

Thiago Carvalhido: Elasticidade do crime de racismo afronta a CF

Matéria veiculada[1], em 20 de agosto de 2014, na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**, dá conta de [parecer da lavra](#) do eminente procurador-geral da República, Rodrigo Janot, juntado aos autos do Mandado de Injunção 4.733/DF, em 25 de julho[2], com opinião favorável à criminalização específica de práticas em desfavor de pessoa, em razão de sua orientação sexual.

A declaração de inconstitucionalidade da mora legiferante do Congresso Nacional quanto à *criminalização da homofobia*, a depender dos instrumentos concretizadores que o Supremo Tribunal Federal viesse a empreender, seria bastante no caso concreto. Contudo, o procurador-geral da República foi além, requerendo, expressamente, que o STF “conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do artigo 20 da Lei 7.716/1989 ou, subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica”. A seguir, algumas considerações.

Não se desconhece a natureza do mandado de injunção, ação-garantia constitucional com objetivo de materialização de direitos igualmente constitucionais, em virtude de lacuna legislativa.[3] Da mesma forma, conhece-se seu alcance e a necessidade do Supremo Tribunal Federal, em determinados casos, afastar-se da *simples declaração* de mora legislativa, e, considerando-se o caráter mandamental da ação, concretizar, efetivamente, o direito olvidado pelo Congresso Nacional.[4] Não obstante, a natureza mandamental e o alcance concretizador não são qualificadoras absolutas do mandado de injunção, guardando limite sobremaneira nos próprios direitos e garantias constitucionais que visa assegurar.

No caso concreto, a despeito de resguardar o direito à honra, moral e pertencimento à sociedade por parte dos homossexuais (direitos que se reconhecem extremamente importantes), a Procuradoria-Geral da República olvida de preceito maiúsculo no tocante à própria dignidade da pessoa humana, quando se trata da defesa do cidadão contra a perseguição punitiva estatal: o princípio da legalidade estrita, em sede de Direito Penal.

O artigo 5º, inciso XXXIX, de nossa Constituição Federal, é claro ao estabelecer que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Neste ponto, trata-se de cláusula pétrea, *irredutível* em seu núcleo, como condição de progresso dos direitos humanos e a vedação ao retrocesso na defesa processual-penal. Assim, não haverá crime nem pena enquanto lei, em sentido estrito, não houver sido perfectibilizada pelo Congresso Nacional, e rigorosamente por meio do processo legislativo próprio. Como dito, conquanto possa — e muitas vezes deva — o STF concretizar direitos por meio de mandado de injunção, essa atuação guarda limites na Constituição Federal e nos próprios direitos constitucionais que encerra.

O princípio da legalidade estrita em matéria penal (*princípio da reserva legal*), portanto, impõe que a criminalização de condutas seja realizada, *exclusivamente*, após debate parlamentar exaustivo sobre a matéria. Se proposições legislativas ainda tramitam no Congresso Nacional, é sinal de que a *criminalização da homofobia* ainda guarda restrições junto ao povo e seus representantes, e por lá devem ser discutidas e pacificadas. É o *preço* da democracia, e da adoção constitucional da teoria da separação



de Poderes.

Portanto, tanto a opinião de *elasticidade* do crime de racismo (com aplicação do artigo 20, da Lei 7.716/1989^[5]) quanto a utilização de projeto de lei (Projeto de Lei 122/2006), propostas pela Procuradoria-Geral da República, afrontam, diretamente, a Constituição Federal, e a reserva da criminalização e penalização *exclusivamente* por meio de lei. No primeiro caso, pela ausência de tipo legal específico à orientação sexual, certo que a legislação pretensamente análoga trata de *crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*. No segundo caso, por não se tratar de lei propriamente dita, eis que não houve tramitação regular no Congresso Nacional e, ainda, sua publicação regular.

Desta maneira, a sugestão da Procuradoria-Geral da República, em se concretizar a criminalização da homofobia por meio de decisão judicial, por mais que advenha do STF, parece-me afrontosa à Constituição Federal. Inclusive, a Corte Suprema já assentou que: “os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF”^[6].

Afigurar-se-ia, *respeitosamente*, melhor opinião aquela que almejasse a declaração da mora legislativa e, assegurando-se o *direito à expedição de ato normativo*, o Supremo Tribunal Federal impusesse prazo razoável para encerramento dos trabalhos legislativos no Congresso Nacional, atinente à matéria, sob pena de, por exemplo, a Casa Legislativa em que esteja tramitando o projeto veja o *trancamento de sua pauta* até que se ultime a votação respectiva, com aplicação analógica do artigo 62, parágrafo 6º, de nossa Constituição Federal^[7].

^[1] <http://www.conjur.com.br/2014-ago-20/pgr-muda-opinioao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia>

^[2]

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4733&classe=MI&codigoClasse>

^[3] “1. O mandado de injunção possui natureza mandamental e volta-se à colmatagem de lacuna legislativa capaz de inviabilizar o gozo de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal).” (STF, Pleno, MI 2.071/AgR DF, rel. min. Dias Toffoli, j. em 07/11/2013)

^[4] “I – A jurisprudência desta Corte, após o julgamento dos Mandados de Injunção 721/DF e 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, adotou a tese de que o mandado de injunção destina-se à concretização, caso a caso, do direito constitucional não regulamentado, assentando, ainda, que com ele não se objetiva apenas declarar a omissão legislativa, dada a sua natureza nitidamente mandamental.” (STF, Pleno, MI 1.267/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. em 17/10/2013.)

^[5] “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

^[6] STF, Tribunal Pleno, MI 708/DF, rel. min. Gilmar Mendes, j. em 25/10/2007.

^[7] “Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.”

Date Created



30/08/2014