



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Joyce Andrade Mello

Rio de Janeiro
2022

JOYCE ANDRADE MELLO

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof.^a: Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero

Coorientadora:

Prof.^a: Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

JOYCE ANDRADE MELLO

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidada: Prof.^a Elisa Ramos Pittaro Neves – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientadora: Prof.^a Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A todos que se tornam senhores de seus pr3prios
destinos e fazem das cinzas, ouro.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me guiar, guardar e amar.

A professora e orientadora Cláudia Portocarrero, por ser incrivelmente dedicada, por me direcionar da forma mais gentil possível, por ser de uma generosidade sem tamanho, por aproveitar cada minuto de nossos encontros para adicionar qualidade a esta produção, por sua humildade, proatividade, sabedoria, e tantas outras qualidades que a tornam a excelente professora que é.

À professora e coorientadora Mônica Cavaliere, pela confiança que depositou no presente trabalho, por ser extremamente dedicada a manter o mais alto padrão de qualidade nesta produção, corrigindo e recorrigindo cada detalhe, me orientando com todo carinho e gentileza, por sua simplicidade, humanidade e por manter a mim e a tantos outros alunos concentrados em uma pesquisa, mesmo durante um período de pandemia.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente ideal de estudos, reflexões e amadurecimento profissional.

À minha mãe, que é um exemplo de força e perseverança, que apoia e vive cada um dos meus sonhos.

Ao meu noivo Amilcar, por tornar toda essa trajetória possível e por acreditar em mim.

Ao Dr. Flávio Quaresma, por ser minha inspiração e ter me incentivado a realizar este Curso.

“Há uma força motriz mais poderosa que o vapor,
a eletricidade e a energia atômica: a vontade”.

Albert Einstein

SÍNTESE

A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733 enquadraram a homofobia e transfobia como crimes de racismo. O presente trabalho tem por finalidade analisar de forma crítica a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a criminalização da LGBTfobia, buscando amparo nos princípios informadores do direito constitucional e penal, na doutrina e na própria jurisprudência para demonstrar a inconstitucionalidade da referida decisão diante da ausência de norma incriminadora, além de demonstrar a importância do princípio da legalidade e da separação dos poderes para o Direito Constitucional e Penal, para a manutenção da democracia e as consequências de sua violação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Direito Penal; Criminalização da LGBTfobia; Legalidade; Separação dos poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS PELO PODER JUDICIÁRIO E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: UMA ANÁLISE REALIZADA COM BASE NO CONCEITO, ORIGEM E PRINCIPAIS ASPECTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DA LEGALIDADE.....	12
1.1. Conceito e Evolução Histórica	13
1.2. Legalidade em sentido formal – aspectos políticos e jurídicos – e legalidade em sentido material	21
1.3. Funções da Legalidade	23
1.4. A criminalização de condutas pelo Poder Judiciário e a ofensa a legalidade	28
2. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA DECISÃO DE CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA.....	33
2.1. Conceito, contexto histórico, função do princípio da separação de poderes e atribuições de cada Poder	33
2.2. Mandado constitucional de criminalização – origem, finalidade, espécies, destinatários – e a incapacidade empregá-los como fundamento legitimador da decisão de criminalização	36
2.3. A relação entre o Poder Legislativo e o Poder judiciário diante de mandados de criminalização não cumpridos e os meios aptos para requerer a efetivação do direito	43
3. UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS USADOS PELO STF PARA FUNDAMENTAR A DECISÃO DE CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA BASEADO NA NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO.....	54
3.1. A necessidade de declaração do estado de mora constitucional do poder legislativo e o uso indiscriminado da Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão	54
3.2. A necessidade de justiça e proteção da comunidade LGBTQIA+ e os limites Constitucionais para exercê-la	60
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	77

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
MI – Mandado de Injunção
AgRg – Agravo Regimental
AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo
AI – Ato Institucional
Art. – Artigo
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
Dr. – Doutor
Ex-Min. – Ex-Ministro
HC – Habeas Corpus
LC – Lei Complementar
Min. – Ministro
MP – Ministério Público
MPF – Ministério Público Federal
MPRJ – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Nº – Número
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
P. – Página
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
Res. – Resolução
Resp – Recurso Especial
RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SV – Súmula Vinculante
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objeto de pesquisa a criminalização da LGBTfobia em face do princípio da legalidade penal, ou seja, a possibilidade de criminalização de condutas pelo Poder Judiciário sem que haja lei em sentido formal para tanto.

A proteção dos direitos das minorias vem se tornando tema cada vez mais relevante na sociedade contemporânea, de modo que não é mais possível admitir que determinados grupos sejam segregados por razões de raça, gênero, cultura, opção sexual etc.

Nessa esteira, a temática sobre a violência contra pessoas LGBTQIA+ se destaca no Brasil, já que este é um dos países com maior índice de LGBTfobia no mundo. Tal fato vai de encontro ao movimento constitucional atual, que visa proteger as minorias.

Nesse contexto, o Estado deve ser o agente precursor no implemento de medidas que resguardem os direitos dessas minorias, não elidindo a responsabilidade da sociedade, que também deve colaborar na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Como principal forma de resposta a discriminação e a violência, o Estado criminaliza condutas que ofendam bem jurídicos penalmente relevantes, geralmente, o faz por meio do Poder legislativo, que é o Poder tipicamente responsável pela elaboração de leis no Brasil.

Entretanto, a criminalização da LGBTfobia no Brasil se deu de modo diverso, pois foi o Poder Judiciário, por meio de seu órgão maior, qual seja, o Supremo Tribunal Federal quem possibilitou nova responsabilização penal a partir do enquadramento da LGBTfobia na Lei de Racismo.

Nesse sentido, este trabalho se propõe a analisar os aspectos jurídicos desta decisão. Para tanto, são delimitadas algumas questões que têm por finalidade nortear esta pesquisa.

O primeiro ponto a ser tratado é se a criminalização de condutas pelo Poder Judiciário ofende o princípio da legalidade. Visa-se comprovar que o princípio da legalidade foi violado quando da criminalização a LGBTfobia sem a edição de lei em sentido formal.

Outro aspecto importante a ser debatido, é se o Poder Judiciário está autorizado a legislar quando ocorrer omissão do Poder Legislativo. Nesta pesquisa, se demonstra que, ainda que haja omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não pode se imiscuir na função típica daquele, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

Analisa-se por fim, se a técnica de ponderação aplicada ao caso, que ao final privilegiou a proteção dos direitos das pessoas LGBTQIA+ com base no princípio da dignidade da pessoa humana e os demais fundamentos usados na decisão possuem o condão de justificar juridicamente a decisão. Objetiva-se demonstrar que os fundamentos usados não são capazes

de justificar a mitigação dos princípios da legalidade/devido processo legal/segurança jurídica/contraditório/ampla defesa/separação dos poderes e tantos outros, pois a proteção de qualquer direito não pode se dar com a violação de uma garantia constitucional.

Para enfrentar tais questões, este trabalho aborda no capítulo um o princípio da legalidade penal, conceituando-o e trazendo à baila a sua evolução histórica, de maneira a demonstrar sua principal função e os aspectos jurídicos e políticos envolvidos, de modo a demonstrar sua violação no caso concreto.

No segundo capítulo, trata-se da separação de poderes, explanando seu conceito, evolução histórica e finalidade. Aborda-se para isto, o positivismo jurídico de Kelsen, os Poderes e suas atribuições com ênfase no mandado constitucional de criminalização, com vistas a demonstrar que houve atividade legislativa por parte do Supremo Tribunal Federal.

Já no capítulo três, apresenta-se a decisão de criminalização da LGBTfobia, enfrentando o princípio da dignidade da pessoa humana, a técnica de ponderação e os demais argumentos da decisão objeto deste estudo, com o intuito de concluir que estes não são capazes de autorizar a criminalização de condutas pelo Poder Judiciário.

É empregado o modelo de pesquisa explicativa, uma vez que a pesquisadora relacionou conceitos jurídicos com a finalidade de explicar as causas e os efeitos jurídicos do fenômeno da criminalização da LGBTfobia.

As principais fontes de pesquisa do trabalho são as fontes primária e secundária, para tanto a pesquisadora faz uso da bibliografia referente ao tema discutido. Sendo assim, o estudo do objeto desta pesquisa tem caráter essencialmente qualitativo com ênfase no estudo documental.

Antes de adentrar ao mérito desta pesquisa, é importante destacar que foi empregado o termo LGBTfobia para traduzir o preconceito em relação às pessoas que possuem orientação sexual ou de gênero distinta das pessoas heterossexuais ou cisgêneros.

Ressalta-se por fim, que também foi empregado o termo LGBTQIA+ (lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexo, Assexual e +), para identificar o grupo a que se destina a proteção idealizada pelo Supremo Tribunal Federal em sua decisão, destacando-se que o sinal de mais na sigla se propõe a não excluir qualquer outra categoria que não esteja especificamente escrita.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS PELO PODER JUDICIÁRIO E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: UMA ANÁLISE REALIZADA COM BASE NO CONCEITO, ORIGEM E PRINCIPAIS ASPECTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DA LEGALIDADE

De forma geral, o ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas, que podem ser classificadas como gênero do qual decorrem os princípios e regras. Regras são, portanto, espécie de norma que se encontram positivadas em um determinado diploma legal e que dizem exatamente a hipótese de incidência e a consequência de sua violação, por isso são chamadas de normas fechadas. Princípios, por sua vez, são espécie de norma que não dizem exatamente a hipótese de incidência e a consequência de sua violação, podem estar positivados ou não, por isso são chamados de normas abertas. Para Alexy:¹

[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, são mandamentos de otimização, (...) podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Contrariamente, as regras são normas que tão somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio[...]

Os princípios podem ser de ordem constitucional ou infraconstitucional, entretanto, o primeiro ganha destaque por pertencer a classe de normas de maior hierarquia no ordenamento jurídico. Dessa forma, de acordo com Miguel Reale:²

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

É por esta razão que se diz que os princípios exercem a função de integrar o ordenamento jurídico, pois ao contrário das normas fechadas, estes são abrangentes e promovem a coexistência de diversas normas, delimitando no caso concreto a aplicação de uma

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86-87.

² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p 60.

ou de outra norma de acordo com as especificidades do caso. É neste sentido que Nucci diz que os princípios:³

[...] não afrontam direitos e garantias fundamentais; com eles sintonizam-se na essência. Aliás, como regra, os princípios protegem os direitos fundamentais e servem de estrutura para as garantias fundamentais. Ilustrando, o princípio da presunção de inocência não afronta o direito à segurança, nem privilegia de modo absoluto o direito à liberdade. Em harmonia, assegura o direito à liberdade e, de outro lado, havendo culpa e sendo necessária a prisão, para garantia da segurança, cede o estado de inocência, após o devido processo legal, podendo-se impor a perda temporária da liberdade. Nota-se, pois, a coordenação dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, (...) até que se possa impor a pena justa, dentro de critérios e princípios de humanidade, proporcionalidade [...]

Dessa forma, extrai-se toda a relevância que os princípios possuem na integração das normas de forma alcançar a solução mais adequada ao caso concreto. São, portanto, o balizador do aplicar do direito, que antes estavam adstritos a legalidade pura e simples (aplicar a lei ao caso concreto), mas que agora, diante da ordem constitucional que eleva os princípios ao status de norma, devem estar atentos a legalidade em sentido amplo, ou seja, a decisão deverá observar os direitos e garantias fundamentais, na máxima integração dos valores possível.

1.1 Conceito e Evolução Histórica

São diversos os autores (dentre eles, Frederico Marques, Fernando Capez, Heleno Fragoso e outros) que explicam o princípio da legalidade. Isso se dá em razão da relevância jurídica que ele possui, por ser basilar ao estudo do direito penal constitucional. Dessa forma, alguns doutrinadores (Luiz Luigi, Fernando Capez entre outros) diferenciam o princípio da legalidade da reserva legal.

De acordo com essa corrente⁴, a legalidade se ramifica em três aspectos, quais sejam, a reserva legal (necessidade de lei sem sentido estrito, lei formal, para a tipificação de condutas pelo direito penal, que no Brasil é competência privativa da União), o princípio taxatividade (a conduta deve estar descrita de forma taxativa, com o máximo possível de precisão com o fito de não dar margem a possíveis interpretações distintas) e o princípio da anterioridade penal (a lei deve ser preexistente a prática da conduta, derivando daí o princípio da irretroatividade penal, ou seja, a lei penal não retroage para alcançar condutas pretéritas a sua edição, com a

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 154.

⁴ Nesse sentido LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003; CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

relevante exceção de lei que beneficie o réu – retroatividade benéfica/*novatio legis in melius*). Legalidade seria, portanto, gênero, do qual decorriam as três espécies citadas.

Outros autores – Heleno Cláudio Fragoso e Frederico Marques⁵ – ao tratarem do tema, o explanam sem fazer distinções entre eles e alternando o uso dos nomes no decorrer da obra. Neste trabalho adota-se a classificação da primeira corrente citada, ou seja, trata-se da legalidade como gênero e reserva legal, taxatividade e anterioridade como espécies, pois apesar do fundamento jurídico ser o mesmo para alguns, cada um deles possui um sentido específico que desencadeia consequências diversas no caso concreto.

O conceito do princípio legalidade é extraído do texto da Constituição de 1988 e do Código Penal de 1940. Nos termos do art. 5º da CF/88, diz-se que:⁶ “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No mesmo diploma legal acrescenta-se: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Já o código Penal⁷ preceitua em seu art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Tal conceito se relaciona diretamente com o conceito de Estado de Direito, que segundo Inocêncio Mártires Coelho referenciando Böckenförde seria:⁸

Estado em que se governa segundo a vontade geral racional e somente se busca o que é melhor para todos (...) a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juizes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo.

Logo, quando um Estado é reconhecido como Estado de direito, ele necessariamente deve ser regido pela lei, identifica-se esta característica no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, inciso II da CRFB/88 acima citado. O princípio da legalidade está presente em todos os ramos do direito, não apenas no direito penal. Pode ser encontrado por exemplo no direito administrativo, vinculando os atos administrativos ao que a lei determina. Percebe-se assim, que a legalidade é uma ideia, uma premissa básica de toda a estrutura de um Estado,

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, incisos II e XXXIX. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁷ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41-42

constituindo-se como uma garantia do indivíduo e por isso um dos mais relevantes princípios do direito penal-constitucional, neste sentido afirma Greco:⁹

[...] é o princípio da legalidade, sem dúvida, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala da existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal.

Nesse contexto, alguns outros princípios se relacionam diretamente com a legalidade, trazendo em sua essência o espírito deste. Tem-se, portanto, o princípio da taxatividade que além de impor a necessidade de uma lei para definir determinada conduta como crime, impõe também que esta lei deverá ser suficientemente clara, de forma a não deixar dúvidas a respeito da conduta que se visa punir e assim, possibilitar ao indivíduo ter plena consciência da conduta que pratica e da pena a que estará sujeito.

Cita-se ainda o princípio da anterioridade, segundo o qual a lei penal incriminadora deverá preceder a conduta praticada, ou seja, só será aplicada a fatos praticados após a sua vigência, objetivando que o cidadão tenha plena consciência da tipicidade da conduta antes de praticá-la, vedando também a criação dos tribunais de exceção. Este princípio tem como pano de fundo a segurança jurídica e a estabilidade social, pois veja, se fosse possível ser punido por uma conduta que ao momento de sua prática não era proibida, não haveria qualquer estabilidade social.

Com isso, emana a regra da irretroatividade da lei penal, ou seja, a lei penal não retroagirá para alcançar fatos praticados antes de sua vigência. A única exceção à esta regra reside na lei penal benéfica ao autor do fato, pois neste caso, e somente neste caso, a lei poderá alcançar os fatos praticados antes de sua vigência, trata-se do instituto da *novatio legis in melius*.

Correlação a origem histórica, é possível encontrar em algumas doutrinas¹⁰ que o primeiro registro do princípio da legalidade teria sido na Magna Carta de João Sem-Terra em 1215. Isto ocorre em razão do artigo 39 da Magna Carta que diz:¹¹

Art. 39. Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. V. 1. Niterói: Impetus, 2010, p. 90.

¹⁰ NUCCI, op. cit., p. 160.

¹¹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. T. I. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 124.

Entretanto cabe esclarecer que este diploma não traz a origem do princípio da legalidade em si, tendo em vista o contexto histórico e os destinatários deste diploma. O período de reinado de João Sem-Terra na Inglaterra se deu entre 1199 e 1216. Seu reinado foi marcado por altas cargas tributárias em razão das despesas com a guerra contra a França em 1204 e 1214, tendo saído derrotado de ambas.

Com isso, os barões ingleses tomaram Londres – com apoio do clero que também não mantinha boas relações com o rei – e o forçaram a assinar a Magna Carta com o objetivo de limitar o poder do rei principalmente no tocante a imposição de tributos, já que o rei só poderia criar/majorar novos tributos com a respectiva aprovação do conselho, sendo este formado por nobres.

Percebe-se que o intuito deste diploma era proteger o interesse de determinada classe – os nobres –, fato que não se coaduna com o que se entende por legalidade e seus destinatários na origem.

Sendo assim, o princípio da legalidade nasce em momento posterior com a teoria contratualista difundida entre os séculos XVI e XVIII como explica a filosofia do direito. Tais teorias possuem como objeto o contrato social, que visa legitimar a criação do Estado. Os principais filósofos contratualistas são Thomas Hobbes (1651), John Locke (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1762).

Thomas Hobbes¹² foi o primeiro filósofo a tratar da teoria contratualista de maneira pormenorizada. Dessa maneira, escreveu a obra *Leviatã* em 1651, em que ensina sobre o estado de natureza, sociedade e a criação do Estado. O filósofo compara o Estado a um Leviatã, – monstro – por ser grande, poderoso e por possuir até mesmo vida própria.

Para Hobbes, o homem é o elemento essencial de uma sociedade, que preexiste a esta e vive em estado de natureza, entendido este como a ausência de Estado, de leis, de jurisdição. O homem vivia livre em sua mais profunda concepção. Nesse contexto, todos podiam tudo, não havia qualquer tipo de limitação e por isso, não existiam garantias. Logo, poderia ser o homem mais forte a ter melhores condições de vida ou aquele que fosse mais sagaz para articular defesas contra possíveis inimigos.

Nesta esteira, a competição entre os indivíduos seria inevitável, pois seus desejos seriam similares, almejando os mesmos bens e principalmente a conservação da vida. É neste contexto, segundo Hobbes, que surge a guerra de todos contra todos dando origem a famosa frase do autor: “o homem é lobo do homem”.

¹² HOBBS, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, [e-book].

Uma vez que todos eram inimigos e que seus bens e vida poderiam ser tomados a qualquer momento, o homem vivia sempre em estado de alerta temendo por sua vida. Nesse sentido o estado de natureza, não era um estado de paz e por isso, evitar o combate seria uma forma eficaz de preservação da vida.

Deste modo, torna-se imperioso garantir não ser atacado e preservar todos os seus bens e existência. Nasce o contrato, que se perfaz em uma transferência recíproca de direitos, em que uma pessoa se obriga a uma prestação e a outra a uma contraprestação.

Segundo Hobbes¹³, toda sociedade se baseia em um contrato e para ele o estado de natureza era incompatível em sua essência com o contrato, já que naquele impera a total liberdade do homem e neste o homem restringe sua liberdade ao se obrigar a algo.

Diante desta incompatibilidade, o homem entende ser necessário deixar o estado de natureza para que seja possível estabelecer pactos que preservem sua existência e garantam a ele direitos. Para que isto seja possível, cada homem deveria renunciar a uma parte de sua liberdade para criar um poder maior fazendo-o por meio do contrato social.

O contrato social institui o Estado, que será o agente garantidor dos direitos de cada indivíduo, e para tanto, o Estado estaria legitimado até mesmo ao uso da força. É neste sentido que o autor escreve em *O Leviatã*:¹⁴

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.

O filósofo John Locke¹⁵ que também escreve sobre o contratualismo, tem uma visão da estrutura contratualista similar a Hobbes, ou seja, para ele o homem também vive em estado de natureza e para deixá-lo se submete ao contrato social.

Entretanto, o pensamento dos autores se distingue em alguns aspectos. Para Hobbes o estado de natureza foi um período pontual na história, já para Locke ocorre de forma diversa, o estado de natureza não seria um momento isolado na história, mas seria a consequência da ausência do Estado – relação de submissão –, fato que pode ocorrer em qualquer momento,

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Lebooks, 2018, [e-book].

bastando que ocorra uma ruptura no contrato social, ou seja, o homem já viveu em estado de natureza no passado e pode ser que viva novamente no presente ou futuro.

Sendo assim, enquanto para Hobbes o Estado é absoluto e o único meio de controlar a natureza do homem, para Locke o Estado é apenas um administrador da vida em sociedade, sendo por isso limitado. Na visão de Locke, para que seja possível o contrato social é necessário que existam dois atributos, o consentimento e a confiança, pois cada indivíduo integrante da coletividade irá consentir em entregar parte de sua liberdade para formar o Estado, que centralizará o Poder Público confiando que este irá assegurar o direito de propriedade, os direitos individuais, a segurança jurídica e todos os demais direitos naturais que antes possuíam no estado de natureza.

Neste ponto é que reside uma das maiores diferenças na visão do contrato social para Hobbes e Locke, pois para aquele o governante conta com a confiança absoluta dos indivíduos que sequer podem questioná-lo independentemente da forma que o estado atue, enquanto para este não ocorre dessa forma, uma vez que a relação entre o estado e os indivíduos é baseada nas características da confiança e consentimento, caso o Estado viole a confiança da coletividade por não cumprir com o fim a que se destina, é plenamente possível que a coletividade possa então questioná-lo.

Em seguida, já em 1762, Jean Jaques Rousseau escreve a obra *Contrato Social*¹⁶, em que visa entender por que o homem se priva de sua liberdade para viver em sociedade já que nasce livre no estado de natureza, quais seriam as razões que fariam o homem se autolimitar. Para Rousseau o homem nasce bom, mas é corrompido pela sociedade. Na sua visão, o rei e o povo equivalem a um senhor e um escravo, já que o interesse do rei seria sempre privado.

Por isso, os indivíduos se reúnem com a finalidade de formar um grupo – sociedade – com um objetivo em comum e por sua vez fazer prevalecerem seus interesses e não apenas o interesse do rei. Com a criação da sociedade é que nasce a figura do estado, é por esta razão que para ele o contrato social tem natureza de um contrato de associação, não de submissão.

O contrato social de Rousseau parte do pressuposto de que todos os homens nascem livres e não renunciam seus direitos naturais, por isso aquele será o instrumento pelo qual os indivíduos se associarão, formando uma sociedade, que será representada pelo Estado o qual legitimado pela vontade geral deverá preservar os direitos dos homens.

Entretanto, para a vontade geral ser válida, deve ser oriunda de uma comunidade política legítima, elaborada por meio da República. O filósofo ressalta que até mesmo a

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

monarquia pode ser uma república, pois para ele, a República é todo estado regido por leis. Nesse contexto, é o próprio povo quem cria as leis – por meio de seu legislador, já que não tem aptidão para legislar –, e ainda se submete a elas.

Sendo assim, a diferença entre escravidão e liberdade reside na pessoa que impõe a limitação. Enquanto na escravidão o homem é submetido a vontade de outro homem sem qualquer legitimação para tanto, ou seja, o homem é limitado pela vontade alheia, na república o homem está limitado por sua própria vontade, sendo esta a fonte da Lei legitimadora da limitação. Assim, é a autolimitação que desnatura a escravidão e caracteriza a liberdade, pois o homem é tão livre que pode por sua própria vontade se limitar.

Para garantir o cumprimento do contrato, Rousseau defende o uso de sanções rigorosas, que seriam o único meio capaz de manter a estabilidade política, ou seja, o homem que visasse violar a lei estabelecida pela vontade geral, seria rigorosamente punido, a punição era então um meio de desestimular as transgressões e manter a estabilidade social.

Pierre Burgelin resume o pensamento de Rousseau escrevendo o seguinte:¹⁷

O homem original é uma espécie de animal tranquilo, movido por poucas necessidades, indiviso, sem coerção e, conseqüentemente, feliz, ligado apenas ao presente. Mas permanece "estúpido e limitado". Ora, segundo sua natureza, ele também é perfectível, portanto, chamado a se desenvolver. Aqui intervém a sociedade: apenas ela permite que se adquira a palavra, a memória, as ideias, os sentimentos, a consciência moral, em suma, as luzes. Infelizmente, essa educação dos homens foi feita ao acaso, sem princípios, sem reflexão, sem respeito pela ordem natural.

O autor segue em sua análise:¹⁸

O resultado é um estado em que as necessidades do homem se multiplicam, em que ele não as pode satisfazer sem o outro: torna-se cada vez mais fraco, cada vez mais dividido e preocupado, cada vez menos livre. vive num estado de "agregação", onde cada um pensa em primeiro lugar em si mesmo, luta a fim de se fazer reconhecer e dominar. Para sobreviver é preciso fazer-se aceitar, submeter-se ou impor-se, portanto, preocupar-se com a opinião dos outros. Esta é a pior escravidão: precisamos dissimular o que somos, parecer o que não somos. O homem natural se destrói sem se realizar, um eu fictício vai formando-se aos poucos e substitui nosso verdadeiro eu. Todos ficam divididos e infelizes, e acabam se acomodando com seus grilhões.

Em síntese, depreende-se da explanação do pensamento dos três filósofos citados que, apesar de possuírem traços distintivos, no geral a base da teoria contratualista é a saída do estado de natureza por meio do contrato social e a criação do Estado. Beccaria justifica esta saída da

¹⁷ Ibid., Prefácio XII.

¹⁸ Ibid.

seguinte forma:¹⁹

Além disso, não é senão depois de terem vagado por muito tempo no meio dos erros mais funestos, depois de terem exposto mil vezes a própria liberdade e a própria existência, que, cansados de sofrer, reduzidos aos últimos extremos, os homens se determinam a remediar os males que os afligem.

Observando o fundamento da teoria contratualista e sua principal função, qual seja, a criação de uma vontade geral, que deve ser respeitada por todos com fulcro nas leis criadas pela coletividade, percebe-se que de fato que o princípio da legalidade encontra sua origem nesta teoria, pois a criação do Estado se dá para a proteção de direitos de toda a coletividade, não apenas de uma classe como ocorrerá na Carta de João Sem Terra.

Em 1764, Cesare Beccaria publicou a obra *Dos Delitos e das Penas* – dois anos após a publicação da obra *Contrato Social* de Rousseau – na qual dizia:²⁰ “A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. Nota-se a clara adoção da teoria contratualista nesta obra, reforçando a origem da legalidade.

Posteriormente, este princípio aparece de forma expressa na Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, 1776 e na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Na Alemanha, em 1813, Fauerbach que participou do Código Criminal da Bavária, inseriu a máxima: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”²¹.

No Brasil, a primeira aparição de forma geral foi na Constituição do Império em 1824, no artigo 179, § 11, mas com aspecto penal específico, foi apenas no Código Criminal do Império de 1830 em seu artigo 1º que dizia:²² “não haverá crime ou delito sem uma lei anterior que o qualifique”. Desde então, esteve em todas as demais constituições e no atual CP/1940 em seu art. 1º.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores [e-book].

²⁰ Ibid.

²¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C., Tomo I, 1899, p. 05

²² BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*, Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

1.2. Legalidade em sentido formal – aspectos políticos e jurídicos – e legalidade em sentido material

Como exposto, existe uma razão de ser para o princípio da legalidade, não sendo este um fim em si mesmo, este fundamento é justamente a proteção de direitos, é em essência uma garantia ao cidadão. Esta norma traduz o Estado de direito, ou seja, será a lei que regerá toda atividade administrativa e que assegurará os direitos dos cidadãos. Legalidade é, portanto, segurança, como bem preceitua Alexandre Rezende da Silva ao dizer que:²³

As garantias que este princípio propicia ao cidadão também são uma forma de segurança. Com a atividade estatal limitada aos mandames legais e com o aumento crescente, absurdo até, da interferência do Estado na sociedade civil, a previsibilidade de suas atitudes são da maior importância. Se o cidadão não tiver um mínimo desta previsibilidade relativamente ao Estado, estará vivendo uma situação absurda, em que um gigante pode invadir seu quintal a qualquer momento com a força de um elefante e a astúcia de uma raposa, vale dizer, viverá uma situação de angústia.

Portanto, a legalidade revela sua função de viabilizar a segurança jurídica, quando permite a ciência prévia ao cidadão das implicações jurídico-penais da prática de determinada conduta, por isso na necessidade de uma lei clara e vigente ao tempo da conduta.

Pois então, segurança jurídica se traduz em dois pontos centrais, saber previamente se uma conduta é típica, ou seja, se há lei definindo-a como tal e saber se esta lei estava vigente previamente ao tempo da prática da conduta. Não se admite no direito penal constitucional o elemento “surpresa”, neste ramo do direito a ciência prévia do preceito primário e secundário do tipo penal são mais do que fundamental, constituem-se como a própria possibilidade, ou não, de punição e atuação Estatal.

Outro ponto relevante desta função reside na necessidade da clareza do tipo penal, pois um tipo obscuro não permite ao cidadão a certeza das consequências da conduta. Sendo assim, a função de segurança jurídica somente pode se dá observando-se no caso concreto a reserva legal, a taxatividade e a anterioridade. É por esta razão que se diz que a função segurança diz respeito ao conteúdo da norma e a possibilidade de aplicação ou não (vigência). Ressalte-se, que a segurança jurídica é mandamento constitucional como bem preceitua Zaffaroni:²⁴ “A segurança jurídica se erige como verdadeiro princípio constitucional exercente de papel

²³ SILVA, Alexandre Rezende da. Princípio da legalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3816/principio-da-legalidade>. Acesso em: 13 dez. 2020.

²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 8. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 150.

estabilizador das relações jurídicas, protetor de bens jurídicos [direitos] como forma de assegurar a coexistência.”

A segunda função da legalidade é a segurança política, traduz-se como o fenômeno pelo qual se visa ilidir a possibilidade de que agentes públicos façam uso de punições penais com abuso de direito ou sem observância dos balizamentos legais, ou seja, a função política se perfaz na tentativa de evitar arbitrariedades estatais. Para Bonavides:²⁵

A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula.

Portanto, ao utilizar a Lei como limitador do Poder Estatal, a legalidade revela sua função de viabilizar a segurança política, pois a ciência prévia do alcance do Poder do Estado tem o condão de evitar arbitrariedades. Reforça ainda a função de segurança política da legalidade, o fato de não poder o estado após a prática da conduta trazer punição mais severa ou, até mesmo, considerar como típica quando antes não o era. Damásio de Jesus ao escrever sobre a função política da legalidade, diz que:²⁶

Constitui garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela cabe fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individuais. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.

Além do sentido formal, existe o sentido material do princípio da legalidade. O sentido material está relacionado a necessidade da lei penal ao ser elaborada levar em consideração os direitos e garantias constitucionais. Logo, não basta que a lei tenha sido elaborada pelo Poder competente em sua atividade típica e que esteja vigente, mas também seu conteúdo deve estar adequado aos preceitos constitucionais, a ideologia da Constituição, a seus princípios.

Por isso, se uma lei existente e vigente violar um princípio constitucional no que diz respeito a seu conteúdo, por exemplo, ela será inconstitucional e, portanto, passível de anulação. Isso se dá por seu conteúdo não se amoldar aos ditames constitucionais. Sendo assim, para que seja possível o exercício do jus puniendi pelo Estado, é necessário a existência de uma lei que seja constitucional tanto no aspecto formal como no aspecto material.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 140.

²⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 32. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

1.3. Funções da legalidade

As funções do princípio da legalidade estão diretamente ligadas aos princípios que dela decorrem. Nesta esteira, de cada um destes princípios será extraída uma função específica, por isso são chamados de princípios corolários. Existem quatro importantes funções como se explanará a seguir.

Uma das funções da legalidade é aquela decorrente da taxatividade, segundo a qual, proíbe-se a criação de tipos penais vagos, indeterminados, que dê azo a diversas interpretações. Assim, é exigido o máximo possível de clareza ao descrever tipos penais. Essa imposição se conecta claramente com a legalidade formal em seu aspecto político, já que deste se extrai a limitação do Poder Estatal com o fito de inviabilizar possíveis arbitrariedades.

Neste sentido, se faz necessário tecer uma breve observação no sentido de que não fere a taxatividade a criação de tipos penais em branco, entendidos como aqueles em que o legislador ao editar a norma, descreve uma determinada conduta clara e objetiva, que, no entanto, necessitará de um complemento para delimitar um de seus elementos. Bruno Aníbal ao tratar do tema explica que:²⁷

Normas penais em branco são normas de tipo incompleto, normas em que a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura. Neles a enunciação do tipo mantém deliberadamente uma lacuna, que outra disposição legal virá integrar.

Frise-se que a norma é clara ao descrever a conduta, o que se necessita é apenas de um complemento específico, o qual tratando-se de uma norma penal em branco homogênea será elaborado pela mesma autoridade competente para a elaboração da lei penal. Entretanto, se tratando de uma norma penal em branco heterogênea, o complemento será formulado por uma autoridade diferente da autoridade penal. Um exemplo rotineiro direito brasileiro de norma penal em branco é extraído do delito de tráfico de drogas, que se cita:²⁸

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Observe que o legislador diz exatamente qual conduta se visa punir, entretanto utiliza

²⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Artigo 33. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm#:~:text=III%20%2D%20utiliza%20local%20ou%20bem,o%20tr%C3%A1fico%20il%C3%ADcito%20de%20drogas. Acesso em: 27 dez. 2020.

a palavra “drogas” sem, contudo, delimitar seu alcance. Isso se dá justamente pela necessidade de conhecimento técnico para tanto, é justamente por isso que será necessário o complemento emitido pela autoridade competente, que é quem dirá exatamente quais substâncias são ou não consideradas como droga, dando o complemento necessário ao tipo penal incriminador.

Ao bem pensar, a norma penal em branco não só não fere a legalidade, como a reforça, pois repare que o próprio legislador reconhece sua inaptidão para tratar de determinado assunto, delegando esta função a autoridade capacitada para tanto, garantindo assim, a clareza que a taxatividade exige, a capacidade específica e a vedação de arbitrariedade pelo Estado.

Contudo, não se pode ignorar o argumento no sentido de que a norma penal em branco, principalmente a heterogênea, violaria o princípio da legalidade, pois na maior amplitude da desta, apenas normas penais podem veicular matéria penal, fato que não ocorre no caso de norma penal em branco heterogênea, já que é elaborada por autoridade não penal (ex. portarias, decretos, regulamentos etc.) e trata de tema que ao final será imprescindível para a caracterização, ou não, do delito.

Entretanto, não é este o raciocínio aplicado no direito penal brasileiro, pois existem situações em que a autoridade penal não possui a expertise necessária para tratar do conteúdo do complemento, como por exemplo quando é necessário conhecimento científico específico. Além disso, o complemento é produzido por meio de ato normativo. Assim, respeitada está a legalidade, pois como bem explica Cernicchiaro:²⁹ “O caráter absoluto da reserva legal é entendido da seguinte maneira: somente a lei pode referir-se a outra norma, integrando-a à definição do delito ou da contravenção penal.”

Com base nestas premissas, só se pode dizer que a taxatividade foi respeitada, quando for possível ao cidadão ter plena clareza de qual conduta determinado tipo penal descreve, pois do contrário, não se saberia exatamente os elementos do tipo penal incriminador, deixando o cidadão desprotegido diante da ausência de definição do alcance da punibilidade estatal. Neste sentido, explana Roxin que:³⁰

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não protege o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.

²⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Irretroattività della Legge Penale*. 1977. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Università Degli Studi Di Roma, Roma, 1977, p. 42.

³⁰ ROXIN apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

A proibição de tipos penais abertos, taxatividade, também guarda relação com o aspecto jurídico da legalidade, pois este preconiza a segurança jurídica, que só se materializará nos casos em que o cidadão tenha ciência prévia do tipo incriminador. Uma vez que não haja clareza na descrição do tipo penal, também não haverá segurança jurídica, pois o cidadão ficará exposto ao incerto.

Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis* trata do tema, e afirma que ³¹, “diante da vagueza do tipo penal, o cidadão encontra-se em situação de extrema insegurança, não sabendo exatamente o que deve deixar de fazer em função daquela norma. É justamente isto que o princípio da legalidade abomina: tipos penais abertos.”

Destaca ainda, Bettiol que ³² “quando na verdade falta uma lei que destaque com precisão o que é lícito e o que é ilícito, a possibilidade de agir dentro de uma situação de certeza desaparece e o indivíduo é exposto a todas as possibilidades penais.”

Assim sendo, a taxatividade visa prestigiar os tipos penais fechados, ou seja, aqueles que são formados apenas por elementos objetivos (se distanciando ao máximo dos elementos subjetivos, já que difícil aferição), se revelando como a maneira mais adequada de alcançar a segurança jurídica e a atuação limitada do Estado.

Uma segunda função da legalidade é a de vedação a analogia. No direito, de uma forma geral, quando há uma omissão em uma norma, para solucionar o problema é utilizada a técnica da analogia, pela qual será aplicada no caso concreto uma norma que trate de caso semelhante. Entretanto, no direito penal brasileiro é vedado o uso de analogia para criar crime ou para agravar a pena. Isso ocorre em razão da legalidade, pois por óbvio, se para haver crime é necessário lei descrevendo claramente a conduta típica, não seria possível fazer uso de outra norma em geral para criminalizar uma conduta que não está tipificada em lei.

Em palavras simples, pode-se dizer que se só se há crime previsto em lei, não sendo permitido “tomar de empréstimo” outra norma que regule uma conduta similar para criar outro crime ou agravar uma pena. A legalidade é em si um princípio extremamente simples, seu próprio nome já o justifica. Crime, portanto, será aquele, e apenas aquele, previsto em lei.

Ressalta-se que a vedação ao uso da analogia se dá sempre que for empregada em prejuízo do réu, a chamada *analogia in malam partem*. Quando se tratar de situação em que o uso da analogia possa beneficiar o cidadão, esta será plenamente admitida, trata-se do fenômeno denominado de analogia *in bonam partem*. Mister se faz destacar que a vedação se refere ao uso da analogia maléfica, ou seja, usar uma norma que trate de uma determinada situação para

³¹ MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 89.

³² BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 112.

criminalizar uma conduta nela não contida, entretanto, não há qualquer vedação ao uso da interpretação analógica, visto que esta permitirá ao magistrado usar a norma, que traz o crime perfeitamente descrito, mas com diversas formas de ser praticado.

Para ilustrar tal hipótese, cita-se o crime de homicídio. Esta conduta pode ser praticada de inúmeras formas, tendo o próprio legislador listado as mais comuns no texto legal, entretanto, não seria possível a este prever no momento da edição norma todas as formas possíveis no mundo de matar uma pessoa. Por isso, é lícito ao juiz aplicar a norma ao fato praticado de uma maneira não elencada nas hipóteses legais, por tratar-se de rol meramente exemplificativo. Observe, que a conduta criminosa, matar, está claramente prevista na lei, o que pode não estar é apenas a forma de praticá-la.

Outra função é a da irretroatividade penal. Encontra-se prevista no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal³³, e significa dizer que a lei penal não poderá retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua vigência. Assim, para que seja possível a atuação repressiva criminal do Estado, é necessário que a conduta seja praticada na vigência da lei que o tipifique. Esta função faz total sentido quando se leva em consideração a essência da legalidade, ora, se alguém não pode ser punido sem lei, como seria possível uma lei ser aplicada a um fato praticado antes de sua existência, por óbvio, na época da prática da conduta sequer havia lei, então lícita era a conduta.

Por esta razão, se diz que a norma penal é projetada para atingir fatos futuros a sua edição. Aí reside, pois, mais um aspecto da legalidade que contribui para a estabilização social, pois graças a esta função, o cidadão não vive na incerteza da legalidade de seus atos.

Insta salientar que quando se tratar de uma norma inconstitucional, o que se terá na essência é uma norma nula, e sendo assim, a decretação de sua inconstitucionalidade possuirá efeitos *ex tunc* em regra, salvo no caso desta decretação agravar a situação do réu, neste caso a norma não retroagirá em virtude da proibição da retroatividade gravosa.

A irretroatividade se atrela então, ao princípio da anterioridade. Sendo assim, a lei deve ser anterior a conduta que se visa punir e não pode retroagir a condutas passadas. Por isso, pode-se dizer que anterioridade e irretroatividade são como “duas faces de uma mesma moeda”.

Não se pode olvidar que a irretroatividade, assim como a analogia, apenas tem seu uso vedado quando aplicada em malefício do réu. Logo, quando se estiver diante de situação em que uma lei nova possa beneficiar pessoas que praticaram condutas anteriores a vigência desta lei, ela poderá retroagir. Este fenômeno é denominado de *novatio legis in melius*.

³³ BRASIL, op. cit, nota 6.

Quando se tratar de *abolitio criminis*, alguns doutrinadores (Rogério Greco por exemplo) defendem ser possível a sua aplicação ainda que a norma esteja em período de *vacatio legis*, pois como está se presta apenas a favorecer o cidadão dando a ele tempo para absorver o conteúdo da norma, não poderia de modo diverso lhe prejudicar. Esta hipótese reforça a única exceção a irretroatividade, qual seja, a retroatividade benéfica.

Ainda sobre irretroatividade, cita-se a norma penal híbrida. Estas se caracterizam como normas que veiculam conteúdo de direito material e processual. No que diz respeito ao direito penal material, a norma em regra não tem aplicação retroativa, da mesma forma ocorre com as normas penais processuais, não havendo neste caso a exceção da retroatividade benéfica.

Entretanto, como a norma híbrida é composta tanto de direito processual como material, sua aplicação seguirá as regras de aplicação da norma material, pois não é possível a cisão da norma, devendo ser aplicada como um todo. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal por exemplo, no julgamento do HC nº 182714-RJ, ao dizer que:³⁴ “A norma que altera a natureza da ação penal não retroage, salvo para beneficiar o réu.”

A última função da legalidade que se cita, é a função proibir a criação de crimes e penas por meio dos costumes. Conceitua-se costume como a prática reiterada de um determinado comportamento ao longo do tempo (elemento objetivo), aceito por uma determinada coletividade (elemento subjetivo), criando uma regra a ser observada por todos os integrantes daquela sociedade.

Os costumes, no entanto, não são admitidos como fonte imediata do direito penal brasileiro. Isso ocorre em razão de sua criação ir de encontro ao que preconiza o princípio da legalidade, principalmente no que tange a reserva legal. Ora, se para criar um crime ou agravar uma pena é necessária uma lei elaborada nos moldes do que preconiza a Constituição Federal, ou seja, uma lei emanada do Poder Legislativo no exercício de sua competência constitucional, não poderia um costume ser considerado apto a veicular matéria penal já que este é criado sem qualquer observância ao processo legislativo constitucional.

Não se pode dizer, entretanto, que os costumes não possuem nenhuma relevância para o direito penal. Apesar de não se prestarem a criar crimes ou agravar penas, podem ser utilizados como auxiliar na interpretação dos elementos que integram o tipo penal. Ressalta-se ainda, seu mais relevante aspecto, que é ser um indicador das condutas socialmente aceitas, ou não, permitindo assim identificar quais condutas aquela coletividade deseja criminalizar, modificar

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC nº 182714-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 abr. 2021.

ou até mesmo revogar. Poderão então ser usados como base para a elaboração de leis pelo legislativo.

1.4. A criminalização de condutas pelo Poder Judiciário e a ofensa a legalidade

Determinado o significado, a evolução histórica, os aspectos políticos e jurídicos e as funções da legalidade, torna-se possível tecer uma primeira análise sobre de que forma a criminalização de condutas pelo Judiciário ofende o princípio da legalidade.

Como já visto, em um Estado Democrático de Direito a lei exerce um papel fundamental, sendo ela quem rege tudo aquilo que se pode proibir ao cidadão e permitir ao Estado. É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello quando diz que:³⁵ “Expressa-se, assim, sucintamente, que nele rege, com indiscutido império, o princípio da legalidade em sua inteireza, isto é, no rigor de seus fundamentos e de todas as suas implicações”.

Dessa forma, a existência de um Estado de Direito está diretamente associada a existência da lei, por ser esta a própria materialização da vontade geral. Mesmo no sentido mais básico da legalidade o comando que se extrai é a necessidade de uma lei formal que desempenhará dúplex função, por um ângulo permitirá a restrição de uma liberdade do indivíduo e por outro, permitirá/limitará a atuação do Estado.

Esta necessidade de atividade legislativa é ainda mais preponderante quando se trata de matéria penal. Isso ocorre em razão de o direito penal tutelar apenas os bens mais relevantes, sendo os demais protegidos pelos demais ramos do direito. Logo, o direito penal é tido como última *ratio*, como bem explana Nucci:³⁶

O princípio quer dizer que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores consequências. O direito penal é considerado a última *ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator.

Fica claro então, que o Estado só atuará quando houver permissão legal para tanto. Na falta do permissivo legal, torna-se impossível a *sansão*. E assim, chega-se ao primeiro e

³⁵ MELLO apud TRAPIÁ, Paulo Henrique Silva. *Princípio da Legalidade*. Conteúdo Jurídico, outubro de 2012. Disponível em: conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32042/principio-da-legalidade. Acesso em: 29 dez. 2020.

³⁶ NUCCI, op. cit., p. 175.

fundamental questionamento deste capítulo: como foi possível a criminalização de uma conduta pelo Poder Judiciário, ou seja, sem lei formal para tanto?

O caso concreto gira em torno da decisão proferida pela Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Distrito Federal que tinha por objeto a omissão do Poder Legislativo na criação de uma lei que trouxesse maior proteção a comunidade LGBTQIA+ e maior severidade na punição daqueles que praticassem crimes contra estas pessoas, pugnou-se assim, pela criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, com especial ênfase (mas não exclusivamente) para os crimes de homicídio, lesão corporal, ofensas a honra e discriminação. O pedido era para que estes crimes fossem enquadrados na Lei de Racismo e assim recebessem específica e mais rigorosa punição.

Tal decisão será minuciosamente explanada no capítulo três, por ora só cabe mencionar que o pedido foi julgado procedente, ou seja, os crimes praticados contra a comunidade LGBTQIA+ foram enquadrados na Lei de Racismo, suscetíveis portanto, as penas nesta lei previstas.

Pelas bases da legalidade, pilar do Estado Democrático de Direito, não há como justificar tal decisão. Ainda que outros sejam os argumentos usados para fundamentar a decisão, estes não possuem o condão de afastar a incidência da legalidade. Note-se que, independentemente do direito que se visa proteger, o caminho dessa proteção deve necessariamente percorrer todo o trajeto imposto pela legalidade.

O que se quer dizer, em outras palavras, é que não é possível no direito brasileiro aplicar a velha máxima “os fins justificam os meios”. Sendo assim, por mais justa e até necessária que pareça uma decisão, se esta não for emitida dentro dos parâmetros estabelecidos para tanto pela Constituição Federal, será inconstitucional.

Note-se que a legalidade exerce de fato uma função de garantia que não é um fim em si mesmo, pois sua aplicação incide sobre todos os demais direitos do cidadão, por exemplo, se o Estado desejar aumentar a proteção do direito à vida e para tanto, usar como método inibitório o aumento da pena base do crime de homicídio, isto deverá ser feito por meio de lei, ou seja, o direito à vida e a segurança pública por exemplo devem ser exercidos/protegidos respeitando o princípio da legalidade, já que o Estado tem toda sua atividade vinculada a lei e que as liberdades individuais não podem ser suprimidas sem autorização legal para tanto.

Outro exemplo disto é a obtenção de uma confissão da prática de um crime, realizada mediante o emprego de tortura, essa confissão não será válida, pois em que pese as provas poderem estar ou não previstas em lei (princípio da liberdade de provas) existem restrições legais de determinados meios de obtenção de prova, dentre elas a vedação clara do emprego de

tortura. Assim, qualquer prova obtida com o emprego de tortura ou por qualquer outro meio ilegal, deverá ser desentranhada dos autos, não servindo de base para uma condenação. É o que ensina Vânia Siciliano Aieta:³⁷

Atualmente, a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os casos, lesa princípios constitucionais.

Não é em outro sentido que decidiu o Supremo Tribunal federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 251.445-GO, em que se discutia o uso de prova ilícita em desfavor do réu, oportunidade em que a Corte esclareceu que:³⁸

A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.

A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

Para tanto, o Tribunal trouxe à baila o conceito de prova ilícita, determinando que:³⁹

Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política [...].

Tem-se ainda como exemplo, o delito de exercício arbitrário das próprias razões, no qual um indivíduo possui um direito, mas o exerce de maneira inapropriada. Se numa relação de débito e crédito, por exemplo, o devedor deixa de adimplir com sua prestação, surge para o

³⁷ AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 191.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 251.445-GO*, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho78822/false>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁹ *Ibid.*

credor o direito de exigí-la. Entretanto, tal direito só pode ser exercido da forma que a lei dispõe, como por exemplo por meio de uma ação de cobrança. Não pode o credor invadir o patrimônio do devedor por si só para satisfazer seu crédito, pois tal atribuição é dada apenas ao Estado, logo, deverá o credor se valer dos meios legais para satisfazer seu crédito.

Ressalte-se que existem exceções a esta regra, que também são trazidas pela lei, como dispõe o artigo 1.210, §1º, do Código Civil.⁴⁰ “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de esforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.” Observe que a exceção trazida pela lei reforça o sentido da legalidade, pois na essência do comando o que se tem é que a lei pode permitir e, ainda, pode proibir.

Estes exemplos são a materialização da aplicação da legalidade, demonstram claramente que todos os direitos e deveres do cidadão e do Estado deverão ser criados/exercidos sempre pelo caminho da legalidade. Por isso, quanto mais se avança neste estudo, mais difícil se torna justificar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26, principalmente quando o próprio tribunal julgava de forma distinta em outras decisões.

O princípio da legalidade irradia por todo o direito, mas como já dito anteriormente, em alguns ramos específicos sua presença é ainda mais marcante. É o caso do direito penal e processual penal. Nestes casos tudo que se pode ou não fazer advém da legalidade. Em nenhuma interpretação é possível punir sem lei ou criar um crime por analogia.

A vedação ao uso da analogia para incriminar conduta não descrita em tipo penal é mais do que clara. É regra Constitucional que deveria ser seguida por todos, principalmente pelo órgão ao qual cabe a guarda e interpretação da Constituição Federal. Entretanto, de forma oposta, o Tribunal optou por criminalizar a LGBTfobia sem a edição de lei formal pelo órgão competente, utilizando a Lei de Racismo como fundamento para tanto.

Ao proceder desta forma, diversos princípios do direito foram violados, primeiramente e nitidamente o princípio da legalidade, além de outros princípios como separação de poderes, segurança jurídica, entre tantos outros. Esta decisão atenta contra o Estado Democrático de Direito, pois viola diametralmente as disposições contidas na Constituição de 1.988, que é a expressão da vontade popular.

A vontade geral advém do povo que fala por meio de sua Constituição e de suas leis em geral, elaboradas por seus representantes democraticamente eleitos. Qualquer outra decisão emitida fora destes parâmetros carece de legitimidade. Assim, a criminalização de uma conduta

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.210, §1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 jan. 2021.

por um Poder que não é competente para tanto, atenta contra tudo aquilo que a Constituição Federal visa proteger, como as garantias fundamentais e a limitação ao Poder do Estado.

2. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA DECISÃO DE CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA

Como dito anteriormente, o princípio da legalidade é pano de fundo de muitas outras normas, assim, ao violar uma dessas normas, estar-se-á violando reflexamente a legalidade. É isto o que ocorreu na decisão de criminalização da LGBTfobia, pois como será detalhadamente explanado a seguir, a elaboração legislativa não é atividade típica do Poder Judiciário, a Constituição Federal atribuiu esta competência ao Poder Legislativo.

Por isso ao violar a regra da separação de poderes, viola-se novamente a legalidade, já que a lei não foi observada e o Estado só pode agir de acordo com a lei. Em outras palavras, diz-se que a separação de poderes está ligada a legalidade em seu aspecto formal, que seria seguir o procedimento formal para a criação de uma lei. Entretanto, para que seja possível tecer qualquer crítica, faz-se necessário esclarecer no que se consubstancia a teoria da separação de poderes e como está se desenvolveu no decorrer da história. É o que será feito a seguir.

2.1. Conceito, contexto histórico, função do princípio da separação de poderes e atribuições de cada Poder

O conceito de separação de poderes, assim como todo e qualquer conceito, se aperfeiçoou com o passar dos anos. Não se pode dizer que este sempre foi um conceito determinado, pois diversos filósofos e autores contribuíram para aquilo que hoje o delimita.

Atualmente, encontra-se previsto no art. 2º da Constituição Federal nos seguintes termos:⁴¹ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Nas palavras de Vile:⁴²

Uma doutrina 'pura' da separação dos poderes pode ser formulada da seguinte maneira: é essencial para o estabelecimento e manutenção da liberdade política que o governo seja dividido em três ramos ou departamentos, o legislativo, o executivo e o judiciário. Para cada um destes ramos há uma função governamental identificável correspondente, legislativa, executiva ou judicial. Ademais, as pessoas que compõem estas três agências do governo devem se manter separadas e distintas, sendo nenhum indivíduo autorizado a ser, ou estar, ao mesmo tempo membro de mais de um ramo.

Como o próprio autor mencionou, este conceito se refere a uma teoria pura concernente

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴² VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis. Liberty Fund., 1998, p. 4.

as primeiras idealizações da teoria da separação de poderes, que teve seu esboço idealizado por Aristóteles na Grécia antiga em sua obra “A Política”⁴³.

Para Aristóteles, o Estado teria três funções básicas, e o bom funcionamento do Estado dependeria do bom exercício destas três funções, e assim ele preceituava:⁴⁴ “*En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente*”.

As três funções idealizadas por Aristóteles eram, a função criar as leis gerais a serem seguidas por todos, a função de aplicar estas normas na vida cotidiana, e quando surgissem conflitos na aplicação destas normas, solucioná-los por meio da função de julgamento. Na teoria deste filósofo estas funções seriam todas exercidas pelo soberano, ou seja, estariam todas concentradas em uma única figura.

Foi neste período que surgiu a famosa frase:⁴⁵ “*L’État c’est moi*” (o Estado sou eu) dita pelo rei Luís XIV, que simboliza perfeitamente a concentração do Poder nas mãos do soberano. Surge, então, a questão que pretendia ser respondida pelos teóricos do ocidente: de que maneira seria possível manter o controle do exercício do poder do Estado sem que este, venha a desvirtuar as razões as quais foi criado para proteger?

Na busca por esta resposta, cabe destacar a relevância da evolução constitucional inglesa (*Bill of Rights* de 1689), pois foi com a Gloriosa Revolução que as forças da autoridade real e do parlamento foram igualadas, propiciando uma divisão de funções. Assim, não mais o monarca possuía todo o poder, mas agora passava a dividi-lo com o parlamento, culminado na descentralização das funções Estatais. Este fenômeno foi abordado ainda por Locke na sua obra Segundo Tratado do Governo Civil, reforçando assim, que a teoria da separação dos poderes foi elaborada a partir da contribuição de diversos autores no decorrer da evolução histórica.

Posteriormente a teoria de Aristóteles foi repensada por Montesquieu⁴⁶, tendo sido o marco da queda do Estado Absolutista e da Chagada do Estado Liberal. A inovação trazida por Montesquieu não se deu ao fato de pensar na existência de três poderes, mas sim em desconcentrar o exercício destes poderes da mão de uma única pessoa. Neste novo formato da separação de poderes, uma característica seria fundamental, a criação de órgãos distintos e

⁴³ ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.

⁴⁴ Ibid. Libro VI, capítulo XI, p. 93. (Em cada Estado existem três partes de cujos interesses o legislador deve, se compreendido, cuidar em primeiro lugar, organizando-os adequadamente).

⁴⁵ FUKS, Rebeca. *Cultura digital*. Disponível em: www.culturagenial.com/frase-o-estado-sou-eu/. Acesso em: 04 fev. 2021.

⁴⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. *O Espírito Das Leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

independentes para exercê-los. Esta visão se liga ao conceito puro de separação de poderes a que Vile se referia (citado anteriormente).

Cabe ressaltar que na visão de Montesquieu o Poder era dividido em Poder Legislativo e Poder Executivo, estando o Poder Judiciário como um aspecto do Poder Executivo. Observe que os poderes eram em substância, três, mas apenas o executivo reunia dois deles, como se reproduz a seguir:⁴⁷

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria as leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este poder de julgar e ao outro simplesmente de poder executivo do Estado.

E segue explicando a essência deste princípio:⁴⁸

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Por fim, apresenta as consequências da concentração do poder:⁴⁹

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Assim, para este autor a divisão de funções entre os diversos Poderes é um pressuposto básico para garantir que não haja concentração do Poder Estatal, pois do contrário, o cidadão ficaria exposto a arbitrariedades por parte do Estado, dos nobres ou qualquer outro que acumulasse tais funções.

⁴⁷ Ibid. Livro XI, Capítulo VI, p. 168.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

2.2. Mandado constitucional de criminalização – origem, finalidade, espécies, destinatários – e a incapacidade empregá-los como fundamento legitimador da decisão de criminalização

Assim, com toda a evolução da teoria da separação dos poderes, percebe-se que a sua finalidade se baseia em preservar a liberdade individual de possíveis arbitrariedades por meio do compartilhamento do exercício das funções estatais entre poderes distintos, garantindo assim que não haja a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa. Nesse sentido é o julgado do Supremo Tribunal Federal:⁵⁰

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2.º da Carta Política, não pode constituir e nem se qualificar como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

(...).

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.

Se de outra forma fosse, ou seja, se as funções de criar a lei, de organizar a vida em sociedade e de dirimir os conflitos pudessem ser concentradas em um só órgão, como ocorria no estado Absolutista, não seria possível assegurar elementos como imparcialidade, justiça, limitação do poder estatal, e tantos outros que ofendem diretamente um Estado Democrático de Direito.

Quando a opção do constituinte foi o estabelecimento do Estado democrático de Direito, significa dizer que a lei será responsável por disciplinar toda a vida em sociedade, por meio da criação de direitos e deveres, tanto para os cidadãos quanto para o Estado. Significa ainda dizer, que a vontade que prevalecerá será a do povo, exercida mediante seus representantes e ainda que, a lei se presta a preservar os valores indispensáveis a sociedade, tais como os direitos fundamentais.

Porém, tudo isto só pode ser alcançado por meio de um conjunto de elementos

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.452*, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, DJ de 12.05.2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>. Acesso em: 20 abr. 2021.

indissociáveis, tais como a separação dos poderes, a legalidade, o respeito aos direitos e garantias individuais como um todo. É por esta razão que a separação dos poderes é pilar do Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar que o Poder Estatal em si é uno, entretanto seu exercício é fracionado por diversos órgãos para que se alcance a finalidade desejada de garantir que aquele que exerce o Poder também se submeta a ele. É exatamente por esta razão que a Constituição de 1988 diz que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União, fazendo questão de destacar que todos são independentes e harmônicos entre si.

Quando ela diz independentes, significar dizer que um Poder não se subordina ao outro, não havendo, portanto, hierarquia entre eles, e quando diz harmônicos, se refere ao fato de que apesar de não haver hierarquia, deve haver uma relação de pertinência entre eles, de forma que não sejam conflitantes, afinal apesar do exercício do Poder estar fracionado, não se pode esquecer que ele é uno.

Esta divisão de funções na atualidade se dá de maneira diversa do que previa a teoria pura da separação de poderes, pois nesta, cada Poder teria uma função específica, que em nenhum momento se confundiria com a função exercida por outro Poder, ou seja, uma separação rígida, enquanto naquela apesar de haver uma função preponderante em um Poder, este também exercerá funções de outro Poder, mas de forma não preponderante.

Assim, as funções exercidas por um Poder se classificam como funções típicas e atípicas. A primeira se refere a atividade que será exercida preponderantemente por determinado Poder, ou seja, a natureza daquele Poder se relaciona diretamente com a função por ele exercida. A segunda, por sua vez, se refere a atividade que um Poder exerça, mas que não se relacione diretamente com sua natureza, pois são na verdade função típica de outro Poder.

Cabe ressaltar que ao exercer uma função atípica não haverá lesão ao princípio da separação de poderes, pois a função exercida pertence àquele órgão, ainda que outro seja competente para exercer aquela função de forma típica. É o próprio texto constitucional que traz essa divisão de funções.

Nesse sentido, é atribuição típica do Poder Legislativo todo o processo legislativo de edição de normas gerais e abstratas, alteração do texto de uma norma e até mesmo a revogação desta. Também caracteriza atividade típica deste Poder a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Poder Executivo.

Como função atípica de natureza executiva, cabe a este órgão dispor sobre sua auto-organização, podendo ser citada a gestão dos seus servidores como exemplo. Caracterizando a

função atípica de natureza jurisdicional, cita-se a atribuição do Senado de julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

É oportuno ressaltar que a titularidade e composição deste Poder em âmbito federal está descrita no artigo 44 da CRFB/88, que diz:⁵¹ “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” e que o artigo 22 do mesmo diploma determina que é competência privativa da União legislar sobre Direito Penal. Em outras palavras, significa dizer que não é possível a delegação legislativa para tratar deste tema, ou seja, a leitura integrada destes dois artigos, por si só, é capaz de afastar qualquer outra atividade legislativa neste tema por outros Entes.

No que diz respeito ao Poder Executivo, a função típica deste órgão é administrar toda a máquina pública, incumbido da chefia de Estado e de Governo. Por isso a função executiva pode ser entendida sob duas frentes, quais sejam, a função de governo – decisões, atribuições políticas dentre outras, relacionadas aos interesses internos e externos do Estado – e a função administrativa – intervenção, fomento e serviço público –.

No que tange a função atípica de natureza Legislativa desse órgão, cita-se a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República que nos termos do artigo 62 da Constituição federal possui força de lei. E no que diz respeito a função atípica de natureza jurisdicional, o exemplo mencionado é o julgamento nos processos administrativos.

Por derradeiro, o Poder Judiciário tem como função típica a prestação jurisdicional, que em palavras simples pode ser entendida como dizer o direito no concreto com vistas a pacificação dos conflitos. Sua função atípica de natureza executiva pode ser exemplificada de maneira similar à do Poder legislativo, ou seja, administra os servidores concedendo férias, provendo cargos entre outras. Como função atípica Legislativa, traz-se à baila a edição dos regimentos internos dos tribunais.

Esta dinâmica composta de funções típicas e atípicas é denominada pela doutrina de sistema de freios e contrapesos. Significa dizer que apesar dos Poderes – órgãos – serem independentes entre si, não havendo hierarquia entre eles, todos compõem aquele poder uno anteriormente citado e a própria Constituição determina que haja harmonia entre eles.

Para que esse comando seja atendido, a Constituição prevê situações em que a tomada de decisões passará por mais de um Poder, fazendo que haja uma atuação coletiva entre diferentes Órgãos – a exemplo do veto presidencial –; prevê ainda, atribuições de fiscalização e responsabilização a serem desenvolvidas pelos Poderes entre si.

⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 6.

Estabelecida a competência do Poder Legislativo para a edição das leis, torna-se importante para o desenvolvimento desta pesquisa destacar como ocorre o processo de elaboração de uma lei, pois é justamente a falta dele uma das razões para deslegitimar a decisão de criminalização da LGBTfobia pelo Poder Judiciário.

Inicialmente, destaca-se que as sete principais normas que podem ser editadas, quais sejam, leis ordinárias, complementares e delegadas, emendas constitucionais, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. O procedimento de elaboração das três primeiras se dão de forma similar.

Nesse sentido, são partes legítimas para sua proposição, membros ou comissão do Congresso Nacional, o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores, o Procurador Geral da República e os cidadãos. A aprovação, neste caso, depende de maioria simples em ambas as casas e caso seja rejeitado, será arquivado. Caso seja aprovado, seguirá para apreciação do Poder Executivo para sanção ou veto presidencial.

O Presidente terá 15 (quinze) dias para se pronunciar, sob pena de seu silêncio importar em sanção tácita. Entretanto, se ele vetar, será necessário que o projeto de lei seja enviado ao Congresso Nacional para que ambas as casas, caso queiram, derrubem o veto presidencial, o que deve obedecer ao quórum de maioria absoluta (o que corresponde a no mínimo metade dos congressistas, não só os presentes).

Havendo a derrubada do veto, a lei seguirá para promulgação pelo presidente dentro de prazo de 48 horas. Caso não o faça, incumbira ao Presidente do Senado fazê-lo. Entretanto, se o Congresso optar por não derrubar o veto presidencial, o projeto de lei será arquivado. Ressalta-se que quando se tratar de projeto de lei complementar, o quórum de deliberação é por maioria absoluta e há alguns requisitos constitucionais para a proposição por não congressistas, necessitando do apoio de pelo menos 1% dos eleitores distribuídos em no mínimo cinco Estados.

Quando se tratar de proposta de emenda constitucional, o processo legislativo será mais denso. Isso se dá em razão da característica da Constituição de ser rígida, já que se trata de alteração do texto constitucional, ou seja, da lei de maior hierarquia no ordenamento jurídico. Conforme idealizou Kelsen⁵², as normas dentro de um ordenamento jurídico observam um padrão hierárquico.

Assim, a norma de maior hierarquia e que servirá de parâmetro de validade de todas as demais normas, é a Constituição. Abaixo estão as leis complementares, seguidas das leis

⁵² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ordinárias, após as medidas provisórias e leis delegadas e por fim as resoluções. Assim, para que seja possível a emenda do texto constitucional, devem ser observadas certas restrições trazidas pela própria Constituição.

Nesse sentido, o artigo 60 da Constituição determina que:⁵³

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

O rol apresentado acima, trata dos legitimados a propositura de uma emenda constitucional, em outras palavras, refere-se à limitação relativa à iniciativa de apresentação de uma proposta de emenda à Constituição.

Em relação ao processo deliberativo da proposta de emenda, este deve ser discutido em ambas as casas do Congresso Nacional, em dois turnos. Para sua aprovação será necessário o quórum de três quintos em ambas as casas. Este requisito diz a respeito da limitação relativa à deliberação para aprovação da proposta contida no art. 60, § 2º da CRFB/88.⁵⁴

Caso a proposta seja aprovada, sua promulgação se dará de forma diversa das demais espécies normativas, pois será atribuição das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não do Chefe do Executivo. Está-se diante da limitação relativa à promulgação da emenda prevista no artigo 60, § 3º da CRFB/88.⁵⁵

Por fim, caso não seja aprovada, não será possível nova proposta de emenda com o mesmo conteúdo na mesma sessão legislativa. É o que se chama de limitação relativa à vedação de reapreciação de proposta rejeitada ou havida por prejudicada disposta no artigo 60, § 5º da CRFB/88.⁵⁶ As quatro restrições acima citadas consubstanciam as limitações formais, que se ligam ao procedimento da proposta de emenda.

Existem, ainda, outras limitações aplicadas a uma emenda constitucional, como por exemplo a impossibilidade de emendar da Constituição na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio. Estas são denominadas de limitações circunstanciais, pois tratam de situações fáticas que impedem a alteração do texto constitucional.

Por fim, tem-se a vedação de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de estado, o voto – secreto, universal e periódico –, a separação de poderes e os direitos e garantias

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

individuais. Trata-se das limitações materiais, ligadas ao conteúdo da proposta de emenda à Constituição.

Importante se faz destacar que o princípio da Separação dos Poderes foi elevado pela Constituição de 1988 ao *status* de cláusula pétrea. Sendo assim, nem mesmo o texto constitucional pode ser alterado para suprimir ou restringir a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, é possível que o Poder Legislativo trate das matérias descritas acima por meio de proposta de emenda para ampliar o conteúdo de uma cláusula pétrea. O que não será possível, é o esvaziamento de seu conteúdo. Assim ensina Dirley da Cunha Júnior:⁵⁷

Ora, é indubitável que uma emenda constitucional pode reformar o catálogo dos direitos e garantias fundamentais para acrescentar ao texto constitucional novos direitos (por exemplo, o direito social à moradia...) e novas garantias (por exemplo, a garantia da razoável duração do processo...). A própria lei pode ampliar o conteúdo dos direitos e garantias constitucionais, porém jamais esvaziá-lo. Podemos dar o seguinte exemplo: uma lei pode ampliar a garantia constitucional do Júri para, além da sua competência garantida para julgar os crimes dolosos contra a vida, acrescentar outros crimes (como latrocínio, lesão corporal seguida de morte, etc.); só não pode a lei, nem emenda constitucional, retirar da competência do Júri os crimes dolosos contra a vida, pois se trata aí de seu conteúdo mínimo, que é imutável.

Sendo assim, é seguro afirmar que uma decisão de um órgão do Poder Judiciário, não poderia, de igual forma, proceder a tal restrição já que nem mesmo o titular constitucional da função legislativa poderia fazê-lo. Ressaltando-se que o próprio STF reconheceu que cabe ao Poder legislativo o debate sobre a alteração da Constituição, conforme decisão que se cita a seguir:⁵⁸

DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL. NOVO REGIME FISCAL. PEDIDO DE SUSTAÇÃO DA TRAMITAÇÃO, POR VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA PÉTREA.

1. O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais tem caráter excepcional e exige inequívoca afronta a alguma cláusula pétrea da Constituição. (...).
2. O Congresso Nacional, funcionando como poder constituinte reformador, é a instância própria para os debates públicos acerca das escolhas políticas a serem feitas pelo Estado e pela sociedade brasileira, e que envolvam mudanças do texto constitucional (...).

Uma vez que os Poderes possuem a característica da independência e que cada um deve atuar no exercício da função que lhe foi constitucionalmente atribuída, pode-se afirmar

⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 203.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *MS nº 34448*, Min. Roberto Barroso, j. 10.10.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>. Acesso em: 09 mar. 2021.

com segurança que um Poder não poderá transferir a outra função que lhe pertence originalmente. Tal vedação é consubstanciada por meio do princípio da indelegabilidade das atribuições.

A exceção a este princípio remete as funções atípicas de cada Poder, ou seja, só será possível exercer uma função que tem natureza típica de outro Poder, quando a Constituição autorizar expressamente. Somente a Constituição pode autorizar a delegação de uma função típica de um Poder a outro. Um exemplo desta situação pode ser visto nas Leis delegadas, em que o Poder legislativo delega tal atribuição ao Poder executivo, com autorização constitucional para tanto (art. 68 CRFB/88)⁵⁹.

Ressalta-se neste exemplo, que quando o Executivo exercer a função delegada deverá fazê-la nos limites da delegação, sob pena de ter seus atos sustados naquilo que exorbite a autorização, conforme preconiza o Art. 49 da CRFB/88:⁶⁰ “É da competência exclusiva do Congresso Nacional (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”

Apesar do princípio da indelegabilidade das atribuições não estar explícito no texto constitucional, não se pode negá-lo, pois quando o poder constituinte originário adotou o modelo da separação de poderes, declarando-os como independentes entre si, a intransmissibilidade de atribuições como regra tornou-se consequência lógica de tal opção.

Nesta esteira, se a própria Constituição atribuiu funções específicas a cada Poder, fazendo desta divisão uma regra, e se prestou a listar em seu texto as únicas possibilidades de um órgão atuar em matéria diversa daquela para a qual foi originalmente concebido – exceções à regra/exercício das funções atípicas –, não é permitido a qualquer destes Poderes caminhar em sentido oposto.

A Constituição não tem caráter consultivo, ou seja, o que está contido nela não são conselhos os quais um determinado órgão pode discricionariamente decidir se quer seguir ou não. Ao contrário, trata-se de regras cogentes, ou seja, de observação obrigatória. Esta característica ganha relevo quando se trata do Poder Público, que deve ser pautar sempre na legalidade. Se a Lei maior de um Estado determina que as funções legislativas, executivas e judiciárias não podem ser cumuladas em um só Órgão, não há espaço para discussão.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁶⁰ Ibid.

2.3. A relação entre o Poder Legislativo e o Poder judiciário diante de mandados de criminalização não cumpridos e os meios aptos para requerer a efetivação do direito

Estabelecida a competência do Poder Legislativo para a edição de normas, um aspecto específico desta atribuição merece ser pontuado. Trata-se dos mandados de criminalização trazidos pela Constituição. No geral, cabe aos legitimados para a propositura de um projeto de lei, decidirem sobre o conteúdo que pretendem que seja objeto da proposta.

Entretanto, existem situações em que a própria Constituição determina que certas matérias sejam tratadas pelo legislador ordinário. Isto ocorre em razão da característica programática da Constituição, ou seja, por termos um Constituição que traz programas a serem implementados pelo Poder Público.

No geral, estes programas se relacionam com as normas de eficácia limitada, entendidas como aquelas em que será necessária uma atuação do legislador ordinário para que seja possível efetivar o direito nela contido. Por óbvio, não seria possível ao texto constitucional tratar de todos os temas e todos os meios de efetivação destes apenas no corpo da Constituição, sob pena de duas consequências lógicas.

A primeira seria torná-la excessivamente longa, considerando que a CRFB/88 já é classificada como extensa. A segunda seria dificultar a alteração desses temas, já que a Constituição só pode ser alterada por meio de emendas constitucionais, uma vez que também tem como atributo a rigidez.

Tendo isto em vista, a Constituição de 1988 trouxe os mandados de criminalização, que podem ser entendidos como uma ordem constitucional direcionada ao legislador infraconstitucional para editar normas para tratar de certos temas – que a constituição entende como relevantes, pois veiculam conteúdo penal – de forma a tornar viável o exercício e proteção do direito constitucionalmente previsto.

Logo, o que se tem na essência é uma delegação por parte da Constituição ao legislador infraconstitucional para regular uma matéria. Os mandados de criminalização podem ser explícitos ou implícitos. Os primeiros podem ser vistos, dentre outros, no artigo 5º da CRFB/88, nos seguintes incisos:⁶¹

- XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
- XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁶¹ Ibid.

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Um exemplo desta situação é a Lei de Crimes Hediondos. Observe que a própria Constituição tratou da matéria em seu texto, entretanto, deixou a cargo da legislação infraconstitucional tratar de forma minuciosa da matéria. Esta Lei foi alterada por diversas vezes, o que teria sido muito mais complicado se toda a matéria tivesse sido regulada pela própria CRFB e só pudesse ser tocada por emenda.

No que tange aos mandados de criminalização implícitos podem ser citados os seguintes casos:⁶²

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, nos termos seguintes:

(...)

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

VI - É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Note-se que no caso do inciso II, o exemplo não poderia ser mais claro. A lei diz claramente que a única forma de compelir alguém a determinado comportamento ou a não o praticar é por meio da Lei. Logo, cabe ao Legislador infraconstitucional tipificar formalmente as condutas que pretende criminalizar.

Assim, apesar de parecer óbvio, cabe destacar que o destinatário de um mandado de criminalização é o Poder Legislativo, justamente porque será necessário a elaboração de uma norma para regular a matéria constitucional. Ressalta-se que se trata de matéria penal, isso quer dizer que toda a elaboração da norma deverá observar o processo legislativo aqui já descrito, com a incidência de todos os princípios constitucionais e penais, dentre eles o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes.

Dito isto, é possível concluir que nem mesmo um mandado constitucional de criminalização autorizaria o Poder Judiciário a criminalizar uma conduta não prevista em lei

⁶² Ibid.

como típica ou agravar uma conduta típica sem lei para tanto, por meio de suas decisões, sejam elas proferidas em qualquer caráter.

Não se nega que o Poder Judiciário tenha ganho um papel de destaque com a implementação da teoria dos precedentes judiciais. Esta teoria pode ser entendida como um sistema em que os fundamentos jurídicos de uma decisão judicial são usados como modelo para solucionar outros casos concretos similares, ou seja, a *ratio decidendi/holding* – as razões de decidir – de um caso podem servir como base para julgar casos análogos.

A finalidade desta teoria é fazer com que casos semelhantes não tenham soluções distintas, e desta maneira, atender ao princípio da isonomia, da segurança jurídica e até mesmo ao princípio da celeridade processual. Note-se que o precedente se diferencia da jurisprudência, já que está é o conjunto de decisões de um determinado Tribunal em um determinado sentido, ou seja, há uma pluralidade, enquanto aquele pode ser composto por uma decisão ou parte dela, como bem ensina Volpe.⁶³

Assim, a distinção básica entre precedente e jurisprudência reside na circunstância de que enquanto um precedente é substantivo singular, a jurisprudência é substantivo coletivo, e, para ser corretamente denominada como tal, deve se constituir de decisões ou acórdãos uniformes, que reflitam o pensamento dominante de um determinado Tribunal ou, se possível, do Poder Judiciário por inteiro.

Cabe mencionar que na fundamentação de uma decisão há, além das razões de decidir, argumentos de caráter auxiliar ou secundários ou de passagem, que não tem o condão de alterar o conteúdo da norma jurídica individualizada, é o que se chama de *obiter dictum*. O instituto dos precedentes demonstra uma inclinação do ordenamento jurídico brasileiro ao *common law*, já que eleva o alcance e força das decisões judiciais.

A crítica que se faz, é no sentido um precedente acabar limitando a dinâmica do direito já que poderia não se atentar para as peculiaridades de um determinado caso concreto e acabar por haver uma generalização do direito. Entretanto, para evitar esta situação, é usada a técnica do *distinguish*, segundo a qual quando houver em um caso peculiaridades que não permitam a aplicação do precedente, deverá a defesa apontá-la ao órgão julgador.

Outra técnica que deve ser destacada é a chamada *overruling* – superação da regra –, segundo a qual estabelecido um precedente este pode vir a ser superado caso seu conteúdo não seja mais compatível com os anseios sociais ou até mesmo com uma Lei que venha a ser editada

⁶³ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 556.

entre outras. Trata-se de uma forma de evitar o engessamento do direito fazendo com este acompanhe a evolução social.

O Código de Processo Civil de 2015 tratou da matéria nos artigos 926, 927 e 928⁶⁴, trazendo à baila a força da sistemática dos precedentes ao estabelecer inúmeras disposições as quais os Juízes e os Tribunais deverão observar. Incumbe a estes agentes manterem suas jurisprudências uniformes e atualizadas, em se tratando de súmulas, deverão se ater as circunstâncias fáticas que motivaram a criação do precedente e pontua a obrigatoriedade destes agentes de observar certas decisões, como por exemplo as decisões do STF em controle concentrado e as súmulas vinculantes.

Além de trazer estas incumbências, o CPC/2015 no artigo 988⁶⁵ destacou a possibilidade de uso do instituto da reclamação para impugnar a não observação desses ônus pelos Juízes e Tribunais. Assim, percebe-se que os efeitos das decisões proferidas no sistema de precedentes tiveram seu alcance alargado e priorizado.

Uma vez citadas as razões favoráveis aos precedentes, cabe acrescentar algumas outras críticas que o instituto também recebe. A primeira se relaciona ao princípio da separação de poderes, pois uma vez que as decisões do Judiciário ganham maior alcance e força, estaria este Poder elaborando normas, e por sua vez usurpando a competência do Poder Legislativo. Esta crítica não se sustenta, como explica Marinoni:⁶⁶

O Poder Judiciário tem poder de editar enunciados vinculantes como súmulas e precedentes sem usurpar a competência do Legislativo, pois, os precedentes não têm natureza legislativa, porque podem ser revogados pelas Cortes, e tem eficácia obrigatória sobre os membros do Judiciário

A segunda crítica feita, é sobre a estabilização do direito como fator impeditivo da alteração dos entendimentos. Marinoni explica:⁶⁷

Pode-se objetar que a observância do sistema de precedentes - dada a força obrigatória do precedente judicial - tornaria o direito engessado e impossibilitado de evoluir. Todavia, tal manifestação é derivada de uma análise superficial e apressada, segundo a qual não haveria possibilidade de alteração ou superação do precedente.

O autor diz que a crítica emana de uma análise superficial e apressada pois não leva

⁶⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 149.

⁶⁷ *Idem*, 2011, p. 190.

em consideração os institutos da *overruling* e do *distinguish* que tem por finalidade justamente permitir a superação de um entendimento ou até mesmo a possibilidade da não aplicação de um precedente em virtude de diferenças entre paradigma e o caso concreto.

Outra crítica aos precedentes diz respeito a vinculação do juiz, pois violaria a independência funcional do magistrado. Esse argumento também não se sustenta, novamente Marinoni aponta o motivo:⁶⁸

É evidente que o juiz não é um subalterno da Corte Suprema, sabido que toso os juízes exercem e possuem o mesmo poder, diferenciando-se na medida das suas competências. Isso não quer dizer, entretanto, que o Judiciário não tenha o dever de tratar de modo igual os casos iguais, do que é corolário lógico a necessidade de os juízes inferiores estarem vinculados aos precedentes. Note-se que o problema não é, exatamente, subordinar o juiz inferior ao superior, mas sim fazer com que o judiciário respeite suas decisões pretéritas, ou melhor, os precedentes que se formaram no passado. São todos os juízes, e não somente os inferiores que devem respeito as precedentes. Quem deve respeito aos precedentes é o Judiciário. E isso, simplesmente, porque o Judiciário tem o dever de expressar, de modo coerente, a ordem jurídica.

Entendida a natureza e toda a dinâmica de um precedente pode-se concluir que não é possível a criação de uma Lei por meio deste, pois sua característica de vinculação afeta apenas ao Poder Judiciário, ponto substancial na diferenciação entre o precedente e a Lei, já que esta tem por característica básica a generalidade e a abstração, ou seja, se aplica a todos indistintamente.

Assim, confirma-se que a atividade legislativa não pertence ao Poder Judiciário. A este Poder caberá a interpretação e aplicação uniforme da lei, sendo o precedente um meio de expressar a interpretação dada pelos Juízes e Tribunais de uma norma perante casos semelhantes. Esta interpretação é norteadada pelo princípio da máxima efetividade, que segundo Canotilho:⁶⁹

[...] é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Observe que o sentido é dar unidade ao ordenamento jurídico por meio de uma aplicação uniforme do direito, sendo sempre necessário observar o regramento Constitucional, dando a maior efetividade possível aos direitos fundamentais. Mas, tendo sempre em vista que

⁶⁸ Idem, op. cit., 2016, p. 152.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 7. ed., 3ª Reimpressão, 2003, p. 1.224.

não é possível usar tal sistema para usurpar competências de outros Poderes, justamente porque deve haver uma interpretação sistemática das normas, ou seja, devem ser vistas como um conjunto harmônico, não podendo ser interpretadas separadamente.

Nesse sentido, torna-se possível concluir que havendo um mandado de criminalização de determinado tema, essa ordem não poderá ser cumprida por meio de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controle Concentrado por duas razões básicas, a primeira é que um mandando de criminalização pressupõe a edição de uma Lei em obediência ao princípio da Legalidade e, segundo porque a separação dos poderes impõe que o Poder legislativo seria o Competente para tanto, sob pena de usurpação de competência.

No presente estudo, em que se visa o enfrentamento da criminalização da LGBTfobia pelo Poder Judiciário, a partir das premissas estabelecidas torna-se claro concluir que nitidamente o tema é conteúdo de um mandado de criminalização explícito, pois o art. 5º, XLI determina que:⁷⁰ “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Uma vez estabelecido que o direito de se autodeterminar sexualmente está abrangido nos direitos e liberdades fundamentais, torna-se consequência imediata a punição por qualquer tipo de discriminação perpetrado contra este. Mas observe, a própria Constituição ao trazer esta proteção ressaltou que ela se dará por meio de Lei.

Sendo assim, este mandado de criminalização é direcionado ao Poder Legislativo, que editará a norma capaz de efetivar o direito constitucionalmente previsto. Logo, a conclusão é óbvia, não poderia o Poder Judiciário criminalizar a LGBTfobia por não haver Lei para tanto e por não ser competente para editá-la, já que matéria penal só pode ser tratada pelo Poder Legislativo.

A questão que surge é: se o Poder Legislativo se omitir na sua função, poderiam outros Poderes fazê-lo? Para responder tal indagação deve-se iniciar pelos meios aptos a impugnar a mora Legislativa a fim de combater a síndrome da inefetividade das normas constitucionais. A Constituição traz em seu bojo duas ações que se prestam a esta finalidade, quais sejam, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, doravante denominados de MI e ADO.

O MI encontra-se previsto no art. 5º, inciso LXXI da CRFB/88, segundo o qual:⁷¹ “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne

⁷⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁷¹ Ibid.

inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Além da Constituição, o MI foi tratado ainda, na Lei nº 13.300/2016.

A razão de sua existência se relaciona diretamente com as normas de eficácia limitada. Isso porque, como dito anteriormente, tais normas veiculam direitos que para serem exercidos em sua plenitude demandam da edição de uma segunda norma pelo legislador infraconstitucional. Uma vez que esta norma não seja editada por mora do Poder legislativo, fazendo com que o direito não possa ser exercido pelo cidadão, nasce para este a pretensão de pugnar a efetivação do direito, que será feita por meio de ação constitucional, no caso o MI.

Os efeitos desta ação constitucional evoluíram de forma gradativa com o decorrer dos anos. No início, seu efeito se restringia a declaração da mora do Poder Legislativo apenas. A justificativa para isto se baseava no princípio da separação dos poderes, pois para o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário não poderia agir como substituto do Poder Legislativo. Logo, a corte adotava clara posição não concretista, como resultado, o direito subjetivo do cidadão não era de fato concretizado. Tal opção pode ser vista na seguinte decisão do STF:⁷²

Mandado de injunção. Juros reais. Parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal. - Esta Corte, ao julgar a ADIN nº 4, entendeu (...) que o disposto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era autoaplicável, razão por que necessita de regulamentação. - Passados mais de doze anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa (...). Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, deixando-se de fixar prazo para o suprimento dessa omissão constitucional em face da orientação firmada por esta Corte (MI 361).

Posteriormente, a mesma corte buscou evoluir sua jurisprudência para dar ao mandado de injunção novos efeitos, com vistas a dar maior efetividade ao direito subjetivo do jurisdicionado. Assim, a decisão no MI passou a prever prazo para que o Poder Legislativo suprisse sua mora. Entretanto, caso o Legislativo não editasse a norma regulamentadora dentro do prazo, a única consequência era permitir ao cidadão pleitear reparação financeira por possíveis danos decorrentes da ausência legislativa.

Já em um terceiro momento, o STF foi chamado novamente a se pronunciar sobre o tema. O caso concreto girava em torno do direito de greve dos servidores públicos, em que estes não podiam exercer tal direito em razão da ausência de norma regulamentadora. Assim, no

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 584*, Min. Moreira Alves, j. 29.11.2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100019/false>. Acesso em: 05 abr. 2021.

julgamento dos MI 670, 708 e 712 a corte decidiu pelo uso analógico da Lei geral de Greve para permitir aos servidores públicos exercerem o direito de greve.

Assim, de forma inédita o STF fez uso da teoria concretista, de modo a satisfazer o direito subjetivo pleiteado em sede de MI. A corte se posicionou no mesmo sentido no julgamento do MI 795 que tratava da aposentadoria especial dos servidores públicos e ao ser chamada a se manifestar por meio do MI 943 – relativo ao aviso prévio proporcional –, demonstrou que decidiria de forma semelhante a seus últimos julgados, entretanto, nesta oportunidade o Legislativo procedeu a regulamentação da matéria antes mesmo que fosse proferida decisão no MI.

Por fim, foi editada a Lei nº 13.300/2016 que ratificou os efeitos já adotados pelo STF. Assim, o artigo 8º do referido diploma passou a prever expressamente que:⁷³

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.

A Lei também passou a prever que a decisão proferida no julgamento do MI produzirá efeitos até a elaboração da norma regulamentadora, e que quando do surgimento desta, seus efeitos serão *ex nunc* em relação aos jurisdicionados beneficiados pela decisão, com a exceção de Lei mais benéfica, caso em que retroagirá.

Um ponto que merece destaque sobre a edição desta Lei é a aquele relativo à crítica que se fazia sobre a atuação do Judiciário como substituto legislativo. Se antes a crítica era violação da separação dos poderes, com a edição desta lei, ela se torna vazia, pois assim como ocorre nas funções típicas e atípicas, o fundamento é o mesmo para legitimar os atuais efeitos do MI, qual seja, a Lei.

Cabe destacar que o MI é utilizado em um caso concreto, seja de forma individual ou coletiva, significa dizer que seu uso só se dá pelo controle difuso de constitucionalidade pela via incidental – aqui, a questão da (in)constitucionalidade é pressuposto para decidir o mérito do caso concreto –. Assim, a decisão proveniente de seu julgamento afeta apenas as partes envolvidas. É justamente neste ponto que se encontra o traço de distinção entre o MI e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

⁷³ BRASIL. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

A ADO também constitui ação de índole constitucional prevista no art. 103, § 2º da CRFB/88 e na Lei nº 9.868/1999, funciona de forma bastante similar ao MI. Isto porque aquela ação também tem como pressuposto de cabimento um não atuar, ou seja, uma omissão de um Poder, quando a Constituição determina um agir. Esta ação costuma ser conceituada como ação de sinal trocado, pois enquanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade verifica-se um agir em descompasso com a CRFB/88 – positiva –, na ADO, verifica-se um não agir quando o deveria – negativa –. Nas palavras de Miranda:⁷⁴

Configura-se inconstitucionalidade por ação no comportamento dos poderes constituídos que atuam em desconformidade com a Constituição. Deste modo, invertendo-se o sentido, entende-se verificada a inconstitucionalidade por omissão no comportamento dos poderes constituídos que, ao não atuar, o fazem em desconformidade com os ditames constitucionais.

A diferença entre o MI e a ADO é que está se presta ao controle concentrado de constitucionalidade – nesta situação o mérito da demanda é própria constitucionalidade da norma –, por isto seus efeitos têm eficácia *erga omnes*, não se limitando apenas as partes envolvidas como ocorre no MI.

Justamente por esta razão, a competência para julgamento da ADO é do STF, diferentemente do MI, que é julgado pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelo STJ e pelo STF. Ressalta-se que a ADO encontra uma limitação em seu pedido, que é a ciência do Poder Legislativo de sua omissão, fornecendo-lhe prazo razoável para saná-la. A razão desta restrição está associada diretamente pela escolha do Constituinte em atribuir ao Poder Legislativo a competência para legislar.

Tendo em vista que a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade tem efeito *erga omnes*, não seria possível permitir que o pedido na ADO fosse diverso do descrito acima, pois o que se teria na essência seria verdadeira atividade legislativa pelo Judiciário.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, como regra, deve ser aquela atribuída ao legislador negativo, ou seja, deve se limitar a afastar as normas inconstitucionais pois a função de legislador positivo pertence ao Poder legislativo. Entretanto, não é o que vem ocorrendo. Muitas tem sido as ocasiões em que este Tribunal não se limita a afastar a norma inconstitucional, mas atua de forma positiva, caracterizando verdadeira atividade legislativa heterônoma. Assim, são produzidas as denominadas decisões manipuladoras, que segundo

⁷⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2005. 6. t: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 2. ed. rev. Atual, p. 292.

Coelho podem ser entendidas como:⁷⁵

Sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição.

A sentença manipulativa é classificada como gênero do qual decorrem algumas espécies. Dentre elas, cabe destacar a espécie de sentença manipulativa de efeito aditivo, em que o STF declara inconstitucional um dispositivo legal pelo que ele omite, neste caso o dispositivo não fala o suficiente, por isso a Corte procede a um alargamento do texto ou alcance da lei. A ADPF nº 54, em que se discutiu a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, é um exemplo de decisão manipulativa com efeito aditivo.

Nesta ocasião o STF atuou como verdadeiro legislador positivo, pois, ao proceder a interpretação conforme a Constituição dos arts. 124 a 128 do Código Penal, a Corte elaborou nova hipótese de excludente de ilicitude do crime de aborto. De forma similar, a mesma corte procedeu no julgamento da ADO 26, quando enquadrou a LGBTfobia como crime de racismo, agravando substancialmente as consequências jurídicas-penais daqueles que cometam tal delito, já que o crime de racismo é considerado hediondo.

O argumento usado para justificar a atuação positiva deste Tribunal em geral é que a força normativa da Constituição impõe o dever de atuar para dar alcance a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Assim, ocorrendo a mora legislativa, o Tribunal deve agir para concretizar tais direitos.

Contudo, ainda que se reconheça a necessidade de dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais, como ocorre no caso da LGBTfobia, não se pode fazê-lo ao atropelo da Constituição, justamente porque não existe hierarquia entre normas Constitucionais, além disso, aplica-se a máxima de que um fim correto não justifica o uso de um meio errado. Logo, se o que se visa é a proteção de uma determinada categoria, ela não pode ser feita violando a separação dos poderes, a legalidade ou qualquer outra garantia fundamental.

Por isso, afirma-se com tranquilidade que nenhum dos argumentos explanados pelo STF é capaz de justificar a criminalização de uma conduta, por um Poder incompetente para tanto, agindo de forma contrária ao que determina a própria Constituição que este órgão deve resguardar. Nenhuma interpretação pode conduzir o contrário do que está claramente escrito no

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

texto Constitucional e nenhuma proteção pode ser alcançada de forma legítima, se não se der de acordo com os ditames Constitucionais.

3. UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS USADOS PELO STF PARA FUNDAMENTAR A DECISÃO DE CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA BASEADO NA NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DE MORA CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que o enfrentamento das razões de decidir do STF na ADO nº 26 será feito com base nos principais argumentos usados pela Corte, por razões meramente didáticas, uma vez que esta pesquisa deve atender a questões de cunho formal – número de laudas, entre outras – e seria inviável abordar o voto completo de cada Ministro, já que totalizam onze e cada voto pode ultrapassar 50 páginas.

3.1. A necessidade de declaração do estado de mora constitucional do poder legislativo e o uso indiscriminado da Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão

Ao analisar o voto do Min. Alexandre de Moraes⁷⁶, pode-se observar que seu primeiro apontamento visa justificar o cabimento da Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão. Para tanto, explica que no caso concreto os pressupostos de cabimento foram observados, uma vez que a Constituição expediu mandado de criminalização de qualquer conduta atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e que houve mora do Poder Legislativo em viabilizar tal comando.

Não se nega, de forma alguma, o correto cabimento desta ação neste caso concreto. Cabendo observar que atos homofóbicos e transfóbicos vão de encontro a direitos essenciais, tais como dignidade, liberdade, igualdade, segurança e tantos outros. Assim, diante da presença de todos os pressupostos de cabimento – mora constitucional e inviabilidade do efetivo exercício de um direito – sendo o STF provocado a se manifestar, este não poderia deixar de manifestar em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O ministro argumenta no sentido de que o Poder Legislativo atuou efetivamente na proteção de diversas outras minorias – mulheres, crianças, idosos, consumidor etc. – atendendo aquilo que a Constituição determina. Entretanto, no que diz respeito a comunidade LGBTQIA+, este Poder deixou de atuar positivamente em prol da proteção daqueles, ficando inerte por mais de 30 anos, agindo de forma contrária ao que fez correlação a proteção de outras minorias.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*, (Voto) Min. Alexandre de Moraes, j. 13.06.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

De fato, a proteção da comunidade LGBTQIA+ se mostrou precária, pois historicamente estas pessoas sofrem atos de violência e não houve por parte do Poder Público a adoção de medidas efetivas para combater tais agressões. É claro que diversos projetos de leis visando assegurar a proteção do público LGBTQIA+ foram propostos, mas não logram êxito em ser aprovados, seja por questões políticas – fundamentos religiosos – ou por qualquer outra.

É redundante dizer que o Brasil é um país laico, ou seja, não adota religião oficial, uma opção que reforça a liberdade religiosa, que é um aspecto do direito geral de liberdade. Mas a mesma liberdade que permite o exercício do direito a religião, também é a liberdade que permite o direito de se autodeterminar sexualmente sem que haja retaliações por isso. Assim, não pode o exercício de um direito – ideais religiosos – impedir o exercício de outro – liberdade sexual.

Dito isto, confirma-se que o centro do debate não é a deficiente proteção da comunidade LGBTQIA+, pois tal omissão é mais do que clara. A questão se torna controversa no ponto em que a corte decide enquadrar a LGBTfobia no conceito de raça, para que fosse possível a aplicação da Lei de Racismo aos crimes praticados contra a comunidade LGBTQIA+.

Nesse sentido, o ministro diz em seu voto:⁷⁷ “Há, portanto, necessidade de direcionarmos as regras hermenêuticas para garantir a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria”. Em outras palavras, o que se extrai da fala deste Ministro é que as regras de interpretação serão direcionadas para garantir a proteção efetiva aquelas pessoas.

Como dito anteriormente, a proteção deve ser efetivada e a mora do Poder legislativo resta patente. Entretanto, este direcionamento da interpretação não pode violar os demais preceitos constitucionais. É que como bem se sabe, não existe hierarquia entre normas constitucionais, o que significa dizer que uma norma constitucional não se sobrepõe a outra. Em suma, a proteção da comunidade LGBTQIA+ – por mais relevante e necessária que seja – não pode ignorar o princípio da legalidade.

Em outra passagem de seu voto, o Ministro diz que:⁷⁸

uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, e suas previsões devem servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do poder público, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

Não é outro o entendimento do Ministro Celso de Mello, como se cita:⁷⁹

É que a pretensão em referência – por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional – veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal. Como se sabe, a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.

Ora, se os princípios constitucionais são de observância obrigatória na atuação do Poder Público, em todos os seus Poderes, como justificar que o enquadramento da LGBTfobia como crime de racismo, sem a edição de uma lei formal não viola a legalidade? Ocorre que o Tribunal sustenta que o conceito de raça não se limita a cor da pele, admitindo assim que outras características sejam levadas em consideração para unir um grupo de pessoas.

Cite-se então, o significado da palavra “raça” no dicionário:⁸⁰

1. divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.) [Etnologicamente, a noção de raça é rejeitada por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial.].
2. conjunto de indivíduos pertencentes a cada um desses grupos.

Observe que o conceito diz que raça pode ser entendida como uma divisão dos seres humanos em grupos em razão de caracteres físicos hereditários. Claramente a questão da sexualidade não pode ser enquadrada como uma característica hereditária. Explica-se, hereditário por óbvio, é tudo aquilo que um ser humano traz consigo desde seu nascimento em consequência de razões genéticas. Só se pode herdar aquilo que anteriormente pertencia a uma outra pessoa na mesma árvore genealógica.

É o que ocorre com os traços físicos de um ser humano, tais como formato do corpo, cabelo, cor da pele, código genético, patologias e outras. Entretanto, por razões lógicas, o

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*, (Voto) Min. Celso de Mello, j. 13.06.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁸⁰ GOOGLE. *Conceito de raça*. Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=ra%C3%A7a+dicionario+aurelio&sxsrf=ALeKk031AuhuTiK8LTWjVZonGTwPSG2U3g%3A1619191981706&ei=reiCYIPDKqHY5OUP_aSiyAw&oq=ra%C3%A7a+dicionario+aurelio&gs_lcp=Cgnd3Mtd2l6EAMyBggAEBYQHjoHCAAQRxCwAzoHCAAQsAMQQzoCCABQzawFWP6BWDNxxVVoAXACeACAAe4CiAGgC5IBBzAuOC4wLjGYAQCgAQGqAQnd3Mtd2l6yAEJwAEB&scient=gws-wiz&ved=0ahUKEwjDzZGX2JTWAhUHLkGHX2SCMkQ4dUDCA4&uact=5. Acesso em: 23 abr. 2021.

mesmo não se pode dizer sobre a questão da sexualidade. É que como bem se sabe, não se herda a sexualidade dos genitores, sendo perfeitamente possível que pessoas heterossexuais tenham filhos gays, lésbicas, transsexuais, transgêneros e tantos outros. Assim como é possível que pessoas homossexuais tenham filhos heterossexuais.

Em síntese, a sexualidade não se herda. Ela é subjetiva, uma pessoa pode viver uma parte de sua vida sendo heterossexual, por exemplo, e posteriormente passar a ser homossexual, bissexual etc. Não há como determinar que este grupo de pessoas sejam ligadas por uma característica hereditária.

Uma vez exposto o conceito literal da palavra raça, cabe ainda destacar o que se entende por interpretar. Segundo Plácido de Silva, interpretar significa:⁸¹ “Examinar, perquirir e fixar o sentido ou a inteligência do texto legal, ou do teor do escrito, para que se tenha sua exata significação ou sentido.”

Não se ignora que no Direito a interpretação tem papel fundamental, assim como não se ignora que o Direito faz uso de diversos conceitos que não são propriamente jurídicos, o que demanda certa atenção do operador, é exatamente o que ocorre com o conceito de raça. O termo é extrajurídico, sendo baseado em uma construção social, o que significa dizer que quando importado para o campo jurídico deverá necessariamente levar em consideração seu conteúdo compatibilizando com as normas jurídicas.

Por isso, se a interpretação dada a um termo que compõe um tipo penal promover um alargamento no conteúdo da norma, implicando necessariamente em alteração do alcance desta norma, no Direito penal, deverá ser feito por meio de Lei pois, deve-se atentar para o fato de que o princípio da taxatividade exige que o tipo penal seja claro, preciso, devendo os elementos do tipo seguir esta regra e qualquer iniciativa que vise criminalizar uma conduta ou agravá-la, não poderá ser elaborada com base exclusivamente em uma interpretação.

Mas voltando ao conceito de raça, é interessante destacar que em oportunidade anterior, no julgamento do HC nº 82.424/RS⁸², esta mesma Corte se manifestou no sentido de repudiar a tese de divisão dos seres humanos em grupos raciais distintos, sob o fundamento de que todos são dotados de igual valor e dignidade. Veja a passagem que resume tal entendimento:⁸³

⁸¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 445.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82424/RS*. Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁸³ BRASIL, op. cit., nota 79.

Cabe registrar, no ponto, a censura manifestada pelo Supremo Tribunal Federal (...) contra a defesa da ideia descabida de lógica e de razão subjacente à teoria racial que propõe a subdivisão artificial da espécie humana em agrupamentos raciais distintos. Em referido julgamento, esta Suprema Corte reafirmou, de maneira inequívoca, a proclamação consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) de que todos os membros da família humana, sem qualquer distinção, são dotados de igual dignidade e valor, inerentes à própria condição humana, de modo que a pretensão de subdividir a humanidade em grupos distintos (“raças”), além de ressentir-se de qualquer legitimidade científica ou jurídica, revela-se inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na ordem internacional e na CRFB/88.

Neste mesmo julgado, a Corte acolheu o parecer emitido por Celso Lafer, no seguinte sentido:⁸⁴

O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infra-constitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma ‘raça’ para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, (...). Só existe uma ‘raça’ – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que ‘raça’ é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade.

E segue explicando que só existe uma raça – a humana – e que todos podem ser vítimas de racismo. Veja:⁸⁵ “Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo”.

O parecerista, elucida ainda, que não se pode minorar a proteção ofertada pelos direitos e garantias constitucionais, e por isso diz que do contrário:⁸⁶

Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento contrário sensu, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças.

E conclui seu parecer com a seguinte fala:⁸⁷

Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patricios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer

⁸⁴ LAFER apud BRASIL, op. cit., nota 79.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.

Observe, em um primeiro momento, que o princípio da legalidade também é uma garantia constitucional, e como o próprio autor aponta, direitos e garantias fundamentais não podem ser ter sua proteção reduzida. Ora, mas deixar de aplicar uma interpretação restritiva no que diz respeito ao Direito Penal, ao argumento de que se está dando interpretação conforme a Constituição, quando ao final da operação se obtém novo tipo penal, é justamente mitigar a proteção a que o princípio da legalidade se presta.

Repare que esta conceituação adotada pelo STF no julgado acima exposto, no sentido de haver apenas uma raça, apesar de filosoficamente fazer todo sentido, trouxe um grande questionamento consigo, qual seja: se existe apenas uma raça, então o crime de racismo se aplica a todos? Essa foi a política criminal adotada pelo legislativo?

Se a resposta for positiva, então surgem diversos problemas em matéria de Direito Penal, pois o sujeito passivo do crime foi alterado de forma substancial, como poderia o agente saber previamente quem estaria incluso neste conceito? Simplesmente tornou-se impossível responder esta pergunta. Note que uma extensão de um conceito pode trazer consequências penalmente avassaladoras como, por exemplo, a imprescritibilidade, situação que claramente agrava substancialmente a situação do réu, o que só poderia ocorrer por meio de lei.

Cabe ressaltar, ainda, que se gênero pudesse ser compreendido no conceito de raça, então a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO n. 26 teria impactos ainda maiores na legislação penal brasileira, incidindo nos conceitos típicos de injúria preconceituosa e tortura discriminatória descritas, respectivamente, nos artigos 140 § 3º CP e artigo 1º, I, c da Lei n. 9455/97, bem como em qualquer outro dispositivo que trate de crimes cometidos em razão da raça, alargando sobremaneira a abrangência do tipo incriminador, quando essa não foi a vontade do legislador na elaboração daqueles textos.

O comportamento adotado pelo STF na referida decisão, consubstancia diversas violações a ordem jurídica, uma mitigação sem tamanho ao *in dubio pro reo*, ao princípio da legalidade com todos os seus corolários, a separação de poderes, a vedação da interpretação extensiva, em suma, a própria Constituição.

Na essência, o que pretende o STF com o encampamento da tese de haver apenas uma raça, é a erradicação do comportamento discriminatório por razões de etnia, cor entre outras. Um sentimento muito nobre, mas que não pode conduzir a outras violações. Contudo, ainda

que perante a lei todos devam ser tratados de maneira igualitária, deve-se sempre atentar para o fato de que existem sim diferenças entre os seres humanos, e são exatamente essas diferenças que os fazem seres extraordinários. Assim, essas diferenças devem ser levadas em consideração pelo direito, tanto é assim que a própria Constituição priorizou proteção a determinados grupos por havê-los como mais vulneráveis a determinados crimes. É por isso que o idoso, a mulher a criança, e tantos outros grupos recebem tratamento específico.

Esta necessidade atual de desconstruir conceitos é um tanto quanto perigosa para o direito, pois pode minorar substancialmente a proteção que a Constituição tanto se preocupou em dar a certas pessoas. Não há problema algum em reconhecer que existem grupos distintos dentro de uma mesma sociedade, pois na prática, é exatamente o que ocorre. Há pessoas que se ligam por diversas questões, tais como regionalidade, religião, descendência, cor, orientação sexual, gênero e tantas outras.

O Direito deve ter como premissa básica tentar alcançar ao máximo aquilo que se passa na sociedade, e não apenas viver de teorias que se distanciam daquela. Por isso, é premente aceitar que desde os tempos mais primórdios a sociedade sempre se dividiu em grupos, é da essência humana. O que não se pode jamais aceitar, é o menosprezo a dignidade de um ser humano, em razão desta diferenciação.

É isso que traduz o preconceito, seja ele da natureza que for, ele sempre estará baseado no repúdio ao diferente, é este comportamento que o direito deve combater. Por isso, se torna premente reconhecer os diferentes grupos sociais, abraçando suas especificidades. A igualdade, no fim, só é alcançada verdadeiramente quando abarca os desiguais. É por esta razão que:⁸⁸ “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

3.2. A necessidade de justiça e proteção da comunidade LGBTQIA+ e os limites Constitucionais para exercê-la.

O Estado tem o dever de efetivar ao máximo a proteção que a Constituição idealizou a determinados grupos. Contudo, ao fazê-lo, precisa se atentar para que o faça de forma harmônica, ou seja, sem que no caminho viole outras garantias constitucionais. Não é o que parece ter havido no julgamento da ADO nº 26. A impressão é que a vontade de proteger a comunidade LGBTQIA+ acabou por ignorar a garantia geral da legalidade.

⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

De forma similar fez o Superior Tribunal de Justiça, quando decidiu por dar provimento a um agravo, interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que reconheceu a prescrição em uma condenação pela prática do crime de injúria racial. A Corte entendeu na ocasião que o crime de injúria racial era extensivamente, uma prática de racismo, e por consequência, imprescritível. Na oportunidade foi publicado um artigo da autoria de Lenio Streck, a que esta pesquisa se filia. Observe então a abordagem do autor sobre a referida decisão:⁸⁹

PHA se excedeu na crítica e ultrapassou, segundo o judiciário, a linha demarcatória entre a crítica jornalista e a injúria. Mas a punição de PHA deveria ocorrer mesmo contra disposição legal, só para fazer “justiça”, uma vez que a crítica dirigida a HP foi ofensiva? Eis o busilis. Esclareço. Para o bem e para o mal, como sempre digo — porque o direito deve ser aplicado por princípios — o delito estava prescrito, situação que, entretanto, foi superada no julgamento pelo STJ. Com efeito, o desembargador convocado Ericson Maranhão concluiu que a injúria racial é imprescritível, uma vez que ela “também traduz preconceito de cor” e soma-se àqueles definidos na Lei 7.716/89, “cujo rol não é taxativo”.

Já é possível notar no que foi descrito pelo autor até este momento que o caso guarda grande similitude com a decisão objeto desta pesquisa, uma vez que em ambos os casos se pode perceber uma tendência do Judiciário de dizer mais do que a Lei autoriza. Segue, então, o autor expondo o desenrolar do caso:⁹⁰

[...] Ainda, encampando entendimento de Guilherme Nucci, entendeu que a injúria racial seria mais um delito de racismo e imprescritível. Ora, se injúria qualificada é igual a racismo, por que seriam tipos penais diferentes? Mas isso não é aquilo que antigamente chamávamos de interpretação extensiva, vedada em direito penal? Está equivocado o doutrinador Guilherme Nucci. O direito penal não permite que se crie um rol extensivo, pela simples razão de que o cidadão deve saber, antes, aquilo pelo qual pode ser punido e o alcance da punição. Qual é o limite desse rol não taxativo, isto é, desse rol extensivo? Extensivo ao infinito? Uma anedota pode ser um crime imprescritível, mesmo enquadrado como injúria racial? Um pouco de ortodoxia no direito penal parece-me bom.

Ora, mas é exatamente isto que está pesquisa vem abordando incansavelmente no decorrer de sua produção. Sim, as respostas para todas as perguntas retóricas feitas pelo autor são positivas. Sim, o cidadão deve saber previamente as consequências jurídicos-penais da prática de determinada conduta, pelo menos é o que diz a Constituição. Apesar de não ser o que de fato ocorre.

Sim, pelo visto é possível utilizar um rol não taxativo para abranger toda e qualquer

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁹⁰ Ibid.

conduta que seja conveniente, e não apenas isto, mas também é possível abrir um conceito ao infinito, de forma a incluir nele até mesmo uma conduta não tipificada formalmente. Sim, tudo é possível, inclusive o que não é! O direito parece ter ganhado contornos diferentes daquilo que deveria ser, ao menos neste país. É com esta indignação que o autor segue em sua explanação:⁹¹

Aliás, falta muita coisa nesse sentido no Brasil. Estamos ficando demasiadamente “avançados”. Moralizamos o direito. Acreditamos muito pouco no direito posto e queremos corrigir esse direito “insuficiente” com nossas opiniões e teses. Talvez por isso o relator no STJ tenha dito “tenho para mim”. Sim. Ele “tem para ele”. Só que o direito é de todos. É uma linguagem pública. Não depende de uma posição pessoal. Eu também não gosto de atitudes preconceituosas. Mas nem por isso posso atropelar a legislação. Mesmo que Celso Lafer diga que preconceito é coisa ruim, horrível. Eu também acho. Todos achamos. Aliás, quem acha que racismo ou preconceito é uma coisa boa?

Ninguém, caro autor, esta é a resposta correta – apesar do esmagador número de casos deste crime no Brasil – este sentimento de repúdio e inconformismo que se experimenta quando se está diante de uma conduta criminosa é a reação humana esperada. Todavia, não se pode “vestir a capa do Batman” e exercer a “justiça” pelos meios que subjetivamente alguém julgue necessário. Não pode! O estado guardou consigo o direito de punir, não podendo o cidadão “fazer justiça com as próprias mãos” – fora das hipóteses em que a Lei autoriza tal conduta – sob pena de incorrer no crime de exercício arbitrário das próprias razões. Não é esta uma das lições mais básicas que se aprende nos bancos universitários?

É provável que ninguém tenha esta resposta. Indo adiante, o autor prossegue em sua argumentação dizendo:⁹²

Por isso, será possível que o judiciário considere um crime incluído em uma lei que nada refere a tal liberdade? Nesse sentido, a lei penal deve ser prévia, certa, escrita e estrita, razão pela qual não se admite analogia in malam partem, tampouco a criação judicial de tipos penais ou a extensão de um rol de delitos imprescritíveis. Só o legislador pode fazer isso. Por isso, deve haver um elenco taxativo. Numa palavra, a applicatio, a coerência e a integridade constituem limites objetivos à interpretação judicial, de modo que não é possível admitir a violação da autonomia do direito. Claro que práticas racistas são indesejáveis. Homicídios também. Corrupção, idem. Todo desgostou. Mas em nenhum dos casos é possível ir além dos limites do sistema legal. Mesmo que teleologicamente desejemos.

Para o autor, e assim deveria ser para todos, a interpretação de uma norma possui limites objetivos, ela não é irrestrita. Não é possível, por exemplo, que o resultado de uma interpretação diga o contrário do que está escrito ou algo com sentido completamente diferente

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

daquilo que está escrito. Se assim fosse, a Lei perderia completamente sua finalidade. É nesse sentido que o autor segue argumentando:⁹³

No caso, até entendo que, uma vez mais, o julgador brasileiro, com boa intenção e frustrado, tenta fazer mais do que a lei lhe autoriza. Só que isso configura ativismo. Para o bem ou para o mal! Muitos concordarão, com base no caso concreto, que a conduta do julgador é correta, embora não autorizada legalmente, pois permitiu a punição por uma efetiva e comprovada ofensa. O problema é que essa liberdade não pode ser casuística, e essa aprovação faz com que o julgador se sinta livre para agir novamente superando o ordenamento jurídico pelos mais variados motivos, passando a agir como legislador, com as mais variadas consequências. Veja-se que o entendimento apresentado — e que serviu de forma utilitária para salvar o processo e aplicar a pena — conduzirá que se considere a “injúria qualificada” também como inafiançável, tratamento conferido pela Constituição aos delitos de racismo!

Como dito pelo autor, a adoção de uma interpretação extensiva – até então vedada em Direito penal – pode conduzir a diversas violações de direitos básicos do cidadão. A construção do Direito como se tem hoje, levou muitas centenas de anos, elaborado sempre a partir da observação da realidade, e do sentimento coletivo de modificá-la para que se alcance a tão sonhada paz social. Por isso, a Constituição fez questão de tratar os direitos e garantias fundamentais com máxima importância, pois são bens caros do cidadão. Por isso o autor conclui dizendo que:⁹⁴

[...]o controle penal das condutas discriminatórias é de fundamental importância para a consolidação de uma democracia inclusiva e do respeito aos direitos humanos, independentemente de critérios envolvendo a raça ou a etnia. Por outro lado, não se pode claudicar, relativizando garantias penais estruturantes do Estado Democrático de Direito, a exemplo do princípio da legalidade penal estrita, sob pena de um retrocesso histórico ao Ancien Régime. E isso é uma questão de princípio!

É no mínimo intrigante perceber a conveniência dos argumentos a depender daquilo que se decide, pois se um Tribunal em certo julgamento se manifesta no sentido de repudiar a divisão dos seres humanos em raças distintas, sob o fundamento de que todos são possuem igual valor de dignidade, como o mesmo Tribunal pode em outro julgamento, não apenas afirmar a existência do conceito de raça, como ainda, expandir a abrangência deste conceito?

Tal posicionamento antagônico só pode ser explicado pela conveniência argumentativa daquilo que se visa alcançar. No fim, não se usa o direito para chegar à conclusão justa, mas sim para justificar uma decisão baseada em critérios subjetivos. Ao enquadrar os crimes contra a população LGBTQIA+ na Lei de Racismo por meio de uma decisão em controle

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

de constitucionalidade concentrado, o STF alargou a proteção originalmente contida na norma, e conseqüentemente, agravou a situação daqueles que praticassem os crimes abrangidos por esta Lei.

Ao proceder desta forma, esta corte ignorou completamente as prescrições do princípio da legalidade, pois não havia lei formal agravando os crimes praticados contra a comunidade LGBTQIA+. É nítida a ofensa ao princípio da legalidade, pois independentemente do argumento que se use para justificar a decisão, o Tribunal tratou de matéria penal, inovando no ordenamento jurídico e agravando as conseqüências jurídico-penais de determinadas condutas, sem que uma Lei dispusesse nesse sentido.

Interessante demonstrar que o próprio Ministro Alexandre de Moraes cita em outro trecho de seu voto a relevância de respeitar plenamente os princípios e objetivos da CRFB/88 e os direitos fundamentais, oportunidade em que diz que:⁹⁵ “Somente com o pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos Direitos Fundamentais, poderemos almejar a conquista da verdadeira liberdade, projeto maior de um Estado Democrático de Direito.”

Bom, é contraditório falar em pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos direitos fundamentais, quando o princípio da Legalidade foi claramente mitigado na mesma decisão em que se citou tal passagem. Não se ignora o fato de não haver direito absoluto em relação a outro, mas também não se deveria ignorar o fato de que a própria Constituição determina que os direitos e garantias fundamentais não podem ter seu conteúdo esvaziado. Como se pode justificar uma decisão emitida para proteger a população, mas que é construída a partir do desrespeito a importante garantia desta mesma população?

O que a princípio pode parecer proveitoso – agravar a punição dos crimes cometidos contra a comunidade LGBTQIA+ – pode, na verdade, camuflar grande perigo para todos, inclusive para esta comunidade em específico. Se diz isto porque uma decisão arbitrária pode a depender do momento, beneficiar ou prejudicar. Se um Tribunal pode ultrapassar as determinações da Constituição para o “bem”, também o pode para o “mal”. É, na verdade, uma questão de perspectiva, e aqueles que regozijam deste tipo de decisão, podem, em outro momento, ser aqueles que são atingidos por ela.

Nada mais se quer dizer, em outras palavras, do que a importância que a segurança jurídica oferta para a vida em sociedade. Todo cidadão deveria dormir tranquilo, tendo a certeza de que o agravamento de uma pena ou criação de um crime só seria feito da forma que a Constituição determina, e assim, o cidadão deveria sempre ter ciência previa das condutas

⁹⁵ BRASIL, op. cit., nota 76.

incriminadas com suas respectivas penas.

Contrariar a Constituição – quando criminalizou a LGBTfobia – para proteger a própria Constituição – argumento no sentido de trazer máxima efetividade a CRFB/88 – é, no mínimo, uma contradição. Não se pode desrespeitar algo ou alguém, para proteger esse mesmo algo ou alguém. O legislador constituinte foi preciso ao determinar que os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados, e mais preciso ainda ao dizer a forma como esta proteção deve se dá, é com Lei.

A constituição, como já dito antes, tem força normativa, não é uma mera indicação, se o Constituinte se deu ao trabalho de dispor sobre as competências dos Poderes e sobre um processo legislativo de forma detalhada é porque ele próprio determinou a importância deste tema. Assim, não cabe ao Estado, seja em qualquer de suas esferas, decidir se aplica ou não aquilo que determina a Constituição, não há discricionariedade aqui. Ao contrário, o Estado só pode agir quando a Lei assim o permitir.

Também não cabe ao Poder Judiciário proceder a interpretações do texto constitucional que contrariem o próprio texto constitucional. Logo, o argumento que a corte usou no sentido de dar interpretação conforme a constituição dos dispositivos da Lei de Racismo, não podem de igual forma se sustentar.

Como já dito, há um limite para interpretar um dispositivo, que é o próprio sentido literal da norma e a sua *mens legis*, ou seja, se uma norma diz “proibido correr”, a maior interpretação que se pode dar a esta norma é sobre “correr”, jamais poderia por exemplo ser extraída uma interpretação que proibisse “andar”. A razão é óbvia, a norma original fala sobre a proibição de correr, não de andar. Caso se deseje proibir a conduta de andar, será necessário elaborar uma norma que proíba esta conduta específica. A isto se chama legalidade, taxatividade e limite interpretativo.

O que de verdade parece ocorrer, são manobras na aplicação do direito para justificar decisões que por lei seriam injustificáveis. Diz-se isso porque o próprio Tribunal reconhece que não está autorizado a legislar. Veja outro trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes que demonstra tal ciência:⁹⁶

Em um sistema constitucional que preza pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos, declarada a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da CRFB/88, ao Supremo Tribunal Federal não está constitucionalmente deferida a possibilidade de substituir-se ao Poder Legislativo, inovando no mundo jurídico com a criação de novo tipo penal, devendo

⁹⁶ Ibid.

cientificar o Congresso Nacional, nos termos do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/1999, para que cesse o estado de mora constitucional, com a edição de lei penal concretizadora do inciso XLI do artigo 5º da CF, para fins de criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas.

Entretanto, o próprio Ministro votou favoravelmente a dar interpretação conforme a Constituição a Lei de Racismo, o que possibilita a aplicação da referida Lei aos crimes praticados em razão de homofobia ou transfobia. Observe outra passagem do voto do Min. Alexandre de Moraes, em que o ilustre ministro faz questão de ressaltar que a restrição ao Judiciário de criar um tipo penal e vedação ao uso da analogia em Direito Penal se diferenciam da atividade interpretativa da Corte:⁹⁷

A impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções não se confundem com o legítimo exercício hermenêutico desta SUPREMA CORTE, em sede de jurisdição constitucional, absolutamente necessário, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico.

É bem verdade que cabe ao STF a interpretação da Constituição, como também é verdade que a função de interpretar não se confunde com a proibição do exercício da função típica legislativa e a vedação do uso de analogia em matéria penal. Entretanto, para que esta atividade hermenêutica do STF seja legítima, ela deve respeitar os preceitos estabelecidos pela própria Constituição para tanto. Por isso, se o legislador originário instituiu como princípio a separação dos poderes ao mesmo passo em que vedou o uso de analogia no Direito Penal, a ideia que se depreender de uma análise em conjunto de ambos os institutos é no fim a mesma, a necessidade de Lei.

No caso do argumentado citado pelo Ministro Alexandre de Moraes, é possível perceber que há uma omissão no que diz respeito aos meios utilizados no processo interpretativo e ao seu resultado. Diz-se isto porque, apesar do que citou o ministro ser uma premissa verdadeira, o resultado alcançado pela interpretação conforme realizada pela Corte, acabou por atingir justamente aquela ideia que está por trás da vedação do uso de analogia e da separação de poderes.

Em outras palavras, se o Judiciário não pode criar tipo penal e não pode usar analogia, mas dá ao texto constitucional uma interpretação que conduz ao resultado de um novo tipo penal, no mundo prático não houve qualquer diferença, pois se a Corte tivesse de fato legislado,

⁹⁷ Ibid.

o resultado seria o mesmo, neste caso a criminalização da LGBTfobia. Logo, toda a argumentação utilizada pela Corte, pode ser resumida com a seguinte fórmula: “não pode fazer isso, mas posso fazer algo similar, que no final das contas alcança o resultado originalmente pretendido”. É aquilo que se chama de “jeitinho”.

Tal conduta se assimila perfeitamente a aquilo que se citou anteriormente ao tratar das sentenças manipulativas aditivas pois, percebe-se que claramente a corte alargou o conceito de raça e disse mais do que a norma previa para alcançar uma proteção que na norma não estava prevista. Parece que atualmente se busca fazer com que a Lei diga aquilo que se quer, mesmo que ela diga o contrário, dando a interpretação um poder quase que absoluto.

Bem se sabe que no direito uma norma possui seu texto literal, mas esta norma também possui uma ideologia que baseou sua edição. Isso quer dizer que ao aplicar uma norma deve-se atentar a sua literalidade e ao conteúdo que esta norma visa proteger. Assim, não se pode se prender tão somente a literalidade do texto, tanto quanto não se pode ater-se apenas a interpretação, pois de outra forma o aplicador incorreria em erro.

Noutro giro, um ponto que merece ser comentado, é aquele em que o Ministro reforça o impedimento de criação de tipos penais pelo STF, dizendo que:⁹⁸

Apesar de constatado o estado de mora inconstitucional e a obrigatoriedade constitucional de esta SUPREMA CORTE, no exercício de jurisdição constitucional, efetivar a ampla e igualitária proteção aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, inviável uma das soluções pleiteadas pelo autor, no sentido de colmatação da omissão com a criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário.

O Ministro segue explicando que:⁹⁹

[...] Os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*)

Até este ponto, a argumentação jurídica deste Ministro é irretocável. Sua fala encontra total amparo na doutrina, que determina que:¹⁰⁰ "Apenas na lei formal, podem as normas penais

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. V. I, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 128.

encontrar a sua obrigatoriedade e existência". No item 1 (um) da conclusão de seu voto, o Ministro confirma a mora do Poder Legislativo e determina que este cesse tal estado. Veja:¹⁰¹

EM CONCLUSÃO, acompanho o eminente Ministro relator, CELSO DE MELLO, no sentido de CONHECER PARCIALMENTE A PRESENTE AÇÃO, julgando-a PARCIALMENTE PROCEDENTE para:

1- DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, consequentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional.

Entretanto, é no item 2 (dois) da conclusão que tudo dito anteriormente pelo Ministro sobre o princípio da Legalidade perde completamente o sentido, ocasião em que foi dito o seguinte:¹⁰²

2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Da mesma maneira que o eminente Ministro relator, CELSO DE MELLO, afasto a retroatividade da presente interpretação conforme, que passa a ser aplicada com efeitos erga omnes e vinculantes a partir da publicação do julgamento.

Este é o momento em que se materializou a violação ao princípio da legalidade, da separação dos poderes, a segurança jurídico e tantos outros. O Ministro vota por dar a Lei de racismo interpretação conforme a Constituição, para que a referida Lei passe a abarcar os crimes praticados em razão de homofobia e transfobia. Bom, apesar de muito discorrer sobre a impossibilidade de criar um tipo penal, no fim foram apenas palavras.

São apenas dois parágrafos, mas muitos questionamentos. Inicia-se indagando a determinação para o Congresso Nacional ser cientificado de sua mora para proceder a colmatação desta. E em seguida, o Ministro determina que se dê a Lei de racismo interpretação conforme a Constituição.

Ora, se as questões de gênero, estão – de acordo com este Tribunal – inclusas no conceito de raça, e já existe uma Lei tratando do racismo, qual a necessidade de elaboração de outra norma para tratar do que a lei já tratou? Como explicar isto? É bem simples, e pode ser traduzido pela seguinte expressão “medida paliativa”. Ao afirmar a necessidade de atividade legislativa específica, o próprio Tribunal derrubou todos os argumentos usados por ele para

¹⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 76.

¹⁰² Ibid.

justificar que não estava legislando.

O mecanismo instituído pela Constituição para dar ciência ao Poder Legislativo de sua mora só possui razão de ser quando houver a necessidade de alertá-lo que ele deve exercer a atividade legislativa. A ideia é justamente reforçar a separação dos poderes, pois a decretação da mora e a ciência do Legislativo só se prestam a confirmar que o judiciário não pode se imiscuir nas funções típicas daquele Poder.

De outro lado, em razão da inafastabilidade da jurisdição, a Constituição prevê que cabe ao Judiciário decretar a mora e cientificar o Poder responsável. Observe que a harmonia que a Constituição propôs, visa atender tanto a separação dos poderes quanto a inafastabilidade da jurisdição. Tal opção, só reforça que as normas constitucionais devem sempre ser interpretadas de forma sistemática, para que se alcance os anseios da Constituição.

Entretanto, foi o exato oposto que ocorreu. Repito, se a comunidade LGBTQIA+ é uma raça, e por isso aos crimes cometidos contra eles se aplica a Lei de racismo, qual a razão de cientificar o Congresso nacional? Se a atividade de interpretação é legítima daquela Corte, e esta não procedeu ao uso de analogia ou a criação de tipo penal, ou seja, agiu dentro de sua competência constitucional, o que resta ser feito pelo Congresso Nacional, já que a Lei de Racismo já existe?

Não faz o menor sentido. É o tipo de decisão que é juridicamente inexplicável. Outro ponto que merece ser explanado, é a opção da corte por proceder a modulação de efeitos da decisão para dar a ela efeito *ex nunc*, o que reforça o claro conteúdo normativo penal da matéria, pois do contrário não seria necessária tal modulação, ou seja, o próprio Tribunal reconhece que a decisão agrava a situação do réu, se no Direito Penal, a única coisa que pode proceder a tal agravamento é a lei, é basicamente confirmar que se está legislando.

Já em outro ponto do voto do Min. Celso de Mello, há uma interessante explicação acerca das razões pelas quais o racismo inclui as condutas homofóbicas e transfóbicas. O Ministro, para explicar seu pensamento, cita a doutrina de Maria Berenice Dias que diz:¹⁰³

[...] fica evidente que ‘a homofobia [e a transfobia] se aproxima[m] (e se articula[m] a) outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, pois consiste em considerar o outro (no caso, homossexuais e transgêneros) como desigual, inferior, anormal’, sendo que ‘a homo[trans]fobia, em qualquer circunstância, é um fator de sofrimento e injustiça, ameaça constante de subalternização’, do que devem ser reconhecidas a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo.

¹⁰³ BERENICE apud BRASIL, op. cit., nota 79.

Sendo assim, a base argumentativa para considerar a transfobia e a homofobia abrangidas pela Lei de Racismo é que, segundo o Ministro e a Doutrinadora, eles atingem o mesmo bem jurídico tutelados no crime de xenofobia, racismo propriamente dito entre outros, quais sejam, a dignidade humana, a igualdade, a liberdade sexual entre outras. Com todas as vênias, este argumento não é capaz de se sustentar por si só.

É perfeitamente possível que um mesmo bem jurídico possa ser afetado de formas diversas. É o que acontece, por exemplo, com a vida e o patrimônio. Em ambos os casos, existem diversos crimes que podem ser praticados em detrimento daquele valor jurídico. no caso da vida, cita-se o homicídio, o aborto, o auxílio ao suicídio dentre outros. Repare que todos estes crimes afetam o mesmo bem jurídico, a vida, mas cada tipo penal se refere a uma conduta específica.

O mesmo acontece com o patrimônio. São várias as formas de ofender este bem, podendo fazê-lo pela modalidade do furto, do roubo, do estelionato entre outras. Tais exemplos demonstram claramente que um mesmo bem jurídico pode ser alvo de diversos tipos penais distintos. Com as hipóteses citadas, tem-se, pois, um perfeito exemplo do que consubstancia na prática a taxatividade. A descrição da conduta deve ser exata, o que conduz por consequência, a possibilidade de diversos tipos penais que tutelam o mesmo bem, já que são inúmeras as possibilidades fáticas de afetar determinado bem jurídico.

O princípio da taxatividade ganha sua maior expressão neste exato contexto. Ele determina que uma vez que se deseje criminalizar determinada conduta, ela necessitará estar descrita taxativamente no tipo penal. Não é possível fazê-lo de forma indeterminada, pois do contrário inviabilizaria a ideia materializada no já citado *nullum crime, nulla poena sine legi*, justamente porque não poderia o cidadão estar ciente de qual conduta o tipo pretende criminalizar.

Outro ponto de grande relevância no Direito Penal, e já citado anteriormente neste trabalho quando se trouxe à baila o pensamento do doutrinador Lenio Streck, é aquele que fala sobre a subjetivação do Direito nas decisões judiciais. Tem sido cada vez mais comum encontrar decisões regadas de expressões subjetivistas, que refletem as crenças daquele que a profere, ignorando por vezes aquela imparcialidade que se espera. Veja abaixo um exemplo desta situação:¹⁰⁴

Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal

¹⁰⁴ Ibid.

constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

É necessário que se tenha cuidado ao colocar impressões pessoais sobre uma decisão para que não se acabe deixando o direito de lado. O julgador não deve “ter para ele”, mas deve atentar-se para aquilo que a Constituição determina. Em outra passagem do voto do ilustre Min. Celso de Mello, faz-se uma exposição da impossibilidade de esvaziamento do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, que são de fato valores caros para a sociedade. Diz o Ministro:¹⁰⁵

Torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.

A vedação que se faz ao esvaziamento da dignidade da pessoa humana e a igualdade é o mesmo que se aplica ao princípio da legalidade, pois não se pode olvidar que este também é preceito constitucional e uma garantia do cidadão, razão pela qual merece o mesmo tratamento dos demais princípios citados. Entretanto, não foi o que se viu na decisão em comento do STF. O que de fato houve foi uma elevação do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade em detrimento de uma restrição dos princípios da legalidade e da separação de poderes, como se estes fossem menos relevantes ao cidadão do que aqueles.

A Corte, imbuída do sentimento de dar máxima efetividade a igualdade e a dignidade da pessoa humana, acabou por atropelar o procedimento Constitucional aplicável ao caso. Na vida em geral, para conseguir um determinado objetivo é necessário percorrer um caminho, por exemplo, para que se obtenha um diploma é necessário realizar um curso “x”, para exercer determinadas profissões é necessário ser habilitado por um exame “x”. Não importa quão preparada determinada pessoa se sinta para exercer aquela profissão, ainda assim será necessário ser aprovado no referido exame ou ter terminado adequadamente aquele determinado curso. Isto é, pois, o procedimento.

¹⁰⁵ Ibid.

Por mais que o sentimento pessoal no sentido de que o justo seria que aquela pessoa não precisasse enfrentar todos os processos para alcançar o resultado por já parecer/estar devidamente preparada, ela ainda assim o terá de fazer, pois o procedimento é a garantia que dá legitimidade a sua aptidão para alcançar aquele resultado pretendido, no caso, aquele diploma ou emprego. No final, não há atalho, ela deverá enfrentar a jornada.

Assim também é no Direito, a razão pode ser a mais justa da face da terra, se ela não for realizada como determina a constituição, ela infelizmente não poderá prosperar. É exatamente o que aconteceu no julgado da ADO nº 26, o mérito é muito mais do que justo, é necessário, é urgente, é vital, é literalmente caso de vida ou morte, e neste caso transcreve-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello com o qual esta pesquisa manifesta plena concordância:¹⁰⁶ “Violações de direitos humanos que atingem pessoas por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero traduzem situações que um Estado fundado em bases democráticas não pode tolerar nem admitir.”

Mas há um caminho para exercê-lo, que não é o caminho da violação de outras garantias fundamentais. Existem caminhos para alcançar resultados, no caso do direito, é aquele previsto na Constituição. Por isso, não importa o quão justo pareça ser o fim, ele jamais será verdadeiramente justo se alcançado por um meio injusto.

Salta aos olhos, que em diversas passagens a Corte tenta comprovar que não está proferindo sentença aditiva, ou seja, na prática, não estaria usurpando competência do Poder legislativo. Veja um exemplo:¹⁰⁷

As razões ora expostas bem demonstram que a interpretação veiculada neste voto, por meramente adequar, mediante reconhecimento de sua identidade conceitual, comportamentos homofóbicos e transfóbicos à norma de tipificação penal que define a prática do racismo, permitem constatar que referidas condutas ilícitas ajustam-se à noção de racismo em sua dimensão social, não havendo que se cogitar, por isso mesmo, da existência, no caso, de sentença desta Corte Suprema que se qualifique como provimento jurisdicional de caráter aditivo.

O Relator acrescenta que:¹⁰⁸

O exame do magistério doutrinário em torno das chamadas sentenças aditivas, notadamente em sede penal (...), posto em confronto com a pretensão de inconstitucionalidade deduzida neste processo, não obstante as diversas abordagens teóricas efetuadas brilhantemente por esses autores a propósito de tema impregnado de tamanha relevância, torna possível concluir, segundo penso, que, no caso ora em julgamento, inexistente reconstrução jurisdicional de tipos penais, incorre extensão de

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

legislação criminal a situações ou a comportamentos absolutamente estranhos ou despojados de um vínculo mínimo de pertinência com a descrição típica nela contida, nem se verifica qualquer inovação no plano do ordenamento penal, pela inserção, nele, de nova hipótese de incidência de norma incriminadora.

E encerra dizendo que:¹⁰⁹

A própria utilização, na espécie, da técnica da interpretação conforme revela que não se está a proferir, no caso, qualquer sentença de caráter aditivo, mesmo porque, como se sabe, um dos pressupostos para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo consiste na impossibilidade de o Tribunal resolver a controvérsia jurídica mediante emprego do método da interpretação conforme à Constituição, método este que está sendo adotado para resolver o litígio ora em julgamento, consoante precedentemente por mim assinalado neste voto.

Ainda que o argumento seja tentador, há de se ressaltar que no caso concreto havia de fato uma impossibilidade de o Tribunal usar a técnica de interpretação conforme para solucionar o caso, qual seja, o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes. Não é porque repetiu-se mil vezes uma mentira que ela se torna verdade, logo, não é dizendo incansavelmente em mais de cento e cinquenta páginas que não se está usurpando competência do Poder legislativo que na prática não o estará.

Mas se até o presente momento, todos os argumentos expostos não foram capazes de ao menos despertar no leitor o questionamento sobre a constitucionalidade da decisão proferida na ADO nº 26, o próximo trecho do voto do Ministro Celso de Mello será capaz de fazê-lo por si só. Observe:¹¹⁰

O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Em que parte da Constituição está escrito que o STF está autorizado a: “suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais”? com todas as vênias, não há estratégia argumentativa capaz de explicar tal afirmação. A Constituição é clara, cabe ao Poder Judiciário decretar a mora inconstitucional e cientificar o Poder responsável para saná-la. Não há no texto Constitucional, qualquer permissão, ainda que em caráter de exceção, de o Poder Judiciário se imiscuir na função típica do Poder legislativo.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

Por fim, reforço tudo que foi defendido nesta pesquisa com os apontamentos de alguns doutrinadores, que expressam em suas renomadas obras as razões que embasam a tese aqui defendida. Cita-se, primeiramente, a valiosa doutrina de Hungria, que diz:¹¹¹

A única fonte do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. (...) Se determinado fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte objetiva e subjetiva, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, pois não ultrapassou a esfera da ilicitude jurídico-penal. (...) O princípio da legalidade no direito penal é a premissa da teoria dogmático-jurídica da tipicidade, de Ernest Beling: antes de ser anti-jurídica e imputável a título de culpa 'sensu lato', uma ação reconhecível como punível deve ser típica, isto é, corresponder a um dos 'esquemas' ou 'delitos-tipos' objetivamente descritos pela lei penal.

Em complemento ao que acima foi descrito, somam-se as palavras de Eduardo Garcia Enterría, que sabiamente ensina que:¹¹²

quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (dura lex, sed lex), não é qualquer comando ou preceito que se legitima, mas somente aqueles (...) que se produzem dentro da Constituição e especialmente de acordo com sua ordem de valores que, com toda explicitude, expressem e, principalmente não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais.

Da leitura em conjunto das referidas explanações, só se pode chegar a uma conclusão: para haver a incidência do Direito penal sobre uma conduta, ela deve estar perfeitamente descrita em um tipo penal, e não apenas isto, este tipo deve ter seu conteúdo material compatível com os preceitos Constitucionais. Se assim é para a Lei, não pode ser menos para uma interpretação. Significa dizer que, nenhuma interpretação que fira diretamente uma determinação Constitucional, pode ser considerada válida.

¹¹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. V.1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 09.

¹¹² GARCIA, Eduardo Enterría. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 36.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi dito, pode-se afirmar seguramente que a proteção a comunidade LGBTQIA+ é uma imposição constitucional e por isso, deve ser efetivada pelo Estado. Tal comando legislativo se fez necessário em razão dos altos índices de crimes cometidos contra esta população.

Todos os dias diversas pessoas são expostas a condutas discriminatórias resultando em severa ofensa em sua dignidade e por vezes em sua integridade física. Os crimes cometidos em razão de discriminação de orientação sexual não podem ser tolerados em uma sociedade que adota o modelo democrático como é o caso do Brasil.

Não apenas o Estado, mas cada cidadão deve buscar combater tais discriminações, que por diversas vezes podem ocorrer em situações que para muitos passam despercebidas, como ocorre em brincadeiras que embutem fundo discriminatórios, e que são tidas como “comuns”, mas que são capazes de ofender severamente a estabilidade psicológica da vítima.

Muitos acreditam que a violência que se comete contra uma pessoa LGBTQIA+ é apenas a física. Acreditam que os crimes homofóbicos se resumem a isto. Por óbvio que não se pode minorar a gravidade das condutas homofóbicas perpetradas por meio da violência física, que por vezes causam a morte destas vítimas.

Entretanto, deve-se atentar que a agressão moral também é capaz de conduzir a morte, uma vez que atenta contra a esfera da dignidade da vítima, as quais por vezes chegam ao ponto de ceifar a própria vida. Por isso, toda violência deve ser combatida, seja ela da natureza que for. É por isso também que cada pessoa deve sempre cuidar para que seus atos e falas tenham sempre como norte o respeito as diferenças, pois ninguém é igual a ninguém, e a diferença é o que faz de cada ser humano um ser único. Esta é a beleza da vida.

O que de fato esta pesquisa quis, em breves páginas, foi sinalizar que existe um caminho para que se possa alcançar a proteção desta comunidade de forma legítima. Este caminho foi traçado pela Constituição não por acaso ou apenas para burocratizar a efetivação da justiça, mas muito pelo contrário, este caminho foi idealizado para garantir que no processo de criação desta proteção, não sejam desrespeitadas outras proteções.

Assim, de uma forma bem simplória, o que se quis dizer é que do que adianta proteger de um lado e desproteger de outro? Qual é linha que separa a justiça legítima dos “justiceiros” autônomos? Esta linha é a Lei, e exatamente para isto que ela existe. Do contrário, como seria possível assegurar que o conceito de justiça de uma pessoa e os meios para alcançá-las sejam similares ao de outra? Se para uma pessoa a punição para um crime de furto, por exemplo,

devesse ser a morte enquanto para outra a punição devesse ser a prisão, cada uma poderia aplicar a punição que bem entendesse?

Isto seria o caos, aquele, que foi descrito no estado de natureza dos filósofos citados no primeiro capítulo desta pesquisa. Não é à toa que este problema foi identificado nas mais antigas sociedades. Essa é a razão da existência da Lei, ela é o instrumento da ordem, a materialização do consenso, o meio apto a legitimar a justiça, a proteger os cidadãos, para viabilizar a vida em sociedade.

O Direito foi pensado para isso, para viabilizar a vida em coletivo, para regular as relações e conflitos que surgem dessa coabitação. É por isso, que cada princípio, cada regra tem seu lugar. A função de uma norma não é de dificultar a vida, mas facilitá-la. Desse modo, se a Constituição determinou que a criminalização de uma conduta deva ser feita por meio da Lei, é porque só deste modo ela pode ser feita de forma legítima, e não porque ela quis dificultar a proteção de uma minoria.

Se de forma diferente se entendesse, seria como apontar contradição na própria Constituição pois, se ela diz que a proteção é necessária, como poderia ela dificultar a efetivação de tal proteção? Não é o que ocorre, a Constituição é um conjunto harmônico, pensado para que não haja normas conflitantes.

Conclui-se, portanto, que é determinação constitucional proteger o respeito ao diferente, ao outro, a vida. O ser humano é por essência livre para se autodeterminar. Mas conclui-se também, que nenhuma proteção pode ser extraída do desrespeito a qualquer garantia. Assim, a criminalização de uma conduta só pode ser feita pela lei, já que assim determinou a Constituição, por isso a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADO nº 26 não pode ser tida como legítima, já que viola o princípio da legalidade e a separação dos poderes, que são garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, [e-book].
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, incisos II e XXXIX. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.
- _____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Artigo 33. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm#:~:text=III%20%2D%20utiliza%20local%20ou%20bem,o%20tr%C3%A1fico%20il%C3%A9gico%20de%20drogas. Acesso em: 27 dez. 2020.
- _____. *Código Criminal do Império do Brasil*, Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.
- _____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.
- _____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.210, §1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 jan. 2021.
- _____. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *HC n° 182714-RJ*, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/11/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal Federal. *MS n° 34448*, Min. Roberto Barroso, j. 10.10.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADO n° 26, Min. Alexandre de Moraes, j. 13.06.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021 (Voto).

_____. Supremo Tribunal Federal. ADO n° 26, Min. Celso de Mello, j. 13.06.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021. (Voto).

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 82424/RS*. Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 584*, Min. Moreira Alves, j. 29.11.2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100019/false>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS n° 23.452*, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, DJ de 12.05.2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 251.445-GO*, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho78822/false>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 7. ed., 3ª Reimpressão, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Irretroattività della Legge Penale*. 1977. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Università Degli Studi Di Roma, Roma, 1977.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUKS, Rebeca. *Cultura digital*. Disponível em: www.culturagenial.com/frase-o-estado-sou-eu/. Acesso em: 04 fev. 2021.

GARCIA, Eduardo Enterría. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. V. 1. Niterói: Impetus, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, [e-book].

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: Parte Geral*. 32. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F.Briguiet e C., Tomo I, 1899.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Lebooks, 2018, [e-book].

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. V. I, São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____; _____. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 2. ed. rev. Atual. Coimbra: Coimbra, 2005.

MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. *O Espírito Das Leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*; parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SILVA, Alexandre Rezende da. *Princípio da legalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3816/principio-da-legalidade>. Acesso em: 13 dez. 2020.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>. Acesso em: 12 fev. 2021.

TRAPIÁ, Paulo Henrique Silva. *Princípio da Legalidade*. Conteúdo Jurídico, outubro de 2012. Disponível em: conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32042/principio-da-legalidade. Acesso em: 29 dez. 2020.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 8. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.