

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4733: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

Marcos Mauricio Costa da Silva¹
David Oliveira Campos Figueiredo²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733, caso em que houve a criminalização da homofobia e transfobia. Terá como método de pesquisa a redação da própria ADO, especialmente o teor da decisão, comparado a normas e princípios constitucionais e penais. Observará critérios como a separação entre os Poderes da União e a divisão de suas competências, bem como a legalidade do processo de tipificação de condutas sujeitas à sanção penal e os limites da jurisdição no caso do controle de inconstitucionalidade por omissão atribuído ao Supremo Tribunal Federal, até concluir sobre a desarmonia entre os poderes e o excesso do STF decidir pela criminalização da homofobia e transfobia como pertencentes ao racismo enquanto conduta já criminalizada pela lei.

Palavras-chave: ADO 26. MI 4733. Homofobia. Transfobia. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze the joint judgment of ADO 26 and MI 4733, in which case there was a criminalization of homophobia and transphobia. It will have as research method the writing of the ADO itself, especially the content of the decision, compared to constitutional and criminal norms and principles. It will observe the criteria such as the separation between the Powers of the Union and the division of their powers, as well as the legality of the process of classifying conduct such as criminal sanction and the limits of jurisdiction in the case of unconstitutionality control for omission attributed to the Supreme Federal Court until concluding on the disharmony between the powers and the excess of the Supreme Court decide for the criminalization of homophobia and transphobia as belonging to racism as conduct already criminalized by law.

Keywords: ADO 26. MI 4733. Homophobia. Transphobia. Federal Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, com objetivo de estabelecer uma base normativa para um regime democrático compatível com a preservação da dignidade humana e ordem

¹Mestre em Processos Construtivos e Saneamento Urbano UFPA - 2015). Graduado em Engenharia Civil CREA-AM 5819-D) pela Universidade Federal do Amazonas (1996) e graduado em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (2002). É Pós-Graduado em Direito Público (CIESA, 2003). Professor Adjunto, Classe C, Nível II da Faculdade de Direito da UFAM, sem dedicação exclusiva, Advogado OAB/AM 4272.

² Discente na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

social, sem perder de vista as liberdades individuais, trouxe uma gama de princípios e regras para reger a conduta do Estado em relação ao indivíduo e deste para com a ordem social.

Dentro dessa rede, firmou-se o princípio da harmonia e independência entre os três poderes estatais, Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo que os desvios e exageros que eventualmente apareceriam na atuação dessas unidades de poder, abstratas e ideais, pudessem ser harmonizados com auxílio da vigia de cada poder sobre o outro, além da autonomia necessária a eles, dentro dos limites estabelecidos para sua atuação.

Dentre essas formas de policiamento, há tanto uma previsão constitucional que limita o poder de jugo dos magistrados pelo princípio da legalidade e da reserva legal, como dá poder à cúpula do judiciário de identificar uma omissão do legislador quando este não age para instituir normas conforme os preceitos constitucionais – caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Ainda, a Carta Magna separa as competências dos Poderes em seus órgãos para (dentre outros objetivos) promover a lisura e honestidade de sua atuação.

Tendo isso em conta, quanto ao julgamento da ADO nº26 em 13 de junho de 2019, junto ao Mandado de Injunção (MI) 4733, cujo relator foi o ministro Celso de Mello, no qual o plenário da Suprema Corte do Brasil reconheceu a mora do Congresso Nacional para criminalizar, pelo rito legislativo devido, as “[...]condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém[...]”, nas palavras do próprio texto da referida decisão, e tomou uma posição controversa em relação ao alcance de sua competência: que fosse aplicada os preceitos primários da lei que criminaliza o racismo (Lei nº 7.716/89) e, na hipótese de homicídio doloso, configurar-se-ia qualificadora por motivo torpe. Isso foi interpretado, por muitos juristas, como “analogia” de uma conduta até então não tipificada expressamente na lei penal brasileira.

Ademais, houve ressalvas quanto ao exercício da liberdade religiosa (outro tema de sensibilidade geral) e uma explanação sobre o conceito de racismo como além dos fatores biológicos e fisiológicos e abarcando uma conduta de poder e relação social discriminadora e supressora dos direitos fundamentais, caros para a Constituição.

Diante desse caso, propõe-se uma análise da conduta do Supremo Tribunal Federal, tomando alguns pontos que sobressaem da sua decisão, especialmente quanto à competência desta Suprema Corte dentro do instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em face da competência dos Três Poderes do Estado

Brasileiro; também quanto à relevância da legalidade e reserva legal da atuação do Poder Público.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DO CASO

2.1 O princípio da separação dos Poderes e suas competências

Logo em seu segundo artigo, a Constituição de 1988 dispõe que “são Poderes da União, **independentes e harmônicos** (meu grifo) entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Segundo Canotilho (2010), o constitucionalismo estabeleceu um limite do poder, especialmente do governo, pela lei maior que estabelece parâmetros de garantia dos direitos fundamentais à organização harmônica e desejada da sociedade e as relações políticas nela estabelecidas.

O ministro Barroso (2010, pp.5-6) explica, ainda, sobre a exigência de uma estrutura orgânica específica para a organização do Estado constitucional, as três funções: legislar, administrar e julgar. Cada qual confiado, no seu principal exercício, a um órgão distinto independente.

Dessa forma, Lenza (2011, p.433) então sintetiza a Separação de Poderes como os três principais exercícios de um soberano ou corpo político, os quais são: (1) criar normas gerais, (2) fazer com que sejam cumpridas no caso concreto e, nesse intermédio entre ideal e realidade, (3) julgar como os conflitos são previstos na norma geral. Contudo, sendo um Estado constitucional, esse poder soberano é diluído nos principais órgãos já referidos.

Por tais órgãos serem distintos e independentes, suas funções próprias deveriam ser respeitadas, ou seja, um poder não poderia se sobrepor ao outro ao tentar exercer o que seria prerrogativa de outro, ou impedir esse exercício. Desta percepção, racionaliza-se haver uma atuação primária para cada Poder, correspondente às três funções da soberania: jurisdição ao Judiciário, administração ao Executivo e legislação ao Legislativo; mais a independência para a ação concreta de cada um.

Vale ressaltar o esclarecimento de Canotilho (1995, p. 45), ainda sobre a importância da conformação da estrutura do Estado e os membros que o encarnam:

O esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma Lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constituída das estruturas básicas da justiça) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática.

Em suma, a legitimidade do “Estado Constitucional Democrático” depende da sujeição do poder público à ordem constitucional, pois esta possui o modelo essencial para legitimar seus atos segundo o ideal democrático.

Em paralelo com a independência dos poderes, estes foram incumbidos, pela própria Constituição Federal, de funções atípicas de legislar, administrar e julgar dentro desses mesmos poderes. Toma-se, por exemplo, além da típica função legislativa do Poder Legislativo, a atividade administrativa de sua própria estrutura ou atuação no poder de polícia, como aponta Mendes (2009).

Também há funções atípicas para a vigilância entre essas entidades estatais, entendidas como um sistema de freios e contrapesos, como bem Silva (2009, pp.109-III). Por exemplo, o poder do Senado Federal para julgar o Presidente da República e o Vice-Presidente da República em crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas), além dos Ministros de Estado; também os Ministros do Supremo Tribunal Federal são alcançados por essa competência.

Vale apontar os artigos 22 e 48 da CF/88, os quais regulam, respectivamente, quais as matérias privativas de legislar pela União e o órgão que disporá sobre essas matérias (o Congresso Nacional, sancionado pelo Presidente da República), incluindo *direito penal*, relevante para o caso da ADO 26.

Tendo esse desenho em mente, compreende-se que essa delimitação de funções típicas e atípicas é o meio pelo qual a ordem constitucional se utiliza para manter o Poder Soberano descentralizado e balanceado, dificultando abusos e arbítrios dos órgãos estatais que poderiam dirimir o justo exercício da liberdade e dignidade humanas.

2.2 O princípio da legalidade e o da reserva legal

O artigo 5º, inciso II, da Constituição/88, veda a obrigação de um cidadão de fazer ou deixar de fazer seja o que for sem a previsão de uma lei para tal limitação.

Já no inciso XXXIX do mesmo artigo é postulado: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” É primordial à Administração Pública (ação do Estado) não escape à observância desse preceito, compreendendo a pertinência disso não só à atuação do Poder Executivo, mas à atividade do Poder Público como um todo.

Pode-se entender pela diferenciação das “atividades-meio” da administração poderes Legislativo e Judiciário, para além de suas “atividades-fim”, sendo estas exercidas

diretamente por seus agentes de poder, os quais estão diretamente vinculados a seus próprios estatutos e, indiretamente, submetidos às normas da administração pública. Assim, suas diretrizes próprias residem à margem regra geral da administração pública e disciplinam as atividades dos seus “poderes” *stricto sensu* (MENDES, 2009).

Sobre o tema, Silva (2009, pp. 420-423) destaca como fundamental, para o Estado, que este se subordine à lei, sobretudo constitucional, pois é essência de sua pretensão democrática ser limitado e regido por essa ordem positivada, cuja autoridade emana da vontade geral (sociedade). Assim, o poder público, os administradores do Estado não podem impor conduta ou proibi-la se não legitimados por uma previsão legal previamente estipulada. Isso implica, dentro da conjuntura normativa constitucional, em reconhecer a competência restrita ao do Poder Legislativo para dispor sobre matérias genericamente indicadas; a este Poder, ainda, cabe seguir o rito constitucional para conceber tais leis, onde se compreende o lugar da reserva legal.

Como bem explica Mendes (2009), as Constituições brasileiras incorporaram o princípio da legalidade como a ferramenta de proteção das liberdades individuais. Isso permitiu a concepção de um Estado de Direito (*Rechtsstaat*) em oposição ao Estado absoluto (*Machtstaat*) ou ao Estado de Polícia (*Polizeistaat*). Assim, o princípio da legalidade e a resposta contra o abuso do poder do Estado e “exacerbação individualista e personalista dos governantes”, fazendo se sobrepor o governo da lei, não o dos homens (*rule of law, not of men*).

Corroborar também Capez (2011, p. 57) quando explica que a liberdade individual é protegida e limitada por esse princípio legal, pois fica delineado com certa precisão as condutas reconhecidas como passíveis de punição e aberto para escolha das possibilidades que não contrariem a ordem social e jurídica. Trata-se de uma **previsibilidade** fundamental contra a arbitrariedade do Estado ao exercer seu poder punitivo.

Importa levantar a ressalva de Silva (2014, p.429) quanto à competência do Legislativo ser intransferível para qualquer outro em se tratando de tipificar crimes e estipular penas. Do mesmo modo, acentua Gilmar Mendes (2014, p. 634) ao relacionar a prerrogativa do poder legitimado para criminalizar certas condutas dentro de um Estado de Direito, nestas palavras:

Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia do Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em uma lei. De outro,

afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática.

Ademais, na seara penal é pacífico a rejeição da analogia de tipo penal com casos concretos semelhantes ao objeto da norma com fins de abranger uma conduta não prevista em lei, se tal método for prejudicial ao réu (*in malam partem*). Mendes explica que a precisão do tipo penal (*lex stricta*) é a condição para o indivíduo ter como certo o que é ou não proibido e passível de sanção penal.

Em suma, a doutrina entende como primordial o respeito dos órgãos públicos ao exercer sua jurisdição legitimada pela vontade popular por meio da Constituição Federal; esta última, tendo previsto normas gerais que disciplinam a soberania estatal, dá claros parâmetros para se frear o animus individual dos que concretizam essa atuação maior e pretensamente impessoal.

2.3 As omissões legislativas e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Considerando o conteúdo já exposto, pode-se aferir que não apenas a intromissão de um dos poderes independentes sobre a competência dos outros ameaçaria a harmonia entre os três, como também o descumprimento de suas respectivas responsabilidades.

Ao analisar o princípio da vedação da proteção deficiente, Alves (2021, pp. 28-29) destaca um dos aspectos da proporcionalidade, pela qual o Estado emprega medidas suficientes tanto no âmbito normativo quanto no material para alcançar, com a contraposição de bens jurídicos, uma proteção adequada desses bens. Dessa forma, ao lado do princípio segundo o qual o Estado não deve exceder na sua ação, é mister que também observe o princípio da proibição de proteção insuficiente: o Estado deve responder às necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive dos quais se dê por parte dele.

Dentre as possíveis omissões, pode-se conceber o cenário em que o Poder Legislativo, cuja concretização se faz, no âmbito da União, na forma do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, não cumpre com atos legislativos necessários para a manutenção da ordem jurídica e social.

Em vista disso, a Constituição Federal de 1988 aponta matérias sobre as quais o legislador há de disciplinar: são os mandatos constitucionais de criminalização. Por seu caráter constitucional, a omissão nesses casos implica em desconformidade da ordem jurídica com a Carta Magna. Neste sentido, Mendes (2009, p. 1054) esclarece que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade são conceitos maiores que a ideia de

conformidade ou inconformidade com a constituição. De forma mais exata, ter-se-á como constitucional o ato que, criado por autoridade constitucionalmente competente e nas prescrições formais estabelecidas pela Constituição Federal para ser considerado perfeitamente integrado, não sofrerá sanção; já o ato inconstitucional, feito em desconformidade com os mandamentos constitucionais, sofrerá sanção — de nulidade ou anulabilidade. Nas palavras do mesmo autor (MENDES, 2009, p.1076), quanto às omissões legislativas:

Tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional. [...] a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão [...] [envolve] não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

Assim, compreende-se que o Legislador incorreu em verdadeiro descumprimento do dever jurídico, vinculado por um mandamento constitucional, a ignorar, em diferentes níveis de gradação, o dever de agir segundo sua prerrogativa primária, enquanto poder legitimado para limitar certas condutas consideradas, pela ordem constitucional, como incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

1235

Se não é assegurado um suporte legal suficiente para o Estado exercer sua competência jurisdicional e administrativa, há uma modalidade de controle constitucional exercida pelo Poder judiciário sobre o Legislativo de modo que convoque este último a agir e interromper a inércia do primeiro. Portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é um dos meios de controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a competência prevista pelo artigo 102, inciso I, alínea “b” da Constituição Federal de 1988.

Cumprir apontar que uma ADO pode tratar apenas de omissões em face de normas de eficácia limitada, ou seja, cujo cumprimento depende de formulação de lei que a complete, seguindo a forma legislativa exigida conforme a matéria; também há como o legislador ter editado sobre o assunto, mas o resultado de tal atuação se tenha se mostrado insuficiente em alcance de tutelados, ou em sua efetividade.

Na Carta Magna, artigo 103, parágrafo 2º, é pontificado:

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.

Compreende-se, pela redação do texto, o dever do STF em convocar o outro Poder a agir, de modo que o problema da omissão seja sanado. Ainda assim, pela independência entre os Poderes, não é dada forma concreta de obrigar o Legislativo a legislar sobre as normas infraconstitucionais requeridas pelas normas de competência limitada, que pedem tal atitude. Apenas é declarada a mora geradora de omissão constitucional.

Vale destacar, em razão do caso em concreto a ser analisado, o conceito de Mandado de Injunção previsto no artigo 5º, inciso LXXI da CF/88: será concedida tal medida diante da falta de norma regulamentadora que "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." Diante disso, Mendes (2009) diz ser diferente da ADO por tratar especialmente dos direitos e liberdades fundamentais, voltados à cidadania, nacionalidade, etc.

Nogueira (2019, p. 31), descreve, assim, o Mandado de Injunção como uma fiscalização mais concreta, voltado a algum direito subjetivo sendo violado por conta de uma omissão.

De outro lado, Temer (2002, pp.51-52) trata da questão da eficácia da declaração de inconstitucionalidade por omissão, advogando pelo reconhecimento que o intuito do artigo 103 da CF/88 era fazer valer a vontade do constituinte; em outras palavras, nenhuma norma constitucional será deixada inócua – é a Teoria Concretista, que sustenta ter o texto constitucional limitado seus efeitos e dito menos do que deveria. Os direitos por aqueles a quem a lei maior se destina não de ser tutelados, passando da abstração para a concreção; do descritivo para o realizado. Tal é o convencimento dessa concepção que o STF já adotou posturas mais ativas, como no caso da ADI 3.682/MT em 2007, na qual a Suprema Corte o reconheceu e determinou o dever de sanar a mora legislativa junto a um prazo razoável para tanto.

Quanto ao Mandado de Injunção, o STF entende que sua decisão nesses casos ultrapassa a relação das partes envolvidas na ação, cabendo à própria Suprema Corte comunicar ao órgão omissor sobre a mora e determinar as tomadas de providências necessárias, (NOGUEIRA, 2019, p.33).

3 A decisão do Supremo Tribunal Federal No julgamento da ADO nº 26 e MI 4733

No julgamento das já referidas ADO e MI, provocadas, respectivamente, pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) e pelo Partido Popular Socialista (PPS), o STF decidiu pelo reconhecimento da

mora legislativa do Congresso Nacional diante das condutas homofóbicas e transfóbicas movidas pela aversão a quem pertence a esses grupos. Em seguida, enquadraram esses comportamentos discriminatórios como equivalentes ao racismo, dito em sua “dimensão social, e cuja disciplina se faz na Lei nº 7.716 de 1989; também considerou, nos casos de homicídio doloso, circunstância qualificadora por *motivo torpe* (Código Penal, art. 121, inciso I). Enfim, essa leitura nova da lei penal persistirá até que o Congresso sobrevenha com uma lei disciplinando sobre o assunto.

A mora foi reconhecida pelos mandatos de criminalização contidos nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição, os quais pontificam, respectivamente, que “a lei punirá qualquer ação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Aqui, compreende-se as matérias normativas que fundamentam a ação se tratam de normas de eficácia limitada, pois tem-se:

(1) o referido inciso XLI dispõe que “lei punirá [...]”, dando a interpretação inescapável que há de se editar e promulgar lei para fazer concreta a possibilidade de sancionar as ações nele previstas. Neste ponto, também se verifica, implicitamente, o cuidado do constituinte ao observar que o Estado só poderá vigiar as condutas que já sejam convertidas em lei, em respeito ao princípio da legalidade, tão caro à Administração Pública. (2) o inciso XLII, o crime de racismo é submetido à forma da lei (e vale o mesmo ponto sobre a legalidade).

Pelo texto, também é visível o objetivo do legislador em afastar qualquer possibilidade de discriminação social que atentasse contra os bens básicos de qualquer indivíduo, tais como a dignidade e liberdade. Foi em vista disso que o Supremo viu como necessária a tipificação das condutas discriminatórias movidas por sentimentos de repulsa e ódio a pessoas cujos identificáveis no grupo minoritário LGBTI+ (ADO 26), os quais suportam situações de “controle ideológico, dominação política, subjugação social e negação da alteridade, dignidade e humanidade” (MELLO, 2019, p. 6) – tudo em vista de sua sexualidade -, pelos integrantes de posições de poder hegemônico e fixo em uma estrutura social. Em suma, são frequentemente marginalizados do ordenamento jurídico e afastados da proteção do direito.

Ademais, na ótica de Celso de Mello (2019, P. 48), houve “manobra protelatória” por parte dos parlamentares no Senado Federal contrários à aprovação das medidas visando regulamentar sobre o tema em pauta; o projeto de lei nº 122/2006 (proposto primeiro em

2001 na forma da PL 5.003) teria sido boicotado, gerando o inadimplemento legislativo frente às cláusulas constitucionais de incriminação (já referidas). Hoje, essa PL está arquivada em razão de arquivamento ao final da 53^a Legislatura pelo Senado Federal, Ano LXV – Sup. C ao n^o 213, de 23 de dezembro de 2010.

Por conseguinte, pode-se admitir que, por inexistir ações por iniciativa do Congresso Nacional para regularizar essa situação, descongestionar ou concretizar esse intuito constitucionalmente fundado, o STF fez cumprir com sua competência ao receber e julgar o caso dentro do instituto das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

No entanto, a problemática está no passo dado ao associar as condutas discriminatórias em questão com a Lei de Racismo já concebida desde os primeiros anos da vigência da Constituição de 1988. Assim consta na Lei 7.716/1989 (artigo 1^o): “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” A essa lei, portanto, associam-se todas as consequências penais dadas para os casos de racismo (imprescritibilidade e inafiançabilidade) e, portanto, as condutas “homotransfóbicas” passariam a ser puníveis na mesma medida dessa sanção penal.

Apesar de afastado o uso do termo “analogia”, é inegável que a recepção de uma conduta - até então atípica - dentro de uma norma concebida para tipificar outras práticas discriminatórias constitui analogia. Pode-se argumentar pela ideia de se tratar de interpretação extensiva, em que o magistrado amplia o conteúdo da lei quando ela diz menos o que realmente significa; quer dizer, busca o verdadeiro sentido da norma.

Como mencionado por Alves (2021, p.35), boa parte da doutrina entende que haveria de se tipificar, de forma expressa por lei, outras condutas discriminatórias não explícitas na Lei 7.716/1989, tais como motivadas por orientação sexual ou faixa etária, mas não é caso da legislação atual, a qual menciona os critérios claros de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Nesse sentido, o Princípio da Legalidade Penal, base do Estado Democrático de Direito, segundo o qual a lei penal deve ser prévia, certa, escrita e estrita, não permitiria um entendimento da norma mais desfavorável ao réu por exceder o rol taxativo de sua redação.

Segundo Noronha (2017, p.70), a diferença entre a interpretação extensiva e a analogia como sendo a primeira uma apuração da vontade da norma; a segunda, saciamento dessa vontade que não se satisfaz só com o que o texto prevê. Tendo isso em mente ao olhar

para o caso em análise, verifica-se que mais se encaixa a analogia, por aplicar norma existente a casos semelhantes para os quais não há expressamente previsão legal.

Vale destacar a restrição feita no direito penal quanto ao uso desse recurso jurídico válido em alguns casos. Como ensina Greco (2017), o juiz deve usar do método integrativo do Direito (analogia) ao ser posto diante de casos não recepcionados pela lei; no entanto, a seara penal afasta tal recurso se se trata de causar prejuízo ao réu, chamada analogia *in malam partem*. Assim, preservar-se-iam os princípios da legalidade e reserva legal, como já foi explicado anteriormente, protegendo o indivíduo de condutas abusivas por parte dos magistrados, supostos como parte imparcial e conhecedora do Direito competente para julgá-los segundo a aplicação adequada da lei. Esta lei, devidamente editada depois de cumprir o rito legislativo previsto na própria Constituição, comporta a clareza e a previsibilidade necessárias para o indivíduo poder adequar os próprios atos em conformidade com ela. Assim entende o Min. Ricardo Lewandowski (2019, P. 17), cujo voto foi vencido:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (...) A Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada conduta. (...) A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

No entanto, segundo o relator da ação, não houve analogia alguma, mas tão somente interpretação segundo a própria Carta Magna, pois o ministro relator reconheceu a impossibilidade da interpretação *in malam partem* no âmbito penal (MELLO, 2019, P. 93-95). Assim, a conformidade da interpretação da Suprema Corte sobre a expressão de “raça” encontra amparo nas múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo seu conteúdo normativo.

De fato, a conformidade com a Constituição é um princípio da própria Constituição, pois é próprio dela exigir, quando na leitura de outras normas, que se siga a interpretação de acordo com seus preceitos. Nesse sentido, Silva (2006, p. 192) esclarece que a conformidade constitucional se aplica às normas que, podendo ser lidas com mais de um

sentido, deve-se aplicar o mais constitucionalmente adequado.

Tudo isso se contrapõe com o feito do STF que, na prática, dá ao magistrado (ao menos a eles próprios enquanto ministros do supremo) a prerrogativa de interpretar a lei penal com possível sentido mais oneroso ao réu. Vale lembrar a postulação de Locke (2003) sobre o perigo das mesmas pessoas que, tendo o poder de impor normas sociais, também possam fazer cumprir essas normas, pois sua autoridade sobre a criação delas torna-as moldáveis às suas vontades.

A gravidade da analogia se torna mais evidente se considerar que o paralelo cessará no momento em que o Congresso Nacional compor norma específica para esses casos, na forma de legislar específica prevista na própria Constituição. A consequência lógica primeira desse fato é: as condutas homofóbicas, transfóbicas ou equivalentes ganharam um peso de reprovabilidade que ora está em pé de igualdade com qualquer outra conduta racista, mas poderão mudar de gravidade. Deste ponto já se observa a incoerência gerada ao colocar lado a lado a autoridade dos representantes indiretos da vontade social (deputados federais) com a manifestação pretendida imparcial da jurisdição (magistrados); postos ambos como legítimos para atuar sobre uma mesma competência legislativa, geram-se duas fontes de normas distintas e independentes, capazes de gerar responsabilidades penais, sobre uma mesma conduta possível.

O artigo 49 da CF/88, inciso XI, ao tratar das competências exclusivas do Congresso Nacional, dispõe sobre seu dever, de “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;” É evidente o apelo feito pelo texto para destacar a prerrogativa legislativa do Congresso Nacional, ainda que os outros órgãos da união possam exercer atividades normativas atípicas. A própria Suprema Corte reconhece caber ao Congresso Nacional o dever de agir sobre o tema, contradizendo-se no ato seguinte de mudar o entendimento da Lei de Racismo.

Como já foi exposto, a Constituição recepciona a ideia de freios e contrapesos (por meio dessas funções típicas e atípicas) para evitar abusos de Poderes uns sobre os outros, além de assegurar meios legais para agir em face da inércia de um deles quanto a essas mesmas funções. Assim, pode-se compreender a coerência do artigo 103, §2º da CF/88: dá-se aos 11 ministros do STF o poder de julgar a atuação de outros órgãos, quanto ao inadimplemento de um dever de fazer, mas limitando-os a declarar a omissão e dar ciência ao órgão competente; ou seja, ainda fica reservado ao referido órgão inadimplente a competência sobre a matéria em questão.

Portanto, não restam dúvidas quanto à intromissão da Suprema Corte sobre o espaço constitucional reservado ao Poder Legislativo, visto que a decisão da ADO 26 ultrapassa o limite dado pela norma que a disciplinaria. Afinal, tipificar uma gama muito abrangente de condutas discriminatórias é muito além de dar ciência, ou mesmo estabelecer uma data razoável para agir. Tomou-se o dever de fazer de outro ao mesmo tempo que pede que esse outro faça.

Como explica Pinho (2019, pp. 55-57), o STF tem simbolizado uma instância viável para e assunção de diversas pautas reivindicadas pela população, um receptáculo de reclames sociais; no entanto, a problemática de seu ativismo reside na criação de normas gerais e abstratas que, rigorosamente, não possuem previsão deliberada pelos legitimados à legislar. No fim, a Corte apresenta, diante de um reclamo urgente da sociedade, uma resposta criativa, figurando como “Poder Moderador” do debate público.

Segundo a mesma autora, se considerar a incerteza dos posicionamentos dos ministros do Supremo, destaca-se a problemática do abuso da aplicação dos princípios normativos, em detrimento de regras jurídicas claramente existentes no ordenamento jurídico, causando uma ameaça à separação dos Poderes e insegurança jurídica quanto ao conteúdo e a forma de se proceder no tocante à matéria em análise (PINHO, 2019, pp.57).

A título de ressalva, o STF tomou o cuidado de salvaguardar os direitos de liberdade religiosa, sobretudo na livre expressão, em face da repressão penal às condutas “homotransfóbicas”. Ao afirmar que “não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional [...]” (MELLO, 2019, P.7), fica claro que atos e discursos que não estimulem direta ou indiretamente a segregação de homossexuais, transsexuais, etc., na vida social comum a todos os cidadãos (entenda-se como “comum” os ambientes não reservados à atividade religiosa). Nesse sentido, a Suprema Corte reconheceu que a matéria não é simples o suficiente para determinar a criminalização de uma conduta (“homotransfobia”) que abarca diferenças de opinião e discernimento, as quais por si só não poderiam ser suprimidas sem recair em outras ofensas constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de ressalva, o STF tomou o cuidado de salvaguardar os direitos de liberdade religiosa, sobretudo na livre expressão, em face da repressão penal às condutas “homotransfóbicas”. Ao afirmar que “não alcança nem restringe ou limita o exercício da

liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional [...]” (MELLO, 2019, P.7), fica claro que atos e discursos que não estimulem direta ou indiretamente a segregação de homossexuais, transsexuais, etc., na vida social comum a todos os cidadãos (entenda-se como “comum” os ambientes não reservados à atividade religiosa). Nesse sentido, a Suprema Corte reconheceu que a matéria não é simples o suficiente para determinar a criminalização de uma conduta (“homotransfobia”) que abarca diferenças de opinião e discernimento, as quais por si só não poderiam ser suprimidas sem recair em outras ofensas constitucionais.

Tendo em vista a referência teórica anteriormente exposta e considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADO 26 com Mandado de Injunção 4733, de reconhecer a mora do Congresso Nacional ao não editar leis segundo os mandatos de criminalização nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF/88, em face das condutas discriminatórias contra homossexuais e transsexuais (e equivalentes) que atentam contra a liberdade e direitos fundamentais, pode-se aferir algumas conclusões acerca da constitucionalidade desse veredicto da Suprema Corte.

Por um lado, compreende-se que a ausência de uma resposta efetiva do Poder Legislativo para a sociedade e para a própria vontade da Constituição Federal constitui uma omissão grave pois, havendo necessidade de se disciplinar uma categoria de condutas que ferem os direitos de personalidade fundamentais e caros à ordem constitucional, a falta de uma legislação que torne mais precisa a forma de lidar com as condutas *homotransfóbicas* é causa primeira para chegada dessa pauta no âmbito do controle de constitucionalidade. Dessa forma, o STF precisava responder em conformidade com os mandatos constitucionais e sua própria função de guardião da Constituição Federal.

Por outro lado, do reconhecimento da omissão legislativa, seguiu-se uma postura que extrapola o procedimento normal de uma ADO (artigo 103, § 2º da CF/88), passando do dever de comunicar o órgão competente para abranger tais condutas *homotransfóbicas* como tipo de “racismo social”, encaixando-se nos termos já estabelecidos em lei para caracterização de racismo (Lei 7.716/1989), mas sem que esta lei tenha o sentido originalmente concebido para abranger tais atos, como se compreende da própria delimitação dada por “raça” para os fins desta lei – raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Tal extensão carrega consigo todas as consequências legais vinculadas ao racismo, tais como inafiançabilidade e imprescritibilidade.

Por conseguinte, a tese do referido julgamento usou de técnica identificável à

analogia *in malam partem* dentro do direito penal, ferindo os preceitos da legalidade e reserva legal, na competência dos magistrados, dispensando (ainda que temporariamente) lei na sua matéria e formalidade requeridas para se punir alguém (art. 5º, inciso II da CF/88);

Esse ativismo do STF, ao mesmo tempo em que ultrapassou sua jurisdição e invadiu (na prática) a competência legislativa do Congresso Nacional (artigos 22 e 48 da CF/88), no mesmo ato admite uma incongruência na ordem social fática ao legitimar a interpretação “conforme à Constituição” que estendeu a leitura do termo “racismo”, já delimitado pela Lei 7.716/89, para abranger a *homotransfobia* até que sobrevenha lei emanada pelo Legislativo, o que pode preceder futuras decisões envolvendo matérias penais e interpretações mais abrangentes que as dadas pelo próprio texto penal. Assim, a atitude da Suprema Corte, enfim, visando cumprir uma vontade preconizada pela Constituição Federal, contradiz tantas outras quanto se apontou anteriormente.

O cenário exposto demonstra uma desarmonia entre os Poderes da União. Por um lado, O Congresso Nacional não zela pela preservação das próprias competências (vide artigo 49, inciso XI da CF/88) ao omitir-se na seara de condutas tratadas no caso estudado, e tampouco age para que o outro poder não tome indevidamente essa prerrogativa. Por outro, o Supremo Tribunal Federal se vale das omissões e da sua autoridade para interpretar a Constituição Federal e lhe atribuir novos efeitos segundo seu entendimento acerca das várias e amplas matérias de interesse nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020)

(MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020)

ALVES, Elves de Lima. **Análise do julgamento da ADO 26 e do MI 4.733 (criminalização da homofobia): Função Judicante Contemporânea ou Ativismo Judicial?** – Monografia – UFS – 2021.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5-6

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)** / Fernando Capez. — 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011. 1. Direito penal I. Título 10, p. 57.

- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret: 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- NOGUEIRA, Millena Alves. **Análise Jurídico-Constitucional da criminalização da homofobia: da omissão legislativa ao ativismo judicial** - Monografia - CCJS/UFCG – 2019.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1973.
- PINHO, Samara. Oliveira. **Aspectos do contexto fático-jurídico do debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia: análise qualitativa e quantitativa da omissão legislativa em face do apelo (social) ao STF**. Revista digital constituição e garantia de direitos vol. 12, nº 1. pp.55-57
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros Editores, 30ª Ed, 2009, p. 109-111.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a Constituição: Entre a Trivialidade e a Centralização Judicial**. Revista Direito FGV. v. 2. n. 1. Jan-jun. 2006.p.192
- TEMER Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2002; p. 51-52.