

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA POR PROVISÃO JURISDICIONAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: AN ANALYSIS OF THE MATERIAL AND FORMAL ASPECTS OF THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA THROUGH THE JUDICIARY

Davi Everton Vieira de Almeida¹

RESUMO

O presente artigo pretende investigar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 que trata da criminalização da homofobia. A partir do voto do relator, pretende analisar a adequação formal e material da decisão que se delinea, a qual confirmada produzirá pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, via atividade jurisdicional, tipo penal, ainda que provisoriamente. No aspecto formal, analisar-se-á primeiramente o referido instrumento processual do controle concentrado de constitucionalidade para em seguida analisar o próprio princípio da legalidade, mais especificamente as razões que justificam a lei ordinária como escolha do poder constituinte para introdução de leis de direito penal no ordenamento nacional. No aspecto Material, buscará compreender, por meio dos princípios do direito penal e da filosofia kantiana, o sentido da palavra “liberdade”, em face da existência do aparente paradoxo envolvendo o vocábulo que no contexto da ação é ao mesmo tempo bem que se pretende proteger e bem a ser suprimido.

Palavras-chave: ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Legalidade estrita. Liberdade. Criminalização da homofobia.

ABSTRACT

The present article intends to investigate the “ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26” which will discuss the criminalization of homophobia. Taking as starting point the vote of the reporter, will analyse the formal and material adequacy of the decision which seems to be taking shape, which confirmed will produce for the very first time in the Brazilian legal system, via court activity, criminal type, yet temporary. In the formal aspect, will first analyze the referred processual instrument of the concentrated control of constitutionality, in the sequence will analyze the principle of legality itself, more specifically the reasons that justify the ordinary law as the chosen instrument of the constituting power to introduce the norms of criminal law in the national legal system. In the material aspect, mean to comprehend the meaning of the word “freedom”, in face of the existence of apparent paradox involving the vocable which in the context of the decision is at the same time property to be protected and object to be taken.

Key-words: ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Strict legality. freedom. Criminalization of homophobia.

1 INTRODUÇÃO

O plenário do SFT concluiu no dia 13 de junho de 2019 o julgamento da ação direta de

¹ Advogado, Mestrando em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza – Unifor; especialista em direito constitucional aplicado pela faculdade Damásio de Jesus.

inconstitucionalidade por omissão 26 que discute a criminalização da violência contra os grupos LGBTs, equiparando-as ao crime de racismo. O tema, já posto em debate no mandado de injunção 4733, retorna à corte via controle concentrado, naquela ocasião rejeitou-se o *writ* por inadequação da via eleita, posto não ter sido identificado direito subjetivo ameaçado pela falta de norma regulamentadora. Desta feita, porém, abrigado no adequado instrumento processual o ministro Celso de Mello, relator da ação, discorreu ao longo das cento e cinquenta e cinco páginas de seu voto as razões pelo qual acolhe o pedido da ação impetrada pelo Partido Progressista Social (PPS) juntamente com a Associação Brasileira de Gays Lesbicas e Transgêneros (ABGLT).

O grupo capitaneado pelo ministro Marco Aurélio, porém, demonstraram desconforto com a possibilidade de criação desta “lei temporária” específica. A preocupação expressas nos votos vencidos, parece, de fato, legítima, pois o eco da decisão reverberará, de forma sensível, na dinâmica do estado de direito. Com efeito, a decisão amplia o escopo das ações omissivas e coloca, pela primeira, vez o congresso em mora por omissão em matéria penal². E a despeito da evidente promoção de liberdade de grupos minoritários, a fundamentação do voto não logra êxito em calar uma pergunta: Seria o Supremo Tribunal Federal o órgão legítimo para ampliar tipo penal?

A pergunta diz respeito ao fato de que a Constituição, nos termos dos incisos II e XXXIX do artigo 5º, reserva à lei e, portanto, ao processo legislativo, a tarefa de indicar as ações cotidianas passíveis de reprovação do estado. A importância dos princípios da legalidade e da estrita legalidade, consagrados respectivamente nos referidos incisos do artigo 5º é depreendida não só da sua posição constitucional pétrea como também da sua alocação exordial no código penal, a qual sugere que, o compromisso do estado com as liberdades individuais antecede a necessidade de toma-las³. Destarte, se debruçará o presente artigo a averiguar o instrumento processual, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sua finalidade e extensão, posto que havendo várias formas do congresso de se omitir e não sendo todas disciplináveis, convém identificar nessa constelação de omissões quais são passíveis de correção pelo judiciário.

Quanto à matéria, o que se busca é a resposta para uma pergunta: pode o judiciário em nome da promoção de liberdades, ampliar dispositivo de restrição de liberdade? A pergunta

² Relação de decisões em que o Supremo Tribunal Federal declarou a mora do poder legislativo, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>> consulta em 16 de maio de 2019.

³ TOLEDO, 1987, p.21.

remete a outras duas mais, uma sobre os bens jurídicos e outra sobre a natureza da liberdade. Para responder a primeira se recorrerá aos princípios do direito penal, já para a segunda será necessário lançar mão da filosofia, dado a insuficiência do direito positivo para responder questão de natureza tão ampla como o tema liberdade. Espera-se ao fim, escrutinados os dois critérios, a obtenção de conclusões mais substanciais sobre a correição da decisão que caminha para se construir, bem como a projeção dos seus desdobramentos no futuro do estado democrático de direito, pois não se olvida o valor da previsão para averiguação da precisão científica do estudo, nos termos propostos por Karl Popper⁴. A propósito da menção, o método utilizado será o dedutivo hipotético⁵. A metodologia de pesquisa será a bibliográfica pela qual se espera averiguar com mais robustez se o Supremo Tribunal Federal, uma vez defrontado com flagrante violação do preceito constitucional, deve agir em defesa da vontade constitucional ou restringir-se a atuar nas funções a ele previamente atribuídas.

3 ADEQUAÇÃO FORMAL

O artigo 103, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988 aponta como objeto da inconstitucionalidade por omissão a inércia legislativa ou executiva “para tornar efetiva norma constitucional”. Naturalmente a inércia exclui ato, mas tão pouco parece incluir mera abstenção ou letargia do legislador, pois como alude Villaverde em sua obra acerca do tema, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se propõe ao controle de produtividade do legislador, “senão às normas que o legislador cria mediante seus atos legislativos ou mediante sua inatividade”⁶. Justaposto a essa corrente Canotilho vincula a omissão aos dispositivos constitucionais onde se divise de forma concreta a exigência de ação do legislador⁷. Isso parece remeter às normas de eficácia limitada em detrimento das programáticas, pois ainda que ambas padeçam de aplicabilidade imediata apenas a primeira prescinde de materialização em razão de violação de uma imposição concreta à atividade legislativa.

⁴ “As confirmações só devem ser consideradas se resultarem de predições arriscadas; isto é, se, não esclarecidos pela teoria em questão, esperarmos um acontecimento incompatível com a teoria e que a teria refutado” (POPPER, 2008, p.4).

⁵ POPPER, 2004. P.27

⁶ VILLAVERDE MENÉDEZ, 2003, p.72

⁷ 1994, p.332

Em seu voto, porém, Celso de Mello adere a uma tese outrora usada por Gilmar Mendes no Habeas Corpus 104.410 do Rio Grande do Sul. O ministro identifica, no julgamento do remédio, força de comando expresso à atividade legislativa nos artigo 5º XLI com consequente configuração de ato omissivo decorrente da inércia, pelo que afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁸. Na mesma toada vincula o inciso seguinte, o XLII que institui que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”. A expressão “termos da lei” remete às normas de eficácia limitada, as quais, como dito acima são as únicas das quais se pode depreender omissão legislativa, haja vista conterem clara delegação do poder constituinte originário ao decorrente para desenvolver tema que embora de interesse constitucional não necessariamente o é nos seus meandros, podendo ser disciplinado por norma hierarquicamente inferior, razão porque Gilmar Mendes adicionou a interpretação do inciso XLI, no referido HC, o inciso XLII, que versa sobre o crime de racismo.

O referido remédio, a propósito, o Habeas 82424 do Rio grande do Sul, é um dos julgamentos mais emblemáticos da história recente do supremo, o caso Ellwanger, em que o plenário, negando recurso ao paciente, firmou o entendimento de que o crime de racismo engloba toda e qualquer prática de discriminação contra “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” nos termos do artigo 1º e 2º da Lei 9.459 de 13 de maio de 1997.

Acontece que, a despeito de os debates deste HC discutirem a extensão do termo “racismo” (já que o legislador não foi claro), é difícil a apreensão de que a elasticidade do sentido se estenda a ponto de alcançar preconceitos por orientação sexual, pois mesmo no voto do ministro Maurício Corrêa, o qual destacou com maior veemência a maleabilidade do vocábulo nuclear, apto a abarcar etnias, religiões e grupos nacionais, nada sugere sua extensão a preconceito de cunho sexual. Mas ainda que houvesse maior semelhança, a construção do tipo por interpretação é inviável em face da vedação da interpretação *in pejus*, tornando, portanto, o recurso integrativo indisponível a atividade jurisdicional.

Na verdade a questão dos limites da interpretação criativa do Supremo já vem, há muito, sendo discutido, com especial ênfase no julgamento da ADI 4277 onde a corte, rompendo o limite semântico do conceito de família expresso na constituição, confere interpretação para abarcar também núcleos homo afetivas. A pungência da metamorfose, aduziu-se, reside na necessidade de preservar a força normativa da constituição face as transformações sociais que

⁸ 2019, p.44

não poderia a lei fundamental contemplar ao tempo de sua criação, ocorre, porém que o mesmo Konrad Hess que admitindo a inevitabilidade da mutação inaugura a o termo “força normativa da constituição” impõe sobre esta um limite bem definido, o “*constitutio scriptu*”⁹.

Ora, se esse limite interpretativo impõe-se sobre normas de direito civil, muito maior é seu vigor naquelas de direito penal, pois como aponta Zaffaroni, analogamente a Konrad Hess, a norma penal tem um limite linguístico insuperável que é a própria capacidade semântica da palavra (1988, p.118). Esse parece ser um terreno intransponível ao supremo na medida do argumento a muito assentado por Beccaria:

A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores (...). Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; amenor, a ação, conforme ou não à lei: a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular somente dois silogismos, a porta à incerteza estará aberta¹⁰

Assim deve o juiz ater-se ao limite cognoscível da lei¹¹, pois sendo a interpretação *in pejus* recurso indisponível ao judiciário, inviável seria o uso do instrumento jurisdicionado para adicionar elemento a tipo penal já que a constituição no mesmo artigo hora discutido afirma em seu inciso XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”, o princípio da reserva legal atribui exclusivamente ao congresso nacional competência para a elaboração de leis, nos termos do art. 60, III da Constituição Federal. Convém deter-se pouco mais aqui.

3.1. Princípio da legalidade penal

O princípio constitucional da legalidade estrita, juntamente com os demais princípios dela decorrente¹², constitui a base fundamental do direito penal, razão porque debuta o respectivo código e embora as referências ao princípio da legalidade remontem geralmente ao direito romano pode-se afirmar que a legalidade estrita é fruto do pensamento iluminista¹³. Isso porque a revolução francesa em seu impulso liberal deposita no direito suas expectativas contra-absolutistas, de modo que não seria incorreto afirmar que a declaração dos direitos do homem e do cidadão, documento inaugural da modernidade, capitaliza duas grande

⁹ HESSE, 1998, p. 793

¹⁰ 1997, p.32-33.

¹¹ PALAZZO, 2010, p.107-115

¹² 1) *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; 2) *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; 3) *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; 4) *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

¹³ FERRAJOLI, 2006, p.325.

expectativas: a afirmação dos indivíduos como seres iguais e livres e a produção de mecanismos de controle do poder do estado resguardando os cidadãos das arbitrariedades típicas do absolutismo¹⁴. Destarte, o princípio da intervenção legalizada opera como mecanismo apto a harmonizar o contrassenso existente entre a liberdade do cidadão, valor máximo da humanidade e a autoridade do estado como mal necessário, sendo esse princípio por isso imprescindível e consistindo assim em “dogma político em que os povos deveriam acreditar e que os supremos magistrados deveriam apregoar com a incorruptível proteção das leis, dogma sagrado, sem o qual não pode haver sociedade legítima”¹⁵.

Apresentado o panorama cumpre explorar com maior minúcia o princípio da legalidade estrita sob o ponto de vista da estrutura política, a solução para garantir a limitação do poder do estado de direito consistiu em tomar a estrutura centralizante típica do absolutismo e desmembrá-lo segundo suas funções, a saber, a de criar as leis, a de julgá-las e por fim executá-las, pois:

aquele que governa os homens não deve governar as leis, o que governa as leis não deve também governar os homens: de outra forma, suas leis, instrumentos de suas paixões, frequentemente não fariam mais do que perpetuar suas injustiças e jamais ele poderia evitar que pontos de vista particulares alterassem a integridade de sua obra¹⁶.

O lastro racional da justificativa do contratualista francês parece fornecer material para reflexão sobre o caso hora analisado. Com efeito, O Supremo tribunal Federal arroga para si a função de criminalizar a homofobia a equiparando ao crime de preconceito, arranjo que juízo de valor à parte, expressa sua inclinação a repudiar o ato criminalizado, mas se na feitura da lei inclina-se a corte a sua convicção que fará em face do caso concreto? Que esperança de expiação tem o réu que será submetido a seu julgamento? Poderia se objetar que a causa parece justa, mas e o que ocorreria nos casos em que os onze ministros ou pelo menos a maioria necessária deles se convencesse pela criminalização de bem justo?

A sombra dessa ameaça parece apontar como devida a primazia do parlamento na atividade legislativa, tanto em razão da pluralidade de reflexões que além de transmitirem mais precisamente a síntese democrática elaboram a qualidade do argumento, quanto pelo rito parcimonioso de aprovação das leis. A respeito do primeiro parece relevante a reflexão de Waldron que substitui o termo “legislador” por “intenção legislativa”, uma vez que compreende o processo legislativo como o encadeamento de atos anteriormente definidos pela

¹⁴ CUNHA, 1979, p.32

¹⁵ BECCARIA, 1997, p. 43-44

¹⁶ ROUSSEAU, 1978, p. 57

constituição, sobre o qual se deliberará criando uma norma que não necessariamente corresponde àquela projetada no ato da propositura¹⁷. Parece também acorrer para este sentido Leonardo Barbosa ao apontar processo legislativo como “desenvolvimento das relações entre seus participantes a partir do princípio do contraditório”¹⁸, processo que no Brasil corresponde à síntese de teses e antíteses de 513 deputados Federais e 81 senadores, suas experiências, concórdias e discórdias, pois como bem explica Bourdieu o parlamento é “lugar onde, sobre problemas conflituosos que opõem grupos de interesse, debate-se de acordo com formas, segundo regras, publicamente”¹⁹.

Se por um lado o debate descreve o conteúdo da norma, o rito, por outro, descreve sua relevância. Essa noção irradia do escalonamento de normas proposto por Kelsen e da maneira que a constituição Federal de 1988 é definida como rígida, em face do intrincado protocolo requerido a cada tentativa de alterá-la, também os demais tipos normativos do seu artigo 59 hierarquizam-se segundo maior ou menor grau de exigência nas etapas para sua aprovação. É pertinente nesse sentido apontar ainda que a constituição reserva ao poder legislativo, exclusivamente, a deliberação acerca de alguns temas (dentre os quais se encontra a matéria penal) seja pela amplitude do contraditório seja pelo rito mais dificultoso (art. 62 §1º, I, b).

A propósito do artigo supracitado, que trata das restrições temáticas à medida provisória, é pertinente trazer a reflexão de José Nereu Giacomolli sobre as razões do legislador que dizem respeito à natureza das normas, pois enquanto a justificativa da medida provisória funda-se na urgência, a construção da norma penal prescinde de certa parcimônia e até letargia que apenas o rito formal das leis ordinárias pode oferecer²⁰. De maneira que não se trata apenas de repúdio ao executivo, senão também de depósito de expectativas em virtudes específicas que o legislativo goza. Ora, se a Constituição vedou a criação de leis penais ao executivo, cujos atos normativos estão sujeitos ao reexame do legislativo, muito menos plausível parece ser a tese que legitima o judiciário, cujas decisões a ninguém são submetidas, como mandatário para elaboração de normas tão sensíveis.

Além das questões relativas à racionalidade engendrada na forma e nos procedimentos há um elemento ainda a ser discutido, a adequação da referida ação com o objeto a que se propõe proteger, a liberdade. Posto que há um aparente contrassenso entre a bandeira da

¹⁷ WALDRON, 2003, p. 32.

¹⁸ 2010, p.92.

¹⁹ 2014, p. 145.

²⁰ 2006, p.166.

“imprescindibilidade da atuação judicial a favor das liberdades”, mote da justificativa do ativismo judicial e o fato de que do provisionamento do pedido da ADO 26 resultará a ampliação do rol de restrições penais de liberdades.

A despeito da importância da forma, que como vista traz engendrada em si uma justificativa racional, há ainda uma questão nuclear a ser desenvolvida que diz respeito à própria natureza das normas penais, pois o escudo dos procedimentos, embora essencial, não é suficiente para embaraçar criminalizações tendentes à constituição do estado de polícia²¹. De maneira que convém uma análise dos possíveis resultados do julgamento da ação à partir do seu grande objeto, a liberdade, pois a noção moderna de legalidade implica no reconhecimento de uma permissividade que antecede a criação da lei, pois “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão...”, logo, sendo permitido o que não é proibido a justificativa material da mitigação da liberdade do indivíduo deve atender à preservação de outro bem jurídico de igual ou maior envergadura.

4 ADEQUAÇÃO MATERIAL

Francisco de Assis Toledo faz uma importante distinção entre o bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal e o objeto material do crime, essa distinção visa apresentar que o bem de proteção da lei penal não é apenas objeto protegido em si, mas o valor a ele inerente, em outras palavras a norma proibitiva é a contra face de uma liberdade estimada pelo estado²². Essa ideia parece assistir a tese do supremo de que a extensão do rol do crime de discriminação racial aos de preconceitos de gênero promoveriam a liberdade da comunidade LGBT e adjacentes.

Semelhante conclusão parece observável no sistema kantiano. Com efeito, a liberdade, valor fundante do criticismo irradia-se da teoria do conhecimento para os campos da moral e da ética por meio do raciocínio sumarizado no imperativo categórico o qual consiste em um exercício mental no qual o homem, considerando a prática ou não de determinado ato, projeta as repercussões de toda humanidade agindo da mesma forma, sendo boa a projeção, justo é o ato; sendo, porém, maus seus frutos coletivos, rejeita-se também na individualidade. Vê-se, portanto, que o imperativo categórico opera no campo ético como uma via de mão dupla onde os atos individuais devem ser praticados de tal maneira que sua repercussão seja a promoção

²¹ CUNHA, 1979, p.57-58.

²² 1987, p.20.

da liberdade coletiva e vice versa²³. É importante lembrar que para Kant, justiça é medida ética²⁴. Isso implica no fato de que em seu sistema o direito positivo é mera afirmação exterior de valores universais compartilhados por todos os homens pelo uso pleno da sua liberdade. Nesse diapasão, levanta-se a questão: se o justo em Kant só é alcançado quando o ponto de partida é a escolha liberal do homem, estaria o direito operando contra a liberdade? Segundo Kant não, pois aquilo que alcança êxito em promover a liberdade geral pela restrição de um ato que o indivíduo, embora pratique no uso da sua liberdade não o faria se estivesse sob a regência das suas faculdades racionais, arremata a demanda de justiça, ainda que por ato exterior²⁵.

Essa perspectiva filosófica parece responder de forma plausível a pergunta acerca da maneira que a extensão do rol do crime de injúria racial para abarcar também os crimes de homofobia:

A resistência que é oposta àquilo que impede um efeito serve para promover esse efeito e harmoniza-se com ele. Ora, tudo o que é injusto é um obstáculo à liberdade entendida segundo as leis universais, e obrigação é justamente um obstáculo ou uma resistência que se impõe à liberdade. Por conseguinte, quando certo uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (vale dizer, é injusto), então a obrigação oposta a ele, uma vez que impede um obstáculo feito à liberdade, harmoniza-se com a liberdade segundo leis universais, ou seja, é justa: destarte, segundo o princípio da contradição, a faculdade de obrigar aquele que o prejudica está imediatamente ligada ao direito²⁶.

A despeito, porém, da irrefutabilidade deste argumento, o qual no caso hora analisado traduz-se na expectativa de ampliação de direitos advinda da criminalização da homofobia por via judicial, tal promessa não concretiza o direito senão de forma mediata e aqui parece residir o problema material da ADO 26. Como visto anteriormente, o objeto das ações por omissão é a viabilização de uma liberdade impraticável pela razão da inércia legislativa. Acontece que a liberdade sexual não se encontra impedida pela omissão legislativa, encontra-se intimidada, acanhada, mas não inviabilizada. E embora essa periclitante situação rogue, em caráter de urgência, pela tutela do estado, não parece haver aporte para aguardar que se faça pelo braço do judiciário, não pelo menos via ação por omissão. Essa restrição ao uso do instrumento, implícita em sua versão do controle concentrado, expressamente é descrita na ação análoga do controle difuso, pois nos termos do art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção

²³ KANT, 2009, p.223-224

²⁴ p.13

²⁵ p.213.

²⁶ p.213.

sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”.

A caminho da conclusão desse artigo cabe ainda retomar um argumento rapidamente já posto, mas fundamental para a questão, a prevalência do princípio do *in dubio pro reo*. Em sua reflexão sobre as razões de fundo que inviabilizam o uso da medida provisória para construir tipo penal José Nereu Giacomolli aponta que o mote de urgência da norma executiva é antagônico à parcimônia e reflexão que exige o mandamento penal que não pode advir de ato impulsivo ou impensado, sendo por esse precisa falta de circunspeção inerente que não poderia impor-se frente à exigência de indubitável certeza da necessidade de que ao cercear a liberdade dos seus cidadãos, o faz o estado como recurso derradeiro, expresso efetivamente na solenidade²⁷.

Naturalmente os valores da atividade judicial guardam pouca semelhança com as adjetivações referentes à medida provisória, a reflexão relevante aqui é que a só dúvida suscitada acerca da validade do instrumento já é razão suficiente para inviabilizá-lo na persecução penal, pois sendo a punição exceção e não regra em uma democracia, cuidou legislador de garantir que ocorrendo erro prevaleça esta e não aquela, de modo que a dúvida deve sempre pender para o réu e a interpretação, se cabível, deve ser para promoção da liberdade do indivíduo e não sua restrição, constituindo tais garantias “pontos de referência seguros para a decisão final sobre a ampliação ou restrição do preceito que se quer interpretar”²⁸. Destarte, a só existência desse artigo, suscitando dúvidas sobre a constitucionalidade da decisão, já se configura razão suficiente para sua não aplicação, de maneira que parece residir no referido princípio o trunfo do legislador ao trunfo do ativismo judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate acerca da ADO 26 não é tema de simples enfrentamento, milhares de vítimas da homofobia aguardam a decisão do supremo anelando obter na criminalização desta conduta, a restituição da dignidade usurpada por agressores que abertamente, desdenham, ofendem e atacam sem qualquer temor ou constrangimento, graças a omissão do estado que

²⁷ 2006, p.166.

²⁸ TOLEDO, 1987, p. 27.

lhes beneficia. De maneira que seria de demasiada pretensão aguardar dos grupos afetados outra reação que não a de celebração pelo resultado que já se divisa. Ao cientista porém, cabe a análise imparcial dos fatos, a qual no caso em tela parece indicar o oposto do que já afirmaram quatro dos onze ministros.

Naturalmente as considerações levantadas ao longo desse trabalho não se propõem à deslegitimar a causa LGBT, até porque da resolução enérgica da patologia do preconceito depende o salutar funcionamento da democracia, como diversas vezes pontuou Celso de Mello. Tão pouco pretende descaracterizar, o que indelevelmente demonstra o voto do ministro, à materialidade da omissão do legislativo, que em nome de interesses classistas, bem como no temor do eleitorado, furta-se a abordar temas sensíveis. As questões levantadas relacionam-se, outrossim, a implicação do precedente sobre futuras discussões, pois é imprescindível que os critérios técnicos se imponham sobre o afã de promover justiça para que chegando o dia que a disposição de praticar justiça se converta no oposto, possam a forma e o conteúdo, outrora reforçados se encontrarem suficientemente sadios para deter a injustiça. Nunca é demais lembrar que a modernidade consagra a desconfiança como premissa da relação do cidadão com o poder constituído, dado a compreensão da sua força corruptora, consagrada no adágio de Montesquieu²⁹. De maneira que não parece de bom alvitre que normas penais estejam submetidas ao beneplácito de qualquer dos poderes, seja o judiciário ou o executivo.

Isso não significa, por outro lado aversão à mudança, pois não se pode olvidar que a letra estática da Constituição se opõe à dinâmica das transformações sociais e que a atividade legislativa não é suficiente para conferir a atualização que as normas precisam e que, portanto, a mutação constitucional, nos termos propostos por Hsu Dau Lin³⁰ e assumidos por Konrad Hesse, parece uma verdade indelével. Essa mudança, porém deve erigir-se sobre robusta fundamentação lastreada pelo argumento racional, posto que duradouro e transcendente em oposição àqueles meramente persuasivos, que embora efetivos em face da emergência mal logram a longevidade, que apenas aqueles gravados na razão humana podem ter, como

²⁹ “mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites” (MONTESQUIEU, 1979, p.148).

³⁰ O autor possui um dos mais completos e aprofundados estudos acerca do tema mutação constitucional a respeito da qual escreve: “El significado de ese problema resulta de la naturaleza e intención de la Constitución escrita. Porque en el caso de una mutación de La Constitución, ésta como tal e cuestiona en su significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar la vida estatal en su totalidad y exigen que su validez sea superior a la de las leyes ordinarias se reducen a letra muerta. En efecto, la realidad para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide con ellas. Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional” (1998, p. 30).

prelucida Perelman³¹. É seguro que o que se espera da Suprema Corte é a construção de precedentes de vitalidade duradoura, esse, porém, é um padrão que raramente tem o STF sustentado, especialmente diante daqueles casos classificados por Dworkin como difíceis, onde é exigido do juiz a reunião de forças hercúneas³² para justificar a inovação em face do anacronismo da legislação para atender as demandas do caso concreto³³.

Na situação específica do julgamento ora apresentado, a clareza com que o voto de Celso de Mello delimita as questões que precisam ser respondidas para um deslinde favorável à criminalização parece opor-se às suas respostas pouco elucidativas para as mesmas questões, entretanto, não seria inacurado dizer que a clareza que o ministro demonstra ter do problema mais expõe a fragilidade da resposta. Com efeito, dedica tópico exclusivo para declarar ciência dos princípios da anterioridade penal, da reserva legal e da legalidade estrita e não obstante o testemunho de consciência, vota ao fim pela declaração da omissão, notificando o congresso e enquadrando a homofobia no gênero de racismo sob o mote de urgência em face dos descalços sofridos pela comunidade LGBT, ou seja, reitera mais uma vez a prática da corte iniciada desde os tempos do contundente problema exposto pelo ministro Paulo Brossard em 1992, qual seja, a de furtar-se ao enfrentamento de argumentos robustos por meio da abertura de frentes argumentativas paralelas.

Naturalmente a urgência da defesa dos direitos das comunidades LGBTs é valor indiscutível e não pode perecer por sua justeza e legitimidade, mas paralelo a isso a pergunta sobre a legitimidade do supremo para criar o tipo penal libertador permanece irrespondida, como permanece irrespondida a pergunta feita por Paulo Brossard em 1992, lá ao início deste artigo mencionada, de modo que, ao mesmo tempo que a corte se empenha em construir uma história de vanguarda dos direitos segue falhando em lidar com argumentos do passado, assombrada por fantasmas que não exorcizados continuarão a comprometer o triunfo racional dos direitos conquistados.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

³¹ 2017, p.20.

³² Dworkin cria a figura do juiz Hercules, magistrado capaz de congrega todos os valores humanos necessários para o justo deslinde dos casos difíceis (2017, p. 165).

³³ 2017, p. 127.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15 de maio de 2019.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-92)*. Trad. Rosa Freire d’Aguilar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 69-70.

MENDES, Gilmar Ferreira. (s.d.). *Supremo Tribunal Federal*. Acesso em 03 de maio de 2019, disponível em Site do Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Jurisdicao_Constitucional_no_Seculo_XXI_v_Port1.pdf

GIACOMOLLI, Nereu José. “O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais”. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p.153-178, jul./dez. 2006.

MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Abril, 1979.

PALAZZO, Francesco. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y El concepto de la regla iuris”. *Revista Penal, Barcelona*, n. 25, p. 104-116, jan. 2010.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação a nova retórica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e Refutações – o processo do conhecimento científico*. 5ª ed. Brasília: UNB, 2008.

_____. *Lógica das ciências sociais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ensaio sobre a origem das línguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La constitucionalidade por omisión. Um nuevo reto para la justicia constitucional*. In: CARBONEL, Miguel (coord.). *Em busca de las normas ausentes: ensayos sobre la constitucionalidade por omisión*. UNAM: Mexico, 2003.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1988.