

## STF julga se Congresso é omissivo com criminalização da homofobia

Na pauta do Plenário do Supremo Tribunal Federal do próximo dia 13 de fevereiro está previsto o julgamento do Mandado de Injunção 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, nos quais se pretende obter provimento que conduza à “criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”.

Sustenta-se nessas ações que haveria omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto, em face do disposto no artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição, segundo os quais “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Como se pode perceber, partem essas ações da premissa de que haveria (i) um mandamento constitucional de legislar criminalmente que obriga o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, e (ii) mora legislativa no cumprimento desse dever. Nessa linha, aliás, pronunciou-se o então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, nos autos do Mandado de Injunção, opinando no sentido de que “o mandado de criminalização contido no artigo 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas” e que, “caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do artigo 5º, XLI e XLII, da CR”.

Esses julgamentos, certamente, oferecerão uma oportunidade privilegiada para testar a Lei 13.300, de 2016, que regulamentou o mandado de injunção, e a Lei 12.063, de 2009, que acrescentou capítulo específico na Lei nº 9.868, de 1998, para disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Supremo Tribunal Federal poderá se valer desse marco normativo processual para, superando uma vez mais sua tradicional jurisprudência<sup>[1]</sup>, reconhecer a ocorrência de omissão inconstitucional parcial, que se apresenta quando “forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente” (artigo 2º, parágrafo único, da Lei 13.300). Se entender que há omissão inconstitucional e mora legislativa, o Supremo pode ir além de fixar prazo “para o Legislativo sanar a omissão” e se animar a trilhar o caminho sugerido pela PGR, de que o Supremo cuide de “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado” (artigo 8º, II), o que poderia fazer, por exemplo, por meio da utilização do “conteúdo do projeto de lei 122/2006 ou dos dispositivos do projeto de Código Penal do Senado (que prevê, no artigo 487, o racismo e os crimes resultantes de preconceito e discriminação, ‘quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância’, com pena de prisão de um a cinco anos)”, como sugerido no parecer do Ministério Público.

As técnicas do processo constitucional certamente permitem que o Supremo Tribunal Federal trilhe esse caminho. Mas é oportuno utilizar essas ocasiões para refletir sobre o uso desse poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, no Estado Democrático de Direito.

A nossa atenção se volta, inicialmente, para a importância de analisar o problema sobre o prisma da omissão inconstitucional, que fortalece o princípio da separação de Poderes. Com efeito, a categoria “omissão inconstitucional” é rica para delimitar fronteiras entre a atividade legislativa, a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, criando-se constrangimentos políticos para o Legislador, censurando publicamente sua inércia, e constrangimentos para os juízes e Tribunais Constitucionais, inibindo uma atuação política desmesurada e irrefletida. É dizer, em princípio, compete ao julgador respeitar o quadro normativo existente para aplicar o direito (se o Legislador não criminalizou a homofobia, não será o juiz que deverá corrigir o problema), surgindo situações excepcionais que justificam a atuação do Supremo Tribunal Federal[2].

O requisito da mora legislativa demonstra que não é suficiente para configurar a omissão inconstitucional o simples transcurso do tempo. Essa categoria, portanto, pode sugerir uma perspectiva interessante para trabalhar a dimensão de autorrestrrição no exercício da jurisdição constitucional, consistente na possibilidade de identificar que questões politicamente sensíveis que dividam o Parlamento e a sociedade podem descaracterizar a mora legislativa, não obstante a fruição de longo prazo sem a emanção de lei[3].

Reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, a possibilidade de o Supremo ir além de fazer o apelo ao legislador (pela mera declaração da mora legislativa, de que trata o artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição) deve ser utilizado como forma de estimular a atuação do Legislativo, não de superá-la. Nas palavras de Canotilho, em seu prefácio à segunda edição de seu clássico *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador*, “o instituto da inconstitucionalidade deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida”.

Pensando especificamente sobre o mandado de injunção, caberá ao Supremo examinar se a ausência de tipo penal representa, para o impetrante, situação de ausência de norma regulamentadora que “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Se a pretensão punitiva (*ius puniendi*) é atribuída ao Estado, e não ao indivíduo, há legitimidade da associação autora para impetrar o *writ*? Competirá ao Supremo mostrar a sua visão sobre o direito penal já no exame de questão preliminar sobre o cabimento da ação constitucional.

Avançando sobre o “mérito” da questão constitucional controvertida, avaliar a existência de um mandamento constitucional para criminalizar a homofobia demanda refletir sobre o propósito do direito penal no Estado Democrático de Direito. A definição de crime, no Estado de Direito, depende de uma positivação (princípio da legalidade). Além disso, como bem ressalta MacCormick, “punir e proibir certa conduta como crime é estigmatizar moralmente a conduta proibida”. Isso coloca em evidência que “o Direito Penal é sempre e inevitavelmente uma expressão ou constitutivo de uma moralidade social prevalente, adotada e aplicada coercitivamente pelo Estado”<sup>[4]</sup>. Tudo isso para concluir que há uma relação entre direito e moral e a vinculação do direito penal com a preservação da paz civil, respeitadas as liberdades, de modo que é sempre necessário perquirir quais são efetivamente os requisitos para a paz civil que justificariam a restrição às liberdades. É dizer, o direito penal não deve criminalizar tudo o que é errado, limitando a sua esfera de atuação às lesões mais graves, relacionadas à segurança e paz da sociedade civil<sup>[5]</sup>.

Assim, considerar que o Supremo deva determinar a criminalização da homofobia, destacando essa conduta de outros tipos penais relacionados a atos de violência física (lesão corporal) ou ofensas (injúria, difamação) exige a demonstração de que a tipificação geral é insuficiente e que a criação de novos tipos penais é imprescindível para manter aquilo que MacCormick nomeou como paz na sociedade civil, em detrimento das liberdades.

E é certo que essa discussão que se põe perante o Supremo Tribunal Federal não é simples, dado que, nessas ações, a comunidade LGBT traz fundamentos relevantes para sustentar a proteção insuficiente que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico contra o atual quadro de violência e discriminação, que inviabiliza o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero.

Em todo caso, poderemos esperar desses dois julgamentos importantes conclusões a respeito da visão do Supremo sobre questões centrais do constitucionalismo. No prisma institucional, teremos mais um capítulo sobre a compreensão do tribunal a respeito do papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, na delimitação de espaços entre Poderes. Em relação à tutela dos direitos fundamentais, o tribunal precisará esclarecer a sua visão sobre o escopo do Direito Penal. No que se refere à teoria do direito, a eventual tipificação de conduta por meio da atuação do tribunal abrirá espaço para a reflexão em torno do relacionamento entre moralidade pública e positivação do Direito.

---

[1] Num primeiro momento, entendia o Supremo Tribunal Federal que não cabia mandado de injunção para apreciar situações de suposta omissão quando já havia lei que disciplinasse a matéria, por entender que o exercício do direito já não dependeria de lei regulamentadora (nesse sentido: MI 263, Rel. p/ acórdão: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1993, DJ 18/3/1994). No julgamento do MI 152, por exemplo, o Tribunal consignou que “não se justifica o ajuizamento de mandado de injunção, ação que pressupõe a ausência de norma que impeça o gozo de direitos ou prerrogativas instituídas pela lei maior” (MI 152 AgR, Rel. Min. Celio Borja, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990, DJ 20/4/1990).

[2] QUINTAS, Fábio Lima. Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254, p. 270.

[3] QUINTAS, Fábio Lima. Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2016, Cap. 6.

[4] MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: na essay in legal theory*. United Kingdom: Oxford University Press, 2009. P. 211 (tradução livre).

[5] MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: na essay in legal theory*. United Kingdom: Oxford University Press, 2009. P. 214/218

**Date Created**

09/02/2019