



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PAPEL DO STF NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL E OS
LIMITES DE SUA ATUAÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSÍVEL
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Isabella Mafei Falcão Andreoli Xavier

Rio de Janeiro
2020

ISABELLA MAFEI FALCÃO ANDREOLI XAVIER

PAPEL DO STF NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL E OS
LIMITES DE SUA ATUAÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSÍVEL
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

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 C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior.

Rio de Janeiro

2020

PAPEL DO STF NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSÍVEL CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Isabella Mafei Falcão Andreoli Xavier

Graduada pela Universidade Cândido Mendes-Niterói. Pós-Graduada em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo- o debate sobre homofobia ganhou maior destaque a partir do julgamento da ADO n°26 e MI n° 4733, quando por maioria, o STF entendeu que há mora legislativa na implementação de uma lei destinada a proteção do grupo LGTS. Ocasão em que, determinou aplicação imediata da lei do Racismo, até que o Congresso Nacional edite a norma. Neste contexto, fez-se necessário refletir sobre a possível criminalização da homofobia por meio de uma decisão judicial, o que ofenderia o princípio da separação dos poderes. Além disso, abordou-se sobre imprescindibilidade da elaboração de uma lei em sentido estrito para criação de tipos penais em razão do princípio da legalidade.

Palavras-chave- Direito Constitucional. Direito Penal. Homofobia. Criminalização por meio de decisão judicial. Princípio da legalidade.

Sumário- Introdução. 1. A interpretação da Constituição e o ativismo judicial: consequências para o Estado Democrático de Direito. 2. Homofobia: criminalização por meio de decisão judicial. 3. Necessidade de elaboração de uma lei em sentido estrito para criação de tipos penais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute o papel do STF na interpretação da norma constitucional e a possível criminalização da homofobia no julgamento da ADO n° 26 e MI n° 4733, analisando-se as consequências dessa decisão para estabilidade das relações jurídicas.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a atuação do poder judiciário é ampla o suficiente a ponto de justificar a sua intervenção nos demais poderes da República.

O debate da homofobia ganhou maior relevância no mundo jurídico, na medida em que, os meios de comunicação de um modo geral, passaram a relatar com mais destaque, o número de pessoas que são vítimas de crimes devido a sua orientação sexual.

A homofobia pode ser enxergada como uma forma de discriminação e por essa razão, a Organização das Nações unidas contempla o dia 17 de maio como dia internacional contra a homofobia.

Inclusive por isso, o STF passou a entender que essa conduta de intolerância, deveria ser punida pela lei de racismo. Segundo parte dos ministros, a demora do poder legislativo na criação de leis torna legítima a atuação do Supremo para fazer valer os preceitos constitucionais.

Além disso, o art. 5, XLI da CRFB/88 determina que qualquer “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” deve ser punida. Desta maneira, a possível criminalização da homofobia veio como uma forma de combate aos comportamentos de ódio reiterados contra os grupos LGBTQ+.

Inúmeros são os debates envolvendo o presente tema, pois, se de um lado há a necessidade de respeito a liberdade individual, de outro, tem-se o direito do cidadão de só se ver processado perante o Estado- juiz, diante da existência concreta de uma lei incriminadora em sentido formal.

Nesse caminho, para o melhor esclarecimento sobre tema, será dado enfoque a decisão do STF em ampliar a incidência da Lei nº 7716/89 de modo a também abranger os comportamentos homofóbicos. Tudo isso, a pretexto de estar cumprindo o seu dever constitucional.

Inicialmente, no capítulo 1, pretende-se demonstrar o ativismo judicial como elemento importante no desenvolvimento de direitos fundamentais, tendo em vista a mora do Legislativo na implementação das garantias constitucionais, sem, contudo, deixar de abordar as consequências das decisões judiciais para o Estado Democrático de Direito.

A seguir, no capítulo 2, será apresentado o conceito de homofobia, fazendo-se assim, uma reflexão sobre a possível criminalização desta conduta pelo Poder Judiciário além de ser dado enfoque ao método de interpretação conforme a Constituição e os seus limites.

Por fim, no capítulo 3, se analisará o princípio da legalidade e a separação dos três poderes, defendendo a necessidade de elaboração de uma norma específica pelo Congresso nacional como instrumento de criação de tipos penais.

A pesquisa é desenvolvida de forma que traga reais contribuições para a comunidade científica, pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia existente e pertinente à

temática em foco, derivada de fontes primárias e secundárias, tais como: doutrina e legislação, bem como quaisquer outras publicações científicas publicadas sobre o tema para sustentar sua tese.

1. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com Constituição Federal de 1988 instaurou-se uma nova ordem constitucional no Brasil, no qual o país passou a ser qualificado como Estado Democrático de Direito. Dentre as disposições constitucionais, o art. 1 erigiu como princípios fundamentais, a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.¹

Além disso, a função de guardião da Carta Magna foi expressamente confiada ao STF, no seu art. 102. Como decorrência desse poder, lhes coube a interpretação da norma constitucional, em especial, por meio das ações de constitucionalidade, assumindo assim o papel de grande importância na tutela dos direitos fundamentais.²

Segundo Morais³, a interpretação constitucional pode ser conceituada como:

Atividade intelectual de revelação do sentido, alcance e conteúdo de determinada norma constitucional, por meio de regras e princípios de hermenêutica jurídica, com o fim de fazê-la incidir sobre o conceito de um fato, de acordo com a capacidade expressiva do texto da constituição.

É inegável que existem vários métodos de interpretação das normas, mas a nenhum interprete é dado o poder de inferir além do real sentido querido por seu criador. Em um Estado pautado pelo positivismo jurídico, a aplicação da lei deve ser feita buscando-se ao máximo a aproximação com as vontades do legislador.

A Constituição de 1988 se preocupou muito com a organização e estruturação do Estado. Justamente neste contexto é que se repousa uma das questões mais sensíveis quanto a manutenção da ordem constitucional que é a função de encontrar um ponto de equilíbrio afim de se evitar que um determinado Poder da República exerça um papel de protagonismo maior no Estado ou que acabe por superar os demais poderes impedindo o livre funcionamento desses.

¹ MADRIGAL, Alexis. *O estado democrático de direito no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37262/o-estado-democratico-de-direito-no-brasil>> Acesso em: 25 set. 2019.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

³ MORAIS, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2016, p.129.

Visando solucionar essa questão, a Carta Magna trouxe uma cláusula geral que é o princípio de que os poderes são autônomos e independentes entre si, chamado de princípio da separação entre os poderes, o qual encontra-se insculpido no art. 2 da CRFB/88⁴

O princípio constitucional de separação dos três poderes, impõe que a interferência de um poder no outro, deve ser entendida como medida excepcional. A harmonia do ordenamento jurídico, depende sobretudo, de respeito ao limite de atuação individual de cada órgão.

Ocorre que, ao aplicar a Constituição, o STF “tem ido além das tradicionais interpretações exegéticas, recorrendo a interpretações extensivas e baseando-se mais em princípios do que em regras para impor obrigações aos demais poderes [...]”⁵

De fato, o exercício da jurisdição é atividade típica do Poder Judiciário mas esta, nunca pode estar distanciada dos seus limites institucionais. As balizas impostas pela legislação corroboram para ideia de que nenhum poder é, ou deve ser, absoluto.

Em verdade, com o aumento das demandas no Judiciário, questões mais sensíveis da sociedade brasileira, que em tese, competem a outros poderes decidirem, passaram a ser resolvidas em sede judicial.

Operou-se, para muitos, o fenômeno conhecido como ativismo judicial. Esse fenômeno não tem um conceito unânime na doutrina e tampouco é de aceitação da população em geral, exigindo-se assim, um trabalho maior do intérprete ao analisá-lo.

Neste sentido, Barroso⁶ pontua que:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Normalmente o comportamento ativista está ligado a noção de excesso, extrapolação, podendo ser revelado por diferentes posturas, dentre os quais Barroso⁷, inclui:

A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵ FARIA, José Eduardo. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 25 set. 2019.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização. Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 25 set. 2019.

⁷ Ibidem.

O ativismo judicial se manifesta como elemento importante no desenvolvimento de direitos fundamentais pois permite a efetivação de direitos que ainda não foram reconhecidos pela lei, mas que são em verdade, essenciais.

Apesar do ativismo judicial possuir essa característica de efetivação, a própria Constituição Federal não previu a conduta em questão como legítima. O ativismo judicial tem espeque no comportamento autoritário e, portanto, atentatório da noção de Estado Democrático de Direito.

Provocados a decidir sobre a suposta omissão do poder legislativo em aprovar uma lei destinada a proteção dos homossexuais contra ataques de ódios reiterados, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, pelo menos de forma provisória, a conduta deveria passar a ser punida pela Lei do Racismo.

Trata-se de atuação com duvidosa constitucionalidade pois revela-se questionável sob a perspectiva do ativismo judicial. A interpretação de uma lei não pode se afastar da vontade almejada pelo Legislativo “pois, caso assim proceda considerar-se-á criação de uma norma regra pelo intérprete e a atuação deste com poderes inerentes ao legislador, o que proibido”⁸

Ao julgar a ADO nº26⁹ e MI nº4733¹⁰ o STF não reconheceu apenas a mora legislativa na criação de um tipo penal punitivo da conduta homofobia, como também alargou o conceito de racismo afim de que a conduta em questão, pudesse se enquadrar na Lei nº 7716/1989.¹¹

Acontece que o papel do STF não pode ser de inovar na ordem jurídica pois a criação de leis, em especial, a criminalização de condutas, foi atribuída constitucionalmente ao legislativo. Se sobrepor ao ditame constitucional, é reconhecer sua supremacia frente ao poder constituinte originário.

Não se está aqui negando o papel político, jurídico ou até social dos juízes. No entanto, a responsabilidade do Poder Judiciário deve ser pautada pela concretização das escolhas do Legislativo, a qual em última análise representa a vontade do povo e da federação.

⁸ LIMA, Caroline Silva. *Em que consiste o método de interpretação conforme a constituição?*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2235579/em-que-consiste-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-caroline-silva-lima>> Acesso em: 25 set. 2019.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso em: 15 fev. 2020.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 7716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm> Acesso em: 15 fev. 2020.

Além disso, é preciso reconhecer que diferente dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário exerce o chamado papel contramajoritário, Ocorre que este papel de defesa das minorias, só se revela legítimo, quando escorado nas previsões constitucionais.

Por fim, a manutenção da segurança jurídica também deve ser uma garantia buscada pelo STF ao interpretar a norma constitucional. O princípio citado é composto por dois aspectos, um deles é o objetivo, responsável pela estabilidade das relações jurídicas, e o outro, é o subjetivo, responsável pela proteção a confiança. A decisão judicial não pode ser eminentemente política, pautada por pressões sociais porque afinal, a violação dessa garantia é capaz fragilizar todo um sistema jurídico.¹²

2. HOMOFOBIA: CRIMINALIZAÇÃO POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL

A homofobia pode ser enxergada como uma forma de discriminação contra os homossexuais. Trata-se de conduta preconceituosa relacionada a orientação sexual ou a identidade de gênero.

Inconformados com a falta de proteção específica destinada a comunidade LGBTQTS no Brasil, a Associação Brasileira de Lésbicas, gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos, e o partido Popular Socialista, ajuizaram duas ações, a ADO n° 26¹³ e MI n° 4733¹⁴, argumentando que ao deixar de legislar sobre a homofobia, o Legislativo estaria se omitindo inconstitucionalmente.

No julgamento das ações constitucionais já citadas, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, que havia uma omissão do Poder Legislativo na criminalização da homofobia, determinando que fosse aplicado imediatamente a Lei 7716/1989¹⁵ (Lei do Racismo) até que o Congresso Nacional elaborasse a respectiva norma.

Para tanto, houve a necessidade ampliação do conceito de racismo afim de enquadrar a conduta homofóbica como uma expressão do gênero racismo. Segundo parte dos ministros, o conceito de racismo¹⁶:

¹² PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *O STF e o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302189,21048-O+STJ+e+o+principio+da+seguranca+juridica>> Acesso em: 25 set. 2019.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁶ INFORMATIVO, 944. *Homofobia e omissão legislativa*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo+e+crime&pagina=1>> Acesso em: 15 fev. 2020.

Projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável.

Acontece que a resposta dada pelo STF nas ações constitucionais ajuizadas, não encontra amparo nas disposições previstas na Constituição. A função legislativa é típica do Poder Legislativo, não sendo razoável e tampouco constitucional a criminalização de condutas via decisão judicial.

Criminalizar significar tornar algo crime e se for retirada a conclusão firmada no julgamento da ADO n° 26¹⁷ e na MI n° 4733¹⁸, a conduta homofóbica antes praticada nos moldes da lei do Racismo, não era considerada criminosa. Assim, não se tratou de mera interpretação conforme e sim criação de um tipo penal pelo judiciário.

A interpretação conforme a Constituição, hoje entendida como princípio, indica que diante de normas que detém vários sentidos, deve-se sempre buscar a exegese que mais se aproxime da Constituição¹⁹.

Ocorre que a interpretação conforme não é uma técnica ilimitada, destacando-se a propósito, “dois principais limites: Um de ordem literal: não contrariar o texto da lei e outro de ordem teleológica: observar a finalidade, a intenção do legislador[...]”²⁰

Pois bem, a Lei n° 7716/1989, no seu art. 1 consagra expressamente a aplicação da mesma para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional²¹. Dispositivo este que foi inclusive modificado pela Lei n° 9459/97 a fim de ampliar o seu campo de incidência²².

Contudo, não houve qualquer menção a possibilidade de aplicação da Lei do Racismo para criminalizar as condutas homofóbicas, sendo cabível afirmar, portanto, que não foi esta a vontade do legislador ao criar a lei. É importante destacar também que o próprio STF tinha um entendimento de que o rol de elementos de preconceito e discriminação do art. 20 da Lei n° 7716/1989²³ era taxativo (STF. 1ª Turma. Inq 3590/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/8/2014)

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.161.

²⁰ MENDONÇA, Marilda Watanabe de. *A interpretação Conforme. Análise constitucional de suas peculiaridades*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/17341/a-interpretacao-conforme>> Acesso em 12 fev.2020.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 10.

²² BRASIL. *Lei n° 9459* de 13 de maio de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm> Acesso em 15 fev. 2020.

²³ BRASIL, op. cit., nota 11.

Assim, em observância ao limite teleológico do princípio da interpretação conforme, o qual está atrelado a análise da finalidade do legislador, pode-se dizer que a determinação de aplicação imediata da Lei nº 7716/89²⁴ não representou mera realização do referido princípio.

Ademais, a decisão do STF em questão, sequer pode ser entendida como produto da vontade constitucional. O art. 5, XLI diz que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” não sendo possível a partir dessa redação, inferir automaticamente que poder constituinte originário desejava a criminalização da conduta, mas sim que objetivava a punição.²⁵

Além disso, a interpretação dos dispositivos constitucionais não pode ser feita de forma isolada, principalmente quando se está diante dos direitos fundamentais. Na colisão entre direitos igualmente fundamentais, cabe a ponderação, não se esquecendo, contudo, que a vulneração dos citados direitos, deve ser feita da forma mais branda possível.

Deste modo, a punição mencionada no art. 5, XLI CRFB/88²⁶ pode não estar associada necessariamente a criação de um tipo penal (mandados de criminalização) e sim, a adoção de outros métodos, previstos em lei, que visam a eficácia do combate aos comportamentos homofóbicos.

Este entendimento de que a punição conta atos discriminatórios não deveria advir de lei incriminadora, prestigia a ideia de intervenção mínima do direito penal, no seu aspecto relacionado com a subsidiariedade, no qual a utilização do direito penal deve ser a *ultima ratio*²⁷. Parte da doutrina sustenta que o princípio em questão é fruto de uma política do direito penal mínimo, que teria sido adotado sobretudo, implicitamente na Constituição de 1988.

Também deve-se considerar que a decisão pode ter representado uma analogia *in malam partem* já a interpretação foi realizada em desfavor do réu. Analogia *in malam partem* é uma consequência da adoção do princípio da legalidade. Segundo ensina Guilherme Nucci²⁸:

A analogia *in malam partem* “é a utilização da analogia em prejuízo do réu, pois cria figura criminosa, por similitude, a uma situação fática que não se encaixa, primariamente, em nenhum tipo incriminador. É proibida a sua utilização no campo penal por lesar a legalidade[...].

Por outro lado, é importante consignar que não há uma omissão total da legislação penal visando a punição do agente homofóbico. O legislador optou por criminalizar condutas que

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁶ Ibid.

²⁷ A expressão com origem no latim *ultima ratio* empregada significa “última razão” ou “último recurso”.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Analogia in malam partem*. Disponível em: <

<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem> > Acesso em: 20 fev. 2020.

entendeu serem mais expressiva, ou seja, que representem lesão ou perigo de lesão grave aos bens jurídicos tutelados, numa noção ligada ao princípio da lesividade. Por exemplo, aquele que mata alguém, aquele que ofende a honra, aquele que pratica lesões corporais em alguém motivado por ideologias preconceituosas, vai responder na forma dos tipos penais já existentes.

Por fim, convém reconhecer que a atitude do Supremo Tribunal Federal pode até ser compreendida como a mais nobre possível, já que é grande o número de pessoas vítimas deste preconceito. Questiona-se, porém, o “mecanismo adotado, pondo em risco não só a estabilidade do sistema jurídico, como também, e principalmente, afastando a primazia do princípio da legalidade [...]”.²⁹

3. NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE UMA LEI EM SENTIDO ESTRITO PARA CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIIS

O princípio da legalidade encontra-se previsto em dispositivos da Constituição Federal de 1988 e constitui uma garantia dos cidadãos no Estado Democrático de Direito. De um lado, o princípio consagra que os particulares podem fazer tudo o que a lei não veda e de outro, determina que o Estado só pode fazer aquilo que a lei impõe.³⁰

O princípio revela-se como um importante instrumento que visa inibir os comportamentos autoritários. O princípio da legalidade é “antídoto natural” do poder monocrático ou oligárquico, visto que ele exalta a cidadania [...].³¹

Segundo Guilherme Nucci³², o conceito de legalidade comporta três significados:

[...]a) político (garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais) jurídico em sentido lato (ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5, II CF); c) jurídico em sentido estrito e penal (fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras)

Com relação ao significado jurídico em sentido estrito, o princípio da legalidade também é chamado de princípio da reserva legal, o qual é representado pela expressão latina *nullum*

²⁹ SILVA, Douglas Rodrigues da. *O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia*. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/> > Acesso em: 3 mar. 2020.

³⁰ MENDES, João Marcelo Thomaz. *Apontamentos sobre o princípio da legalidade*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/65829/apontamentos-sobre-o-principio-da-legalidade> > Acesso em: 3 mar.2020.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.103.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19.ed. São Paulo: Gen/ Forense, 2019, p. 20-21.

crimen, nulla poena sine praevia lege, significando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.³³

Por este princípio, somente a lei em sentido formal, é que pode criar tipos penais. Essa lei em questão deve ser elaborada pelo Congresso Nacional pois o art. 21, I da CF/88³⁴ prevê que é de competência privativa da União a função de legislar em matéria penal.

Conforme ponderações feitas a luz do conceito do princípio da legalidade, mais especificamente o da reserva legal, adotado por Guilherme Nucci, pode-se inferir que houve violação do referido princípio pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da ADO n° 26³⁵ e da MI 4733³⁶, o STF passou considerar como criminosa, todas as condutas homofóbicas praticadas nos moldes da Lei n° 7716/1989³⁷. Essa decisão, no entanto, foi inadequada sob a perspectiva constitucional.

A Carta Magna consagra o princípio reserva legal como sendo um dos instrumentos responsáveis pela manutenção da segurança jurídica, não sendo razoável e tampouco constitucional a criação de tipo penal feita no bojo de decisão judicial.

A função jurisdicional, desempenhada tipicamente pelo Judiciário, consiste na aplicação das leis aos fatos concretos e não no processo de criação de normas. “A interpretação é um processo de descoberta do conteúdo da lei e não de criação de normas”.³⁸

Observa-se nitidamente que houve um cuidado maior em se atribuir ao Congresso Nacional, a função legislar em matéria penal, considerando justamente que tais temas, atingem mais severamente a esfera individual dos agentes. Desta forma, a criminalização de condutas deve ser feita pelo poder Legislativo, o qual tem a incumbência de representar os anseios do povo e da federação.

Além do mais a lei do Racismo é clara quanto as condutas que nela se enquadram, não cabendo ao interprete aferir um significado que transcende a intenção legislativa, sob pena de ineficácia da previsão constitucional do princípio da legalidade.

Outra questão que merece ser destacada é que a criminalização de condutas feita pelo poder judiciário, ofende o princípio da separação dos poderes, segundo o qual, os poderes são considerados independentes e harmônicos entre si. “Os Poderes Executivo, Legislativo e

³³ A expressão com origem no latim *nulum crimen, nulla poena sine praevia lege* significa “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 9.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 11.

³⁸ NUCCI, op.cit., p. 24-25.

Judiciário possuem atribuições próprias, que são aquelas específicas e determinadas a cada esfera de poder, a quem cabe exercê-las com exclusividade[...].³⁹

A Constituição de 1988 prevê expressamente o princípio da separação dos poderes no art. 2º além de erigi-lo como *clausula pétrea* (art. 60, §4, III)⁴⁰. Essa independência dos poderes estaria garantida pelo chamado “sistema de freios e contrapesos”, o que significa que cada poder controla e fiscaliza os demais.⁴¹

Assim, judiciário quando cria uma norma penal, está em verdade, invadindo esfera de atribuição alheia, desrespeitando a ordem constitucional de separação dos poderes. Além do mais o judiciário, por meio do STF, tem a função de zelar pelo cumprimento da constituição e com mais razão, servir de exemplo para os demais poderes.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a fazer uma abordagem sobre o papel do STF na interpretação das normas constitucionais e os limites de sua atuação numa perspectiva relacionada com a possível criminalização da homofobia. Após realizadas ponderações ao longo do trabalho, extraem-se algumas conclusões.

De início, demonstrou-se que a interpretação das normas constitucionais não é ilimitada, e deve estar balizada pelos limites institucionais destinados a cada um dos poderes da república afim de que com isso seja preservado a ordem constitucional de separação dos poderes.

Ao julgar as ações constitucionais propostas sob o argumento de omissão legislativa na elaboração de uma lei voltada à punição dos comportamentos homofóbicos, o STF adotou um posicionamento contrário as disposições previstas expressamente na Lei do Racismo.

Essa conclusão firmada pela Corte Constitucional, muito se associou a uma atuação ativista uma vez que a interpretação de uma lei não pode estar distanciada da vontade almejada pelo Legislativo. E apesar do ativismo se manifestar como elemento importante no desenvolvimento dos direitos fundamentais, o mesmo tem espeque no comportamento autoritário e traz consequências para o Estado Democrático de Direito, em especial, fragiliza a segurança jurídica.

Verificou-se que ao analisar ADO n° 26 e MI n° 4733, os ministros acabaram por criminalizar a homofobia já que conduta homofóbica antes praticada nos moldes da Lei do

³⁹ COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação dos poderes em corrente tripartite*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/>> Acesso em 24 mar.2020.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴¹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Brasília: Jus Podivm, 2020, p. 291.

Racismo, não era considerada criminosa. Diferente dos argumentos apresentados nas referidas ações, não se tratou de mera interpretação conforme a Constituição e sim criação de um tipo penal pelo judiciário.

Além do mais, optou-se por adotar um entendimento de que o art. 5, XLI CRFB/88 (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) não trouxe necessariamente um mandado de criminalização e sim que objetivava a punição. A partir da noção de intervenção mínima do direito penal, a criação de tipos deve ser feita somente como a *ultima ratio*.

Defendeu-se também a necessidade de elaboração de uma lei em sentido estrito para a criminalização de condutas em razão do princípio da legalidade, o qual constitui uma garantia dos cidadãos no Estado Democrático de Direito.

A criação de tipos penais feitas no bojo de uma decisão judicial, ofende o princípio da divisão dos poderes, já que o processo legislativo neste caso, é de competência privativa de União.

Por fim, reconheceu-se como nobre a atuação do Supremo Tribunal Federal diante das ações constitucionais ajuizadas, cuja mentalidade objetivava proteção aos grupos LGBTs. No entanto, questionou-se o mecanismo adotado, o qual trouxe uma preocupação com relação a estabilidade das relações jurídicas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização. Ativismo Judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 944: Homofobia e omissão legislativa*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo+e+crime&pagina=1>> Acesso em: 15 fev. 2020.

_____.Supremo Tribunal Federal. *MI 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____.*Lei nº 7716 de 05 de janeiro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____.*Lei nº 9459 de 13 de maio de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

COELHO, Gabriela. *Supremo aprova equiparação de homofobia a crime de racismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/stf-reconhece-criminalizacao-homofobia-lei-racismo>>. Acesso em: 7 fev. 2020.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação dos poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/>> Acesso em: 24 mar.2020.

FARIA, José Eduardo. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 25 set. 2019.

GONÇALVES, Antonio Baptista. *STF e a criminalização da homofobia*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>>. Acesso em: 7 fev. 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*.17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Caroline Silva. *Em que consiste o método de interpretação conforme a constituição*. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2235579/em-que-consiste-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-caroline-silva-lima>>. Acesso em: 25 set. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MADRIGAL, Alexis. *O estado democrático de direito no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37262/o-estado-democratico-de-direito-no-brasil>>. Acesso em: 25 set. 2019.

MENDONÇA, Marilda Watanabe de. *A interpretação Conforme. Análise constitucional de suas peculiaridades*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17341/a-interpretacao-conforme>>. Acesso em: 12 fev.2020.

MORAIS, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*.8. ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Brasília: Jus Podivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Analogia in malam partem*. Disponível em: < <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem> >. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. *Código Penal Comentado*. 19.ed. São Paulo: Gen/ Forense, 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *O STF e o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302189,21048-O+STJ+e+o+princípio+da+seguranca+juridica> >. Acesso em: 25 set. 2019.

SILVA, Douglas Rodrigues da. *O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia*. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/> >. Acesso em: 3 mar. 2020.