas — “necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito” —, a partir de seu modo de vida e de ver o direito, sabendo que cada um vive e vê o mundo de modo diferente. Parte da doutrina recebe de forma crítica a ideia de ponderação ou a “lei do balanceamento” defendida por Robert Alexy (Broocke, 2016, p. 51; Streck, 2009, p. 69).

Nas palavras de Ferrajoli (2022b), com o “positivismo jurídico” e com o “princípio da legalidade”, surge a política moderna como produção, projeção e transformação do direito. Com a democratização dos órgãos de produção do direito, torna-se o princípio da legalidade o fundamento da política democrática. E com a “positivação dos direitos fundamentais” criada pela “legalidade constitucional”, a própria política é submetida ao direito. Teorizar uma superação do “princípio da legalidade” e do “positivismo jurídico” equivale a superar o papel da política, abdicar das formas da democracia representativa e promover o declínio do Estado de Direito fundamentado na sujeição de qualquer dos poderes públicos ao direito. Em Direito Penal, isso gera o enfraquecimento do “sistema de garantias” fundado no respeito à taxatividade, à ofensividade e à legalidade como garantias de liberdade, e não da verdade (Ferrajoli, 2022b, p. 259).

É possível evitar o colapso do paradigma garantista com a opção pelo próprio “positivismo jurídico”, o qual depende de certas condições, sendo uma delas, sob o ponto de vista epistemológico, a “ponderação equitativa” como forma de ponderação não mais de

normas, como concebem os principialistas, mas por “conotações do fato” denotado por normas concorrentes (Ferrajoli, 2022b, p. 260).

Para os principialistas, quando conflitos surgem entre normas-princípios, a argumentação exige a solução por meio de uma ponderação, valorizando-se a argumentação pela escolha do princípio de maior peso. Esse método de argumentação criacionista do juiz contradiz o paradigma do Estado de Direito. Quando a ponderação é realizada entre princípios constitucionais, produz-se o enfraquecimento da normativa constitucional, gerando uma discricionariedade judicial e abalando a hierarquia das fontes e a prevalência da Constituição, pois a jurisdição, investida do poder, ao ponderar, escolhe quais dos princípios aplicar ou desaplicar, revelando um “poder criativo de disposição” conferido aos juízes pelo emprego da ponderação. Os princípios constitucionais são reduzidos a “preceitos de otimização” ou normas programáticas, confiadas ao poder do juiz de aplicá-las ou não, ainda que isso ocorra a favor de outros princípios. Esse “efeito desconstituinte” pode ser evitado por uma reconstrução diversa da resolução judicial de conflitos de normas (Ferrajoli, 2022b, p. 272-273).

O constitucionalismo positivista e garantista difere do constitucionalismo não-positivo e principialista pela rejeição de seus três elementos: a conexão entre direito e moral; a contraposição entre princípios e regras, centrada na distinção qualitativa; e o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurídica. A crítica quanto à ponderação não é sobre sua atividade de produção de direito, mas sobre sua excessiva atuação por intermédio do sopesamento na interpretação jurisdicional das normas públicas (Ferrajoli, 2022a, p. 24).

Quando um direito fundamental caracterizado como princípio conflita com um princípio de direito fundamental antagônico igualmente válido em um caso concreto, a possibilidade jurídica de concretização de um dos direitos fundamentais dependerá do peso atribuído ao princípio adverso, segundo os principialistas. A tomada de decisão nesse cenário depende de um sopesamento (ou ponderação), nos termos do método da “lei de colisão”. Uma vez imposta, no caso concreto, a aplicação de princípios válidos e conflitantes, em caso de colisão ou tensão, é necessário realizar o sopesamento por meio da “máxima da proporcionalidade em sentido lato”. Alexy (2024) e a dogmática alemã fazem uma distinção entre as “máximas da proporcionalidade” em três máximas parciais: A “máxima da proporcionalidade em sentido estrito”, que incide pelo fato de os princípios serem considerados “mandamentos de otimização” — ou seja, mandamentos de sopesamento (ou ponderação) diante das possibilidades jurídicas existentes —, decorrente da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que indica se a medida escolhida gerará mais

benefícios do que malefícios e qual o nível de satisfação da realização do direito fundamental, em frente à restrição do outro; a “máxima da adequação”; e a “máxima da necessidade”, ambas decorrentes da natureza dos princípios enquanto “mandamentos de otimização” (Alexy, 2024; Broocke, 2016; Heerdt, 2019; Streck, 2009; Yokohama, 2018).

A primeira [máxima da adequação] funciona como mandamento de aplicação do meio menos gravoso e apto a alcançar o fim pretendido (adequação/idoneidade), e a segunda [máxima da necessidade] como a medida legal mais benigna e idônea para atingir o fim almejado (necessidade), diante das possibilidades fáticas. Por fim, diante do sopesamento (ou ponderação) — como concepção dogmático-constitucional mais difundida, proposta por Robert Alexy —, realiza-se a aferição da proporcionalidade sob o aspecto da “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e da “proibição deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) (Alexy, 2024, p. 116-119; Broocke, 2016, p. 15; Heerdt, 2019, p. 66-67; Streck, 2009, p. 68; Yokohama, 2018, p. 91).

O exame do princípio da proporcionalidade como ferramenta jurídica capaz de realizar o sopesamento e a ponderação entre direitos fundamentais vistos como princípios é realizado quando houver uma necessidade de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restrinjam direitos fundamentais em conflito. Devem ser analisadas três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação (conformidade): devem ser analisadas as possibilidades aptas a viabilizar a finalidade pretendida, exigindo uma relação empírica entre o meio e o fim, ou seja, verificar a idoneidade do meio para se chegar ao fim visado. Necessidade (menor sacrifício ou ingerência): é necessário que a solução apresentada, dentre as possíveis, seja a menos restritiva aos direitos em conflito para atingir o fim almejado, verificando a existência de meios alternativos menos gravosos do que o inicialmente escolhido pelo Poder Executivo e Legislativo, e que possa, na mesma intensidade, promover os direitos fundamentais afetados. Havendo meio menos gravoso, é ilegítimo o emprego do mais gravoso para atingir igual fim. Proporcionalidade em sentido estrito: sendo conferida a possibilidade de atendimento da adequação e da necessidade, exige uma ponderação, um equilíbrio entre os meios e os fins do caso concreto, para que a finalidade a ser alcançada seja mais valiosa e justifique a restrição, comparando a realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, verificando se o que se alcançou é mais valioso do que o que foi afastado (Ávila, 2022; Barroso, 2025; Estevão; Brito Filho, 2019; Heerdt, 2019; Sarlet, 2006; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025).

Aplicando o princípio da proporcionalidade no Direito Penal, havendo direitos fundamentais penais em conflito, faz-se necessário verificar: a adequação, buscando constatar

se a atuação do Direito Penal é instrumento eficaz na proteção do bem jurídico, como critério de retribuição penal pelo fato realizado, com a indispensável prevenção geral e especial da pena; a necessidade, avaliando a imprescindibilidade da intervenção do Direito Penal como forma de dirimir o problema, levando em consideração seu caráter subsidiário e fragmentário; e a proporcionalidade em sentido estrito, investigando se os benefícios da intervenção do Direito Penal são maiores do que os custos sociais de sua escolha como forma de proteção do bem jurídico (Ávila, 2022, p. 216, 223 e 226; Barroso, 2025, p. 382; Estevão; Brito Filho, 2019, p. 313; Heerdt, 2019, p. 67; Sarlet, 2006, p. 337; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 231).

E como se resolve o conflito entre princípios regulativos, que apresentam figuras normativas conflitantes para um caso concreto, pela teoria de Ferrajoli? Em alguns casos, trata-se de “pseudo-conflitos”, solucionados no campo da doutrina pela argumentação teórica em relação à diversa estrutura entre os direitos concorrentes. Em outros casos, concorrem mais de um princípio a ser aplicado ao caso concreto, e não é possível definir de forma abstrata qual das qualificações normativas deve ser considerada prevalecente. Para resolver esse problema, o “modelo de argumentação equitativa” resolve com uma “reconstrução epistemológica da racionalidade judicial” alternativa à ponderação dos princípios, e compatível com o princípio da legalidade e da sujeição dos juízes à lei (Ferrajoli, 2022b, p. 274-275).

No concurso conflitivo de direitos fundamentais A e B, os principalistas sustentam que foi atribuído maior peso a A ou a B. Aplicam a metáfora do “peso”, que favorece ao Poder Judiciário a escolha de qualquer dos princípios para aplicar e qual não aplicar, julgando com base em valorações discricionárias a partir de sua importância. Na realidade, o que vem sopesado (ponderado ou balanceado), podendo ser chamado de “ponderação equitativa”, não é o princípio A ou B, mas as singularidades e as conotações específicas do caso concreto. Não são sopesados nem valorados a norma A ou B, mas as características do caso concreto. Não sopesamos as palavras, mas sim as incertezas e singularidades dos fatos. A ponderação, onde a atividade de escolha é orientada por uma “exigência de justiça substancial”, compromete não somente a submissão do juiz à lei, mas também os valores da certeza e da igualdade diante da lei (Ferrajoli, 2022a, p. 44-45; Ferrajoli, 2023b, p. 275).

Segundo Ferrajoli (2022a, 2022b), resolve-se o conflito de direitos fundamentais aplicando a “argumentação equitativa”, havendo duas possibilidades de solução do conflito. A primeira, a “argumentação equitativa simples”, quando presentes conotações específicas para o juízo, tornando cada caso concreto diferente do outro, mesmo todos sendo subsumíveis à

norma abstrata de uma determinada norma individual. O conflito é solucionado por uma via geral e abstrata, tratando-se de um pseudo-conflito, resolvendo com a prevalência do direito não exercido sobre o exercício de outro direito. Muitas das conotações são predeterminadas na lei, porém nenhuma previsão normativa, por mais precisa que seja, pode antever todas as conotações possíveis de um fato concreto. A segunda, a “argumentação ponderada ou ponderação equitativa”, que ocorre no concurso de normas ou princípios que não são solucionados em abstrato, somente no caso concreto, com o recurso da ponderação equitativa, que não tem como objeto a norma (pois sempre são as mesmas), sendo o objeto as conotações de fatos do caso concreto, que são sempre diferentes umas das outras. A decisão de prevalência de uma das normas (ou princípios) depende da valoração e ponderação das circunstâncias de fato. A compreensão equitativa é uma ponderação e valoração do mérito, tendo como objeto as conotações do caso concreto, não das normas concorrentes. As argumentações equitativas simples ou ponderadas salvaguardam o “princípio da legalidade e da sujeição dos juízes à lei” (Ferrajoli, 2022a, p. 45-46; Ferrajoli, 2022b, p. 275-277).

O Poder Legislativo é o órgão com competência constitucional de criar leis e o primeiro ponderador do direito. O princípio da proporcionalidade está implícito em nosso ordenamento, sendo imprescindível, pois, sem a sua presença, o Poder Judiciário não poderia corrigir a desproporção do excesso do legislador ou do executivo, bem como a omissão ou insuficiência de suas competências, muito menos poderia exercer a ponderação em conflitos concretos entre direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade tem importância na proteção de direitos fundamentais, sendo essencial a presença de uma Justiça Constitucional que exerça o controle de constitucionalidade. Paralelamente à dimensão negativa de vinculação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, existe uma faceta positiva, devendo juízes e tribunais, na medida de sua competência, aplicar, interpretar e integrar as normas de direitos fundamentais dentro da maior eficácia possível, nos limites que estabelece a Constituição. “Não é porque está na lei que não devemos questionar sua validade constitucional”, inclusive quando o Estado se omite de proteger ou protege parcialmente os direitos fundamentais. Ao contrário do que o legislador e alguns operadores do direito argumentam, “uma lei vigente não é uma lei por si válida”. E entre esses conflitos encontram-se os oriundos do Direito Penal. Se, em um primeiro momento, a relação penal se restringia entre indivíduo e Estado, cujo ordenamento penal clássico servia de anteparo ao poder punitivo estatal, na contemporaneidade aponta-se a exigência de tutela de proteção efetiva ao cidadão, como forma de exercício de sua cidadania. Logo, a colisão entre direitos fundamentais penais deve ser equalizada entre a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e a

“proibição deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) do poder punitivo estatal (Gouvea, 2023, p. 31-33; Heerdt, 2019, p. 70-72; Maciel Neto, 2020, p. 240; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 319; Streck, 2009, p. 152).

A adoção dos direitos fundamentais como um sistema composto de normas-regra e normas-princípio parte do entendimento de que a “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*) é um princípio, pois se afigura como método de verificação do sopesamento decorrente do princípio da proporcionalidade, já que, como simples subsunção, como se fosse uma regra, não seria o bastante para encontrar o equilíbrio entre direitos fundamentais. Isso porque tanto a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) quanto a “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) são componentes do princípio da proporcionalidade, sendo um indicativo seguro de que a “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*) contém um espectro “principiológico” (Broocke, 2016, p. 16 e 58).

Identificar o grau de dever estatal de proteção é de suma importância, sendo verificado quando a intensidade da insuficiência é inconstitucional, ao observar se a presença de proteção estatal está abaixo do padrão mínimo de defesa do bem jurídico. As omissões do legislador ou do administrador podem ser integral ou parcial: na primeira, inexistente lei ou atuação estatal; na segunda, a lei ou atuação existe, mas não protege e não garante de modo suficiente a bem jurídico. O princípio da proporcionalidade, em sua vertente “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*), é aplicado quando há ausência ou baixa proteção aos direitos fundamentais. No caso do Direito Penal, seja pela falta de previsão legal para punir a conduta criminosa do agente, seja pela ineficiente previsão legal de punição. Por força do princípio da “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*), nem o Estado nem mesmo a lei podem apresentar insuficiência de proteção aos direitos fundamentais, pois o ente estatal não pode abrir mão de mecanismos de tutela, dentre eles os de natureza penal. Se o Estado não tutela de forma adequada e na maior medida possível os direitos fundamentais, presente está a deficiência (ineficiência), configurando violação ao princípio da proporcionalidade em sua vertente da “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*) (Heerdt, 2019, p. 76; Gomes, 2009, p. 1; Levorin, 2016, p. 183; Ribeiro, 2019, p. 41).

A partir da constatação da existência de deveres de proteção do ente estatal em matéria de direitos fundamentais, foi reconhecida a presença de um dever de proteção suficiente, devendo haver uma garantia mínima de proteção, o que implica uma “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*), considerada uma outra vertente da proporcionalidade, que complementa a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) de

intervenção do Estado. Essa vertente também está submetida à ponderação pelas três “máximas da proporcionalidade”, constatando-se a omissão ou a atuação insuficiente do Poder Público. Verificada a presença implícita do princípio da proporcionalidade em sede constitucional, sendo uma delas a dimensão da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) o legislador, o administrador e o juiz não podem atuar de forma deficitária na proteção dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito penal (Estevão; Brito Filho, 2019; Fernandes, 2011; Gavião Filho; Lyra, 2022; Gouvea, 2023; Sarlet, 2006; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025).

O Estado, ao horizontalizar a garantia do usufruto dos direitos fundamentais, não pode violá-los e, ao mesmo tempo, deve protegê-los, podendo-se constatar a inconstitucionalidade na omissão ou insuficiência estatal em adotar medidas de natureza normativa e material, pois cabe realizar uma “presença mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida”. Caso o legislador, seja na omissão seja na criação parcial de norma penal, e o Executivo e o Judiciário, na sua aplicação, se omitam ou violem a proteção mínima do bem jurídico-penal, haverá violação do princípio da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*), sendo este mais um mecanismo de controle de constitucionalidade (Estevão; Brito Filho, 2019; Fernandes, 2011; Gavião Filho; Lyra, 2022; Gouvea, 2023; Sarlet, 2006; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025).

Quanto ao controle de constitucionalidade das normas penais, não há nenhuma ressalva na Constituição Federal que impossibilite a análise de uma omissão ou ação deficiente que esteja em dissonância com os dispositivos constitucionais, devendo ser avaliado se o ato estatal foi omissivo ou deficiente em seu dever fundamental de proteção. A omissão legislativa ou uma norma penal deficitária que não proteja eficientemente um direito fundamental entra em confronto com as exigências da máxima da adequação, principalmente quando não favorece outro interesse igualmente protegido pela Constituição. Omissões ou normas legais insuficientes lesionam a máxima da necessidade quando existia a possibilidade de alternativas à intervenção penal na esfera de liberdade, embora não implementadas pelo legislador, e que favorecessem, na maior medida possível, a proteção ao direito fundamental. A abstenção ou a ação parcial normativa penal colide com a máxima da proporcionalidade em sentido estrito quando a omissão ou intervenção parcial do legislador penal privilegia um direito fundamental de menor relevância do que aquele que deixou de ser protegido (Estevão; Brito Filho, 2019, p. 314-315 e 317; Fernandes, 2011, p. 15 e 17-19; Gavião Filho; Lyra, 2022, p. 76; Gouvea, 2023, p. 28; Sarlet, 2006, p. 334; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2025, p. 231, 334-335, 337-338 e 340).

A justificação do princípio da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) encontra-se formulada inicialmente pelos estudos da teoria dos direitos fundamentais, formulada por Claus-Wilhelm Canaris, expressando a ideia de que, com a existência da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” nas relações entre indivíduos particulares, estas se realizariam pela presença concomitante da “proibição de intervenção (direitos de defesa)” e dos “imperativos de tutela”. Os “imperativos de tutela” materializam a proteção objetiva dos direitos fundamentais pelo reconhecimento de que, havendo colisões entre direitos fundamentais, estes refletem sobre terceiros. Há uma mudança de paradigma de proteção, pois o princípio da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) exige prestações positivas do Estado para conferir proteção aos que estiverem em uma relação jurídica conflituosa. A intervenção do Direito Penal situa-se em uma “exigência de eficiência prática”, impondo uma intervenção eficaz do Estado ao exercer o poder punitivo, pois, diante da impossibilidade do uso da força como método de vingança privada, passa a ser o responsável por encontrar o justo, tanto na elaboração das normas penais quanto na concretização de sua aplicação. O princípio da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) tem a importante função de “imperativo de tutela” constitucional dos direitos fundamentais, pois cabe ao Estado o dever de zelar por eles, não somente contra os poderes públicos, mas contra agressões de particulares, passando a ter a função de “amigo e guardião” dos direitos fundamentais (Canaris *apud* Maciel Neto, 2020, p. 232-234 e 236; Ribeiro, 2019, p. 43; Sarlet, 2006, p. 330).

A “proteção deficiente” pode ocorrer por meio da “abstenção legislativa”, de uma “norma legal que não protege o direito fundamental” ou que o “proteja deficientemente por não favorecer a sua realização na maior medida possível” (Levorin, 2016, p. 184; Ribeiro, 2019, p. 43; Sarlet, 2006, p. 335).

O princípio da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) não ficou blindado de críticas, pois sua aplicação desarrazoada pode ocasionar fundamentações equivocadas e distorcidas, podendo gerar uma ausência ou proteção ineficiente das vítimas, dentre elas as “minorias” e os “grupos vulneráveis”, bem como a exacerbação do poder punitivo estatal. Deve-se ter cautela com o uso do referido princípio, para que não haja enquadramentos punitivos desmotivados e com respeito ao devido processo legal penal, sem afastamento das garantias penais. Com a finalidade de evitar o seu uso de forma equivocada, deve-se pautar a aplicação do princípio da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) dentro de uma “análise razoável”, com uma “interpretação finalístico-teleológico” e como “*ultima ratio* de argumentação” (Ribeiro, 2019, p. 68-69).

A avaliação do dever de proteção do Estado sobre os bens jurídicos fundamentais é uma tarefa hercúlea, na medida em que a aplicação do princípio da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) envolve não só a proteção de um sujeito de direito, mas abrange a universalidade de sujeitos com interesses fundamentais conflitantes. A “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) é um critério de avaliação constitucional, sendo uma das vertentes do princípio da proporcionalidade, ao lado da “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), assumindo “natureza instrumental” de proteção e de aplicação das normas constitucionais. A “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) como condição necessária de verificação da proporcionalidade, serve como contraponto à “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), não sendo ambos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, mas critérios de aplicação de defesa e proteção, não somente diante do Estado, como também diante de terceiros. É certo que o conceito elaborado inicialmente pela doutrina e jurisprudência alemã pode ser aplicado à realidade constitucional brasileira, mas com as devidas cautelas adaptativas ao cenário nacional, evitando juízos discricionários, desarrazoados e que não ensejem decisões arbitrárias, e que, no aspecto penal, não representem um retrocesso aos direitos fundamentais, seja da vítima, seja do acusado (Broocke, 2016; Streck, 2009).

O Legislativo, o Executivo e também o Judiciário, em todas as áreas do direito, inclusive na esfera penal, não podem frustrar o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), não têm a liberdade absoluta de decidir sobre editar ou não as normas, de cumpri-las ou não, e de interpretar equivocadamente a lei e a Constituição, estando vinculados às duas dimensões do princípio da proporcionalidade, devendo salvaguardar os direitos fundamentais. Quando o legislador se abstém de criar a norma, cria uma norma que não protege ou que protege deficientemente, não favorecendo seu usufruto na maior medida possível, caberá a invocação da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) (Broocke, 2016, p. 37, 53, 55, 59, 109 e 113; Streck, 2009, p. 103-105 e 113).

A ponderação, assim como qualquer outro processo hermenêutico de solução de conflitos constitucionais, não é uma “fórmula mágica que permita chegar a uma única resposta correta”. Procedimento racional, transparente e controlável, apto a conciliar a dupla dimensão dos direitos fundamentais e o âmbito de liberdade do legislador, consagrando a aplicabilidade das normas constitucionais vinculativas dos poderes estatais, inclusive do Poder Legislativo, visando o respeito e a proteção dos direitos fundamentais (Andrade, 2019, p. 48).

A aplicação do princípio da “proibição da proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) em matéria penal, mesmo sendo usado em decisões judiciais em que se encontram “minorias” e “grupos vulneráveis”, é um método de resolução de conflito importante, porém, se usada de maneira incorreta, pode causar desajuste no ordenamento jurídico, como a invasão de competência do Poder Legislativo, tornando a jurisdição elástica e sem o amparo normativo do princípio da legalidade. Com a advertência de que, em matéria de Direito Penal, não pode ser aplicado da mesma maneira que os demais ramos do direito, pois os postulados de interpretação devem ser *in bonam partem*, afastando as interpretações *in malam partem* sobre o réu (Neto, 2023, p. 19 e 198).

O método de solução de conflitos de normas jurídicas fundamentais, quando em confronto princípios válidos, pode ter diferentes enfoques de resolução e possibilidades díspares de resultados, a depender do marco teórico a ser utilizado. Alexy (2024) propôs o método da ponderação entre os princípios, em que o princípio considerado de maior valor jurídico prevalece, com o afastamento do outro de menor valor em um caso concreto. Porém, Ferrajoli (2022a, 2022b, 2022c) entende que os argumentos racionalmente verificáveis de escolha por peso dos princípios, nos termos da teoria alexyana, podem levar ao subjetivismo e resultar em imprecisão decisória.

Ferrajoli (2022a, 2022b, 2022c) critica as teses principialistas, pois uma excessiva extensão conferida à noção de princípios pode ocasionar decisões desarrazoadas. Ele argumenta que os direitos fundamentais seriam princípios deônticos, sendo direitos que preveem comportamentos possíveis de violação, mas que se manifestam como se fossem regras.

O conflito entre as duas teorias está em que, na teoria de Alexy (2024), quando presente o conflito entre princípios de direitos fundamentais, o critério de escolha será definido em um método de ponderação em uma dimensão de peso. A atribuição de peso possibilita a existência de interpretações valorativas discricionárias e aleatórias, permitindo ao intérprete dizer qual o conteúdo do princípio e qual a sua concepção sobre a “máxima de proporcionalidade”, a partir de seu modo de vida e de compreensão do direito.

Ferrajoli (2022a, 2022b, 2022c) critica a superação do princípio da legalidade e do positivismo jurídico, pois estes são o substrato de um Estado de Direito que sujeita os Poderes Estatais, enfraquecendo, por conseguinte, os sistemas de garantias fundamentados no respeito à legalidade e à taxatividade, garantias estas de proteção do direito fundamental de liberdade. Refuta as teorias principialistas de resolução de normas-princípios, por solucionar os conflitos pelo método da ponderação de valores, em que há a escolha da prevalência do princípio de

maior dimensão (peso), teoria que caracteriza como criacionista e que contradiz o próprio Estado de Direito. A crítica não é sobre o método da ponderação como atividade de produção do direito, mas sobre a excessiva discricionariedade da interpretação jurisdicional de sopesamento dos pesos conferidos aos princípios conflitantes. Um sistema de ponderação, onde a escolha argumentativa é originada de uma “exigência de justiça”, afasta ao mesmo tempo a submissão do juiz à lei, bem como afronta os valores da certeza e da igualdade de todos perante a lei.

A colisão entre direitos fundamentais penais a serem dirimidos pelos Poderes Estatais, principalmente pelo Poder Judiciário, diante de casos em que estejam presentes a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e a “proibição deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) do poder punitivo estatal (ambas vertentes do princípio da proporcionalidade), não deve resultar em interpretações valorativas desarrazoadas e aleatórias, mas em interpretações guiadas por um sistema de apreciação judicial em que os valores principiológicos constitucionais penais devem ser preservados.

O princípio da “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*) oriundo da doutrina e jurisprudência alemã, deve ser adaptado e interpretado com parcimônia em nosso ordenamento nacional, evitando-se aplicações e interpretações ineficientes em defesa da sociedade, a exemplo de ações que envolvem “minorias” e “grupos vulneráveis”. Não pode haver, em nosso entendimento, enquadramentos punitivos violadores do devido processo legal penal, nem afastamento das garantias constitucionais penais e invasão de competência entre os Poderes, porque a vedação de retrocesso aos direitos fundamentais envolve não só uma garantia aos direitos das vítimas, como também aos dos acusados.

5.3 Sanção Penal como Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais

A constitucionalização do direito representa um fator de fundamentação da validade de toda norma, incluindo as de índole penal. A Carta Magna estabelece comandos constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, delimitando as áreas de atuação dos Poderes Estatais, apresentando dois aspectos de proteção: um negativo, como fator limitante da intervenção do poder punitivo estatal, e um positivo, com a produção de normativas penais de proteção, dentre elas as de atos discriminatórios praticados contra as minorias e os grupos vulneráveis.

O Direito Penal hodierno, a partir de uma perspectiva compromissória e dirigente da Constituição Federal, impõe ao Estado, ao lado de uma perspectiva negativa, uma dimensão

positiva de proteção dos direitos fundamentais. A partir desse momento, o ente estatal deve tutelar eficientemente os bens jurídicos. A constitucionalização do direito, inclusive em matéria penal, considera que o direito não pode estar em contradição com a Carta Magna. Mais do que um fator limitante, a Constituição é o fundamento de validade do delito e da pena. Com isso, o Direito Penal deve proporcionar a maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais, devendo sempre haver um aprimoramento e uma caminhada no sentido de realizar a melhor proteção dentro do possível. O Direito Penal deve se basear nos mandamentos constitucionais; por conseguinte, o legislador, ao elaborar as normas criminais, e, posteriormente, o Executivo e o Judiciário, ao executá-las e interpretá-las, devem dar resposta proporcionalmente adequada aos casos conflitivos em concreto (Fernandes, 2011, p. 22; Ribeiro, 2019, p. 40; Streck, 2009, p. 91-92).

As Constituições contemporâneas, dentre elas a da República Federativa do Brasil, no que concerne às normas de Direito Penal, traduzem em regras e princípios a defesa dos direitos e garantias fundamentais, condicionando a intervenção punitiva estatal, sendo, de um lado, elemento de fixação de limites ao poder punitivo, velando pelas garantias constitucionais, e, simultaneamente, criando normas penais como instrumento de proteção dos bens jurídicos indispensáveis à sociedade. A partir da conexão entre a tutela dos direitos fundamentais e o legislador penal, deve ser conferido um sentido material ao Direito Penal, sendo a Constituição o limite material da normatização dos delitos e das penas, intervindo somente nos casos em que há presença de bens com dignidade constitucional aptos a serem elevados como bens jurídicos penais. O Direito Penal, como instrumento de proteção de bens jurídicos, adquire “dignidade constitucional”. O legislador, com fundamento e limites impostos pela Constituição, não tem liberdade absoluta para definir os crimes e as penas, devendo respeitar os direitos fundamentais tanto do acusado quanto das vítimas, no plano material e processual (Barroso, 2025, p. 249; Heerdt, 2019, p. 78-79; Turessi, 2015, p. 123).

O Direito Penal e os direitos fundamentais não podem ser dissociados. Há uma ligação entre eles a partir do instante em que os direitos fundamentais funcionam como limites de escolha dos bens jurídicos penais. O legislador penal encontra-se subordinado materialmente à Constituição, sendo que a lei penal representa a medida que o Estado cria para a proteção dos direitos fundamentais. Nessa relação entre o Direito Penal e os direitos fundamentais, está a proporcionalidade como “ferramenta hermenêutica” para reduzir as arbitrariedades e as omissões. A Constituição Federal, ao definir os bens jurídicos merecedores de tutela penal, será o parâmetro formal e material do legislador na criação dos crimes e na cominação das penas. A Constituição fornece a estrutura do Estado Democrático de Direito, e a

proporcionalidade deve ser usada como mecanismo de limitação do poder estatal. Estado Democrático de Direito e garantismo penal (inclusive em outras áreas) são grandezas indissociáveis e complementares, mas não necessariamente imunes a tensões, reclamando sempre a correta aplicação do direito à luz das circunstâncias do caso concreto (Gouvea, 2023, p. 23 e 28-29; Streck, 2009, p. 59; Sarlet, 2006, p. 340).

O efeito irradiante dos direitos fundamentais, oriundos da constitucionalização do direito, não deixou imune o Direito Penal, impondo uma releitura dos institutos jurídico-penais, incluindo o princípio da proporcionalidade. A discussão em torno das funções e limites do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito passa por uma remodulação da concepção e do dimensionamento do bem jurídico à luz das normativas constitucionais, que estão comprometidas com os valores individuais e sociais, remetendo à problemática quanto aos deveres de proteção do Estado e ao respeito à teoria garantista do Estado, do Direito Penal e da Constituição Federal (Macedo, 2010, p. 8; Sarlet, 2006, p. 319).

A eficácia irradiante ou efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, do princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios, no sentido de força jurídica objetiva, fornece os fundamentos para a aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais. Associada a esse efeito está o fenômeno da constitucionalização do direito, que supera a antiga dicotomia entre o direito público e o privado, afirmando a noção de “unidade do sistema jurídico”. A “filtragem constitucional” sobre o Direito Penal implica uma leitura constitucional dos institutos jurídico-penais, com uma coerente aplicação do princípio da proporcionalidade. Em um Estado Democrático de Direito, a tutela dos direitos fundamentais, iluminada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser o novo paradigma do Direito Penal (Turessi, 2015, p. 161; Sarlet, 2006, p. 328-329).

As garantias penais conquistadas pela humanidade em matéria de Direitos Humanos devem ser preservadas pelo Direito Penal, sendo tradicionalmente vista a relação entre este direito e aquele como um conjunto normativo limitador do direito de punir. A fundamentação do direito de punir tem a função de gerar legitimidade ao Direito Penal. Entretanto, hodiernamente, há um redimensionamento do Direito Penal por meio de novos parâmetros de seus objetivos e de seu limite de atuação em um Estado Democrático de Direito, por ser a nova perspectiva constitucional não só um fator limitante do direito punitivo, como também fundamento de proteção dos bens jurídicos, entre eles o de “garantidor dos direitos fundamentais” (Bastelli, 2014, p. 92-93; Heerdt, 2019, p. 52; Prado, 2020, p. 21).

A lei penal é a norma mais invasiva de atuação do ente estatal para salvaguardar as liberdades dos titulares dos direitos fundamentais. Quanto às normas concessivas de

prestações positivas na órbita penal, o Estado deve ter a cautela de selecionar as liberdades que merecem intervenção da proteção por norma proibitiva e, uma vez selecionadas, estabelecer o grau de proteção. A promoção de proibições legais por meio de tipificação de condutas pelo Direito Penal vem sendo, por parte da doutrina, considerada instrumento de proteção adequada de bens jurídicos. O Estado, ao lançar mão do extremo de sua atuação ao criminalizar condutas que considera atentatórias aos bens jurídicos dignos de proteção penal e integrantes dos direitos fundamentais, deve equilibrar a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e a “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*). A liberdade é um dos maiores bens jurídicos da pessoa humana, e o poder de restrição deve ser usado com cautela. O equilíbrio entre os direitos fundamentais do acusado e os interesses da sociedade e das vítimas, dentre elas as “minorias” e os “grupos vulneráveis”, é questão complexa, sobretudo em países com desenvolvimento incipiente e democracias jovens (Barroso, 2025; Broocke, 2016; Gavião Filho, Lyra, 2022; Macedo, 2010; Streck, 2009).

A conexão entre política criminal, ciência penal, garantias penais, princípio da proteção dos bens jurídicos, princípio da mínima intervenção e dogmática constitucional dos direitos fundamentais consiste em uma dialética que justifica a racionalidade no exercício da intervenção do Direito Penal. Nesta seara do dever de proteção estatal, que objetiva a proteção dos bens jurídicos penais, podem advir violações ao princípio da proporcionalidade, decorrentes de uma tipificação penal extremada ou da ausência total ou insuficiência de tutela penal, sendo o texto constitucional o parâmetro de intervenção. O legislador não possui poder absoluto de conformação na definição das condutas tipificadas, sob pena de “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e de “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) (Barroso, 2025, p. 477; Broocke, 2016, p. 44-45; Gavião Filho, Lyra, 2022, p. 86-87; Macedo, 2010, p. 10; Streck, 2009, p. 105).

O princípio da dignidade da pessoa humana exige uma proatividade do Estado quanto à sua efetividade, sendo identificada uma dupla face do princípio da intervenção mínima: a negativa, em processos de descriminalização; e a positiva, por meio de intervenções penais em prol da defesa dos bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade. O duplo viés do princípio da intervenção mínima leva à consagração do Direito Penal como instrumento de promoção e proteção dos direitos fundamentais, materializando-se nos “mandados de criminalização”, conferindo limites ao legislador penal ordinário ao decidir entre criminalizar ou não condutas, sendo o exercício legiferante delimitado por um “mandamento constitucional” (Turessi, 2015, p. 131).

Devido ao propósito desta dissertação, iremos focar no campo hermenêutico que envolve a atuação do legislador penal, sob o prisma de um “déficit de proteção”, partindo da premissa de que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos direitos fundamentais. Como descrito, o déficit de atuação pode ocorrer através de “abstenção legislativa”, de “norma legal que não protege o direito fundamental” ou de norma penal que “protege deficientemente por não favorecer a sua realização na maior medida possível”. Paralelamente ao reconhecimento dos direitos universalizados, não ocorreu o acompanhamento de uma legislação penal garantidora da proteção dos bens jurídicos fundamentais, a despeito de sua previsão constitucional. O uso do Direito Penal para proteger os bens jurídicos decorre de uma insuficiência de proteção, necessitando, portanto, do recurso à intervenção do poder punitivo (Bastelli, 2014, p. 95; Heerdt, 2019, p. 83; Macedo, 2010, p. 11; Turessi, 2015, p. 157-159).

O princípio da “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) exige que a lei e o Estado não apresentem insuficiências na tutela dos direitos fundamentais, criando um “dever de proteção” ao Estado (seja legislador, administrador ou juiz), que não pode deixar de prover os mecanismos de tutela, inclusive penal, visando assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Esse princípio é considerado uma das formas de “efetivação da proteção dos direitos fundamentais”, quando estes não são protegidos de modo eficiente. O princípio da “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) decorre do princípio da proporcionalidade e é invocado diante de uma “tutela penal insuficiente”. A tipificação dos delitos e a cominação de penas são mecanismos de proteção dos bens jurídicos e dos direitos fundamentais (Barroso, 2025, p. 249; Gomes, 2009, p. 1; Riberio, 2019, p. 38).

O Estado-Legislator tem a competência constitucional de selecionar os bens jurídicos merecedores de proteção pela via penal. Porém, o juízo de valor do Estado-Legislator deve ser balizado constitucionalmente, segundo uma “ordem de precedências de direitos” axiologicamente elencada pelo constituinte, devendo proteger os bens jurídicos mais essenciais, e que não podem ser tutelados de modo eficiente pelos outros ramos do direito, através do método mais incisivo disponível no direito, qual seja, a lei penal, pois lhe são vedadas a omissão ou a ineficiência de proteção. Há dois limites possíveis ao Estado-Legislator: a pura e simples omissão ou a criminalização de condutas. No entanto, é na adequação e necessidade da medida de proteção e na sua eficácia que reside o critério de verificação da postura do Estado-Legislator. A proporcionalidade serve de vetor de orientação ao juízo valorativo do Estado-Legislator ao determinar quais bens jurídicos serão tutelados pelo Direito Penal, sempre se posicionando como *ultima ratio* no sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito (Broocke, 2016, p. 73-74 e 76-79).

O novo papel dos tribunais constitucionais assumiu um novo controle sobre as leis penais. A função do Direito Penal como fator unicamente limitante da esfera de liberdade dos indivíduos desconhece a “doutrina dos deveres de proteção”, com sede em uma hodierna “teoria dos direitos fundamentais”. Diante de inequívoco “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) aos direitos fundamentais identificados nas normas constitucionais como verdadeiras ordens de criminalização ao legislador penal ordinário, esses mandamentos constitucionais não facultam a atividade de legislar, mas obrigam a proteger bens jurídicos essenciais de forma adequada e da melhor forma possível (Heerdt, 2019, p. 82; Turessi, 2015, p. 162).

O princípio da “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) pode ser usado no Direito Penal como fundamento de política criminal ao projetar futura legislação penal, não podendo, entretanto, superar as garantias penais, dentre elas o princípio da legalidade penal ou da reserva legal. A legalidade estrita seria vetor limítrofe de aplicação dessa vertente do princípio da proporcionalidade quando o legislador, o administrador e o juiz buscam uma interpretação que aumente a qualquer custo a punitividade, fator impeditivo dos avanços de um “conservadorismo punitivo infundado”. O princípio da “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) pode ser aplicado de forma fundamentada nas diversas áreas do direito; entretanto, no Direito Penal, deve ser compreendido com cautela, vez que a primazia do princípio da legalidade, da taxatividade e da vedação da analogia em prejuízo do acusado, diante do argumento garantista de que não estando na lei penal (contra o réu) não pode ser aplicado nem crime, nem pena, ainda que represente uma inconstitucionalidade por proteção “deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), não pode ser suprido pelo Poder Judiciário. O que está na lei não pode ser negado. Não se pode, pela presença do princípio da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), superar a barreira do princípio da legalidade penal (Gomes, 2009, p. 1; Ribeiro, 2019, p. 42).

Existem situações em que a aplicação da proporcionalidade em sua vertente proibição de “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) gera um “*easy case*”, enquanto em outras se transmuta em “*hard case*”, mas, se implementada arbitrariamente, resulta em um “*tragic case*”. O perigo do uso da proporcionalidade sem critérios jurídicos sólidos a transforma em “ponderação feita a machado”, quando o aplicador da norma “pega um princípio em cada mão” e, fazendo-se de balança, tira a conclusão de um “sopesamento” (Streck, 2005, p. 10).

Desenvolvidas as premissas dogmáticas de mandados constitucionais de proteção de direitos fundamentais como imperativos de tutela contra agressões do Estado ou de particulares, há uma vinculação do Poder Legislativo, assim como as interpretações realizadas

pelo Poder Judiciário, sendo vedada ao Estado Legislador, Administrador e Juiz a proibição de “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*). O Estado deve proteger os bens jurídicos essenciais da sociedade, impondo ao legislador, através de comandos constitucionais, a criminalização de condutas atentatórias aos direitos fundamentais (Andrade, 2019, p. 51).

O legislador ordinário penal encontra limite e fundamento de validade formal e material na Constituição, sendo o princípio da proporcionalidade vetor de aferição dos excessos e das omissões estatais. A sanção penal pode ser usada como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, desde que assegurados o respeito aos preceitos do Estado Democrático de Direito e do garantismo penal. A constitucionalização do direito influenciou uma nova interpretação dos institutos penais; porém, este efeito irradiante deve observar as garantias penais como fator limitador do direito de punir. Os novos parâmetros do Direito Penal devem resguardar o “dever de proteção”. As escolhas dos bens jurídico-penais e a futura intervenção normativa penal devem observar a proporcionalidade entre a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e a “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), sendo o texto constitucional o parâmetro de aferição de validade.

O princípio da proporcionalidade, em sua vertente da “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*), exige do Estado Legislador, ao realizar o seu “dever de proteção”, que não atue de modo omissivo ou comissivo deficiente. E, por ser a tipificação normativa uma das formas de proteção dos bens jurídico-penais fundamentais, quando incipiente a intervenção dos outros ramos do direito, não pode ser realizada de modo ineficiente. O Estado Legislador, por ter a competência constitucional de selecionar os bens jurídico-penais, deve balizar a apreciação da escolha pelos preceitos constitucionais.

E, em uma hodierna teoria dos deveres de proteção estatais dos direitos fundamentais, o papel do Poder Estatal é reformulado, pois, havendo mandamentos constitucionais de criminalização, estes não somente facultam os Poderes, como os obrigam a proteger os bens jurídicos fundamentais, mesmo utilizando a ferramenta jurídica mais interventiva, porém sempre observando as garantias penais, a exemplo do princípio da legalidade, da taxatividade e da vedação da analogia *in malam partem*.

O garantismo penal veda a supressão, por qualquer dos Poderes Estatais, sem o devido processo legislativo penal, mesmo presente uma omissão latente ou comissão ineficiente de uma conduta que, apesar de ser considerada repugnante e imoral, não pode ser considerada criminosa se não estiver presente em uma lei penal tipificadora.

6 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

A regra do caráter residual do Direito Penal como *ultima ratio* de intervenção de proteção dos bens jurídicos passa, em alguns casos, a ser mandamentos de criminalização obrigatórios derivados de escolhas realizadas pelo constituinte de forma antecipada e pré-definidas em normas constitucionais. A Constituição Federal afasta o caráter discricionário do dever de proteção do poder punitivo estatal dirigido ao Poder Legislativo. Identificaremos que a Carta Magna possui um caráter negativo, como limite do poder criminalizante de condutas, e um positivo, com a presença de mandados de criminalização constitucionais explícitos e implícitos determinando a obrigatoriedade do exercício de tutela penal.

Com fundamento nos princípios do Direito Penal Mínimo, dentre eles o da intervenção mínima, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, utilizado como instrumento jurídico somente quando os outros ramos do ordenamento não forem suficientes na proteção dos bens jurídicos de maior relevo social, exercendo uma função residual. Em oposição a esse caráter residual de intervenção, há determinados bens jurídicos que a Constituição determina que o Direito Penal seja não somente a primeira opção, mas a única alternativa ao legislador ordinário. Diante desse quadro, em oposição à liberdade de atuação do Poder Legislativo, o constituinte elegeu mandados de criminalização, que são verdadeiros mandamentos de obrigação, afastando a discricionariedade de realizar ou não o comando constitucional. A Constituição é o limite e fundamento de validade do Direito Penal. A normativa constitucional restringe o poder punitivo do Estado, porém confere legitimidade impositiva de criminalização. A ação punitiva deixa de ser somente objeto de restrição de direitos fundamentais, para também ser mecanismo de proteção, projetando específicos comandos de criminalização ao Poder Legislativo (Favoretto, 2019, p. 233; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 317).

Há influências da Constituição sobre o poder punitivo do Direito Penal: uma negativa, limitando a criminalização de condutas, pois o Estado deve respeitar os valores da dogmática penal e da Carta Magna, esta servindo como bússola de orientação na proteção dos bens jurídicos; outra positiva, determinando em alguns casos, de forma expressa ou implícita, que o legislador ordinário criminalize ou não descriminalize certas condutas. Os mandados de criminalização constitucionais têm a função de coibir atos atentatórios ao bem comum, promovendo um nível mínimo de proteção eficiente aos direitos fundamentais e proporcionando a manutenção do Estado Democrático de Direito. A Constituição tem influência sobre a validade e a interpretação das normas penais, de forma que impõe limites à

interdição criminalizante de condutas ou a deveres de criminalização de outras (Andrade, 2019, p. 35; Santos; Junqueira, 2023, p. 96-97).

Com o modelo intervencionista do Estado Democrático de Direito, além dos princípios liberais restritivos do poder punitivo (princípio da legalidade, da intervenção mínima, da ofensividade, etc.), foram acrescentadas “normas propulsoras de incriminação”, condicionando matérias a serem disciplinadas penalmente pelo legislador. O legislador constituinte previamente atribuiu a si o critério de avaliação do merecimento de proteção de certos bens jurídicos dignos de proteção penal, vinculando o legislador ordinário ao comando constitucional de criminalização. A ideia de guiar positivamente o legislador ordinário, derivada da presença de uma teoria do bem jurídico presente em uma obrigação constitucional de criminalizar, afasta os limites do tradicional pensamento iluminista-liberal. O fato de haver no texto constitucional um mandado de criminalização, que tenha como conteúdo um direito fundamental, faz com que tal direito represente um “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), ostentando uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que obriga o Poder Público a observar os direitos fundamentais em face do Estado, assim como a garanti-los contra agressões de terceiros. Os mandados de criminalização são limitações à liberdade normativa do legislador ordinário penal e sistemas de proteção através de normas penais (Badaró, 2017, p. 125-127; Broocke, 2016, p. 118; Mendes; Branco, p. 455).

Mandados de criminalização são deveres estatais de criação, não-revogação e aplicação do Direito Penal sobre determinados bens jurídicos valorados e protegidos na Constituição. Os mandados constitucionais de criminalização decorrem da doutrina do “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), consubstanciada pela teoria do princípio da proporcionalidade em suas vertentes “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*). O Direito Penal, como atividade do Estado voltada ao “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais, deve observância aos imperativos de tutela delineados pelo constituinte, de modo a institucionalizar uma efetiva criminalização dos bens jurídicos previstos na Constituição, apesar das recusas por parte da doutrina quanto à sua existência (Andrade, 2019, p. 9; Heerdt, 2019, p. 85).

Não basta a proteção dos direitos fundamentais por meio de obrigações de natureza negativa, isto é, abstenções do Estado de intervir. O ente estatal deve prover obrigações de natureza positiva com a finalidade de concretizar o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais, implicando não só atuações de natureza administrativa (ex.: políticas públicas de inclusão social ou de enfrentamento de discriminações), como também a edição de legislação específica incriminadora. Diante da natureza das obrigações positivas do Estado,

foram inseridos no texto constitucional mandados de criminalização, passando a ser dever jurídico de criar tipos penais quando presentes condutas violadoras dos direitos fundamentais. O papel destinado aos mandados de criminalização não fixa regras rígidas ao legislador ordinário, mas delimita espaços mínimos de atuação penal (Barroso, 2025, p. 498; Ponte, 2016, p. 187).

Os mandados de criminalização são classificados como normas de eficácia limitada, não apresentando aplicabilidade imediata, dependendo da edição de uma lei ordinária pelo Poder Legislativo, devendo este normatizar como infração penal as condutas violadoras descritas no texto constitucional, em obediência aos ditames do princípio da legalidade estrita em matéria penal (Favoretto, 2019, p. 236-237; Turessi, 2015, p. 166).

O modo como a conduta será proibida, em regra, não foi definido diretamente pela Constituição; esta indica a conduta reprovável, não especificando os exatos termos da norma penal incriminadora, encargo esse atribuído ao legislador ordinário penal. O mandamento constitucional não define o conteúdo do tipo penal nem o tipo de sanção penal a ser imposta, centrando-se apenas numa obrigação de caráter positivo ao Poder Legislativo para que normatize criminalmente a conduta reprovável. E, se já vigente uma incriminação, implementa em alguns casos um caráter negativo, vedando a revogação por via legislativa da proteção penal. O comando negativo dirigido ao Poder Legislativo deriva do fato de os comandos de criminalização, em sua maioria, serem cláusulas pétreas, o que impossibilita sua revogação até mesmo por intermédio de Emenda Constitucional (Favoretto, 2019, p. 239-241).

Os mandados de criminalização são obrigações impostas pela Constituição ao legislador ordinário. Entretanto, seu reconhecimento não se limita ao aspecto da obrigatoriedade do mandamento, sendo necessário avaliar a proteção do bem jurídico-penal e os princípios do Direito Penal Mínimo, dentre eles o da intervenção mínima. Existem critérios para seu reconhecimento, sendo classificados como amplos ou restritos (Favoretto, 2019, p. 235; Gonçalves, 2007, p. 162).

A posição ampla de reconhecimento dos mandados de criminalização oriundos do texto constitucional compreende que a existência de obrigação imputada ao legislador ordinário em matéria de direito penal seria identificada de plano, ainda que os termos da norma constitucional usassem especificações não explícitas de criminalização, a exemplo de palavras como “nos termos da lei” ou outra similar (Dias Júnior; Lima, 2020, p. 197; Turessi, 2015, p. 163).

A posição restritiva nega reconhecimento automático de mandados de criminalização quando as normas constitucionais invoquem a expressão “às penas da lei” sem elementos aditivos e inequívocos de exigência de uma sanção penal. Quando uma norma, a exemplo do § 2º do artigo 9º da Constituição Federal (Brasil, 1988), que diz “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”, esse dispositivo autorizaria uma tutela penal, mas não afirma diretamente que a conduta deva ser criminalizada, assim como na hipótese do § 4º do artigo 216 da Constituição Federal (Brasil, 1988), que diz: “Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”. Os termos “penas da lei” ou “na forma da lei” podem ter a interpretação de “sanções previstas em lei”, não obrigatoriamente “sanções penais em lei”. A Constituição, em algumas normas, não estabeleceu os exatos limites de uma criminalização, delegando a tipificação da conduta e a cominação de pena a uma avaliação do Poder Legislativo, dentro dos parâmetros do comando constitucional. Alguns comandos constitucionais são de eficácia limitada, e nem sempre há presente um mandato de criminalização; este exige critérios específicos além da simples menção à elaboração da lei ordinária, ou seja, reclama a presença de outros “indicativos linguísticos”, tornando inequívoco o uso do Direito Penal. A necessidade de lei ordinária não confere, por si só, natureza penal, pois este ramo do direito, pelo seu caráter subsidiário e fragmentário, só intervirá se os demais ramos do ordenamento jurídico se mostrarem incapazes de proteger o bem jurídico-constitucional. Há referência a uma possível intervenção penal, ou seja, uma indicação de criminalização, mas se não houver referência expressa e inequívoca ao uso do Direito Penal (Dias Júnior; Lima, 2020, p. 198; Favoretto, 2019, p. 235-236; Gonçalves, 2007, p. 156; Santos; Junqueira, 2023, p. 97; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 314-315).

A posição restrita é o melhor método de identificação dos sentidos descritos nos mandados expressos de criminalização, sendo o único a conciliar os mandamentos constitucionais com os princípios do Direito Penal Mínimo. Diante do critério restritivo, se o poder constituinte não limitou a esfera de ação do legislador ordinário, não deve o Judiciário estendê-la, sob pena de afronta aos princípios do Direito Penal e ao princípio da separação dos poderes, que atribuiu ao Legislativo a competência de escolher a política criminal adequada à realidade social (Dias Júnior; Lima, 2020, p. 168; Turessi, 2015, p. 164).

A distinção entre mandados expressos e implícitos não é peremptória, possibilitando diversas interpretações. A posição restrita defende que somente se está diante de um mandato expresso de criminalização quando presentes a clareza e o inequívoco constitucional do uso de sanções penais. Portanto, o art. 5º, inciso XLI da Constituição Federal (Brasil, 1988), que diz “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”,

não seria caso de mandado expresso diante da possibilidade de punição por outros meios jurídicos, diversamente do artigo 227, § 4º (Brasil, 1988), que declara “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” — este indica claramente uma determinação punitiva mais gravosa, evidenciando a necessidade da tutela penal. São considerados mandados implícitos de criminalização todos aqueles extraídos de dispositivos constitucionais que não expressamente identifiquem o dever de punir através de sanções penais. Sempre que não esteja expressa na norma constitucional a escolha pela sanção penal como forma de proteção do bem jurídico, deverá ser demonstrado o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) do Estado, com a finalidade de evitar a proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) dos direitos fundamentais (Andrade, 2019, p. 12-13).

Os mandados de criminalização tratam de matérias em relação às quais o legislador ordinário penal não tem discricionariedade de formular ou não o tipo penal, mas tem a obrigação de legislar sobre o assunto delimitado no texto constitucional. O argumento favorável está no fato de que ao Estado é imposto o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) de bens jurídicos constitucionais, não somente com uma atitude passiva, de não interferência, mas ativa, tornando eficaz o comando normativo constitucional. Os mandados de criminalização são um “comando criminalizador”, por já descreverem o bem jurídico fundamental a ser protegido, e o legislador, dentro dos limites legais, deve expressar por meio de lei a proteção penal que lhe foi imposta constitucionalmente. Porém, os contornos da descrição da conduta típica e das cominações penais ficam a cargo do legislador, embora algumas delas já estejam detalhadas na Constituição (Favoretto, 2019, p. 234; Gonçalves, 2007, p. 165; Ponte, 2016, p. 174; Prado, 2025, p. 52; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 318-320).

Houve tempos outrora quando, apesar das imposições dos mandamentos constitucionais destinados pela Constituição ao legislador ordinário penal — identificadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou em Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal —, a omissão diante daquele comando de criminalização não acarretava nenhum efeito jurídico em caso de procedência da ação, salvo a declaração de mora legislativa do Congresso Nacional. Não havia nenhum tipo de sanção ao legislador que, dolosamente ou não, deixasse de legislar sobre a matéria penal obrigatória pelo comando constitucional (Favoretto, 2019, p. 234; Ponte, 2016, p. 174-175; Turessi, 2015, p. 179).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, visando promover efeitos concretos aos mandamentos constitucionais e distanciar-se da mera declaração de mora do legislador, proferiu decisão em Mandado de Injunção (MI 670/ES) para que se aplicasse uma legislação

existente a uma situação jurídica não regulamentada. Ao julgar o direito de greve dos servidores, determinou a aplicação da legislação do setor privado aos funcionários públicos, enquanto não fosse regulamentado o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal (Favoretto, 2019, p. 234).

Os mandados constitucionais de criminalização atribuem força vinculante; porém, a imposição de tratamento mais rigoroso a determinadas condutas por meio de lei penal ordinária não afasta o Poder Legislativo de seguir os comandos do princípio da proporcionalidade, tanto no contexto da “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) quanto da “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*). Essa limitação, se não observada, caracteriza excesso ou deficiência do poder punitivo do ente legislativo (Badaró, 2017, p. 130; Favoretto, 2019, p. 238; Mendes; Branco, 2025, p. 455).

Entretanto, há posicionamentos que afastam a presença de mandados constitucionais de criminalização na Constituição, considerando os aspectos do Direito Penal Mínimo, precisamente o caráter residual do Direito Penal. A crítica posiciona-se no sentido de que a Constituição serve apenas como limite negativo do poder punitivo estatal, e, se passa a ser não só um limite negativo, mas positivo de fundamentação do poder punitivo, estaria a alargar e não a diminuir a intervenção mínima do Direito Penal. A Constituição passaria a ser a propulsora do Direito Penal, pois qualquer situação de emergência pode ensejar questionamentos por descumprimento de uma indicação constitucional de criminalização. A busca pelo Direito Penal Mínimo, segundo essa corrente de pensamento, não convive com uma Constituição que traz comandos automáticos de mandados de criminalização. Não existe um dever de criminalizar, mas uma possibilidade jurídica permitida pela Constituição (Favoretto, 2019, p. 238; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 318-320).

Segundo os opositores da existência de mandados de criminalização constitucional, há uma absoluta contrariedade aos ditames dos princípios do direito penal, sendo ilógico impor ao legislador ordinário a obrigatoriedade de penalizar condutas, quando a proteção ao *status libertatis* em um estado constitucional garantista indica o sentido oposto: em vez da maximização, deve haver a minimização efetiva do direito penal. Os mandados de criminalização afetariam a condição de *ultima ratio*, transformando o Direito Penal em *prima ratio* (Dias Júnior; Lima, 2020, p. 200).

Outros defendem que tais medidas são indicações criminalizantes, ainda que excepcionais, ou deveres protetivos específicos, porém não engessariam o legislador ordinário ao elaborar o tipo penal diante de uma proteção penal constitucionalmente determinada, sendo

apenas um “direcionamento constitucional não vinculante”, porém um indicativo ao legislador penal (Dias Júnior; Lima, 2020, p. 200; Prado, 2025, p. 52).

Outra corrente se posiciona no sentido de que a presença de mandados de criminalização não significa a expansão do Direito Penal, podendo conviver harmoniosamente com os princípios do Direito Penal Mínimo e a Constituição, pois esta confere uma “unidade material de sentido ao ordenamento, sendo um “ponto jurídico-político” de referência obrigatória ao tipo penal. A tarefa do Direito Penal é a de identificar e a de proteger os bens jurídicos mais relevantes à sociedade, não sendo afastado o caráter subsidiário e fragmentário. E se for considerar a Constituição como meio de alargamento do Direito Penal, as normas constitucionais são instrumento de proteção dos direitos individuais e coletivos, porque, em um Estado Democrático e Social de Direito, identificado um bem jurídico material indispensável, existe a legitimidade do direito de punir como fundamento de proteção a esses direitos fundamentais. A imposição constitucional de um dever de criminalização de condutas impostas ao legislador ordinário penal não retira sua liberdade seletiva, não se podendo falar de “engessamento do legislador infraconstitucional”, nem de contrariedade aos princípios do Direito Penal Mínimo. A Constituição reconhece o valor do bem jurídico, traçando os limites da legitimidade criminalizadora, mas quem realiza a incriminação é o Poder Legislativo por intermédio do Direito Penal. O constituinte já teria feito o juízo de adequação e de necessidade da intervenção penal, restando ao legislador ordinário a análise da proporcionalidade em sentido estrito (Favoretto, 2019, p. 238-239; Heerdt, 2019, p. 87-89; Prado, 2025, p. 52; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 318-319 e 321).

O modelo estatal intervencionista, ao mesmo tempo que outrora resguarda a continuidade dos princípios liberais delimitadores do poder punitivo, acrescenta a presença de normas obrigatórias de criminalização destinadas à atuação do Poder Legislativo. Os mandados de criminalização previstos nos textos constitucionais antecipam escolhas sobre os bens jurídicos que devem ser resguardados, sendo um limite à liberdade normativa do legislador e um sistema prévio de proteção dos bens através de normas de caráter penal.

O Direito Penal hodiernamente é apresentado como uma ferramenta jurídica estatal destinada a promover o “dever de proteção” dos direitos fundamentais por meio da atuação de tutela penal dos bens jurídicos previamente identificados pela própria Carta Magna.

Parcela da doutrina defende a inexistência dos deveres constitucionais de criminalização. Essa corrente se posiciona no sentido de que a Constituição Federal apresenta apenas limites negativos à intervenção do poder punitivo estatal, não exigindo atribuições positivas de punição, o que contraria os postulados da intervenção mínima do Direito Penal,

aumentando, em vez de diminuir, o poder punitivo. Não existiria, desse modo, um dever de criminalização, porém sim discricionariedade jurídica punitiva a cargo dos Poderes Estatais competentes. Caso prevaleça entendimento em sentido contrário, o Direito Penal passaria a ser a *prima ratio* dentre as diversas áreas de proteção do direito.

Entendemos que, além das abstenções interventivas do Estado, o ente estatal deve concretizar a promoção dos direitos fundamentais por meio de tutelas de natureza criminal, quando os outros meios de proteção jurídica forem ineficientes, não sendo afastada a possibilidade de o próprio constituinte expor essa opção protetiva de forma prévia nas normas de índole constitucional. Os mandados de criminalização não fixam regras rígidas de escolha do tipo criminal e das penas cominadas a serem criadas pelo Poder Legislativo, mas delimitam espaços de identificação de bens jurídicos que devem ser tutelados por normas penais. Não há incompatibilidade entre os princípios do Direito Penal Mínimo e os mandados de criminalização previstos nos textos constitucionais.

Os mandados de criminalização não são normas de eficácia jurídica imediata, mas de ordem limitada, dependendo da edição de uma lei ordinária pelo poder estatal competente — que é o Legislativo —, devendo este descrever a tipicidade da conduta criminosa, obedecendo aos parâmetros do Direito Penal Mínimo. Prevalece o caráter restritivo no reconhecimento dos mandados de criminalização, devendo existir expressões inequívocas de obrigação de criminalização de condutas, sob pena de toda conduta ilícita poder ser considerada como violadora de um direito fundamental que deve ser tutelado pelo Direito Penal, o que, de pronto, não se coaduna com o postulado da *ultima ratio* de intervenção estatal. Se a própria Constituição (Brasil, 1988) não limitou a esfera de atuação do legislador ordinário, obrigando à criminalização da conduta, mas apenas como uma possibilidade de intervenção por meio de uma tutela penal, não podem os demais Poderes, entre eles o Judiciário, entender de modo diverso, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes.

6.1 Mandados Implícitos e Expressos de Criminalização na Constituição Federal de 1988

Necessitamos identificar os mandados de criminalização explícitos e implícitos presentes nos textos constitucionais. Os expressos são aqueles em que a própria Constituição (Brasil, 1988) não deixa margem de dúvida de que a única hipótese de tutela punitiva deva ser a realizada pela seara penal, enquanto os tácitos são identificados a partir de interpretações teleológicas das normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 contém mandamentos expressos (explícitos) de criminalização, sendo que alguns estão previstos nos catálogos de direitos fundamentais. A Constituição Federal expressamente determina, nesses dispositivos, a utilização do Direito Penal como forma jurídica de tutela de direitos. Existe um “mandado de criminalização” dirigido ao legislador ordinário, levando em conta os bens e os valores a serem protegidos (Badaró, 2017, p. 125; Heerdt, 2019, p. 86; Levorin, 2016, p. 238-239; Mendes; Branco, 2025, p. 455; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 314-315).

O constituinte eliminou qualquer discussão jurídica sobre a relevância do bem jurídico quanto à necessidade de sua proteção penal, como fez na defesa do meio ambiente por meio de mandados expressos de criminalização. O legislador constitucional já ponderou o bem jurídico como objeto de proteção penal. Porém, segundo parcela da doutrina, não determina como se deve realizar essa proteção. Nesse caso, o legislador ordinário tem margem de liberdade ao penalizar o conteúdo da conduta (especificação do tipo e escolha da pena), devendo sempre levar em consideração os princípios do Direito Penal Mínimo, considerando a intervenção penal como *ultima ratio* (Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 321-322).

Outra parcela [da doutrina] entende que o mandato expresso de criminalização não é uma possibilidade, mas uma obrigação, pois o constituinte já realizou um prévio juízo de merecimento sobre o bem jurídico. Esta obrigação, entretanto, não retira a discricionariedade do legislador ordinário de avaliar quando e como procederá à tutela penal, deliberando sobre o conteúdo das condutas criminais e as espécies de pena, devendo ser norteados pelos princípios penais constitucionais do Direito Penal Mínimo. Há dois juízos de valor sobre o bem jurídico: primeiro, do constituinte; segundo, do legislador ordinário. Este não tem sua liberdade anulada, mas exerce uma liberdade dentro de certos limites. A margem para não agir é zero, o nível de proteção fica a cargo do legislador ordinário, mas não a opção de proteger (Heerdt, 2019, p. 85; Prado, 2025, p. 52; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 321-322).

Alguns mandados de criminalização já foram normatizados pelo legislador ordinário penal, a exemplo da Lei de Tráfico de Drogas (Lei nº 11.343/2006), enquanto outros não foram legislados, dentre eles o crime de retenção dolosa do salário do trabalhador, que necessita de norma penal tipificadora. Discutiu-se a possibilidade de enquadrar a conduta no crime de apropriação indébita; porém, esse entendimento foi afastado pela jurisprudência (STJ - HC 177.508/PB) (Favoretto, 2019, p. 235; Santos; Junqueira, 2023, p. 99-100).

Os mandados implícitos (tácitos) de criminalização, por sua vez, são inferidos a partir de uma interpretação teleológica e sistemática da Constituição. Apesar de não haver determinação específica criminalizadora de forma inequívoca em um texto literal escrito em

dispositivo constitucional, decorrem da necessidade de tutela penal a cargo do Estado, derivada de atentados aos direitos fundamentais essenciais à sociedade, com base em uma determinação constitucional. Justifica-se seu reconhecimento quando o bem protegido ou a ser protegido, apesar de preponderante na Constituição, não conta com proteção normativa expressa, ou quando, existindo norma, esta se mostra deficiente como meio de proteção (Andrade, 2019, p. 11; Ponte, 2016, p. 189).

A Constituição Federal de 1988 não consegue descrever todas as situações indispensáveis de intervenção penal, sendo possível constatar a presença de mandados implícitos de criminalização. A intervenção do Direito Penal não deriva somente da proteção de bens jurídicos expressamente previstos em seu texto constitucional. A Constituição Federal representa o limite ao legislador penal, que deve, ao normatizar, obedecer aos comandos de criminalização e aos princípios constitucionais penais. Os fundamentos e os objetivos da Constituição são critérios para o reconhecimento de mandados implícitos de criminalização contra condutas violadoras dos pilares e dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Há direitos fundamentais básicos cujos valores são constitucionalmente consagrados; entretanto, a obrigatoriedade de criminalização não está expressa na Constituição. Apesar disso, acolhe-se a posição da imprescindibilidade da proteção penal, por ser tão evidente sua importância que o constituinte não fez menção expressa. A título exemplificativo, no caso do direito à vida, se o legislador revogasse o art. 121 do Código Penal, descriminalizando o homicídio, tal ato seria inconstitucional por desprestigiar os mandados implícitos de criminalização, ofendendo o princípio da proporcionalidade em sua vertente de “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) (Estefam; Gonçalves, 2025, p. 129; Favoretto, 2019, p. 252-254; Ponte, 2016, p. 190-191; Turessi, 2015, p. 174).

Existem aqueles que discordam da existência de mandados implícitos de criminalização. Há direitos básicos cuja proteção penal a norma constitucional não menciona, sem que sequer se assuma o posicionamento de que seriam valores indispensáveis à devida tutela penal. Porém, diante da evidente necessidade de proteção e de sua importância, o constituinte não fez indicação expressa de obrigação de criminalização. Tratam-se de bens jurídicos protegidos pela Constituição, dignos de tutela penal, pois o fundamento da ilicitude material teria origem na própria Constituição, como ocorre com os direitos à vida, à dignidade e à liberdade. Com base nos princípios do Direito Penal, em especial o da subsidiariedade, cabe a este ramo do direito efetivar a proteção dos valores constitucionalmente consagrados, pois todo bem jurídico-penal encontra referência, expressa ou implicitamente, na

Constituição. Não existiriam, portanto, imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização (Badaró, 2017, p. 132; Heerdt, 2019, p. 172; Prado, 2025, p. 50; Santos; Junqueira, 2023, p. 101; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 316).

A distorcida leitura dos direitos fundamentais, por meio das normas constitucionais que os consagraram, permitiu a extração de “inexistentes obrigações criminalizadoras”. Através de uma nova interpretação dos direitos fundamentais, veiculada por equivocadas compreensões de suas normas, criou-se “supostas obrigações criminalizadoras”. A finalidade das normas de direitos fundamentais sobre as leis penais incriminadoras sempre foi, e sempre será, a de restrição de espaços de atuação do direito de punir do Estado. As normas de direitos fundamentais, que protegem o indivíduo do poder punitivo estatal, não podem funcionar ao mesmo tempo como instrumento destinado a exacerbar o mesmo poder. Atribuir aos direitos fundamentais, concomitantemente, a função de “escudo” destinado a neutralizar e de “espada” a impulsionar as leis penais incriminadoras resulta em descompromisso com os mesmos direitos fundamentais, sendo estes direitos historicamente criados em defesa do indivíduo frente à intervenção estatal. Desse modo, as indevidas leituras, negando uma estrita concepção aos direitos fundamentais e pretendendo implementar uma contraditória função de “escudo e espada”, extraíndo inexistentes “obrigações criminalizantes”, fazem com que o Direito Penal seja falsamente apresentado como “instrumento de atuação positiva” (Karam, 2021, p. 27, 42, 45 e 53-54).

Porém, é inegável que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma ordem de valores, ainda que não estejam explícitos, que reclamam o imperativo de tutela através do Direito Penal, cumprindo ao legislador a adequada e necessária proteção constitucional-penal. A existência dos mandados implícitos de criminalização originou-se de elaborações jurisprudenciais de cortes constitucionais, sendo a pioneira o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) (BverfGE 39, 1 e BverfGE 88, 203), que encontrou fundamentação: pela dogmática da teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais, que realçou os imperativos de tutela exigindo atuação estatal; e pelo princípio da proporcionalidade em sua vertente “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermäßverbot*) aplicado a determinados bens jurídicos que teriam primazia na ordem constitucional. Analisando a relação entre os direitos fundamentais e o Direito Penal, o Tribunal Constitucional Alemão fundamentou que não se pode afastar o entendimento de que uma norma de direito fundamental não possa obrigar o Estado a sancionar criminalmente. Se o Estado tem a obrigação de proteger os bens jurídicos mais importantes, mesmo diante de ataques de terceiros, serão inevitáveis medidas constritivas penais contra outros detentores de

direitos fundamentais (Heerdt, 2019, p. 92; Ponte, 2016, p. 188; Santos; Junqueira, 2023, p. 101-102; Streck, 2009, p. 96-97; Turessi, 2015, p. 173-174).

Devido ao alto grau de subjetividade em torno dos critérios de avaliação sobre os mandados implícitos de criminalização, deve haver um controle sobre seu uso para evitar interpretações indevidas sobre os mandamentos de criminalização ou impedimentos de descriminalização de condutas, quando estes pudessem ser efetivamente resguardados por outros ramos do direito. O processo de identificação não pode ser automático, nem assistemático, devendo ser exercido através de critérios objetivos que impeçam orientações subjetivas decorrentes de “discursos de ocasião”. Deve ser realizada uma avaliação através do princípio da proporcionalidade e identificar a exigência de regulação normativa penal sobre o bem jurídico que se quer proteger, desde que encontrada sinalização no Direito Penal Mínimo, dentre eles a intervenção mínima e seus consectários, não perdendo de vista a dupla face dos direitos fundamentais (Santos; Junqueira, 2023, p. 105; Turessi, 2015, p. 175).

Com a finalidade de evitar a ausência de limites pelo legislador ordinário ao atender ao comando dos mandados constitucionais de criminalização implícitos, deve o Poder Legislativo circunscrever o seu mister através das seguintes exigências: a) a conduta a ser tipificada deve ofender um bem jurídico-penal com “inequívoca primazia constitucional”, a ser avaliado pelos critérios de um Direito Penal Mínimo; b) os outros meios menos gravosos de defesa jurídica deverão ser insuficientes na proteção, porque os ataques aos bens jurídicos foram realizados da forma mais repulsiva possível, porém sempre sendo aplicado o Direito Penal em *ultima ratio* (Heerdt, 2019, p. 95-96 e 104).

A partir dos mandados constitucionais implícitos e explícitos, compete ao legislador penal ordinário normatizar as condutas puníveis e a cominação de penas, em harmonia com os princípios do Direito Penal, dando cumprimento ao que foi determinado pela Constituição. Conquanto se entenda a existência de obrigações penais em sede constitucional, não pode esta normatização ser realizada de forma acrítica, sendo essencial preservar os valores da dogmática penal, fundados em princípios vetoriais do Direito Penal Mínimo, dentre eles a legalidade estrita (Dias Júnior; Lima, 2020, p. 177-178; Prado, 2025, p. 50; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 316).

O constituinte pondera previamente os bens jurídicos que devem ser tutelados por meio de norma criminal, sendo a margem discricionária do legislador penal restrita ao conteúdo da tipificação legal e da escolha das penas a serem cominadas, devendo, entretanto, observar os parâmetros constitucionais do Direito Penal Mínimo. A liberdade de conformação

do legislador penal não é absoluta, mas (deve ser exercida) conforme os limites e determinações do texto constitucional.

Nenhuma Carta Constitucional descreve de forma prévia todos os bens jurídicos a serem objetos de proteção penal, porém estabelece parâmetros de identificação expressos e tácitos. Há direitos fundamentais valorados constitucionalmente, sendo alguns deles resguardados antecipadamente pelo Direito Penal, sendo evidente a sua proteção tutelar criminal. Mesmo para aqueles defensores da inexistência de mandados de criminalização implícitos no texto constitucional, alguns direitos fundamentais devem ser notoriamente tutelados pelo Direito Penal, a exemplo dos crimes contra a vida e a dignidade sexual.

Outra parcela doutrinária defende a existência de uma distorcida interpretação da tutela dos direitos fundamentais por intermédio de leis penais, pois não há normas constitucionais conformativas de proteção por meio de uma norma penal, visto que a intervenção das leis penais é fundamentada em restrição de espaços do direito de punir do Estado, não sendo instrumentos de expansão do Direito Penal.

Entretanto, entendemos que a Constituição Federal de 1988 implementou uma política criminal de intervenção do Direito Penal a certos bens jurídicos de forma prévia, normatizando em seu texto constitucional exemplos de mandados de criminalização expressos e tácitos. Fato este reconhecido pela maioria da doutrina e da jurisprudência, tanto internacional quanto nacional. A dupla dimensão de proteção dos direitos fundamentais é realidade constitucional vigente, evitando tanto ações criminalizantes excessivas (proibição do excesso) quanto a ausente ou parcial tutela penal (proibição da proteção deficiente).

6.2 Mandados de Criminalização e a Proteção Penal dos Direitos Fundamentais dos Vulneráveis

Os mandados de criminalização elencados no texto constitucional, submetidos ao princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção deficiente, obrigam os poderes estatais. No caso do Poder Legislativo, este deve evitar omissões legislativas ou tipificações criminais deficientes, sob pena de ter sua inconstitucionalidade declarada pela ausência do dever de proteção dos direitos fundamentais. Verificaremos que, ao tipificar os crimes de racismo nos termos da Lei 7.716/1989, com fundamento nos arts. 3º, inciso IV, e 5º, inciso XLII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), parcela da doutrina entendeu que a tipificação criminal elaborada pelo legislador ordinário foi deficiente, por não englobar outras formas de discriminação contra minorias e grupos vulneráveis.

Os mandados constitucionais de criminalização são instrumentos de concretização do princípio da proporcionalidade em sua vertente “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) e do “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais como ordem de valores destinados à proteção do bem jurídico-penal, impondo deveres de criminalização ao legislador ordinário para: tipificar condutas ofensivas aos bens jurídicos; não descriminalizar certas condutas; e não prestar “proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*) e prover a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) evitando penas desarrazoadas (Dias Júnior; Lima, 2020, p. 194).

Em razão das características reais do Direito Penal como seletivo, estigmatizante e repressivo, em uma sociedade onde impera a desigualdade social, fica a dúvida sobre a harmonização entre os direitos fundamentais e o papel do “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) por parte do Estado. Vistos os direitos fundamentais como princípios, dentre eles os princípios penais, em um Estado Democrático de Direito cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, não se pode tolerar arbítrios na criminalização ou descriminalização de condutas, porque em um haverá “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e no outro “proteção deficiente (ineficiente)” (*Untermaßverbot*). Sendo o Direito Penal o instrumento jurídico que tutela os bens jurídicos mais caros em um Estado Democrático de Direito, diante dessa constatação chancelada pela dogmática constitucional e penal da existência dos chamados mandados implícitos e explícitos de criminalização (Heerdt, 2019, p. 96 e 103).

Dentre os mandados de criminalização que protegem os direitos fundamentais dos vulneráveis está o art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), que declara: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Norma esta de eficácia limitada, combinada com o art. 3º, IV (Brasil, 1988), que indica como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a promoção de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, exigiu normatização pelo legislador ordinário penal, que editou a Lei 7.716/1989 com a finalidade de obedecer ao mandamento constitucional (Favoretto, 2019, p. 241; Ponte, 2016, p. 177).

A Lei 7.716/1989 foi criticada por parcela da doutrina por afrontar o princípio da igualdade devido a uma indevida restrição aos comandos constitucionais, porque o bem jurídico protegido por aquela norma seria a “igualdade”, e não estaria em consonância com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que seria “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988, art. 3º, inc. IV). Contrariamente ao que foi determinado pelo

texto constitucional — de afastar qualquer natureza e forma de racismo —, o legislador penal restringiu os crimes referentes às condutas de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não coibindo as demais formas de discriminação, como as de “orientação sexual” ou “vítimas portadoras de doença grave”, configurando uma indevida restrição ao texto Constitucional (Favoretto, 2019, p. 241-242; Ponte, 2016, p. 177-178).

Argumenta-se, com base nos arts. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal de 1988, a existência de mandados de criminalização de atos discriminatórios motivados por preconceito à orientação sexual e de gênero, demonstrando a insuficiência das medidas extrapenais no combate a essas discriminações. Defende-se, assim, a excepcionalidade do princípio da legalidade estrita da norma penal incriminadora. Diante da mora do legislador (por meio de sua omissão), propõe-se que o suprimento seja realizado por via jurisdicional constitucional. O reconhecimento do mandato constitucional de criminalização da “homotransfobia” possibilitaria ao Supremo Tribunal Federal determinar que o Congresso Nacional criminalizasse a conduta discriminatória, fixando prazo para tanto. Decorrido o prazo sem a normatização penal, o STF poderia concretizar por si mesmo a norma constitucional, “criando judicialmente tipo penal” punitivo de condutas homofóbicas, até que o Congresso Nacional legislasse sobre o assunto. O princípio da legalidade estrita da norma penal incriminadora não seria óbice ao mandato de criminalização, por interpretação sistemática da Constituição, ante a persistência da omissão do Congresso Nacional — mesmo após cientificado pelo Poder Judiciário e esgotado o prazo para normatização. Nesse cenário, o princípio da legalidade estrita seria excepcionado pelo sistema de freios e contrapesos entre os Poderes Legislativo e Judiciário (Andrade, 2019, p. 84).

O Supremo Tribunal Federal vem interpretando o conceito de racismo de forma expansiva (extensiva). Parte do pressuposto de que, cientificamente, não existem raças, aplicando a ideia de racismo às condutas discriminatórias contra “minorias” e “grupos vulneráveis”. Essa interpretação pode ser extraída dos julgamentos dos casos Ellwanger (HC 82.424/RS) e “Homofobia” (ADO 26/DF e MI 4.733) (Andrade, 2019, p. 85-86; Balloute, 2025, p. 34; Barroso, 2025, p. 499).

Não obstante a mudança de orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção (MI 670/ES), que promoveu efeitos concretos aos mandamentos constitucionais, distanciando-se da mera declaração de mora do legislador, essa orientação não pode ser aplicada em todos os casos. Diverso deve ser o seu posicionamento diante de julgamentos em sede de mandados de criminalização, mesmo diante da inércia do legislador ordinário em casos que podem resultar na incriminação de condutas antes

inexistentes. Isso porque a decisão judicial que determina a supressão da ausência da lei penal, aplicando outra semelhante, ainda que de forma provisória, afrontaria o princípio da legalidade em matéria penal. No ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Legislativo, ao não atender a um mandado de criminalização julgado em mora pelo Poder Judiciário em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou Mandado de Injunção, na esfera penal, não gera nenhuma consequência a não ser a já declarada mora legislativa (Turessi, 2015, p. 179; Ponte, 2016, p. 174-175).

Existe mora legislativa em alguns comandos de criminalização elencados pela Constituição, um deles de forma expressa no inciso X do art. 7º da Constituição Federal Brasileira (Brasil, 1988), que diz: “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”. A importância do bem jurídico já foi valorada pelo constituinte diante dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, porém, até o presente momento, não há lei penal tipificando o “crime de retenção dolosa do salário do trabalhador brasileiro”. Discutiu-se em ação judicial se haveria a possibilidade de realizar a subsunção da conduta descrita em um crime já existente, o de apropriação indébita (art. 168, *caput*, do Código Penal), o que foi afastado em julgamento realizado no STJ (HC 177.508/PB). Portanto, nos termos dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, deve haver a criação de um tipo autônomo de crime ou a inclusão de um parágrafo único ao artigo 168 do Código Penal Brasileiro, tipificando com características detalhadas a conduta “retenção dolosa do salário do trabalhador brasileiro” (Gonçalves, 2007, p. 270; Santos; Junqueira, 2023, p. 99-100; Turessi, 2016, p. 180).

Os mandados de criminalização e os princípios do Direito Penal, em especial o princípio da proporcionalidade penal em suas vertentes “proibição da proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermassverbot*) e “dever de proteção” (*Schutzpflcht*), permitem o controle de constitucionalidade das leis penais excessivas e deficientes. A proteção dos direitos fundamentais deve se valer de um sistema punitivo, sem afastar a face garantista do direito penal, assegurando uma política criminal de proteção aos bens jurídicos penais, o que permite a convivência pacífica e harmônica da sociedade (Ponte, 2016, p. 188; Turessi, 2015, p. 164-165).

Questão a ser debatida: se, diante da incidência de um mandado de criminalização, este instituto constitucional pode levar à tipificação judicial de uma conduta atentatória a direitos fundamentais por mora legislativa em ação judicial no Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que existem omissões legislativas e tipificações deficientes, a exemplo dos crimes de racismo, que não englobam condutas discriminatórias por orientação sexual e

identidade de gênero. Defendemos a existência de mandados de criminalização implícitos em razão dos seguintes fatores: a própria norma constitucional estabelece esses mandados pela interpretação dos arts. 3º, inciso IV, e 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal de 1988; os atos discriminatórios motivados por preconceito de orientação sexual ou identidade de gênero podem ser criminalizados quando os demais ramos do direito se mostrem insuficientes como mecanismos normativos de proteção.

Porém, a mora do poder competente de sanar a deficiência normativa da lei vigente, mesmo diante de mandados de criminalização implícitos no ordenamento jurídico-constitucional, não são razões fundantes da excepcionalidade do princípio da legalidade escrita de criação de norma penal incriminadora *in malam partem*, impossibilitando o seu suprimento pela via interpretativa do Poder Judiciário, mesmo em decisão do Supremo Tribunal Federal em ação de inconstitucionalidade por omissão. O suprimento pelo Judiciário de uma conduta incriminadora inexistente, com a aplicação de uma norma criminal semelhante, ainda que provisória, não se sustenta, pois há vedação dessa supressão pelo princípio da separação dos poderes e da legalidade estrita.

7 O PODER CRIATIVO (NORMATIVO) JUDICIAL

7.1 As Cortes Supremas

As Cortes Constitucionais passam a desempenhar novo papel normativo com o advento das atuais Constituições. Novas formas de decisões surgem a partir do vigente formato das normas constitucionais. Do “juiz boca da lei” a quem é dado fato e que tinha a função exclusiva de subsumi-lo a uma lei, advém um “juiz constitucional” a quem é apresentado um conflito e inexistindo regras específicas de resolução, recorre a princípios como fundamento de validade de suas decisões.

Conflitos entre direitos fundamentais antes resolvidos por um dogmatismo tradicional, passam a ser, de acordo com os preceitos neoconstitucionalistas, solucionados por preceitos principiológicos, dentre eles o princípio da proporcionalidade em sua vertente proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), proporcionando a transmutação do outrora posição negativa para um papel legislador positivo de atuação.

Com a evolução da ciência do direito surgiram os defensores do neoconstitucionalismo tendentes a usar os princípios na tomada de decisão, fazendo com que as regras fiquem em segundo plano. Diante desse quadro o Poder Judiciário sai de uma posição de mero aplicador da lei, ou seja, de uma posição de “passividade institucional” para ser um transformador da sociedade. Abandona a dogmática tradicional e predomina o uso dos princípios na solução dos casos. Utiliza os princípios enquanto instrumento de fundamento de suas decisões, não somente ponderando conflitos, mas também de forma isolada ao julgar toda e qualquer decisão que seja submetida ao Poder Judiciário (Gomes Filho, 2022, p. 129-130; Neto, 2023, p. 21).

As Cortes Constitucionais da Alemanha e da Itália tornaram-se pioneiras em aplicar os preceitos do neoconstitucionalismo, preenchendo as lacunas da lei em julgamentos que envolveram direitos fundamentais em conflitos ou não cumpridos, fundamentando suas decisões em princípios, entre os quais o estudado princípio da proporcionalidade em sua vertente proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), criando a figura do “legislador positivo” (Gomes Filho, 2022, p. 130; Neto, 2023, p. 18).

As Cortes Constitucionais Supremas passaram a julgar casos cobrando posturas ativas dos Poderes Legislativo e Executivo, com a finalidade de promover efetiva proteção dos direitos fundamentais, derivadas da inércia desses Poderes ao não prover o mínimo dos objetivos pretendidos pelas normas constitucionais. Em razão da falta de ação ou de sua

insuficiência, as Cortes Constitucionais Supremas adentraram na esfera de competência dos outros Poderes, por vezes atuando como “legislador positivo” (Neto, 2023, p. 21).

As Egrégias Cortes, antes autocontidas (*self-restraint*), tornaram-se proativas ao julgar ações de inconstitucionalidade por omissão, entre elas matérias de Direito Penal, deixando a antiga atuação de “legislador negativo” e passando a se posicionar como “legislador positivo”, elaborando decisões construtivas aditivas que evidenciam um “ativismo judicial” (Neto, 2023, p. 53-54).

As Cortes Supremas realizam decisões construtivas aditivas, demonstrando a presença da figura de um “legislador positivo” quando, em situações em que um direito fundamental não foi protegido ou o foi de modo insuficiente pelo Poder Legislativo, diante do fundamento do princípio da proporcionalidade em sua vertente proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), utilizam outra norma vigente que se assemelha ao caso julgado, aplicando-a à situação julgada, sem a participação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo (Neto, 2023, p. 16).

Nesse novo cenário jurídico, o Poder Judiciário abandona a autocontenção (*self-restraint*). Ao atuar no controle de constitucionalidade, identificando omissões inconstitucionais, utiliza o fundamento do princípio da proporcionalidade em sua vertente proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*) e, por conseguinte, determina ao final do julgamento que o Estado (Legislador ou Administrador) deixe de atuar abaixo do mínimo permitido pelos direitos fundamentais, seja derivado de sua omissão ou de deficiência de ação. Sempre que o Poder Legislativo ou Executivo deixar de agir ou atuar deficientemente, sem justificações razoáveis e durante um tempo razoável, o Poder Judiciário, quando acionado, passa a ter legitimidade para resguardar os direitos fundamentais constitucionais, atuando como “legislador positivo”. Exercendo sua função jurisdicional para sanar as lacunas ou deficiências normativas inconstitucionais por omissão, a partir do recurso a outra norma analógica aplicável ao caso julgado. Entretanto, esse avanço do Poder Judiciário não pode ser realizado de forma irrefletida (Neto, 2023, p. 136-137).

O neoconstitucionalismo passa a ser uma teoria aplicada no direito constitucional com o advento de modernas Constituições, a exemplo da Constituição Federal Brasileira de 1988. Em seguida, vários métodos de hermenêutica constitucional, com o recurso à ponderação, vêm sendo empregados em julgamentos, diminuindo o espaço entre o direito e a moral; logo, argumentos jurídico-morais estão presentes nas decisões judiciais. Uma parte da doutrina adepta desta proposta analisa a sua expansão com o surgimento da “constitucionalização do direito”, porém não como uma “premissa analítica” da norma constitucional, mas como uma

“interpretação extensiva e irradiante” dos direitos fundamentais e dos demais princípios da Constituição. Em oposição crítica a essa teoria neoconstitucionalista, há a possibilidade de uma “justiça particular” em vez de uma “justiça geral”, existindo a probabilidade de “análise individual, concreta e casuística” que prepondera sobre a “análise geral e abstrata”. Consequentemente, há o destaque da atuação do Poder Judiciário e a diminuição dos espaços dos Poderes Legislativo e Executivo, passando a Constituição a substituir a lei ou a diminuição do uso da lei com maior aplicação da Constituição (Gomes Filho, 2022, p. 130-131).

O método neoconstitucionalista de ponderação de princípios como instrumento decisório em casos de solução de conflitos e de construção de soluções jurídicas, existindo ou não uma regra legal, abre espaço para um sistema jurídico do caso concreto, ampliando as funções de poder do Judiciário e diminuindo as competências dos Poderes Legislativo e Executivo (Gomes Filho, 2022, p. 131).

O neoconstitucionalismo principialista tem como sustentação teórica a distinção estrutural entre regras e princípios, baseada no fato de as regras serem aplicadas no “tudo ou nada”, enquanto os princípios não indicam as consequências jurídicas que resultam quando estão presentes certas condições, prevalecendo através de um sopesamento, caso a caso, o de maior peso em face de sua importância ou pertinência. Há uma renovada conexão entre direito e moral por meio da constitucionalização dos princípios e dos direitos. A ideia de que os princípios constitucionais são objeto de ponderação quando em conflito, em vez de serem aplicados, ou na pior das hipóteses ponderados por princípios morais inventados pelos juízes, é um risco evidente, que nem mesmo os defensores dessa teoria parecem ter consciência, de que representam perigo à independência da jurisdição e da sua legitimação política. Essa proposta de nova racionalidade jurídica que resolve os litígios com a “prevalência da criatividade do juiz” e não pela “subordinação à lei”, demonstra que não há aplicação, mas ponderação dos princípios concorrentes submetidos ao juízo, ficando a “escolha por parte do juiz” da norma a ser aplicada, ou da não aplicada. Clara violação à separação dos poderes (Ferrajoli, 2022a, p. 41; Ferrajoli, 2022b, p. 254-255).

As doutrinas neoconstitucionalistas e principialistas, ao configurarem os direitos constitucionais como princípios objetos de ponderação, ao contrário das regras como objeto de aplicação, promovem um ativismo judicial que arrisca produzir uma distorção jurisdicional. A jurisdição constitucional, por meio da ponderação, vem se transmutando em uma “fonte do direito”: o caráter criativo e inovativo jurisprudencial e o papel substancialmente legislativo, conferido pela regra do *stare decisis*. Essa tese se mostra

inadmissível em uma “abordagem garantista”, pois a ideia de que sentenças sejam fontes contradiz o princípio da legalidade e da separação dos poderes, ou seja, da própria substância do Estado de Direito. O direito seria aquilo que os tribunais dizem (Ferrajoli, 2022a, p. 19; Ferrajoli, 2022c, p. 220-221).

A inércia ou a ação ineficiente, diante da atual normatização constitucional, confere às Cortes Supremas o poder de obrigar posturas ativas dos Poderes Legislativo e Executivo, e, não havendo o cumprimento da obrigação determinada, o próprio Poder Judiciário, em alguns casos, pode realizar a substituição da postura ativa não cumprida. A antiga atuação como “legislador negativo”, autocontida do exercício da jurisdição, foi paulatinamente substituída, contribuindo para a existência de um “legislador positivo”.

Críticas foram dirigidas a essa particularidade ativa do Poder Judiciário ao exercer a função de “legislador positivo” diante de omissões ou ações deficientes dos outros Poderes estatais, devido às teorias neoconstitucionalistas promoverem decisões casuísticas e discricionárias. Há um aumento do poder normativo do Poder Judiciário e uma diminuição dos demais Poderes, quando o sistema de solução dos conflitos por meio de ponderação leva ao afastamento da intervenção de regras, substituindo-as por princípios abstratos, em que prevalece o princípio de maior peso valorativo. Se há valoração do princípio, há escolhas morais, e isso é a porta de uma justificação criativa do julgador, afastando a verificação da racionalidade jurídica das decisões judiciais por meio da subordinação à lei.

Não discorremos sobre a necessidade de intervenção do Poder Judiciário frente às omissões dos demais Poderes, mas criticamos o “ativismo judicial” produtor de uma função judicial distorcida, que fundamenta as suas decisões em princípios oriundos de valoração constitucional, o que possibilita o afastamento de princípios dogmáticos insuperáveis, como o princípio da legalidade estrita em matéria penal, quando há possibilidade de decisões produtoras de resultados incriminadores *in malam partem*. Decisões judiciais não são fontes normativas de tipificação de normas incriminadoras prejudiciais, em decorrência da intervenção do princípio da separação dos Poderes.

7.2 O Supremo Tribunal Federal: Judicialização e Ativismo Judicial

Nem sempre o Poder Legislativo cumpre o seu “dever de proteção” dos direitos fundamentais constitucionalizados na Carta Magna. Sua omissão ou ação parcial na promoção desses direitos resulta em inconstitucionalidade evidente, possibilitando o acionamento judicial para solicitar a intervenção do Poder Judiciário. Veremos que, diante desse contexto

de omissão, proposições jurídicas são constantemente apresentadas, enaltecendo o surgimento de um processo de judicialização com a transferência de poder normativo. Estudaremos as causas e os fatores da expansão das funções do Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 determina o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais; entretanto, a inércia ou deficiência do Poder Legislativo — que tem o poder e o dever de legislar — muitas vezes se manifesta na omissão ou, quando promove uma normatização, a realiza de modo deficiente. A Constituição não pode conviver com a omissão ou com a proteção deficiente aos bens jurídicos mais caros à sociedade. Desse modo, o Poder Judiciário, quando acionado diante da ausência legislativa, fica sem escolha ou alternativa, pois o Poder Legislativo, que tem a legitimidade legiferante e foi eleito pelo voto popular, deixou de cumprir suas promessas de proteção dos direitos fundamentais. Sendo o legislador ordinário o ente estatal que deveria suprir as lacunas da lei, ao deixar de observar sua função em razoável espaço de tempo, acaba por legitimar o Poder Judiciário a criar e/ou corrigir as omissões e as deficiências da lei (Neto, 2023, p. 54-55).

Questões de larga repercussão social e política são submetidas ao Poder Judiciário, decorrentes da inércia ou da ação deficiente dos demais Poderes da República. E, diante da judicialização de diversas questões jurídicas, há uma mudança de paradigma na clássica tripartição de poderes. Ocorre uma sensível transferência de poder para o Poder Judiciário, sendo três os fatores determinantes: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (Barroso, 2009, p. 3; Neto, 2023, p. 67-68).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 promoveu a redemocratização da nação, e, a partir da sua promulgação, o Poder Judiciário não é mais apenas um Poder técnico especializado, passando a ser equiparado em grau de importância aos demais poderes, não apenas institucional, mas político. A constitucionalização do Direito, com a criação de uma Carta Magna analítica que regulamenta os assuntos mais importantes — como a formação, a destinação e o funcionamento do Estado —, ao constitucionalizar diversas matérias, “nada mais fez a Constituição que transformar a Política em Direito”, deduzindo de suas normas uma potencial pretensão jurídica. E, por fim, o sistema de controle de constitucionalidade, com a presença de características dos modelos americano e europeu (controle incidental difuso e controle concentrado), representando os três fatores a possibilidade de amplo acesso às discussões de ordem constitucional das leis vigentes, ampliando os poderes do Judiciário (Barroso, 2009, p. 3; Moro, p. 2023, p. 67-69).

O termo “supremocracia” tem um duplo sentido diante do “arranjo constitucional brasileiro”. Primeiro, a autoridade do Supremo Tribunal Federal, como instância superior do Judiciário brasileiro, e com a edição da Emenda Constitucional 45/2005, criando a Súmula Vinculante, formou-se uma concentração em torno desse Poder, obtendo autoridade de “governar jurisdicionalmente” (*rule*) o Poder Judiciário nacional. O segundo é a expansão da autoridade judicial aos demais Poderes da República, e, considerando a judicialização, torna-se o centro do sistema político brasileiro. Deste último sentido, tem o Supremo Tribunal Federal não somente exercido uma “espécie de poder moderador”, como também a “emitir a última palavra”, ora validando as decisões dos demais Poderes, ora substituindo escolhas majoritárias. Em relação aos demais Poderes da República, passou a exercer não apenas a função de “legislador negativo”, mas agora também uma espécie de “poder constituinte reformador”, tendo sempre a última palavra. Não está somente no centro da pirâmide, mas no topo, e em todos os lados, sob o fundamento de ser o “guardião da Constituição”. E, na ausência de fronteiras de sua atuação, cabe ao próprio Supremo Tribunal Federal decidir, sendo visto cada vez mais como “legislador positivo” (Balloute, 2025, p. 145 e 147-148; Moro, 2023, p. 87 e 91; Vieira, 2008, p. 444-445).

A expansão da jurisdição e do poder dos juízes decorre de vários fatores: o primeiro é a “responsabilidade da política”, consistente na incapacidade do legislador em desempenhar suas funções, com a falência da produção de normas, seja pelo aspecto quantitativo, seja na vertente qualitativa. O resultado é uma “crise da capacidade regulatória”, por excesso ou defeito, afastando a “sujeição dos juízes à lei”. A expansão do “direito judiciário” é fruto da expansão e das disfunções do “direito legislativo”. O segundo fator é a “estrutura escalonada dos ordenamentos constitucionais”. As constituições contemporâneas confiam aos juízes o exercício de uma censura, seja direta ou indireta, à “ilegitimidade constitucional das leis”, surgindo o “direito legislativo ilegítimo”. Os juízes, apesar de submetidos às leis, têm o poder de controlar sua constitucionalidade, em que o texto da lei ordinária somente será válido em uma interpretação, no caso concreto, se for compatível com os princípios. E o terceiro é o desenvolvimento do “Estado Social e da esfera pública” e suas crises, e diante da variada fenomenologia do crime, conduziu à “expansão do papel da jurisdição penal”. E diante da ineficiência do poder punitivo estatal, questões vêm sendo judicializadas e decididas pelos tribunais, provocando a intervenção em face de violações de direitos. E o quarto fator é a “tendência do poder Judiciário” de dilatar de modo indevido o próprio papel e dar surgimento a um “direito de criação jurisprudencial”. Inclusive em matéria penal, desenvolvendo uma “fantasia incriminadora”, exorbitando a legalidade e desenvolvendo um chamado “direito

penal jurisprudencial”, permitindo um “papel criativo da jurisdição” com a “introdução de novos tipos penais” (Ferrajoli, 2022b, p. 247-249).

Com as omissões ou as ineficientes ações do Poder Legislativo, dentre outras questões, ocorreu o aumento da judicialização e, por consequência, um aumento da atividade judicial. O ativismo judicial caminha de mãos dadas com a judicialização. As normas agora são respaldadas e retratadas pelo juízo do Poder Judiciário, em vez da lei. O juiz deixou de ser unicamente “legislador negativo” e tornou-se um “legislador positivo” sob a égide da Constituição. Tem-se observado que o juiz, ao interpretar, não se limita a aplicar a normatização constitucional clara e específica, e, caso a Constituição não tenha “positivado” o bem da vida, procura construir o Direito com base nas normas constitucionais (Barroso, 2009, p. 5; Moro, 2023, p. 71-72).

O Supremo Tribunal Federal, com nítida influência neoconstitucionalista em alguns julgamentos, está reconhecendo os pressupostos de aplicação do caráter normativo dos princípios constitucionais e da eficácia dos direitos fundamentais, não só contra o Estado, mas em face de particulares, ensejando o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) constitucional. Devido a esses pressupostos, a Corte Suprema vem outorgando efeitos diversos, inclusive na seara penal, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade penal em sua vertente proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*). Suas decisões vêm reconhecendo que a norma constitucional abomina a impunidade a lesões de direitos fundamentais, podendo afastar óbices materiais, bem como “iluminar” a hermenêutica das normas penais incriminadoras (Andrade, 2019, p. 127).

A legitimação da “expansão metajurídica do Poder Judiciário” é oriunda de orientações doutrinárias. Apesar da diversidade de abordagens jurídicas, elas sustentam um “direito jurisprudencial desancorado do direito legislado”. Têm como semelhanças o “primado da jurisdição sobre a legislação como fonte criativa do direito”. Porém, as orientações “anti ou pós-positivistas” predominantes na cultura jurídica criticam explicitamente o “paradigma da garantia da legalidade” de inspiração iluminista, convergentes na tentativa de superação do modelo juspositivista do “princípio da legalidade”, da “sujeição dos juízes à lei”, e da “separação dos poderes” (Ferrajoli, 2022b, p. 250-252).

O Poder Judiciário, submetido a resolver inúmeras questões sociais — dentre elas a carência de Direito e o estabelecimento de um Estado Constitucional em defesa dos direitos fundamentais — acaba, em muitos julgamentos, extrapolando sua função jurisdicional, invadindo a competência dos demais Poderes e desequilibrando o sistema de freios e contrapesos do sistema republicano (Moro, 2023, p. 60).

No atual Estado Democrático de Direito Constitucional, ações judiciais são recorrentes nas Cortes Supremas, adquirindo importância ímpar, sendo o poder que interpreta e gera a palavra final sobre os atos dos demais Poderes, inclusive o seu. O Poder inerte de outrora, agora é chamado a dar respostas, dentre elas as que possam defender as “minorias” e os “grupos vulneráveis”, sendo enaltecido como “salvador de direitos”. Em virtude da omissão ou deficiência de proteção dos direitos fundamentais em matéria de Direito Penal, inúmeras ações constitucionais são submetidas ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, gerando questionamentos sobre: os limites do Poder Judiciário ao suprir as lacunas axiológicas; a extensão de sua jurisdição; e se ele tem competência para produzir decisões construtivas aditivas — e se isso representa uma atuação como “legislador positivo” (Moro, 2023, p. 59; Neto, 2023, p. 53).

A Suprema Corte utiliza o método da interpretação conforme a Constituição na criação de normas jurídicas, o que não é permitido, porque interpretar não tem a tarefa de integrar normas. Porém, a Corte Suprema afirma que está recorrendo ao argumento da interpretação conforme, entendendo que isso não transforma o Judiciário em “legislador positivo” (Neto, 2023, p. 74).

Para justificar as decisões que impõem novas restrições aos direitos fundamentais em matéria de Direito Penal, com o afastamento do princípio da legalidade estrita, o Supremo Tribunal Federal recorre à técnica de integração por meio de decisões construtivas aditivas diante das omissões inconstitucionais legislativas. Por não ser uma metodologia de interpretação tradicional, afastando sua convencional atuação judicante de “legislador negativo”, a Corte Suprema passa a intervir no campo normativo, dentre eles em matéria penal, gerando uma discussão sobre um possível “ativismo judicial” (Neto, 2023, p. 22).

Decisões construtivas aditivas são aquelas que representam a figura do “legislador positivo”, em que o juízo adiciona conteúdo à norma original ou muda por completo o seu conteúdo ao identificar sua inconstitucionalidade. Tal metodologia recorre a outra norma jurídica, existente no ordenamento jurídico, que se aplica de modo semelhante ao caso concreto julgado e, de forma analógica, cria outra norma para aplicar à omissão vislumbrada no julgamento (Neto, 2023, p. 16 e 22).

Críticas são apontadas pela doutrina dessa atuação construtiva do Poder Judiciário, dentre elas: a falta de legitimidade dos juízes para criar normas, violando o princípio democrático; a usurpação das funções do Poder Legislativo, afrontando o princípio da separação dos poderes; o fato de que as decisões construtivas não têm previsão orçamentária, surgindo uma despesa sem prévia previsão; e os argumentos consequencialistas, estando em

risco a aplicação não sincera de técnicas argumentativas motivadas a impor agendas e preferências pessoais, favorecendo o surgimento de uma “politização da Justiça”. Esses riscos são inerentes ao julgamento da Suprema Corte, seja pela forma interpretativa ou construtiva, pois o Poder Legislativo tem suas funções e não pode dispor do “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) em sua obrigação de legislar para cumprir mandamentos constitucionais. Se não o fizer, cabe ao Poder Judiciário realizar a efetivação dos direitos violados (Neto, 2023, p. 15-16 e 118-121).

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova face, introduzindo o “constitucionalismo de terceira geração”, adotando uma postura de um Estado constitucional de direito potencializado, seja nas “garantias primárias”, como limites e vínculos à legislação tuteladora dos direitos constitucionais, seja nas “garantias secundárias”, concedidas à jurisdição e nos casos de violação das garantias primárias. Diante disso, todas as lesões aos direitos e garantias, sejam por ação ou omissão, podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XXXV, § 1º). De um lado, abriu um promissor desenvolvimento do constitucionalismo, com um modelo normativo avançado. Por outro, promoveu a expansão das funções do Poder Judiciário; porém, se não vier acompanhada de reforço das garantias jurisdicionais e simultaneamente de uma estrutura cultural garantista, resultará em distorções da jurisdição e alteração do Estado de Direito (Ferrajoli, 2022c, p. 214-216).

E como resolver as lacunas do direito e das garantias fundamentais por via judicial sem invadir a esfera de competência do Poder Legislativo? A Constituição Federal de 1988 respondeu a essa pergunta com a previsão de duas ordens de garantias: primárias e secundárias. Porém, o problema maior são as garantias secundárias, sujeitas ao poder jurisdicional se não estiverem compatíveis com a “abordagem garantista”. Dois novos institutos alteram o tradicional sistema de *checks and balances* introduzidos na Constituição: o controle de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, modificando o tradicional sistema liberal de poderes, baseado no papel de jurisdição negativa. Com esse novo sistema, o Poder Judiciário não só tem o direito, como deve aplicar a Constituição, assegurando a eficácia dos direitos e garantias fundamentais (Ferrajoli, 2022c, p. 217 e 218).

E como controlar os institutos de controle de constitucionalidade por omissão e por mandado de injunção com a proposta garantista? Não há contradição: no caso de lacunas, o juiz somente pode cientificar o Poder Legislativo da omissão, mas não pode substituí-lo, usurpando suas funções, sem violar a separação de Poderes. Essa ilegitimidade não pode ser suprida pelo Poder Judiciário, pois é um defeito constitutivo do sistema — é o preço que o

“positivismo jurídico” paga pela certeza do direito. Não se trata apenas da incoerência do direito, mas de sua possível incompletude (Ferrajoli, 2022c, p. 218-219).

A atuação do Supremo Tribunal Federal como “legislador positivo” toma para si uma legitimidade originária do Poder Legislativo, sendo considerada um “ativismo judicial” pela usurpação do poder legiferante. É necessário um parâmetro e um limite de atuação da Corte Suprema para que não infrinja a separação de poderes (Neto, 2023, p. 53).

Os tribunais brasileiros, dentre eles o Supremo Tribunal Federal, têm realizado julgamentos e, por meio de um “inconstitucional ativismo penal”, violam os princípios do Direito Penal, dentre eles a viga mestra do princípio da legalidade, importando de forma acrítica e descontextualizada teorias e sistemas internacionais. Como isso está infringindo sistematicamente a Constituição Federal e o Direito Penal, desnaturando conceitos jurídico-penais e transgredindo os princípios basilares, dentre eles a legalidade dos delitos e das penas (Gomes; Coimbra, 2020, p. 72).

O Supremo Tribunal Federal, embora fundamente suas decisões sopesando a aplicação do princípio da proporcionalidade, raramente se aprofunda na análise científica das fórmulas que compõem a “lei de ponderação alexyana”, terminando, paradoxalmente, ao criticar a inércia ou a ineficiência do legislador, por apelar retoricamente e de forma infundada ao sistema de ponderação elaborado por Alexy (2024), acabando por decidir mediante argumentos políticos ou morais (Heerdt, 2019, p. 91).

O princípio da legalidade dos delitos e das penas veda a analogia *in malam partem*, pois esse método de integração inova ao criar o tipo penal ou agravar a cominação da pena, usurpando o Judiciário de uma função que é a de legislar. O caráter absoluto da reserva legal impede a delegação pelo Poder Legislativo da matéria de sua competência exclusiva, sob pena de afrontar o princípio da separação de poderes (Gomes; Coimbra, 2020, p. 72; Prado, 2025, p. 61).

As posturas proativas do Supremo Tribunal Federal em matéria de Direito Penal, quando, em decisões, relegam os parâmetros do princípio da legalidade estrita, construindo novas restrições aos direitos fundamentais, causam controvérsias sobre a “criação judicial do direito” (Neto, 2023, p. 21).

Todos concordam que o Estado, por seu “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), deve promover a resposta adequada aos ataques aos bens jurídicos essenciais da sociedade, incluindo os atos atentatórios e discriminatórios em desfavor das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”, a exemplo, por meio de uma lei, criminalizar a homofobia e a transfobia. O Poder Legislativo deveria solucionar essa discriminação, visto que as agressões a esse grupo

de pessoas infringem frontalmente diversos dispositivos constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana. De um lado, surge a indagação sobre a adequação dos princípios e regras usadas na criminalização da homofobia e da transfobia, realizada em ação julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Advém o questionamento se a produção de decisões construtivas aditivas *in malam partem* pode ser realizada em se tratando de julgamento de direitos fundamentais, decisão essa que afeta outros direitos fundamentais. Vozes são contrárias à atuação do Poder Judiciário nesse tema, devendo a competência de criminalizar ser exclusiva do Poder Legislativo (Neto, 2023, p. 58).

Quando o Supremo Tribunal Federal é acionado, observa-se, por vezes, que a metodologia usada em seus fundamentos não é a interpretação do melhor sentido da norma, mas uma decisão construtiva aditiva para criar a lei ou substituí-la. Dessa maneira, não se trata de interpretação, porém do uso de uma metodologia analógica que procura fundamentos em outra norma para aplicá-la ao caso concreto, com a intenção de suprir a deficiência normativa constitucional ou infraconstitucional. Deve-se refutar o uso do papel de “legislador positivo” por mera discordância do texto legal ou mesmo na ausência (ou insuficiência) de uma lei penal, o que possa resultar em decisões penais *in malam partem*. No Direito Penal, a melhor posição do Supremo Tribunal Federal é ter o parâmetro de autocontenção (*self-restraint*) nos casos em que age como “legislador positivo” penal em prejuízo do réu. Se não existe lei, não há crime; logo, não há pena — tudo em respeito ao princípio da legalidade estrita (Neto, 2023, p. 60, 63 e 70).

Alguns acreditam que a finalidade da autocontenção judicial seria a restrição na incidência de espaços da Constituição em proveito de “instâncias tipicamente políticas”, procurando reduzir a interferência do Judiciário frente ao Legislativo e ao Executivo. A autocontenção judicial não deve ser vista apenas como um modelo antagônico ao ativismo judicial, mas como um espaço de redução de abuso de poder. O magistrado deve somente extrair as “máximas potencialidades” da Constituição, porém sem estar livre para criar o Direito, servindo a autocontenção como instrumento de controle judicial (Barroso, 2009, p. 5-6; Moro, 2023, p. 98).

O Supremo Tribunal Federal, ao passar a julgar matérias de Direito Penal como “legislador positivo”, influenciado por fatores neoconstitucionalistas, tem permitido o seu exame desordenado através de fundamentos subjetivistas e voluntaristas, sem deferência à lei, sem observância da dogmática penal como fundamento e limite do poder de decidir em matéria penal (Gomes Filho, 2022, p. 130-132).

As abordagens doutrinárias, dentre elas a neoconstitucionalista principialista, desconfiguram a legalidade, porque o vazio deixado pelo Poder Legislativo devido ao “eclipse da lei e do parlamento” é inevitavelmente suprido pelo “poder corretivo da jurisdição”, vez que “vazio de poder não existe”. Uma advertência: a cultura jurídica, através de um “papel abertamente criativo” conferido à jurisdição, compreendido como “criação” não mais inevitável da interpretação da lei vigente com a produção de um “novo direito”, pode contribuir para aumentar os desequilíbrios, endossando a abertura de maior espaço ao já amplíssimo poder argumentativo discricionário do Judiciário, promovendo a “anulação da separação dos poderes”, o “declínio da legalidade” e a ausência de “subordinação dos juízes à lei” (Ferrajoli, 2022b, p. 250 e 258).

O espaço de discricionariedade jurisdicional confiado ao método jurídico usado confere ao juiz um largo espaço de atuação. Se o direito vigente é fruto da legislação por meio dos enunciados jurídicos, o direito vivente é fruto da jurisdição por meio da argumentação jurídica, que resulta na interpretação e aplicação do direito. E, com a indeterminação da linguagem jurídica, promove-se a “dimensão potestativa” do julgamento judicial, limitando a “dimensão cognitiva”. Diante disso, o “grau de decidibilidade da verdade jurídica” de uma decisão jurídica é diretamente proporcional ao “grau de taxatividade das normas” e inversamente proporcional ao “espaço exigido à argumentação interpretativa”. E, sendo a verdade impossível de decidir pelo fato da indeterminação da linguagem jurídica, pode surgir a ampliação da argumentação, convertendo o Poder Judiciário — de aplicador da lei por meio da interpretação — em poder criativo do direito, tendenciando ao arbítrio e à ilegitimidade ao contrastar com o “princípio da sujeição à lei”. O direito vivente não pode ser produzido pelo legislador; o direito vigente não pode ser produzido pelo juiz; o legislador não pode interferir na produção do direito vivente; o juiz não pode interferir na produção do direito vigente. Eis o fundamento da separação dos poderes (Ferrajoli, 2022b, p. 246-247 e 263).

A constitucionalização do Direito promoveu uma ampliação dos poderes e das funções do Judiciário e, diante de um sistema de controle de constitucionalidade, ampliou o acesso às discussões jurídico-constitucionais de qualquer lei vigente ou de omissões normativas. Como “guardião da Constituição” e último intérprete das normas constitucionais, os limites de atuação do Poder Judiciário são julgados por ele próprio, que define quais são os seus limites, promovendo uma nítida expansão do poder normativo judiciário, de mero “legislador negativo” para ser um “legislador positivo”.

As causas da expansão do Poder Judiciário foram explanadas, e vários fatores promoveram o elastecimento, dentre eles a ineficiência normativa do Poder Legislativo,

violando a promoção de direitos fundamentais, o que acarretou o fenômeno da judicialização das demandas, proporcionando um Ativismo Judicial que tende a aumentar indevidamente o seu próprio poder e reduzir o dos outros. O Supremo Tribunal Federal, como Corte Suprema, em suas decisões influenciadas por teorias neoconstitucionalistas, reconhece o caráter normativo dos princípios constitucionais, outorgando efeitos a todas as áreas do direito, inclusive sobre o Direito Penal.

Criticamos decisões neoconstitucionalistas que promovem interpretações que extrapolam as funções do Poder Judiciário. O sistema da separação dos poderes deve ser preservado. Não olvidamos a importância da interposição de ações judiciais perante as Supremas Cortes ou em qualquer instância judicial. O Poder Judiciário, apesar do princípio da inércia judicial, deve dar respostas às questões jurídicas propostas, não podendo ser usado o *non liquet*. Contudo, há limites ao Poder Judiciário no que tange à supressão de lacunas, mesmo por intermédio de interpretação, quando há possibilidade jurídica de incriminar condutas antes inexistentes, aplicando tipo penal semelhante em vigência, representando o indevido exercício de “legislador positivo” em matéria penal.

Possíveis decisões construtivas aditivas realizadas pelo poder normativo judicial têm limites de exercício. A figura do “legislador positivo” pode ser lícitamente realizada em matéria de julgamento de certas áreas do direito; porém, em outras, como o Direito Penal, deve ser usada com reservas. Defendemos o posicionamento de Luigi Ferrajoli (2022a, 2022b; 2022c) nos casos de possíveis decisões de incriminação de condutas antes inexistentes, com a aplicação de uma norma semelhante. Em tal situação, o Poder Legislativo omissor deve ser cientificado da mora pelo Poder Judiciário, não podendo ser suprido por meio de decisão judicial.

7.3 A Criação e o Controle Judicial dos Deveres Implícitos e Expressos de Criminalização Penal

Neste capítulo, estudaremos como é realizado o controle judicial dos mandados de criminalização explícitos e implícitos do texto constitucional da Carta Magna de 1988. Restringiremos a análise, conforme exposto no capítulo introdutório, aos mandados de criminalização da Constituição Federal Brasileira de 1988 e ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26/DF), como referência interpretativa de aplicação desses comandos.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 26/DF, formularam a resposta positiva para a existência de mandados de criminalização expressos e implícitos no ordenamento jurídico brasileiro. Ponderaram a existência de um mandato de criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas e, apesar de não haver previsão expressa (explícita), extraíram-no de forma implícita (tácita) pelos fundamentos dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (ADO 26/DF) (Balloute, 2025, p. 87).

Não se sustenta à luz do texto constitucional um mandamento implícito, muito menos explícito, de criminalização de discriminação contra condutas homofóbicas e transfóbicas, não obstante tais atos serem reprováveis e atentatórios aos direitos e às liberdades fundamentais da população LGBTQIAPN+. Criminalizações explícitas encontram-se nos incisos XLII, que trata de racismo, e XLIII, que trata dos crimes hediondos, de tráfico de drogas e de terrorismo, ambos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Não há nenhuma menção expressa e taxativa de um dispositivo constitucional ordenando a criminalização da homofobia e da transfobia; o que existe é um dever constitucional de legislar punindo qualquer discriminação aos direitos e garantias fundamentais, porém, neste caso, não foi discriminada a espécie de punição. Não se pode interpretar que o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal de 1988, determina um comando de criminalização, sob pena de interpretação extensiva *in malam partem* em sede de Direito Penal, modalidade vedada pelo ordenamento jurídico por ofensa ao princípio da legalidade e da reserva legal. E mesmo que se considere haver um mandato de criminalização implícito neste dispositivo, este deveria ser realizado por meio de lei formal elaborada pelo Poder Legislativo (Brasil, 1988, art. 5º, incs. II e XXXIX). Nenhum dos dispositivos normativos constitucionais acima analisados permite que a punição *in pejus* seja realizada por meio de decisão judicial ou qualquer forma de interpretação jurídica (Balloute, 2025, p. 88-90 e 132).

Os instrumentos constitucionais de reconhecimento da reversão da inércia legislativa são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou o Mandado de Injunção. A eventual interpretação dos mandados de criminalização como justificativa para permissão de regulamentação provisória pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto presente a mora do legislador ordinário, infringe de forma latente os princípios da separação dos poderes (Brasil, 1988, art. 2º) e o princípio da reserva legal (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XXXIX). Os mandamentos de criminalização não autorizam a usurpação de poderes, nem a violação de cláusula pétrea (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XXXI [c/c art. 60, § 4º]) (Balloute, 2025, p. 132; Dias Júnior; Lima, 2020, p. 204).

O destinatário competente dos mandados constitucionais de criminalização em um Estado Democrático de Direito é o legislador ordinário, estratificado em uma estrutura de separação de poderes e em obediência aos princípios da reserva legal, porque a norma constitucional usa a locução “na forma da lei” em seus mandamentos (Heerdt, 2019, p. 86-87).

O Supremo Tribunal Federal não tem competência nem jurisdição para ampliar o campo punitivo em desfavor do réu em matéria de Direito Penal. Reconhecida a omissão legislativa inconstitucional e a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), deve a Suprema Corte reconhecer a mora Legislativa por omissão e remetê-la a essa Casa Legislativa para afastar a omissão ou a deficiência da norma, solucionando a “lacuna axiológica” (Neto, 2023, p. 158).

Mesmo que os mandados de criminalização disponham de força e eficácia normativa constitucional, é preciso, como pré-condição, uma lei anterior que defina a conduta como criminosa, cominando sua respectiva pena. A criminalização da conduta deve ser realizada através de regular processo legislativo constitucional, com a participação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e consequente sanção presidencial. Enquanto tal procedimento não se realiza, há o dever de respeito a uma “reserva absoluta da lei”, tendo o Poder Legislativo a palavra final acerca da necessidade, oportunidade, conveniência e forma de uma criminalização (Andrade, 2019, p. 366).

O reconhecimento dos limites jurídicos dos mandados de criminalização impede a “tipificação judicial” ou o uso da analogia *in malam partem*, diante da garantia constitucional da legalidade estrita. Tal limite não desnatura ou desmerece o instituto dos mandados de criminalização, mas exige uma definição clara dos seus efeitos. A impossibilidade de “criação jurisdicional de tipos penais”, ainda que de forma provisória, é garantia de respeito à dogmática constitucional penal, estando de acordo com os limites do Estado de Direito (Andrade, 2019, p. 369-370).

Da mesma maneira, infere-se sobre criminalizações especiais que atinjam “minorias” ou “grupos vulneráveis”, que também se encontram dentro da margem de discricionariedade do legislador. Inconstitucionais seriam normas que eliminassem a proteção penal ao direito à vida, à integridade física ou à liberdade sexual dos integrantes de grupos minoritários, tanto pela inconstitucionalidade do ato por si mesmo diante da evidência quanto pela violação do princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*). Não se afigurando inconstitucional a falta de um tipo penal específico (ex.: homofobia ou transfobia), que se encontra no âmbito de discricionariedade do

Poder Legislativo competente para deliberar qual é a melhor política criminal a ser realizada. Ainda que seja necessária a criminalização dessas condutas, que constituem efetivamente uma grave violação aos direitos fundamentais, é matéria a ser deliberada pelo Poder Legislativo, ante o princípio da reserva legal. Delimitado pelos limites da “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*) e da proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), derivados do princípio da proporcionalidade, o legislador ordinário é livre para realizar o “se” e o “como” será tipificada a conduta e a pena cabível (Andrade, 2019, p. 417-418).

Entendemos que o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, com a devida vênia, não foi realizado de modo correto. Primeiro, não há um mandado expresso de criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas; entretanto, há um mandado de punição de condutas de homofobia e de transfobia, não existindo a determinação constitucional obrigatória de punição por meio criminal. Conforme exposto, os mandados de criminalização têm natureza restrita de intervenção, sob pena de uma interpretação aberta ofender os princípios da legalidade e da reserva legal penal.

Compreendemos que condutas transfóbicas e homofóbicas devem ser punidas, por serem atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, e que, nesses casos, diante da relevância do bem jurídico-penal, as condutas discriminatórias deverão ser punidas por meio de normas penais. Mesmo que defendêssemos a existência de mandados implícitos de criminalização dessas condutas repugnantes, deve-se exercê-la por meio de lei ordinária penal, a cargo do Poder Legislativo. Nenhum dispositivo constitucional permite a construção, mesmo por interpretação, de decisões construtivas de normas criminalizantes *in malam partem* em matéria de Direito Penal.

Não coadunamos com a possibilidade de ações constitucionais de julgamento pelas Cortes Constitucionais em interpretação de mandados de criminalização através da regulamentação da matéria de forma provisória pela via judicial, diante da mora do Poder Judiciário de regulamentar a conduta discriminante, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Nenhuma jurisdição constitucional tem competência para ampliar o poder punitivo criminal em prejuízo do réu. Qualquer omissão ou comissão deficiente regulatória em matéria de direito penal — prejudicial ao réu e em conflito com o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição de proteção deficiente — deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário unicamente como mora legislativa, intimando-se o Poder Legislativo a legislar sobre a omissão ou a deficiência legal.

Mesmo em caso de condutas discriminatórias abjetas contra as minorias e os grupos vulneráveis, entendemos que a única forma de sanar a omissão ou deficiência normativa de

condutas criminalizantes deve ser realizada por um devido processo penal legal. Compreendemos que é inconstitucional a falta do tipo penal criminalizador de condutas homofóbicas e transfóbicas, sendo uma grave violação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, porém não pode ser realizada a partir de criação judicial, ante a vedação do princípio da reserva legal.

7.4 Criação Judicial *in malam partem* em Direito Penal

O poder normativo judicial expandiu-se com a constitucionalização do direito e com o advento dos meios de controle de constitucionalidade, dentre outros eventos fáticos e jurídicos. Nos julgamentos perante as Cortes Supremas, são interpostas matérias em que se questiona a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, dentre elas ações judiciais de Direito Penal. Veremos que não há impossibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de matérias atinentes a questionamentos de inconstitucionalidade de normas penais; no entanto, nem todas as decisões são possíveis, existindo limites, dentre eles os relativos às decisões judiciais construtivas incriminadoras.

O Supremo Tribunal Federal tem julgado inúmeros casos sobre matérias de Direito Penal, aplicando o princípio da proporcionalidade em sua vertente “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*). Algumas decisões resultam em prejuízos ao réu, atuando como “legislador positivo” por meio de decisões construtivas aditivas. Isso leva à indagação: em matéria de normativa penal, qual o limite do Poder Judiciário para criar decisões que adicionam conteúdo além do texto legal ou alteram por completo o teor da lei editada pelo Poder Legislativo? (Neto, 2023, p. 15).

O julgamento que serve de base argumentativa para esta dissertação, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26/DF), cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação judicial e decidiu sobre a omissão inconstitucional em legislar em matéria de proteção penal em favor do grupo LGBTQIAPN+, dando interpretação conforme a Constituição para enquadrar o conceito de homofobia e transfobia, ou qualquer que seja sua forma de manifestação, como representação aos anseios atuais da sociedade ao conceito de racismo, avaliando a importância da ampliação e consolidação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Os julgadores concluíram pela omissão inconstitucional, aplicando como fundamento o princípio da proporcionalidade em sua vertente proibição da “proteção deficiente (insuficiente)” (*Untermaßverbot*), devido à omissão do Estado frente à falta do “dever de

proteção” (*Schutzpflicht*) em prol da comunidade LGBTQIAPN+. Não se tratando de formulação de tipo penal pelo Poder Judiciário, mas de caso de subsunção de condutas aos preceitos incriminadores da legislação penal vigente, não se configurando analogia *in malam partem*. Ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal: enquadrou a homofobia e a transfobia no crime de racismo (Lei nº 7.716/1989), até que o Congresso Nacional editasse lei sobre a matéria julgada; reconheceu a omissão legislativa e a mora do Poder Legislativo em incriminar as condutas atentatórias aos direitos fundamentais do grupo LGBTQIAPN+, com eficácia geral e efeito vinculante, ressalvada a retroatividade da decisão, tendo efeito *ex nunc* (ADO 26/DF) (Balloute, 2025, p. 83; Mendonça, 2023, p. 60; Neto, 2023, p. 184-185).

O Ministro Celso de Mello, relator da ADO 26/DF, disse em sua fundamentação que não havia possibilidade jurídico-constitucional de o STF tipificar delitos e cominar penas em matéria de Direito Penal, em razão da máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, diante do respeito ao princípio da separação dos Poderes. Afirmou que não há usurpação de atribuições normativas dos demais Poderes e que o julgamento não envolve analogia gravosa de normas penais com aplicação da Lei 7.716/86. O julgamento não cria tipos penais, nem comina novas sanções penais, limitando-se à mera subsunção de condutas homofóbicas e transfóbicas aos preceitos primários de uma legislação vigente, usando uma atividade hermenêutica no campo da interpretação da lei. Destacou ainda que o papel do STF em uma democracia constitucional tem uma atuação contramajoritária em favor das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”, derivado de “omissões imputáveis” a classes majoritárias em desfavor das classes minoritárias (ADO/26) (Balloute, 2025, p. 34-42; Mendonça, 2023, p. 61-62).

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal, julgada por maioria, representa o primeiro julgamento, pós-Constituição Federal Brasileira de 1988, de inexistência de uma norma penal incriminadora em sentido estrito para tipificar e punir uma conduta de reconhecida gravidade, sendo objeto de integração judicial em virtude da mora do Poder Legislativo. Criminalizou uma conduta não prevista em lei, apesar da fundamentação da Corte Suprema afirmar de forma diversa (Balloute, 2025, p. 25; Gomes Filho, 2022, p. 212).

A interpretação constitucional sistematizada para realizar uma concordância entre os incisos XLI e XLII, do art. 5º (Brasil, 1988), não poderia anular o princípio da legalidade, em nítido avanço do Poder Judiciário sobre a competência constitucional atribuída ao Poder Legislativo. A decisão do Supremo Tribunal Federal viola a garantia da reserva legal (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XXXIX). Mesmo havendo a mora do Congresso Nacional, tal fato não é fator supressório ou integrativo do conceito de lei, nem teria o Judiciário a competência de determinar a incidência de norma penal vigente, ainda que de forma provisória, aos fatos

narrados na ação. Há o uso da analogia *in malam partem* e de “criminalização judicial” de condutas, violando o Supremo Tribunal Federal tanto a letra quanto o espírito da Constituição Federal de 1988 (Andrade, 2019, p. 116-117; Gomes Filho, 2022, p. 212; Karam, 2021, p. 33-34).

Devem ser refutadas as argumentações de que seria uma simples interpretação conforme a Constituição dos tipos penais da Lei 7.716/89, e não uma adição por meio do recurso da analogia. A interpretação conforme a Constituição parte do pressuposto de um texto legislativo a ser interpretado. O procedimento da ação partiu do pressuposto de uma omissão inconstitucional, pressupondo a inexistência de um texto criminalizante da conduta homofóbica, o que deu margem ao reconhecimento da mora e à omissão da lei. Se houve necessidade de menção de uma lacuna na lei infraconstitucional, não há interpretação, mas sim integração normativa. Existindo lacuna, é necessário o preenchimento do vazio. Esse preenchimento do vazio não se faz por interpretação, porque não existe o texto normativo a ser interpretado. O preenchimento do vazio denomina-se integração, sendo esta resolvida com a aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942). Entretanto, a norma introdutória das leis é excepcionada no Direito Penal por exigência dos princípios constitucionais da legalidade, se o resultado do julgamento for *in malam partem*. Se não fosse usada a analogia, não haveria omissão inconstitucional do Poder Legislativo, já que o ato normativo existente já seria suficiente para atender ao comando constitucional. Se há uma mera interpretação, não há que se falar em mora ou *vacuum legis*, mas em afastamento de interpretações divergentes por inconstitucionalidade, sem redução de texto, mantendo a norma questionada no ordenamento jurídico (Andrade, 2019; Balloute, 2025; Karam, 2021; Mendonça, 2023; Neto, 2023).

Não é possível o reconhecimento de uma omissão do legislador e, ao mesmo tempo, recorrer a uma lei vigente para afirmar a criminalização do que se diz inexistente. Ao julgar casos aplicando decisões construtivas aditivas em matéria de Direito Penal, o Supremo Tribunal Federal encontra limites no princípio constitucional da legalidade, da taxatividade e na proibição de aplicação de analogia *in malam partem*. Mesmo que o julgamento do STF tenha fundamento de modo contrário, o fato é que, de forma explícita, decidiu a ação utilizando uma legislação vigente para conduta diversa, e punir essa conduta que não teve previsão em lei (Andrade, 2019, p. 119-120; Balloute, 2025, p. 103, 141 e 144; Karam, 2021, p. 35; Mendonça, 2023, p. 62-63; Neto, 2023, p. 17).

Ainda que trate-se de uma “mutação constitucional”, reconhecendo que entre os bens jurídicos tutelados na Lei 7.716/89 (Lei do Racismo), após um processo de ações afirmativas

materiais e formais incluiu-se a proteção contra atos homofóbicos e transfóbicos, ou que se trata de “variação do conceito no tempo” pela mudança de percepção social do que seja racismo, ambas as argumentações não autorizam a extensão a um tipo penal de conduta que inicialmente não concebia essa extensão. Não há como negar que essas interpretações também ofendem o princípio da proibição de aplicação de analogia *in malam partem* e do princípio da reserva legal (Balloute, 2025, p. 97-98; Heerdt, 2019, p. 161).

Trata-se de decisão construtiva aditiva e não de decisão interpretativa. Expandiu o Supremo Tribunal Federal sua jurisdição, atuando como “legislador positivo”. A decisão construtiva aditiva não configura interpretação conforme a Constituição, pois foi usado, na verdade, um método de integração por equiparação. Acrescentou à Lei do Racismo um novo tipo penal, estendendo a um novo sujeito passivo e criminalizando a homofobia e a transfobia. Criou-se, na verdade, com esse julgamento, uma norma em favor da comunidade LGBTQIAPN+, a partir de uma analogia encontrada em outra norma vigente — a lei criminalizadora do racismo (7.716/89) —, surgindo assim o crime de homofobia e transfobia. Os princípios da legalidade, da taxatividade e da proibição de analogia *in malam partem* não foram considerados pelo julgamento (Balloute, 2025, p. 33 e 130; Gomes; Coimbra, 2020, p. 74; Neto, 2023, p. 186 e 189-190).

O Supremo Tribunal Federal, ao atuar como “legislador positivo” por meio de decisões construtivas aditivas em matéria penal, causa prejuízos ao réu e afronta diretamente o princípio da legalidade. Diversos são os casos em que julgam em benefício do réu, suprimindo omissões legislativas inconstitucionais e melhorando a sua situação. Isso é plenamente possível, desde que também não desfigure o princípio da legalidade. Sua vedação restringe a criminalização ou penalização, não a descaracterização da infração penal nem a identificação de excludentes, que são compatíveis com o princípio da legalidade. A possibilidade de flexibilizar ou relativizar a legalidade penal projeta-se apenas sobre o “horizonte da liberdade” (Balloute, 2025, p. 63; Carvalho, 2020, p. 283; Neto, 2023, p. 19).

Com base no princípio da reserva legal, o Supremo Tribunal Federal não pode legislar positivamente para ampliar o poder punitivo penal do Estado. O Judiciário não tem competência para criar normas que promovam maiores prejuízos ao réu; o princípio da reserva legal é a reserva do intransponível. A criação no Direito Penal é matéria reservada ao Poder Legislativo. Caso o Poder Judiciário legisle em matéria penal — metodologia controversa —, deve fazê-lo somente em favor do réu. Entretanto, em alguns julgados, relega os princípios da legalidade e da taxatividade, promovendo o uso do pragmatismo ao agir como “legislador positivo” *in malam partem* (Neto, 2023, p. 57).

No Direito Penal, as normas incriminadoras são delimitadas pelo princípio da legalidade. Desse modo, a interpretação das normas penais — inclusive as normas com interpretações extensivas (salvo quando a própria norma penal o autorize) — não pode prejudicar o réu. Este não pode ser penalizado por um fato ilícito que não era crime ao tempo da conduta (Neto, 2023, p. 69).

A Corte Suprema, ao reconhecer a omissão legislativa em criar um tipo de injusto penal da homofobia, entendeu que havia uma lacuna na lei penal. Então, aplicou a uma hipótese não tipificada (homofobia e transfobia) uma norma penal incriminadora de uma hipótese similar vigente (racismo). E, diante de “bons sentimentos” e adotando a política criminal de maior proteção possível aos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIAPN+, a Corte Suprema imbuu-se de “Poder Legislativo” e criou, inconstitucionalmente, um tipo penal não previsto em lei, por meio de analogia *in malam partem*. Enquadrar condutas homofóbicas como crime não é função constitucional do Supremo Tribunal Federal, mas competência do Poder Legislativo. Incumbe ao Congresso Nacional a competência, pois, assim como tipificou o conteúdo dos atos de racismo como crimes, o mesmo deve ser feito em relação à homofobia e à transfobia. O Supremo Tribunal Federal atuou como “legislador positivo”, afrontando o princípio da legalidade estrita (Gomes; Coimbra, 2020, p. 73; Neto, 2023, p. 155-157).

O julgamento em tela não se tratou de simples método de interpretação de normas penais já existentes e da Constituição, mas de ingerência indevida do Supremo Tribunal Federal, que exerceu uma função exclusiva do legislador ordinário federal, mesmo estando em mora o Poder Legislativo em cumprir mandados de criminalização. Sob o argumento de uma legislação penal deficiente, realizou um voluntarismo jurisprudencial (Gomes; Coimbra, 2020, p. 74; Gomes Filho, 2022, p. 210).

Mesmo que um cidadão promova a realização de um fato imoral ou desprezível pela sociedade, a exemplo da homofobia e da transfobia, não existindo tipificação em crime editado pelo Poder Legislativo contra a conduta imoral ou desprezível, não pode haver a imputação de um crime e cominação de pena. No Direito Penal, ninguém pode ser condenado sem lei anterior ao fato que descreva a conduta (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Não se pode criar decisões construtivas aditivas por achar injusto o caso em julgamento. Não se questiona a necessidade do “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) do bem jurídico pelo Direito Penal; condutas homofóbicas e transfóbicas podem ser tipificadas penalmente. É possível a criação de uma norma penal específica, criminalizando em um tipo penal próprio a homofobia e a transfobia. Porém, o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) das “minorias” e dos “grupos

vulneráveis”, entre eles a comunidade LGBTQIAPN+, deve ser realizado pelo Poder Legislativo, e não através de extensão judicial por meio de decisões construtivas aditivas. Criminalizar condutas homofóbicas ou transfóbicas é compatível com a Constituição, mas a tarefa fica a cargo do legislador (Badaró, 2019, p. 2; Gomes Filho, 2022, p. 210; Gomes; Coimbra, 2020, p. 74; Neto, 2023, p. 161 e 187).

Para estender os efeitos da criminalização às manifestações homofóbicas e transfóbicas, faz-se necessária uma nova alteração da Lei nº 7.716/1989, ou a edição de outra lei específica. Fora desses casos, a extensão de norma incriminadora sem previsão legal não é permitida pela aplicação da vedação da analogia *in malam partem* (Karam, 2021, p. 34-35).

Quando uma conduta é tipificada por um Poder que não seja competente, afronta-se a segurança jurídica do ordenamento. Gerar condutas criminosas através de procedimentos que não sejam realizados pelo legislador ordinário viola os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil, fragilizando a democracia brasileira. Com “boas” intenções de sanar as injustiças sociais, violam-se os direitos e garantias fundamentais (Balloute, 2025, p. 87-89).

O ministro Marco Aurélio foi o único a reconhecer a mora, e os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, estes últimos ministros, demonstraram defesa pelos princípios democráticos ao dizerem que a conduta só deveria ser punida por meio de lei aprovada pelo Poder Legislativo, sendo indispensável lei em sentido formal. Não existe uma obrigação de intervenção do Judiciário diante de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, conferindo o papel de “legislador positivo”. Sempre será competente o legislador ordinário a decidir sobre eventual tutela penal; apenas nos casos gritantes pode-se admitir injunções, a exemplo de sancionar o homicídio doloso apenas como sanção civil. O legislador é órgão representativo da comunidade que deverá proceder à criação da norma penal. Permitir que o Tribunal eleja o bem jurídico através de uma análise empírica particular da realidade e que promova a criação da norma seria conferir a substituição do legislador pelo juiz, anulando os princípios da separação de poderes e da reserva legal penal (Mendonça, 2023, p. 64; Neto, 2023, p. 185; Silva; Bugalho; Armelin, 2020, p. 322).

Por mais que seja ato de justiça a criminalização de conduta moral e socialmente reprovável, como os relatados atos de homofobia e transfobia, não é permitido ao Poder Judiciário, ainda que pela Suprema Corte, determinar a incidência de norma penal sem a previsão da lei. O respeito aos limites da Constituição é o preço que se deve honrar para efetivar os direitos fundamentais por meio da tutela penal, em cumprimento dos mandados constitucionais de criminalização. Não se trata de defender um “fundamentalismo do Direito Penal Mínimo”, mas de garantir o cumprimento de uma regra constitucional clara e direta,

descrita no princípio constitucional da legalidade (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XXX). É preciso “levar o texto a sério”, respeitando os limites semânticos, não podendo o intérprete construir uma norma que afirme o oposto do texto que leu (Andrade, 2019, p. 125 e 364).

O Supremo Tribunal Federal, nos casos de decisões de caráter penal *in malam partem*, deveria tão somente cumprir os dispositivos da Constituição, declarando a inconstitucionalidade por omissão, reconhecendo a lacuna legal e a mora legislativa no cumprimento do mandado de criminalização (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XLI). Em seguida, dar ciência ao Poder competente, no caso o Congresso Nacional, para que adote as providências cabíveis (Brasil, 1988, art. 103, § 2º), solução que respeitaria o princípio constitucional da legalidade (Brasil, 1988, art. 5º, inc. XXXIX). O Poder Judiciário deve recomendar que o legislador ordinário pondere sobre a criminalização, porque, ao contrário, substituiria o Poder Legislativo. A função do Supremo Tribunal Federal se resume a “pressionar” o poder omissor, para que não fique inerte. Essa proposição configura a melhor alternativa, estando em consonância com a separação dos poderes, com a reserva legal e com o princípio da dignidade da pessoa humana. O Supremo Tribunal Federal é “guardião da Constituição”, não criador de Cartas Constitucionais, nem de leis penais (Andrade, 2019, p. 121; Balloute, 2025, p. 125-126; Gomes; Coimbra, p. 74; Heerdt, 2019, p. 161).

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26/DF, com a devida vênia, apesar de majoritariamente ter sido declarado procedente pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao argumentarem que não realizaram integração por analogia, mas sim interpretação conforme a Constituição, não se sustenta. Dentre as manifestações pela procedência, comungamos da mesma ideia de que qualquer ato atentatório discriminatório promotor de condutas homofóbicas e transfóbicas deve ser punido criminalmente, pois são fatos imorais e desprezíveis. E que o Supremo Tribunal Federal deve atuar de forma contramajoritária em favor das “minorias” e dos “grupos vulneráveis”.

Porém, quanto aos demais argumentos de procedência, discordamos. O fundamento da aplicação do princípio da proporcionalidade em sua vertente “proibição da proteção deficiente” devido à omissão do Estado em realizar o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) em matéria criminal em favor da comunidade LGBTQIAPN+ seria somente fator interpretativo de subsunção de condutas homofóbicas e transfóbicas aos preceitos incriminadores da Lei nº 7.716/1989, e que não se trataria de aplicação da analogia *in malam partem*. Reconhece-se a aplicabilidade provisória da lei vigente com eficácia geral e com efeito vinculante, diante da mora do Poder Legislativo, até que o poder legiferante sane a omissão normativa. São argumentos nitidamente contrários às normas penais.

Há violação do princípio da legalidade e da usurpação da competência constitucional de criminalizar condutas, a cargo do Poder Legislativo. A mora do Poder Legislativo não é pressuposto de permissão para integração de lei penal incriminatória *in malam partem* por parte do Poder Judiciário. Não foi realizada uma simples interpretação das normas à luz dos preceitos constitucionais, mas a adição de uma conduta por meio de analogia, o que é vedado em matéria de Direito Penal quando prejudicial ao réu. Existindo lacuna, há vazio normativo. A integração preenche o vazio. Logo, lacunas normativas podem ser preenchidas por integração, exceto nos casos de incriminação *in malam partem*.

O poder normativo judicial em matéria penal tem limites, e o princípio da reserva legal é norma limitadora de criminalização de condutas prejudiciais ao réu. Dessa maneira, não pode o Poder Judiciário exercer o papel de “legislador positivo” *in malam partem*, devendo obediência ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Podem ser criminalizadas condutas homofóbicas e transfóbicas, não através do poder normativo judicial, mas por intermédio do devido processo legislativo de criminalização de condutas, a cargo do Poder Legislativo.

7.4.1 Aplicação da Dogmática Penal a Criação Judicial

O poder normativo criminal judicial tem limites dogmáticos penais. Criar leis penais criminalizadoras requer formas específicas de legislação e competência delimitada pela separação dos poderes. Uma conduta imoral e desprezível praticada em desfavor de um bem jurídico não pode se tornar criminosa pelo ato repugnante em si, nem por outros meios que não sejam obedientes aos preceitos constitucionais. O princípio da legalidade exige formalidades prévias de tipificação de condutas a serem criminalizadas, com a finalidade de atendimento aos preceitos clássicos de *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

O Direito Penal, como sistema de normas caracterizado por dogmas fundamentais, ao constituir um delito e uma pena, tem como fonte formal única e exclusiva a lei. Se a conduta não estiver descrita em uma lei penal incriminadora, nada poderá transformá-la em uma infração penal, nem por meio de uma decisão judicial, ainda que os possíveis efeitos da conduta possam ser socialmente relevantes. Somente a lei formal escrita, formulada pelo legislador ordinário — representante da sociedade —, é capaz de criar uma conduta criminosa (Balloute, 2025, p. 65; Bittencourt, 2025, p. 161; Santos, 2020, p. 88; Tavares, 2020a, p. 70-71).

O princípio da legalidade estrita exige um caráter “formal ou legal” de critério de definição do desvio e um “empírico ou fático” da hipótese de desvio legalmente definido. O desvio punível não é aquele que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido como imoral, anormal ou socialmente lesivo, mas o fato formalmente indicado pela lei como antecedente imprescindível para ser cominada uma pena, nos termos da clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. O juiz não pode estabelecer como delito condutas que considere imorais ou merecedoras de sanção penal, mas apenas, independentemente de sua valoração, as condutas que estejam formalmente designadas como crime, sendo este o pressuposto da pena (Ferrajoli, 2002, p. 30).

O princípio da legalidade é a base da estrutura do Estado de Direito, sendo o pressuposto de validade de um sistema jurídico democrático e de um sistema penal racional e justo, limitando o poder punitivo estatal, além de ser considerado o principal instrumento de defesa do indivíduo em um Estado Democrático de Direito. O princípio da legalidade pode ser extraído do artigo 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal Brasileira de 1988, e do artigo 1º do Código Penal Brasileiro (Balloute, 2025, p. 68; Batista, 2011, p. 65-67; Bittencourt, 2025, p. 16; Carvalho, 2020, p. 282; Santos, 2020, p. 44).

O réu, como sujeito de direito, não pode ser surpreendido pelo Supremo Tribunal Federal quando este, ao proferir decisões construtivas aditivas em normas de Direito Penal, formalize fundamentações por meio de analogia *in malam partem*. A lei penal é prospectiva, abstrata e transparente, devendo ser aplicada a todos, sem distinção, porém não pode ser construída por meio de um julgamento. O direito à liberdade é uma regra constitucional; a excepcionalidade está no apenamento e na prisão. O Legislativo é o Poder competente para criar a norma penal; se esta função é realizada por outro Poder, cria-se uma contrariedade ao Estado de Direito, descumprindo os princípios democráticos, entre eles o “direito à liberdade” e o “direito à individualidade” (Neto, 2023, p. 17).

Um dos óbices, além do princípio da legalidade, para as Cortes Constitucionais Supremas na atuação como “legislador positivo” em matéria de Direito Penal, é os princípios da taxatividade e da analogia *in malam partem*. A taxatividade veda incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), enquanto a analogia *in malam partem* proíbe decisões que se socorrem da integração para criar crimes ou aumentar as penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) (Neto, 2023, p. 71).

O Direito Penal exige uma tipicidade fechada, certa e determinada, com regras rígidas de integração em caso de norma penal incriminadora, em virtude do princípio da legalidade ou da reserva legal. Se o Poder Legislativo não realiza a tipificação de determinada conduta

como infração penal, não pode o Poder Judiciário criar jurisprudencialmente referida normatização penal (Gomes Filho, 2022, p. 211).

Os criminalistas não acolhem a possibilidade do uso da analogia *in malam partem*. A Constituição Federal de 1988 elencou em seus dispositivos o princípio da legalidade como norma de observância obrigatória em nosso ordenamento. A lei estrita, como decorrência do princípio da legalidade penal, impede o uso da analogia incriminadora de conduta não tipificada legalmente (Mendonça, 2023, p. 58 e 63; Neto, 2023, p. 155).

Existe uma complexa análise dogmática penal de subsunção de um fato antes de se considerar ou não um crime. Dessa maneira, a criação de uma norma penal incriminadora pelo Supremo Tribunal Federal, em forma de decisão construtiva aditiva, atinge os mecanismos da lógica penal. É controverso que decisões judiciais construtivas aditivas em matéria de Direito Penal rompam com toda uma estrutura dogmática construída na seara criminal, que veda a violação da legalidade e a incriminação *in malam partem* (Neto, 2023, p. 124).

A defesa da teoria “jus-positivista” ou “garantista” do constitucionalismo não enseja a superação do constitucionalismo rígido, mas um reforço do positivismo jurídico alargado em razão de escolhas constitucionais, como a estipulação dos direitos fundamentais nas normas constitucionais, devendo orientar a produção do direito positivo. Representa um complemento do positivismo jurídico, porque positiva não apenas o “ser”, mas o “dever ser” do direito, e do Estado de Direito, porque comporta a submissão de toda atividade estatal ao direito e ao controle de constitucionalidade. A legalidade não é mais somente critério de validade das normas infraconstitucionais, mas é condicionada em sua própria validade ao respeito e à atuação das normas constitucionais (Ferrajoli, 2022a, p. 20-21).

O constitucionalismo positivista ou garantista como modelo de direito se caracteriza pela positivação dos princípios. É um sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle de constitucionalidade jurisdicional: um deles, os limites impostos ao princípio da igualdade e aos direitos de liberdade; se violados por comissão, dão lugar a antinomias, logo as leis inválidas devem ser anuladas através da jurisdição constitucional. “O garantismo é a outra face do constitucionalismo” (Ferrajoli, 2022a, p. 22).

O princípio da legalidade rege a estrutura de um Estado de Direito, e, como sistema normativo, o poder é submetido à lei e aplicado por ela, sendo separado e independente de sua produção (Ferrajoli, 2022b, p. 247).

O positivismo jurídico e o princípio da legalidade não equivalem a uma redução de todo o direito à lei, nem mesmo no sentido amplo de norma geral e abstrata, nem à subestimação da centralidade da jurisdição e das decisões interpretativas dela decorrentes. Nenhum juspositivista nega a presença, na jurisdição, de uma esfera de discricionariedade interpretativa. Os limites e vínculos legais são relativos, não eliminando espaços de discricionariedade judicial a serem preenchidos pela argumentação interpretativa. O direito vivente, como um direito de produção jurisprudencial resultante da argumentação interpretativa, é um direito válido quando houver uma argumentação interpretativa plausível e aceitável do direito vigente a partir dos textos normativos produzidos pelo legislador. Comporta o positivismo jurídico uma prevalência de normas abstratas como fundamento de validade dos atos e a estrutura escalonada do ordenamento jurídico, sob a qual está a hierarquia das fontes — a sintaxe do Estado de Direito (Ferrajoli, 2022b, p. 262-263).

Desse modo, a produção legislativa é reservada à instância política e representativa, no caso brasileiro, o Poder Legislativo, que cria o novo direito destinado à aplicação judicial. A admissão das sentenças do Poder Judiciário como fontes do direito resulta no abandono dos princípios da legalidade, da separação dos poderes e da submissão dos juízes somente à lei (Ferrajoli, 2022c, p. 221).

O poder punitivo estatal, assim como o poder normativo judicial, é limitado pelo princípio da legalidade (*nulla poena et nullum crimen sine lege*), sendo este um pressuposto de validade para a tipificação criminal de condutas. Decisões construtivas ou aditivas que resultem em analogia *in malam partem* são vedadas. O direito à liberdade somente pode ser excepcionado por intermédio de lei penal formalmente criada pelo Poder Legislativo e que respeite os limites materiais das normas constitucionais, entre eles a taxatividade — que veda incriminações indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) — e a vedação da analogia em prejuízo do réu, a qual extirpa integrações normativas criadoras de crimes ou que aumentem as penas sem lei formal (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

O garantismo penal como marco teórico de desenvolvimento desta dissertação não enseja a rigidez das normas constitucionais, porém acrescenta um reforço ao positivismo jurídico como método de interpretação constitucional e de proteção dos direitos fundamentais. A legalidade não seria somente critério de validade das normas constitucionais, mas meio valorativo próprio, impondo limites, pois todo poder estatal está submetido à lei, sendo o garantismo a outra face do constitucionalismo. Não há negação da possibilidade de interpretações discricionárias das normas constitucionais, porém existem limites interpretativos intransponíveis de atuação jurisdicional. Pois o direito vivente, realizado pelo

Poder Judiciário, deve ser interpretado de forma argumentativa e racional sobre o direito vigente criado pelo Poder Legislativo.

8 CONCLUSÃO

“Minorias” e “grupos vulneráveis” não são termos sinônimos diante da superação de uma discussão meramente acadêmica, mas geradora de consequências de fato. As “minorias” são grupos que necessitam de políticas públicas promotoras de seus direitos fundamentais, eliminando os estereótipos e preconceitos, preservando seus valores culturais que os diferenciam e os identificam. Os “grupos vulneráveis” buscam a promoção dos seus direitos, superando e eliminando as situações de subordinação e de discriminação.

O enfrentamento das discriminações é realizado através da promoção de políticas públicas e de medidas de proteção específicas, com a finalidade de atingir a igualdade material de acesso aos seus direitos, e por meio da repressão punitiva, criminalizando condutas derivadas das condições de vulnerabilidade e de discriminação.

Apesar da seletividade evidente da criminalização primária e secundária sobre as “minorias” e os “grupos vulneráveis”, inicia-se um processo de uso do poder punitivo estatal para criminalizar condutas discriminatórias praticadas em desfavor desses grupos minoritários, surgindo um “Direito Penal dos vulneráveis”. Apesar das críticas evidenciarem que o Direito Penal não defende isonomicamente os bens jurídicos nem criminaliza igualmente, sendo o Direito Penal “seletivo por natureza” e “desigual por excelência”.

Os direitos fundamentais, ao se transformarem em bens jurídicos constitucionais a serem tutelados criminalmente, fazem com que o poder punitivo, antes visto como limite negativo de criação de delitos e penas, passe a ter um limite positivo de criminalizar condutas. A Constituição, ao fixar os limites de atuação do ordenamento jurídico, confere tanto o direito negativo de violação quanto o direito positivo de proteção. No campo penal, se o princípio da proporcionalidade repudia a “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), também veda a “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*).

Com a existência dos deveres de proteção em matéria de direitos fundamentais, reconhecido o excesso ou a deficiência, passa o Estado a ser exigido a cumprir sua função constitucional. Quando o Poder Legislativo se omite ou cria uma norma ineficiente para a proteção de um bem jurídico essencial à sociedade, sobre esse ato incide um possível controle de constitucionalidade, podendo o Poder Judiciário ser acionado. Quanto ao controle de constitucionalidade em matéria de Direito Penal, não há ressalva na Constituição, podendo ser avaliada tanto a criação de uma lei penal quanto sua inexistência.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não podem frustrar o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), não tendo liberdade absoluta para legislar, cumprir ou interpretar,

estando todos vinculados aos mandamentos constitucionais, dentre os quais o princípio da proporcionalidade, que salvaguarda os direitos fundamentais.

Entre as obrigações positivas, foi inserido no texto constitucional da República Federativa do Brasil o “mandado de criminalização”, passando a ser previsto o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) de bens jurídicos fundamentais destinados a serem tipificados pelo Poder Legislativo. Entretanto, esse mandamento não retira o dever de observância do Direito Penal Mínimo.

Os mandamentos constitucionais de criminalização são instrumentos que evidenciam a presença do princípio da proporcionalidade em sua vertente de “proibição da proteção deficiente” (*Untermaßverbot*), determinando o “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 26/DF, atendendo aos mandamentos constitucionais, segundo sua fundamentação, criminalizou as condutas de homofobia e transfobia. Entendemos que, mesmo diante da inércia do Poder Legislativo ao não suprir a ausência da lei penal em prol de “minorias” e “grupos vulneráveis” — conforme mandamento de criminalização —, não poderia o Poder Judiciário suprir a lei penal, ainda que de forma provisória. Deve-se refutar o papel de “legislador positivo” do Poder Judiciário. A discordância com um texto legal ou sua insuficiência ou ausência não permite a “criação jurisprudencial” de tipos penais geradores de decisões penais *in malam partem*.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal que justifique a aplicação, ainda que provisória, de norma penal incriminadora a uma situação não regulada por tipo penal pelo Poder Legislativo infringe os princípios da separação dos poderes, da reserva legal e da vedação da analogia *in malam partem*. O Supremo Tribunal Federal é o “guardião da Constituição”, porém não criador de Cartas Constitucionais nem de lei penal.

Como disse Ferrajoli (2022c, p. 236-237, grifos do autor),

os juízes não são simples *bocas da lei* como desejam os iluministas. Nem poderão alcançar verdades absolutas. O reconhecimento da aporia é fato institucional, gerando o hábito da dúvida, a consciência o erro possível, a disponibilidade de escutar todas as razões opostas em juízo, a *prudência*, a partir da qual advém a *juris-prudência*, como estilo intelectual da prática jurídica.

Nesses termos, o Poder Judiciário realiza jurisprudência com prudência. Se não temos mais a garantia da legalidade no Direito Penal, “que descanse em paz *nullum crimen, nulla poena, sine lege*” (Badaró, 2019, p. 2).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Roberto. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2024.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Prefácio. *In*: NETO, Benedito Torres. **A criação judicial no campo penal**: limites e possibilidades. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. **Mandados implícitos de criminalização**: a tutela penal dos direitos humanos na constituição e na convenção americana. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

ARRUDA, Camila Rabelo de Matos Silva. A necessidade de proteção das minorias decorrente da desigualdade social no Brasil. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.]. v. 19, n. 1, p. 56-70, 2021. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/1083>. Acesso em: Jan. 2024.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 21 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2022.

BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. **JOTA**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista>. Acesso em: Fev. 2024.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BALLOUTE, Samuel Rivetti Rocha. **A criminalização da homotransfobia pelo STF**: crítica à decisão da ADO nº 26. Belo Horizonte: Expert, 2025.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Liberdade de expressão e grandes mídias. *In*: MATANZAS, Sara Carvalho (Coord.). **Direito penal dos silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo**: por uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Florianópolis: Habitus, 2019.

BARRETO, Daniela Ramos Lima; COSTA, Daniela Carvalho Almeida. Direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do direito penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 57-83, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/download/34/pdf>. Acesso em: Fev. 2024.

BARRETO, Elvira; BASTOS, Samira Safadi; SANTOS, Graça Crispina Gomes dos. A invisibilidade das penas alternativas no capitalismo brasileiro: a quem interessa. *In*: MATANZAS, Sara Carvalho (Coord.). **Direito penal dos silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, [S.l.], v. 5, n. 8, p.11-22, 2009. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/download/44428/26015/134354>. Acesso em: Fev. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 13 ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025.

BASTELLI, Ricardo. **Tutela penal e proteção das minorias**: fundamentos e análise criminológica. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstreams/aa21fd8d-1cec-4e3e-a1d2-8ff87d8dccb4/download>. Acesso em: Jan. 2024.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BIANCHINI, Alice. Julgar com perspectiva de gênero como instrumento para ampliar as vozes das mulheres. In: MATANZAZ, Sara Carvalho (Coord.). **Direito Penal dos Silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BISSOLI FILHO, Francisco. O humanismo crítico de Alessandro Baratta. In: BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo**: por uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Florianópolis: Habitues, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 31 ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Normas de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 8 de junho de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.269 Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 18 out. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749032559>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 1 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543 Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 maio 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.583 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756272259>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617 Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 15 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.028 Amapá. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 19 jun. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768834469>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio De Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291 Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 28 out. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>. Acesso em: Jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 4 out. 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457 Goiás. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457 Goiás. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460 Paraná. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445537>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 461 Paraná. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 24 ago. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753886751>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 526 Paraná. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 maio 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752833807>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 787 Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 out. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=783158570>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.151 Santa Catarina. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 9 dez. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=783059150>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus Coletivo nº 172.136-SP (2020). Relator: Ministro Celso de Mello. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Relatora do HC nº 269.265 do Superior Tribunal de Justiça. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 9 out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754527040>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 859.376 Paraná. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 17 abr. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=782926184>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo Décima Sexta em Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 754 Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 21 mar. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760977138>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.644 Amazonas. Relator: Ministro Flávio Dino. Brasília, DF, 24 jun. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=778672156>. Acesso em: Fev. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 177.508-PB (2010/0118366-6). Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Impetrante: Vital Borba de Araújo Júnior e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 ago. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001183666&dt_publicacao=. Acesso em: Fev. 2024.

BRITO, Jaime Domingues. Minorias e grupos vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**, 2009. Disponível em: <https://periodicos.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/649>. Acesso em: Fev. 2024.

BROOCKE, Alexandre Moreira Van Der. **Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente**. Curitiba: CRV, 2016.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the rights of persons belonging to the ethnic, religious and linguistic minorities**. Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Geneva United Nations Publications, 1979. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/10387>. Acesso em: Fev. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3 ed. São Paulo: EDIJUR, 2023.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2020.

CERVI, Mauro Luiz. **Direito penal mínimo**. Canoas: Ulbra, 2010.

CHERSONI, Felipe de Araújo; GOULART, Felipe Alves; LEAL, Jackson da Silva. Uma avaliação da alocação dos recursos do regime semiaberto em Santa Catarina a partir da reinvenção dos direitos humanos de Joaquín Herrera Flores. In: MATANZAZ, Sara Carvalho (Coord.). **Direito penal dos silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

DESCHAMPS, Christiny Pereira de Souza Deschamps. O princípio da coculpabilidade como atenuante genérica. *In*: MATANZAZ, Sara Carvalho (Coord.). **Direito penal dos silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça; LIMA, Ricardo Alves. Indicativos ou mandados constitucionais de criminalização. **Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 176–207, 2020. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/176>. Acesso em: Fev. 2024.

DIETER, Vitor Stegemann; DIETER, Maurício Stegemann. Prefácio. *In*: KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva: 25 anos depois**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves. **Coleção Esquemático**: direito penal - parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 147, 2019. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1021>. Acesso em: Fev. 2024.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. Curitiba: Juruá, 2019.

FERNANDES, Eduardo Faria. **Princípio da vedação à proteção deficiente**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2 ed. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2022a.

FERRAJOLI, Luigi. Contra a jurisprudência criativa. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2 ed. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2022b.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2 ed. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2022c.

FREITAS, Jaqueline Costa Silva; LEHFELD, Lucas de Souza; NEVES, Yasmmin Bussoletti. Minorias e grupos Vulneráveis: compreendendo os conceitos para obter a devida tutela

jurídica. *In: Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 10, p. 98-112, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2794>. Acesso em: Fev. 2024.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: Jan. 2024.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LYRA, José Francisco Dias da Costa. O teste da proporcionalidade no direito penal e a proibição de proteção insuficiente: uma necessária reconstrução crítica. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 49, n. 152, 2022. Disponível em: https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1226/Ajuris_152_DT%203. Acesso em: Jan. 2024.

GOMES, Luís Flávio. Princípio da proibição de proteção deficiente. **Tribuna**. 2009. Disponível: <https://www.tribunapr.com.br/noticias/principio-da-proibicao-de-protecao-deficiente/>. Acesso em: Jan. 2024.

GOMES, Luiz Roberto; COIMBRA, Mário. Reserva legal. *In: Prado, Luiz Regis (Coord.). Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Dogmática Penal: fundamento e limite à construção jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Pedro Correia. O tribunal europeu dos direitos do homem e os direitos das minorias. **Revista USCS – Direito**, ano X, n. 16, 2009. Disponível em: https://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/877. Acesso em: Jan. 2024.

GOUVEA, Carolina Carraro. A proporcionalidade no âmbito das normas penais: reconhecendo a dupla face de proibição do excesso e da proteção deficiente. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 39, n. 1, p. 18-35, 2023. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/574>. Acesso em: Jan. 2024.

GRECO, Rogério. Apresentação. *In: PRADO, Rodrigo Murad do. Fundamentos do direito penal mínimo: uma abordagem criminológica*. 4 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

HEERDT, Fábio Vieira. **Normas penais e os poderes do juiz: controle do déficit e do excesso de criminalização**. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2019.

IENSUE, Geziela. Tutela jusfundamental às minorias e aos grupos vulneráveis nos constitucionalismos federal e subnacional brasileiros. **Revista Jurídica Luso-Brasileiro (RJLB)**, Lisboa, ano 9, n. 5, p. 893-942, 2023. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/5/2023_05_0893_0942.pdf. Acesso em: Jan. 2024.

JORGE, Derick Moura, JÚNIOR, Janio Konno. Objeto jurídico protegido pelo artigo 24-A da lei nº 11.340/06 e suas implicações práticas. In: PAIVA, MATANZAS, Sara Carvalho (Coord.). **Direito Penal dos Silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a Proteção das Minorias e dos Grupos Vulneráveis. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (Orgs.). **Comunicação e Cultura das Minorias**. São Paulo: Paulus, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, p. 79-92, 1996. Disponível em: <https://www.gnsc.adv.br/wp-content/uploads/2021/11/A-Esquerda-Punitiva-Maria-Lucia-Karam.pdf>. Acesso em: Jan. 2024.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva: 25 Anos Depois**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção de minorias e de grupos vulneráveis. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, Brasil, v. 29, n. 11, p. 144–163, 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6774>. Acesso em: Jan. 2024.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Farden de. Grupos vulneráveis e minorias: há uma distinção terminológica na constituição federal e na jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 9, n. 3, p. 877-904, 2023. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/732>. Acesso em: Jan. 2024.

LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da proporcionalidade penal: decorrência lógica dos direitos humanos**. Jundiaí: Paco, 2016.

LIMA, João Lucas Figueiredo de; ARAÚJO, Rômulo de Aguiar. O Racismo institucional e a disparidade de condenações por tráfico de Drogas. In: PAIVA, MATANZAS, Sara Carvalho (Coord.). **Direito Penal dos Silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Desafios e perspectivas dos direitos das minorias no século XXI. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 9, n. 3, p. 877-904, 2023.

MACEDO, Celina Maria. **Bem jurídico e proporcionalidade: a proibição de proteção deficiente no direito penal**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

MACIEL NETO, Aluísio Antônio. **Liberdade, garantias e direitos sociais: aplicação do princípio da proporcionalidade nos conflitos penais e sociais**. Curitiba: Juruá, 2020.

MAIA, Luciano Mariz. O direito das minorias étnicas. In Saboia, Gilberto Vergne (Org.). **Anais de Seminários Regionais Preparatórios para Conferência Mundial: contra**

racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estados dos Direitos Humanos, 2001. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/10009>. Acesso em: Jan. 2024.

MATANZAS, Sara Carvalho. Quem são esses silenciados e qual a relação deles com o direito penal. *In*: PAIVA, MATANZAS, Sara Carvalho (Coord.). **Direito Penal dos Silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **O papel das cortes supremas do Brasil e dos Estados Unidos no sistema de justiça penal**: uma análise em face da teoria dos precedentes obrigatórios. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

MORO, Cássio. **A função criadora do juiz**. São Paulo: Mizuno, 2023.

NETO, Benedito Torres. **A criação judicial no campo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

NETO, Benedito Torres. **A criação judicial no campo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

OLIVA, Thiago Dia; Künzli, Willi Sebastian. Proteção das minorias no direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 113, p. 703–719, 2018. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156677>. Acesso em: Jan. 2024.

OLIVEIRA, Fabio Rocha. Alijamento político do preso no contexto da democracia representativa. *In*: PAIVA, MATANZAS, Sara Carvalho (Coord.). **Direito penal dos silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%Aadticos.pdf>. Acesso em: Jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes ou étnicas, religiosas e linguísticas Minorias Nacionais**. 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1992%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20Pertencentes%20a%20Minorias%20Nacionais%20ou%20%C3%89tnicas,%20Religiosas%20e%20Lingu%C3%Adsticas.pdf>. Acesso em: Fev. 2024.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. Barueri: Manole, 2015.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 9 ed. Londrina: Thoth, 2025.

PRADO, Rodrigo Murad do Prado. **Fundamentos do direito penal mínimo**: uma abordagem criminológica. 4 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

PRADO, Rodrigo Murad do. A biopolítica, o biopoder e a necropolítica criminal: governo, submissão, desgoverno e aniquilação do ser humano em nome de um totalitarismo financeiro. *In*: PAIVA, MATANZAS, Sara Carvalho (Coord.). **Direito penal dos silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

RAMACCIOTTI, Bárbara Lucchesi; CALGARO, Gerson Amauri. Construção do conceito de minorias e o debate teórico no campo do Direito. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 89, p. 1–30, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/72871>. Acesso em: Fev. 2024.

RIBEIRO, Rodrigo Calzavara de Queiroz. **O princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente**: uma análise crítica da aplicação jurisprudencial e legislativa na atualidade. Porto Alegre: Simplíssimo, 2019.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo**: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

SANTOS, Thales Messias dos, JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A tutela legal e a previsão constitucional de criminalização: uma análise da teoria do bem jurídico e dos mandados de criminalização. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, ano 8, 4 ed., vol. 2, p. 88-109, 2023. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/mandados-de-criminalizacao>. Acesso em: Jan. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre a proibição do excesso e da insuficiência. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 10, p. 303-354, 2006. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25821aijc1010ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: Jan. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; SOUSA, Humberto Leandro de Melo e Sousa. Notas sobre o crime contra o casamento ou contra a convivência familiar e social no contexto das relações inter-raciais. *In*: PAIVA, MATANZAS, Sara Carvalho (Coord.). **Direito Penal dos Silenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

SILVA, Luciana Caetano da; BUGALHO, Nelson Roberto; ARMELIN, Priscila Kutne. Indicações constitucionais de criminalização. *In*: Prado, Luiz Regis (Coord.). **Direito penal constitucional**: a (des)construção do sistema penal. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha da; FREITAS, Raquel Coelho de. Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo a conceituação de grupos minoritários. **Revista de Teoria e Filosofia do Estado**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/2511>. Acesso em: Fev. 2024.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, São Paulo, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/319293595_MINORIAS_E_GRUPOS_VULNERAVEIS_A_QUESTAO_TERMINOLOGICA_COMO_FATOR_PREPONDERANTE_PARA_U_MA_REAL_INCLUSAO_SOCIAL. Acesso em: Fev. 2024.

SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (Orgs.). **Comunicação e Cultura das Minorias**. São Paulo: Paulus, 2005.

SOUZA, Mércia Cardoso de. Revisitando o conceito de “minorias”. In: VASCONCELOS, Rodrigo Ribeiro de (Coord.). **Direito penal das minorias e dos grupos vulneráveis**. Salvador: Juspodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, 2004. Disponível em: <https://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/article/view/383>. Acesso em: Fev. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 22, 2005. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-22/artigo-das-pags-163-187>. Acesso em: Fev. 2024.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. Apresentação. In: GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020a.

TAVARES, Juarez. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugêncio Raú; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempo de totalitarismo financeiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch. 2020b.

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

VASCONCELOS, Rodrigo Ribeiro de. Prefácio. *In*: VASCONCELOS, Rodrigo Ribeiro de (Coord.). **Direito penal das minorias e dos grupos vulneráveis**. Salvador: Juspodivm, 2019.
VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, 2008.

YOKOHAMA, Alessandro Otávio. **Teoria da proporcionalidade**: o judiciário como legislador. Curitiba: Juruá, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 1 ed. 2. reimp. Buenos Aires. Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempo de totalitarismo financeiro. São Paulo: Tirant. 2020.