



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Criminalização da homofobia: a viabilidade do Mandado de Injunção nº 4733/DF

João Ricardo Fonseca E Lima

Rio de Janeiro
2015

JOÃO RICARDO FONSECA E LIMA

Criminalização da homofobia: a viabilidade do Mandado de Injunção nº 4.733/DF

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: A VIABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF

João Ricardo Fonseca E Lima

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito, UFRJ.
Advogado

Resumo: A Constituição da República pôs fim a um período obscuro da história do país, trazendo consigo uma extensa gama de direitos das mais variadas espécies, com a promessa de promover uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no postulado da dignidade humana. No contexto da liberdade sexual assegurada pela Constituição, entidades em prol direitos da comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) tornam-se cada vez mais atuantes em busca do reconhecimento de mecanismos aptos a garantir o livre exercício de sua opção sexual. O Mandado de Injunção nº 4.733/DF, ajuizado pela ALGBT pleiteando a criminalização da conduta de homofobia se insere precisamente neste panorama.

Palavras-chave: Homofobia. Criminalização. Mandado de Injunção.

Sumário: Introdução. 1. Histórico da demanda. 2. Viabilidade do Mandado de Injunção nº 4.733/DF. 3. Criminalização da homofobia: Solução ou deturpação?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República, em 1988, instaurou uma era de liberdades para o Estado Brasileiro. A quebra de paradigmas de uma sociedade em permanente estado de atenção e de direitos restritos para um novo cenário, pleno de prerrogativas ao indivíduo, instituidor de um verdadeiro estatuto da dignidade humana, visando o desenvolvimento completo da pessoa, contudo, ainda hoje é foco de conflitos.

A liberdade sexual e a constante atuação da comunidade LGBT para ter seus direitos reconhecidos e protegidos não fogem a este panorama. É considerável e crescente o número de atos de violência praticados contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, motivados por intolerância. Não obstante a gravidade de tais práticas é necessário discutir até que ponto a criminalização da conduta de homofobia seria instrumento adequado para auxiliar na reversão desse quadro.

Tal resposta será dada por meio da análise de viabilidade do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, de modo a, inicialmente, aferir se os elementos da demanda levada ao Supremo Tribunal Federal compatibilizam-se com os propósitos constitucionais para os quais fora criada. A correta determinação da idéia de impossibilidade de fruição de liberdade constitucional torna-se essencial para aferir se a inexistência de regulamentação infraconstitucional deixa tais grupos a mercê da violência de sofrem.

Discutir a legitimidade do Direito Penal como solução para a questão será ponto crucial para dirimi-la. É fato que a comunidade LGBT anseia pela criminalização de tal conduta como única alternativa viável para a pacificação social. Contudo, questionar se há outras políticas públicas que visem a conscientização da sociedade e a inserção de um senso de tolerância e coletividade na população em geral é fundamental para aferir a necessidade de tipificação de tais violações.

Assim, entender em que ponto seria válido inverter a função do Direito Penal como instrumento extremo para pacificação de possível primeira alternativa para proteção do bem jurídico torna-se também ponto nodal para a conclusão do presente estudo. Ademais, traçar um histórico de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Injunção e os motivos pelos quais a Corte adota tais posicionamentos auxiliará na compreensão dos motivos pelos quais a criminalização por via judicial é providência altamente questionável e conflituosa com a idéia de Estado Democrático de Direito.

1. HISTÓRICO DA DEMANDA

Em 10 de outubro do ano de 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ALGBT – apresentou ao Supremo Tribunal Federal o Mandado de Injunção n. 4.733/DF.

Por meio deste, pretende a ALGBT o reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o art. 5º, XLI, XLII, da Constituição da República, no

tocante ao seu dever constitucional de legislar especificamente sobre punição às condutas de homofobia e transfobia. Para fundamentar seu pedido, postula a impetrante pelo enquadramento da homofobia e da transfobia no “conceito ontológico-constitucional de racismo”, ou, ainda, que sejam tais práticas classificadas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades constitucionais”¹. Atingindo o reconhecimento da mora legislativa, pretende a ALGBT:

obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade.²

Recebida a inicial, foram requisitadas informações ao órgão apontado como responsável pela inércia legislativa, sendo expedidos ofícios para as presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além de determinada a intimação da Advocacia-Geral da União para ingressar no feito.

Em resposta, o Senado Federal argüiu preliminar de carência de ação sustentando a falta de interesse em agir em razão da inadequação da via eleita, ausência de dever constitucional de legislar e, conseqüentemente, mora legislativa. No mérito, requereu a improcedência do pleito por violação ao princípio da reserva legal penal.

A Câmara dos Deputados, no mesmo sentido, sustentou a inexistência de inércia no dever de legislar, alegando, por fim, que a ausência de criminalização das condutas de homofobia e transfobia não se qualificam como impeditivo incontornável ao exercício dos direitos dos cidadãos da comunidade LGBT.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, também pugna pelo reconhecimento de carência de ação dada a impossibilidade jurídica do pedido de suprimento judicial de omissão

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 23 de out. de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 05 out. 2014.

² Ibid.

em âmbito penal. No mérito, contraria o pleito da impetrante alegando que por ser o pedido lastreado nos incisos XLI e XLII, do art. 5º, da Constituição da República, este não pretende assegurar o exercício de um direito concretamente consagrado, mas sim uma tipicidade especial para as condutas de homofobia e transfobia. Aduz ser o combate às formas de discriminação e ao racismo um fim estipulado pela Constituição da República, não fazendo menção a Carta Magna a outros tipos específicos de discriminação.

Papel relevante no feito foi o até agora desempenhado pela Procuradoria-Geral da República. Após as manifestações das autoridades supracitadas, o Ministério Público Federal, por meio do ex-Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel, emitiu parecer ementado da seguinte maneira:

Mandado de Injunção. Suposta mora legislativa do Congresso Nacional na tipificação de delitos praticados em razão de homofobia e transfobia. Inexistência de mora legislativa quando já há projeto de lei em apreciação no Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência de legislação aplicável aos delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual. Parecer pelo não cabimento do writ.³

Com isso, em um primeiro momento posicionava-se o *parquet* pelo não cabimento do Mandado de Injunção em questão, posição adotada pelo Ministro Ricardo Lewandowski em decisão monocrática não conhecendo da ação. O relator consignou no *decisum* ser pacífica no entendimento do Supremo Tribunal Federal a necessidade de existência de direito subjetivo expressamente consagrado na Constituição da República, cuja fruição esteja sendo embaraçada em razão da inércia em editar norma regulamentadora igualmente exigida.

O Ministro ressaltou os argumentos deduzidos pela Procuradoria-Geral da República em seu parecer no sentido de que o Mandado de Injunção n. 4.733/DF não versa diretamente sobre a impossibilidade de exercer direito expressamente previsto pelo texto constitucional, “[...] mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733/DF.. 14 de ago. de 2013. Parecer Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 18 ago. 2015.

ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas[...]”⁴. Lastreando-se em tais fundamentos, entendeu o relator pela inviabilidade do Mandado de Injunção n. 4.733/DF, extinguindo o feito sem manifestação sobre o mérito da demanda.

Atacada a decisão por meio de agravo regimental interposto pela impetrante, foram os autos novamente remetidos ao Ministério Público Federal, que, em 25 de julho deste ano, emitiu novo parecer sobre a causa, de lavra do atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros⁵. Nesta ocasião, o *parquet* alterou o entendimento anteriormente exarado, manifestando-se pelo provimento do agravo regimental e conseqüente prosseguimento do feito.

Sustentou o Ministério Público Federal que as condutas de homofobia e transfobia importam em violações graves de direitos fundamentais, demandando sim atenção do Direito Penal. Opina no sentido de que a ausência de tal norma possui o condão de obstacularizar “o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o desenvolvimento da personalidade”⁶.

Realizando breve histórico sobre a natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal em Mandado de Injunção, pugnou pela possibilidade da Corte reconhecer a incidência da Lei n. 7.716/89 (Lei de Racismo) sobre as condutas de homofobia e transfobia, ou, ao menos parcialmente, o pedido subsidiário da ALGBT, no tocante a reconhecer a mora constitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria. O *parquet* sinalizou, ainda,

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 28 de out. de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 05 out. 2014.

⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer N. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Moneiro de Barros. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf>>. Acesso em 05 out. de 2014.

⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer N. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Moneiro de Barros. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf>>. Acesso em 05 out. de 2014.

favoravelmente à possibilidade do Supremo Tribunal Federal acolher integralmente o pedido principal e proceder, por si, a regulamentação dos dispositivos apontados na inicial dos impetrantes até que sobrevenha lei dispondo sobre a matéria. O i. Procurador-Geral da República finaliza o parecer em questão da seguinte forma, *in verbis*:

O Mandado de Injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental. PGR Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental).

Infere-se que o Ministério Público Federal, conforme assinalado acima, exerceu papel relevante no desenvolvimento do feito até então. O Mandado de Injunção n. 4.733/DF encontra-se com o citado agravo regimental pendente para julgamento, o qual determinará a definitiva extinção da demanda ou sua remessa à plenário para prosseguimento do trâmite.

2. VIABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF

Para determinar a possibilidade de sucesso do Mandado de Injunção nº 4.733/DF da ALGBT é primordial averiguar a compatibilidade entre o pedido da impetrante e os requisitos legais que autorizam o manejo da ação constitucional. Três são as exigências para uso deste remédio, quais sejam: *i*) norma constitucional de eficácia limitada; *ii*) omissão legislativa; *iii*) nexos causal entre a omissão e o embaraço para o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

As normas apontadas pela impetrante como carentes de regulamentação infraconstitucional encontram-se no art. 5º, XLI, XLII, da Constituição da República. O primeiro dos dois incisos prevê que a lei punirá qualquer discriminação atentatória de direitos

e liberdades fundamentais. Já este último estabelece o racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à reclusão, nos termos da lei.

A ALGBT propõe uma interpretação sistemática dos dois dispositivos e, com isso, atingir o entendimento de haver mandamento constitucional impondo a criminalização da homofobia e transfobia. O argumento é questionável. Vejamos.

Consignou-se na decisão monocrática não concededora do direito de ação ser jurisprudência pacífica do STF a necessidade de norma constitucional que, simultaneamente, garanta especificamente aquele direito cujo exercício esta sendo embaraçado e a necessidade de sua regulamentação infraconstitucional.

De fato, partindo de tais premissas, não se encontram fundamentos para o *mandamus*. Primeiramente porque não há – e nem há necessidade – norma expressa garantindo o direito à liberdade sexual, que é decorrência lógica dos direitos à liberdade e igualdade (art. 5º, *caput*, da CR), bem como do objetivo fundamental da República de promover o bem geral, sem discriminações (art. 3º, IV, da CR).

Soma-se a isto a clareza do inciso XLII em tratar especificamente do caso de racismo. Nesta hipótese, contempla-se um mandamento constitucional para tipificação desta conduta discriminatória em especial, não havendo menção a outras práticas similares. A tese no sentido de que o inciso XLI poderia suprir essa ausência de menção expressa a outros comportamentos, em um primeiro momento, seria frágil para lastrear o pedido da impetrante, pois, além do caráter genérico de sua redação, não há determinação específica de que esta punição dada pela lei terá natureza criminal⁷.

A omissão legislativa, em razão disso, é pressuposto apto a ser considerado como prejudicado, a princípio. O raciocínio é lógico: o conceito de mora remete à ideia de atraso no cumprimento de uma obrigação que, no caso, seria a de legislar criminalizando a homofobia e

⁷ CLÈVE, Clemerson Merlin et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em 13 de abril.

a transofobia. Contudo, verificando-se a ausência de obrigação constitucional de editar lei neste sentido, não há se falar em mora do Poder Legislativo.

Um panorama completamente desprovido de mandamento constitucional dirigido ao legislador ordinário para atuar nesse sentido decerto importaria no reconhecimento da carência de direito de ação da impetrante, acolhendo a argumentação trazida pelo Senado Federal. Estaria caracterizada a falta de interesse em agir, visto que não haveria utilidade no provimento jurisdicional, sob pena de o Poder Judiciário se imiscuir na conveniência legislativa do Congresso Nacional.

O último requisito talvez seja o de análise mais delicada, pois, deve ser demonstrado o nexo de causalidade entre a alegada mora legislativa e o efetivo impedimento do exercício do direito de liberdade sexual. Estudando a jurisprudência do STF acerca de Mandados de Injunção, verifica-se que a situação posta sempre demonstrava de maneira clara um liame entre o vácuo normativo regulamentador de um direito previsto na Constituição e o completo embaraço de seu efetivo exercício.

Essa situação ocorria em virtude da própria natureza dos direitos envolvidos, que para sua efetiva implementação não poderiam prescindir de um feixe de direitos e obrigações minuciosamente tratadas pelo texto legal, para o que não há espaços na Constituição. Noutros termos, careciam tais direitos de uma regulamentação infraconstitucional positiva.

Os Mandados de Injunção nº 670/RS, 708/DF e 712/PA, relativos ao exercício do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da CR) são uma boa amostra desse quadro. O exercício de greve de servidores públicos exige correta delimitação e forma para seu exercício, motivo pelo qual o STF determinou a aplicação da Lei nº 7.783/89, regulamentadora do direito de greve na iniciativa privada, no que fosse cabível.

Outro caso emblemático⁸ deu-se por ocasião do julgamento do MI nº 721/DF, referente aos requisitos necessários para que o servidor público usufrua de aposentadoria especial pelo seu Regime Previdenciário Próprio (art. 40, §4º, da CR). Assim como no direito de greve, para fazer jus à aposentadoria especial deverá a lei discriminar de modo detalhado quais as exigências impostas, e, tal qual naquele caso, o STF avalizou a possibilidade de aplicação das regras atinentes ao Regime Geral da Previdência, no que compatíveis, aos servidores públicos. Recentemente, em abril de 2014, este entendimento passou a constar no Enunciado nº 33, da Súmula Vinculante.

Diferentemente do quadro apresentado nestas duas situações, a natureza do direito discutido no bojo do MI nº 4.733/DF é completamente diversa. Esta conclusão prescinde de maiores excursões reflexivas para ser atingida, pois, consta de sua própria denominação: liberdade sexual.

O conceito de liberdade nos remete à ausência de óbices para que a pessoa exerça sua própria vontade, sendo despiciendo falar em formatação para o exercício do direito. Ao contrário. A regra é a liberdade total do indivíduo, cabendo à lei regulá-lo não de forma positiva, delineando a forma para seu exercício, mas sim de forma negativa, estabelecendo limitações. Desta forma, será trabalho do Poder Legislativo impor limitações ao exercício de liberdades. A noção é materializada pelo princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, II, da CR, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim sendo, revisitando os cenários outrora postos ao Supremo Tribunal Federal para decidir em sede de Mandado de Injunção, conclui-se que o pedido veiculado pela ação em estudo não se coaduna com a jurisprudência histórica da Corte. Ao atingir esse entendimento, nos parece improvável que o STF acate o agravo regimental interposto pela

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. 30 de ago. de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2291410>>. Acesso em 15 ago. 2015.

impetrante e dê prosseguimento à ação sem fazer uma reflexão sobre sua posição consolidada para alterar as premissas que compreende necessárias ao acolhimento do Mandado de Injunção.

3. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: SOLUÇÃO OU DETURPAÇÃO?

Ao início desta exposição afirmou-se que a defesa da liberdade sexual é uma agenda caríssima da sociedade contemporânea para assegurar, sobretudo, a concretização do postulado da dignidade da pessoa humana, vetor maior de interpretação e aplicação da Constituição da República.

Como se sabe o direito à liberdade – e todas as suas matizes – tem a natureza de direito fundamental de Primeira Geração, cujo traço maior é a imposição de limitações à interferência estatal, isto é, a criação de barreiras da atuação do Estado na vida dos indivíduos garante o perfeito exercício de tais direitos. Classicamente, essa perspectiva é denominada de Dimensão Subjetiva dos direitos fundamentais. No entanto, ao contrário do que possa parecer, até mesmo para estes direitos se impõe uma postura ativa do Estado para assegurá-los. É a chamada Dimensão Objetiva dos direitos fundamentais⁹. Por essa, deve-se enxergar as disposições constitucionais acerca de tais direitos como uma maneira de orientar a atuação estatal.

O marco jurisprudencial para a consagração desse entendimento foi o célebre caso Lüth¹⁰, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão – *Bundesverfassungsgericht* – em 1958¹¹. Erich Lüth foi um cidadão alemão responsável por idealizar um boicote aos filmes do cineasta Veit Harlan, já conhecido por produções cinematográficas de tom anti-semita. Tais

⁹ MORAIS, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2013.

¹⁰ Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/dimensoes_subjetiva_objetiva>. Acesso em 04 de abril.

¹¹ GUEDES, Néviton. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 06 de abril.

atitudes provocaram reação da produtora responsável por um dos filmes do cineasta, que judicialmente pleiteou a abstenção de Lüth em continuar com a ideia de boicote, pedido inicialmente acolhido pela Justiça alemã.

Após manejar recurso dirigido ao Tribunal Constitucional, a Corte exarou entendimento no sentido de que os direitos fundamentais são dotados de uma eficácia irradiante sobre as normas infraconstitucionais. Com base nisso, decidiu-se que os direitos fundamentais não podem ser vistos tão somente como uma primeira linha de defesa do indivíduo perante o Estado, mas também como decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos¹². Um dos principais fundamentos para essa tese é outra faceta própria dos direitos fundamentais também desenvolvida pela doutrina alemã, chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais – *Drittwirkung*. Segundo essa, não somente o Estado deve observância aos direitos fundamentais de cada indivíduos, como estes também, nas relações interpessoais, devem preservá-los e respeitá-los.

Assim, vislumbrada a possibilidade de um particular obrar no sentido de violar um direito fundamental de outrem, deve o Estado criar mecanismos para evitar e/ou reprimir essas eventuais violações. Desse modo, hipoteticamente superando todas as colocações de cunho formal feitas no capítulo anterior e adentrando no mérito propriamente dito do Mandando de Injunção nº 4.733/DF, alguns aspectos devem ser analisados para determinar se a ação merece ou não prosperar.

Transportando todo o pensamento já exposto sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua eficácia horizontal, a primeira pergunta a ser respondida é: a criminalização da transofobia/homofobia seria a medida correta visando a promoção e o real e efetivo exercício do direito de liberdade sexual?

¹² CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador. Jus podium. 2014.

Ronald Dworkin¹³ desenvolve a idéia de resposta constitucionalmente adequada com vistas à solução mais consentânea com a Constituição, que obrigatoriamente passará pelo já referido postulado da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal é o último foco de resistência que a ordem jurídica dispõe para afirmar a proteção conferida a determinado bem jurídico. É certo que o cenário de recorrentes incidentes envolvendo agressões única e exclusivamente em virtude de opção sexual é grave e alarmante, impondo medidas estatais para revertê-lo. Ainda assim vale perquirir se a criminalização da homofobia/transofobia não seria inverter a lógica do Direito Penal como ultima ratio. Explica-se.

Tomando a questão das drogas como parâmetro, lembra-se que no final dos anos 90 o Governo Federal implementou uma política massiva de conscientização da população sobre o uso de entorpecentes, tratado como agenda de saúde pública. Sob o slogan “Drogas nem morto” uma série de comerciais transmitidos em rede aberta de televisão dramatizavam situações limites às quais eram levados usuários de drogas em razão do vício criado.

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a figura do usuário foi tratada no art. 28 como figura típica, porém, sem que haja cominação de pena de prisão, mas medidas alternativas como advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programa ou curso educativo. O tema da homofobia/transofobia possui relevância de estatura idêntica ao assunto das drogas, visto que ambos os casos geram reverberação social de grande monta. Não obstante, as tentativas de conscientização popular sobre a questão da liberdade sexual identificadas atualmente partem, sobretudo, de movimentos sociais – em especial grupos LGBT –, diferentemente da política institucional promovida pelo Governo Federal no tocante ao uso de entorpecentes.

As iniciativas estatais voltadas a fomentar um senso de respeito e cidadania na sociedade como um todo são incipientes. Quando não, são desprovidas do vigor necessário

¹³ PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Ronald Dworkin. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1080/1264>> . Acesso em 13 de abril.

para criar gerações que se desenvolvam já internalizando o dever de respeitar o direito individual de liberdade sexual de terceiros, passando abaixo do radar. É preciso que o Estado definitivamente assuma uma postura pró-ativa de afirmação da liberdade sexual por meio da educação da população, lançando mão de mecanismos extrapenais antes de enveredar pelo drástico caminho da criminalização. Ademais, os atos de violência praticados contra homossexuais e transexuais – homicídios, agressões físicas, agressões verbais e outros atos de violência – já contam com tipificação penal própria e/ou instrumentos judiciais visando a reparação de danos eventualmente sofridos.

O segundo e definitivo ponto a ser enfrentado é a possibilidade de criminalização de condutas pela via judicial do Mandado de Injunção, como requerido no MI nº 4.733/DF. O capítulo anterior demonstrou a técnica de decisão que vem sendo utilizada pelo STF para proporcionar o gozo de direitos não regulamentados infraconstitucionalmente. A Corte para tanto determina a aplicação, por analogia, de diplomas legais próprios de situações análogas, aplicando o que se convencionou denominar de posição concretista.

Essa postura da Corte Maior gera desdobramentos questionáveis por conta da dinâmica fundamental de Separação de Poderes, uma vez que o Judiciário estaria supostamente se imiscuindo em atribuições pertinentes ao Poder Legislativo. Contudo, esse argumento é afastado ao resgatar a função precípua do Judiciário como guardião da ordem jurídica, de modo que, existindo omissão dos demais Poderes em cumprir disposições constitucionais, forte na concepção de checks and balances, deverá o Judiciário intervir para afastar essa situação de ilegalidade.

Ocorre que esta técnica decisória jamais fora aplicada na seara penal, tampouco quando não há mandamento constitucional expreso para que o legislador infraconstitucional obre nesse sentido. De fato, tratando-se de criminalização a questão ganha contornos mais delicados. O princípio da Reserva Legal talvez seja o mais caro dos axiomas do Direito Penal.

Inscrito no art. 5º, XXXIX, da Constituição, materializa-se na exigência de lei para a definição de condutas criminosas¹⁴. Mais especificamente, cuida-se de *lex praevia, certa, scripta, stricta*, isto é, lei em sentido formal, anterior aos fatos praticados, e com a exata descrição da conduta criminosa por escrito. Pois bem.

Conceber que Judiciário possa criminalizar uma conduta, dada sua formação não baseada na representatividade popular, titular do Poder constituído, atenta seriamente contra o que se entende por Estado Democrático de Direito, conceito consubstanciado na limitação do poder por meio da participação do povo. Acatar tal cenário implicaria em criação de precedente afastando a necessidade de lei para tipificação de condutas delituosas.

Supondo que, no caso específico do MI nº 4.733/DF, o STF se proponha a utilizar a posição concretista. Nessa situação, qual diploma legal poderia ser utilizado como base para se aplicado de forma análoga aos casos de homofobia e transfobia? Não nos parece haver muitas dúvidas de que seria a Lei nº 7.716/89¹⁵, que trata dos crimes de discriminação ou preconceito incidentes sobre raça, cor, etnia, religião ou procedência, em especial seu art. 20, que reza:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

A possibilidade de aplicação desse dispositivo em ofensas homofóbicas ou transfóbicas foi recentemente apreciada pela Corte Maior no julgamento do Inquérito nº 3.590/DF, sob relatoria do Min. Marco Aurélio. No caso, determinado Deputado Federal publicara em rede social que “A podridão dos sentimentos homoafetivos leva ao ódio, ao crime, à rejeição”, circunstância que motivou o Procurador-Geral da República a oferecer denúncia em face do parlamentar. Requereu o Ministério Público Federal a condenação do congressista pelas penas do art. 20, da Lei nº 7.716/89, pois, seria possível aplicá-la para todas

¹⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em 13 de abril.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 13 de abril.

as formas de transfobia e homofobia, baseando-se em regra de interpretação conforme a Constituição. Na oportunidade, a 1ª Turma rejeitou a inicial acusatória entendendo que a conduta praticada se configura como atípica, tendo em vista que o art. 20 não abrange a discriminação oriunda de orientação sexual.

O STF não deixou de manifestar sua reprovação à conduta praticada pelo parlamentar, mostrando-se atento ao tema. O Ministro Luís Roberto Barroso fez constar que o comentário do denunciado havia sido “preconceituoso, de mau gosto e extremamente infeliz”, porém, ressaltou que a liberdade de expressão não se cinge a cancelar opiniões de caráter humanista. Expressou, ainda, que a existência de uma lei tipificando as manifestações de ódio – o chamado “*hate speech*” – seria razoável e em consonância com o postulado da dignidade humana. No entanto, fez-se cristalino ao afirmar que tal diploma legal ainda não existe¹⁶.

CONCLUSÃO

Independentemente do resultado de seu julgamento, o MI nº 4.733/DF é caso emblemático em razão de todas as peculiaridades que o cercam. A possibilidade iminente de o STF aplicar a posição concretista visando criminalização de uma conduta pela via judicial, sobretudo com a chancela da tese dos impetrantes pela Procuradoria-Geral da República, tem, por si só, relevância jurídica incomensurável. Ao mesmo tempo, a possibilidade revela-se altamente questionável e, a nosso sentir, perniciosa.

As garantias do Estado Democrático de Direito impõem o respeito à limitação do Poder estatal. A exigência se coloca por dois aspectos essenciais. Primeiro, pela necessidade de devido processo legislativo para legitimar a limitação da liberdade individual por meio da representação popular, conforme se depreende do art. 1º, parágrafo único, da Constituição.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.590/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. 12 de ago. de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em 1 mar. 2015

Segundo, para preservar a perfeita harmonia entre os Poderes constituídos. É importante lembrar que o Estado de Direito é resultado da superação do Estado Absolutista, no qual todos os poderes concentravam-se na figura do soberano, não raro confundido com o próprio Estado. A limitação do poder estatal possibilitada pelo Estado de Direito, portanto, significa não só a imposição de limites à intervenção na esfera particular, como também a repartição de funções entre esferas diversas, extirpando a idéia de poder concentrado em órgão único.

Indubitável o relevo do qual se reveste a problemática do respeito à liberdade sexual, no entanto, a correção da subversão não pode ocorrer a qualquer custo. Ao que nos parece, o acolhimento o pleito veiculado pelo MI nº 4.733/DF não garante a conscientização da população sobre a questão e criaria precedente perigoso e incompatível com a ordem jurídica posta pela Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 23 de out. de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 05 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.590/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Melo. 12 de ago. de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em 1 mar. 2015

_____. Ministério Público Federal. Parecer N. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Moneiro de Barros. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-criminalizacao-homofobia.pdf>>. Acesso em 05 out. de 2014.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em 13 de abril.

CLÈVE, Clemerson Merlin et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em 13 de abril.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador. Jus podium. 2014.

GUEDES, Néviton. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 06 de abril.

MORAIS, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Ronald Dworkin. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1080/1264>>. Acesso em 13 de abril.

Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/dimensoes_subjetiva_objetiva>. Acesso em 04 de abril.