
Felix Magno: Omissão legislativa e o princípio da legalidade penal

1. Introdução

Tramitam no Supremo Tribunal Federal duas ações que discutem uma suposta omissão do Poder Legislativo Federal ao não aprovar projeto de lei que criminalize as condutas de homofobia.

De acordo com a ADO 26 e o MI 4.733, a homofobia deve ser considerada uma espécie de racismo, e a não criminalização implicaria em uma violação de direitos e liberdades fundamentais da população LGBT[1].

Colocados esses pontos, é preciso esclarecer inicialmente que o propósito desse ensaio não é discutir a justiça da criação de um tipo penal que não teria sido elaborado pelo Congresso Nacional com o fim de criminalizar a homofobia (aí residiria a omissão). A questão aqui é discutir se o Poder Judiciário poderia, por analogia, criminalizar uma conduta, equiparando-a a um tipo penal já existente (racismo). Em outras palavras, o STF pode infringir o princípio constitucional da legalidade penal, equiparando uma conduta não prevista em lei (formal) ao crime de racismo previsto na Lei 7.716/1989?

2. Conceito e funções do MI e da ADO

O mandado de injunção é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição da República, cuja finalidade é conferir aplicabilidade imediata a direitos, liberdades ou prerrogativas que estariam inviáveis por falta de norma regulamentadora. Seu objetivo é garantir o exercício de qualquer direito constitucional não regulamentado. Ou seja, não tem por objetivo promover a regulamentação de uma norma constitucional[2]. Esse tema é hoje regido pela Lei 13.300/2016, chamando-se a atenção para os seguintes dispositivos:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II – 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.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do *caput* quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão é prevista no artigo 103, parágrafo 2º, regulamentada pela Lei 9.868/1999 e tem por objetivo a regulamentação de uma norma constitucional, de modo que a ausência de lei ou de norma administrativa acaba por impedir a realização de direitos previstos na Constituição. Nesse caso,

declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Nota-se que, apesar de semelhantes as ações constitucional, o MI tem um caráter particularizado em face do efeitos *inter partes*, em princípio, sendo que no caso da ADO existe limitação quantos aos legitimados para ajuizamento, além dos efeitos da decisão e dos objetivos (regulamentação de uma norma constitucional) serem diferentes.

Além disso, existe a *impossibilidade juri?dica do pedido de conversa?o do mandado de injunc?a?o em ac?a?o direta de inconstitucionalidade por omissa?o*[\[3\]](#).

3. O princípio da legalidade penal

Está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX e no artigo 1º do Código Penal que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. Trata-se de uma conquista relativamente recente na história do mundo civilizado (cerca de 300 anos), quando, após a Revolução Francesa, propôs-se limites ao poder de incriminar do Estado.

Paul Johann Alselm Ritter Von Feurbach afirmava que, aquele que excede os limites da liberdade jurídica, comete uma lesão jurídica, e aquele que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais comete um crime[\[4\]](#).

Trata-se de uma verdadeira evolução (do Direito Penal do terror para o Direito Penal liberal), de modo a garantir ao cidadão a garantia ou previsibilidade de que sua conduta somente será considerada crime se houver uma lei (formal) que a considerasse como tal.

Juarez Cirino dos Santos[\[5\]](#) recorda-nos que o princípio da legalidade é o mais importante instrumento de proteção individual no Estado Democrático de Direito, proibindo a retroatividade da incriminação, o uso do costume e da analogia como método de incriminação e a indeterminação dos tipos penais. Nessa linha, além da necessidade da matéria penal estar contida em uma lei escrita, é proibido o emprego da analogia *in malam partem*, seja de caráter *praepter legem*, seja *contra legem*.

A analogia, nesse caso, significa o emprego da lei penal a casos não previstos, mas semelhantes. Esta é diferente da interpretação analógica que ocorre quando a lei autoriza nas hipóteses de após uma fórmula casuística se segue uma cláusula genérica, como é o caso do artigo 61, inciso II do Código Penal, letra “c”: *à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido*. Isso ocorre, pois não teria o legislador condições de enumerar todos os recursos possíveis que existem no mundo para dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima. Por outro lado, também são distintas as situações em que ocorrem a interpretação extensiva e restritiva e a interpretação progressiva. Na extensiva e restritiva, o intérprete busca o equilíbrio quando o texto legal diz menos do que deveria ou é demasiadamente genérico. Já a interpretação progressiva ocorre quando a expressão contida no texto sofreu evolução ao longo dos anos[6].

4. Limites da declaração de inconstitucionalidade por omissão em matéria penal

Embora a legalidade seja considerada costumeiramente como um princípio, sob a ótica da teoria de Robert Alexy[7], trata-se de uma regra. As regras são normas que exprimem um comando definitivo, aplicado sob a forma de subsunção. Quando válidas, devem ser cumpridas exatamente naquilo que exigem. São uma espécie de norma que somente pode ser cumprida ou descumprida. Os princípios são normas que devem ser cumpridas na maior medida do possível (comandos de otimização), de acordo com as realidades fáticas e jurídicas. Dessa maneira, permitem o seu cumprimento em graus.

No caso da legalidade penal, ou se cumpre o mandamento constitucional ou ele é desobedecido. Não há como se aplicar aqui uma ponderação de valores, uma vez que o risco à segurança jurídica seria inaceitável em um Estado Democrático, na medida em que não se teria certeza se determinado comportamento levaria uma pessoa ao cárcere, seja pela analogia, seja pela retroação do entendimento jurídico etc.

Quando o STF reconhece uma suposta omissão em matéria penal, equiparando a homofobia ao racismo, ocorre uma clara analogia proibida pela própria Constituição e pela consagrada doutrina. Não há que se falar em interpretação extensiva nem interpretação analógica, conforme mencionado acima.

5. Conclusões

Ao declarar suposta mora legislativa em matéria penal, o STF não pode criar norma supletiva, seja em sede de MI, seja em decisão proferida em ADO.

O princípio da legalidade é uma garantia fundamental no Estado Democrático de Direito, barreira intransponível para se permitir a criação de tipos penais por analogia. Logo, possível efeito *erga omnes* em MI não seria admissível. Da mesma forma não faria sentido o efeito *inter partes* (regra geral das decisões em MI), pois a “incriminação penal” por efeito da decisão judicial não poderia valer apenas no caso concreto.

Em relação à ADO, a própria Constituição limita os efeitos da decisão no citado artigo 103, parágrafo 2º, de modo que não o Legislativo seria comunicado da suposta mora, ou em outros termos, não haveria espaço para qualquer “tipificação” da homofobia por decisão do STF.

É interessante notar que, em questões penais, o Supremo só deve agir negativamente, ou seja, declarar inconstitucional eventual lei promulgada pelo Congresso, como o fez com dispositivos da lei de crimes hediondos. Quando ocorre omissão legislativa, não há possibilidade de se suprir esse vazio com uma decisão judicial que venha a entender como crime uma conduta que não esteja estritamente prevista em lei.

[1] <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403183>.

[2] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 165.

[3] MI 395 QO, rel. min. Moreira Alves, j. 27-5-1992, P, DJ de 11-9-1992.

[4] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana. Editorial Hammurabi SRL: Buenos Aires, 1989, p. 64.

[5] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 4º ed. ver., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 20 e seguintes.

[6] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102-104.

[7] ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 127-131.

Date Created

31/05/2019