

UMA ANÁLISE À DECISÃO DO STF QUE EQUIPAROU AS CONDUTAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS AO CRIME DE RACISMO E SUA POSSÍVEL VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E LEGALIDADE

AN ANALYSIS OF THE STF'S DECISION THAT EQUATED HOMOPHOBIC AND TRANSPHOBIC CONDUCT WITH THE CRIME OF RACISM AND ITS POSSIBLE VIOLATION OF THE PRINCIPLES OF SEPARATION OF POWERS AND LEGALITY

Patricia Vieira Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho busca analisar de forma crítica a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26. Inicialmente, é apresentado o histórico do julgado e seus argumentos. Em seguida se discorre de forma crítica sobre a possível violação aos princípios da legalidade e separação dos poderes, tendo por fundamento, decisões da própria corte, argumentos e críticas de renomados pensadores. Posteriormente se analisa a teoria dos Diálogos Constitucionais, traçando possíveis caminhos a ser seguido pelo Estado Democrático de Direito, na busca de decisões melhores fundamentadas e que concretizem o previsto pela Constituição. Por fim, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26, violou os princípios da legalidade e separação dos poderes.

Palavras-chave: ADO nº 26; Legalidade, Separação dos Poderes; Diálogos Constitucionais.

ABSTRACT

This study seeks the critical analysis of the Supreme Federal Court's decision in ADO (unconstitutionality action for omission) No. 26. Initially, the court's history and arguments are presented. Then it is held critically about the possible violation of the legality principles and of the separation of powers, based on decisions of the court itself, arguments and criticisms of renowned thinkers. Subsequently, the Constitutional Dialogues theory is analyzed, tracing possible paths for the Democratic State of Law to follow, in order to make better reasoned decisions and that materialize the Constitution's provisions. Finally, it is possible to conclude that the Supreme Federal Court's decision in ADO No. 26, violated the principles of legality and separation of powers.

Keywords: ADO No. 26; Legality; Separation of powers; Constitutional Dialogues.

¹ Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Especialista em Processo Civil e Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná. Advogada em Cascavel – Estado do Paraná. Contato para sugestões ou apontamentos: adv.vieraoliveira@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26, que julgou por maioria, a favor de equiparar as condutas de homofobia e transfobia, decidindo pelo enquadramento dessas condutas como tipo penal definido pela Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite normativa específica sobre a matéria.

A interpretação dos ministros pautou-se nas garantias previstas nos artigos 1º, inciso III - 3, incisos I e II e 5º, incisos XLI, XLII e §1º da Constituição Federal².

A Constituição da República Federativa do Brasil, cunhada em princípios e direitos fundamentais, tem como fundamento de forma inaugural em seu artigo 1º - o princípio da Dignidade Humana que em seu parágrafo único corrobora, “ que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, nos termos desta Constituição. ”

Em lógico sincronismo, a Constituição em seu artigo 2º assenta que são poderes da União, harmônicos e independentes o Legislativo, Executivo e o Judiciário, e, à luz da Constituição não há hierarquia entre os poderes, assim estes deveriam atuar, como concebido por Montesquieu, pautado em um exercício legítimo de cada poder, de forma a garantir os direitos fundamentais de cada indivíduo.

Neste aspecto, cinge-se a analisar de forma crítica a presente decisão em paralelo aos princípios da legalidade e separação dos poderes, traçando as devidas considerações a partir do posicionamento de pensadores contemporâneos, que objetivam oferecer subsídios teóricos ao estudo da matéria constitucional sobre a atual realidade jurídica e política que envolve os poderes.

Nesta sistematização, será analisado a teoria dos Diálogos Constitucionais, traçando possíveis caminhos a ser seguido pelo Estado Democrático de Direito, na busca de decisões melhores fundamentadas e que concretizem o previsto pela Constituição, tema de extrema

² BRASIL. Constituição da República Federativa, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

importância e a pesquisa aprofundada dá vazão ao surgimento de mais e mais questionamentos.

Nesta conjuntura, a metodologia de abordagem utilizada na presente pesquisa foi o dedutivo, tendo como premissa maior os princípios constitucionais da legalidade e separação dos poderes, a lei, e, premissa menor a decisão do STF na ADO nº 26, que são valorados do decorrer deste trabalho apontando possíveis conclusões.

A presente pesquisa tem como base o procedimento monográfico, explorando as análises comparativa e dialética dos pensamentos dos diversos estudiosos sobre o assunto. Os instrumentos utilizados no desenvolvimento deste trabalho caracterizam-se pelas pesquisas bibliográficas, documental e legislativa, e ainda englobam artigos de revistas, além de outros meios e técnicas de pesquisa direta e indireta.

2 DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADO Nº 26 QUE EQUIPAROU AS CONDUTAS DE HOMOFOBIA AO CRIME DE RACISMO

O Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2019, julgou por maioria, a favor de equiparar as condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, decisão que decorreu da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26³ movida pelo Partido Popular Socialista (PPS), buscando:

[...] obter a criminalização específica de todas 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) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (Art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (Art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (Art. 5º, LIV, da CF/88)” (documento eletrônico 2, p. 1).⁴

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26). Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019. Disponível em: <BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia. Notícia veiculada de 18 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26). Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019. Disponível em:

Pugnando ao final pela procedência, assim requerendo:

- a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constata do Art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBR relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do Art. 5º, inc. XLI, da CF/88;
- b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia;
- c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima; caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia⁵.

O Presidente do Senado, assim se manifestou:

o Presidente do Senado Federal defendeu a improcedência dos pedidos, porque já existe tipificação penal apta a tutelar os bens jurídicos em questão (crimes contra a honra, homicídio, lesão corporal, dentre outros), e porque seria mais apropriada “a discussão sobre a eficácia do Estado em aplicar a lei do que a discussão acerca da eficácia estatal em fazer leis penais” (documento eletrônico 31). Mais recentemente, em nova manifestação (documento eletrônico 124), o Presidente do Senado invocou o “acalorado e avançado debate democrático quanto à criminalização da homofobia, especialmente após o advento do Projeto de Lei do Senado Federal nº 515 de 2017”, bem como “a constatação de que não é a jurisdição constitucional a via mais adequada para solucionar a controvérsia em atenção ao princípio da separação e da harmonia dos Poderes”, para pleitear o indeferimento da inicial ou, sucessivamente, a improcedência total da ação.

Percebe-se que a postura o Presidente do Senado, foi no sentido de rememorar que os bens jurídicos reclamados, não se encontram desprotegidos, ao contrário existe legislação apta a tutelar cada um destes, ademais, ressaltou que há projeto de lei tramitando com intento de criminalizar as condutas específicas, asseverando que em respeito ao princípio da separação dos poderes a Corte jurisdicional não é a via adequada para solução da controvérsia.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>> . Acesso em 11 de outubro de 2020.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26). Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019. p. 03. Acesso em 11 de outubro de 2020.

A manifestação da Procuradoria – Geral da República, entre outros argumentos se baseou por entender a existência de mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, que abrangeria a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, segue parecer ementado:

“CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.
2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem.
3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.
4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.
5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inércia deliberandi.
6. 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.
7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.”⁶

Em contrário entendimento a Advocacia Geral da União, deu parecer pela improcedência da ação, por entender que não houve pelo Congresso Nacional omissão legislativa, ante a ausência de comando constitucional específico a criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas.

Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

(Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria, afastando a responsabilidade civil do Estado de indenizar as vítimas.

Foram vencidos em seus votos, os ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, e Marco Aurélio, aduzindo entre outros argumentos, que só através de lei se pode criminalizar condutas.⁷

Entre as razões de decidir, seguida pelos votos vencedores, o Superior Tribunal Federal, através do relator Ministro Celso de Mello, reconheceu, o estado de mora constitucional, quanto à omissão legislativa, em não criar leis penais que criminalizassem a prática de homofobia e transfobia, argumentando a possibilidade de “colmatação” a fim de dar à constituição a correta interpretação, assim, citou Canotilho⁸ ao mencionar:

a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela⁹

Para o Superior Tribunal Federal, esta técnica já em muitas decisões vem sendo utilizada, com fim que de adequar o ordenamento jurídico à Constituição Federal, assim, concretizando os direitos e garantias nela previsto.

Segundo o STF, no caso de normas com várias interpretações possíveis, será aplicada a interpretação que mais se adeque as normas constitucionais.

Neste intento, o STF por maioria absoluta, votou para aplicar interpretação constitucional, as normas constitucionais que seguem, com aplicação do princípio da anterioridade, a interpretação dada à Lei de Racismo n.7.716/89, conforme disposto na Constituição Federal de 1988:

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Publicado em 13 de junho de 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26). Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019. p. 40. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹⁰.

Da presente decisão, o STF decidiu para conhecer parcialmente a ação, e julgar parcialmente procedente, nos seguintes termos:

- 1) DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, consequentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional.
- 2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.¹¹

Os efeitos da presente decisão foram prospectivos, ou seja, a partir da publicação do julgamento, erga omnes (contra todos) e vinculantes (passam a valer para demais processos

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Art 1º. Parágrafo único Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26). Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019. p. 48. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

que discutam questões idênticas).

Nesta conjuntura, conforme decisão, os ministros do STF por maioria absoluta, decidiram por aplicar, as penas previstas na Lei 7.716/89 as condutas homofóbicas e transfóbicas até que o Congresso Nacional edite lei sobre o tema.

A presente decisão, não foi recebida em consenso, gerando inúmeras críticas, inclusive por pensadores renomados, como passa a se analisar nos temas que se seguem.

3 CRÍTICAS A DECISÃO STF NA ADO Nº 26

Com o intento de discorrer de forma crítica sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 que equiparou as condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, inicialmente se faz necessário discorrer sobre os princípios basilares do Estado Democrático.

Neste diapasão, iremos discorrer sobre os princípios da separação de poderes e legalidade, abordando seu conceito histórico e normativo, correlacionando com o entendimento, dos próprios ministros do STF e, pensadores, sobre a possível violação aos corolários democráticos.

3.1 CONSIDERAÇÕES AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição da República Federativa do Brasil de forma inaugural em seu artigo 1º traz que: a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, afirmando em seu parágrafo único que todo poder emanado povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. E, em seu artigo 2º assenta que: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Neste abrolhar, Novelino¹² aduz que a Constituição de 1988, além de consagrar expressamente a separação dos poderes (CF, Art.2º), e protegê-lo como cláusula pétrea (CF, Art.60, §4º, III), estabeleceu toda uma estrutura institucional de forma a garantir a independência entre os poderes, composta com atribuições de controle recíproco.

¹² NOVELINO. Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Edição Revista e Ampliada. Editora JusPodivm, 2020. p. 291.

A independência entre os poderes tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos entes. A harmonia, segundo Novellino¹³, se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

A separação dos poderes também está descrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo XVI traz que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”¹⁴

No julgamento do MS nº 23.452-RJ, de relatoria do então ministro Celso de Mello, este, assim assentou entendimento:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no Art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.¹⁵

No citado entendimento, o ilustre ministro discorre de forma objetiva sobre a separação dos poderes, corroborando a existência de divisão na competência de cada poder, e a necessidade que se respeite as limitações prevista pelo princípio, que objetiva proteger os direitos e garantias previsto pela Constituição.

Na mesma linha de pensamento, Piske e Saracho¹⁶ enlaçam entendimento clássico sobre a separação dos poderes, assim segue:

A Teoria da Separação dos Poderes conhecida, também, como Sistema de Freios e Contrapesos, foi consagrada pelo pensador francês Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, na sua obra “O Espírito das leis”, com base

¹³ Idem.

¹⁴ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Art. 16. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 163**. Brasília, 20 a 24 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

¹⁶ PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System) - **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios** (2018). Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-orian-piske>>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

nas obras de Aristóteles (Política) e de John Locke (Segundo Tratado do Governo Civil), no período da Revolução Francesa. Montesquieu permeando as ideias desses pensadores e, com isso, explica, amplia e sistematiza, com grande percuciência, a divisão dos poderes.¹⁷

É concreto que a CF de 1988, não só adotou a divisão dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, como estabeleceu como princípio do Estado Democrático de Direito, ademais, percebe-se uma preocupação histórica da separação dos poderes, justamente para evitar a subversão pelo poder.

Orihuela¹⁸ ao discorrer sobre elementos constitutivos do Estado cita abordagem de Celso Ribeiro de Bastos que assim expressa:

“No nosso Curso de teoria do Estado e ciência política tivemos o ensejo de definir o Estado como a ‘organização política... resultante de um **povo** vivendo sobre um **território** delimitado e **governado** por **leis** que se fundam num **poder** não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente...” (BASTOS, 1990, p. 7) (negritos nossos).

Cittadino¹⁹ ao citar Jürgen Habermas, bem assevera sobre o papel de uma corte constitucional em um Estado Democrático de Direito:

[...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.²⁰

Ainda segundo Cittadino²¹, a Suprema Corte, deve zelar pela ordem democrática, propiciando seu pleno exercício, de tal forma que não exerça função política legiferante, mas, atuando nos limites previstos pelo Constituinte de forma a proteger a ordem Constitucional em sua essência.

¹⁷ PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. (2018). Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-ariana-piske>>. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

¹⁸ ORIHUELA, Misael Alberto Cossio. Elementos constitutivos do Estado: uma proposta de conceito de Estado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4517, 13 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44467>. Acesso em: 13 nov. 2020.

¹⁹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, n. 09, p. 105-113. jul./dez., 2004. p.105. Disponível em: <http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

²⁰ Idem, p. 105.

²¹ Idem. p. 109.

Conforme entendimento posto, a Magna carta adota a Teoria da Separação dos Poderes, desenvolvida por Montesquieu que explica a importância do sistema de freios e contrapesos, para que nenhum poder se subverta sob o outro pondo em desequilíbrio a ordem constitucional.

Isto posto, a separação dos poderes se mostra como alicerce necessário, à concretização do Estado Democrático de Direito, e, para isso a Constituição de forma analítica tratou de atribuir as competências típicas e atípicas para cada poder, com propósito que cada ente respeite seus limites de atuação.

3.2 CONSIDERAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu Art. 8º garante: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inicialmente assenta o princípio da legalidade em sentido amplo, assim, em seu artigo 5º inciso II traz: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ademais, quanto a criminalização de condutas, em sentido estrito corrobora em seu art. 5º, XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Novelino²² tece entendimento, de que o princípio da legalidade que tem por objetivo limitar o poder do Estado de modo a impedir ações e medidas arbitrárias.

E, que para isso, a Constituição confere ao legislativo, órgão máximo de expressão da vontade popular, a função precípua de criar leis, as quais devem ser pautadas pelo critério da razoabilidade e elaboradas em conformidade com os preceitos constitucionais.

Bastos²³ destaca o duplo significado atribuído ao princípio: protege o particular contra possíveis desmandos do executivo e do próprio judiciário; e, representa o marco avançado do Estado de Direito, procurando os comportamentos às normas jurídicas das quais

²² Idem.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19ª ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

a leis são a suprema expressão.

O princípio da legalidade penal também se encontra previsto de forma inaugural no Código Penal, que assim traz: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Rogério Greco²⁴ em sua obra Código Penal Comentado, assim expressa:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, um dos mais importantes do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inc. XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal. Por essa razão, von Liszt diz que o “Código Penal é a Carta Magna do delinquente”²⁵

Nesta perspectiva Rogério Greco²⁶, trabalha o princípio da legalidade sobre quatro funções fundamentais e assim traz:

1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); 4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)²⁷.

Assim a partir do entendimento de Rogério Greco²⁸, verifica-se o cuidado do constituinte em restringir a criminalização de condutas, pois, só através de lei criada pelo parlamento é que se pode criar crimes, impedindo assim, a retroatividade da lei penal, ademais, garantindo que não seja criado crimes por analogia, ou para enrijecer penas, de forma, que não há crime, nem pena, sem lei.

Reginaldo²⁹ em seu artigo intitulado Democracia em Aristóteles ao citar *Ilíada*, II, 204, e a *Política*, IV, 1292a 30, aborda que não poderá haver regime constitucional onde a lei não detém autoridade:

²⁴ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11ª Edição. Revista Ampliada e Atualizada. Editora Impetus. 2017.

²⁵ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11ª Edição. Revista Ampliada e Atualizada. Editora Impetus. 2017.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ REGINALDO, Sidney Guerra. Democracia em Aristóteles. Revista Opnião Jurídica, n. 4 - 2004.2, p.252-265. Disponível em: <file:///D:/Documentos%20do%20Usu%C3%A1rio/Downloads/2915-10192-1-SM.pdf>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

As muitas partes, ou seja, os muitos que detêm a autoridade suprema, mesmo dividida em associações, se deve entender como um conjunto, uma multidão, e não de modo individuado, que se submeter à lei com regra bem definida e não regulada por decreto. Assim, quando se disser que o governo de ‘muitos’ não é um governo bom, é necessário esclarecer o que seja esse governo de ‘muitos’, para que não se tenha a interpretação de um aglomerado de pessoas, caindo em erro como o fez Homero, que diz que “não é bom o governo de muitos”, sem, contudo, esclarecer o que sejam esses ‘muitos’, em que os magistrados são tomados como um aglomerado de indivíduos. Assim, também acertam os que opinam que um regime assim instituído poderá ser uma democracia, mas nunca um regime constitucional. Com efeito não poderá haver regime constitucional onde a lei não detém a autoridade.³⁰

Do entendimento citado, se extraí, que onde há um regime constitucional, existe uma ordem a ser seguida, que embora, não haja hierárquica entre os poderes, cada poder possui limitações em seu agir, ou seja, cada poder responde e atua dentro das suas competências, o contrário, seria dizer que poderia haver interferências desmedidas, “um governo de todos”, sem respeito aos limites estabelecidos pelo constituinte.

A Constituição é um verdadeiro sustentáculo que nutre a legalidade no país, a despeito disso, qualquer atuação contrária ao que estabelece a Constituição põe em risco, a segurança aos direitos e garantias fundamentais, a decisão do STF utilizada como cerne deste trabalho, demonstra que da noite para o dia, um crime que inexistia, passou a existir, sobre o argumento de que implicitamente a Constituição assim o quis.

Nesta senda, se torna cada vez mais comum, os embates quando o tema é as decisões do STF, Oscar & Glezer³¹ tecem compreensão sob a obra escrita por Luís Roberto Barroso "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria", assim, destacam que um dos principais argumentos do ministro do supremo é o de reconhecer que a corte também passou a exercer uma função representativa, desempenhando um papel de vanguarda iluminista, "encarregado de empurrar a história quando ela emperra".

Segundo o entendimento de Barroso, abordado por Vieira & Glezer³², existem situações de fragilidade no sistema representativo que vão demandar a atuação do Tribunal, fazendo com que a corte exerça a função de representar desígnios que não encontraram respaldo no sistema representativo, "alertando que essa competência é perigosa e deva ser

³⁰ Idem.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso. São Paulo: Editora FGV Direito, 2017. p. 15.

³² Idem.

exercida com parcimônia, pelos riscos que traz à democracia, trata-se de papel imprescindível".

Desta compreensão se originam as várias críticas atuais, pois, agindo o STF para resolver situações “não tratadas pelo Congresso” estaria por exercer a função de legislador? A partir deste exercício teríamos, ministros não eleitos pelo povo, atuando contra os desígnios da Constituição, sob o argumento de defesa e proteção de um direito, ademais, há eficácia em proteger um direito ‘fruto’; quando em contrapartida se fere a ‘raiz’; efetivamente, não há como proteger os direitos e garantias fundamentais, em detrimento da violação a Constituição.

Já em momento distinto, em resenha a Revista ConJur, o ilustre ministro assim, respondeu quando questionado sob a decisões da corte:

ConJur — Qual é a maior dificuldade nesse ponto de convencer outros ministros?
Luís Roberto Barroso — Esse é um lugar em que todo mundo pensa pela própria cabeça, com suas convicções, e, por isso às vezes é difícil formar consensos. Mas ao contrário do que algumas pessoas imaginam, aqui não é um serpentário, onde vivemos às turras. É exatamente o contrário, as relações são cordiais, e, em alguns casos, até afetuosas. O sistema de trabalho, no entanto, faz com que o Supremo funcione como um arquipélago: um conjunto de ilhas isoladas, como é lugar comum se dizer.³³

O argumento do ilustre ministro vem de encontro a muitas críticas, pois como esperar decisões da Corte alinhadas com a Constituição, quando cada membro desta corte pensa pela própria cabeça e convicções, não deveriam estes pensar movidos pelo intento do Constituinte?

Uma possível resposta talvez esteja em Beccaria³⁴ que assim leciona:

(...) cada homem tem o seu ponto de vista; o mesmo homem em épocas diferentes tem pontos de vista diferentes. O espírito da lei seria, portanto, o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou difícil, dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido e de todas aquelas mínimas forças que mudam as aparências de cada objeto no espírito flutuante homem. Vemos, pois, a sorte de um cidadão mudar muitas vezes em sua passagem por diversos tribunais, e a vida dos miseráveis ser a vítima dos falsos raciocínios ou das variações ocasionais de humor de um juiz, o qual toma como interpretação legítima o vago resultado de uma série de noções confusas que agitam em sua mente. Vemos, pois, os mesmos delitos punidos de forma diferente em épocas diferentes pelo mesmo tribunal, por ele ter consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a instabilidade errante das interpretações. A desordem que nasce da obediência rigorosa à letra de uma lei penal não pode ser comparada às

³³ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>> . Acesso em 01 de novembro de 2020.

³⁴ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

desordens que nascem de sua interpretação.³⁵

Nesta conjuntura, desde 1764, em Beccaria³⁶, o principal representante do iluminismo penal e da Escola Clássica do Direito Penal, já criticava a interpretação dos juízes às leis.

Reiterando o dizer do ilustre ministro Barroso, “Esse é um lugar em que todo mundo pensa pela própria cabeça, com suas convicções, e, por isso às vezes é difícil formar consensos.”³⁷

Em parecer sob a criminalização da homofobia pelo STF, Cleve (*et.al.*) manifestaram várias críticas:

Além disso, especialmente para efeitos de criminalização e penalização a própria CF assegura, na condição de direitos-garantia fundamentais, a legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, CF). Resulta elementar que o Mandado de Injunção não pode ser manejado para efeitos de por um lado buscar uma “criminalização judicial” onde sequer a CF exige de forma inequívoca a criminalização, pois, reitere-se, punição não é equivalente a criminalização (e nem esta necessariamente implica imposição de pena, como se extrai do exemplo da despenalização, mas não descriminalização da posse de droga para consumo próprio), muito menos, contudo, para com isso violar frontalmente outros direitos e garantias fundamentais.³⁸

Do parecer crítico dos pensadores citados, há clara objeção quanto a utilização do manejo do Mandado de Injunção, buscando criminalizar condutas quando a própria CF assim não previu, pois, se a própria norma não o quis, não se pode falar em ausência de norma regulamentadora.

Nesta entoada, Streck (*et. al.*)³⁹ assim descrevem:

A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política. Uma ofensa à Constituição por

³⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>> .Acesso em 01 de novembro de 2020.

³⁸ Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Streck e Flávio Pansieri 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise do Judiciário na história brasileira. *Pensar*, v. 18, n. 3, set/dez 2013, p. 737-758. p. 730. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2808>. Acesso em 11 de outubro 2020

parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Desse modo, se este passa a ocupar um papel institucional de maior destaque frente aos demais Poderes, consequentemente, a necessidade de limites à decisão judicial passa a tomar um maior espaço nas discussões públicas. Certamente esse tema é uma questão muito cara ao regime democrático, pois a ausência de controle pode levar ao autoritarismo.⁴⁰

Streck (*et. al.*)⁴¹ discorrem acerca da necessidade de controle sobre as decisões judiciais, uma vez que estas começam a ocupar um papel de destaque frente aos outros poderes, e a ausência de freios e contrapesos, podem levar ao autoritarismo, o que vai na contramão dos valores e princípios do Estado democrático de Direito.

Ao Supremo Tribunal Federal, cumpre a guarda da Constituição, velando para que os deveres, direitos e garantias nela previsto sejam cumpridos, isso importa, não contrariar a vontade do Constituinte originário, trazendo interpretações que destoam de sua essência constitucional.

Godoy⁴² em sua tese de doutorado distingue sob o significado da guarda da Constituição e da interpretação constitucional, da seguinte forma:

7. Conforme foi demonstrado por este trabalho, guardar a Constituição não significa, portanto, exercer uma supremacia judicial interpretativa e nem ter a última palavra sobre o significado da Constituição. Declarar uma lei inconstitucional e invalidar atos dos demais Poderes são sim competências e atribuições do Poder Judiciário e especialmente do Supremo Tribunal Federal. Ele pode e deve exercer essa competência. Tem autorização expressa da Constituição de 1988 para isso. Mas, tal competência e exercício não significam que apenas o Supremo Tribunal Federal pode estabelecer o significado final da Constituição. Essas críticas deixam claro que a supremacia judicial e a última palavra não fomentam uma ação conjunta, coordenada, colaborativa, dialógica, entre os Poderes, as instituições e entre estes e o povo. Ao contrário, elas encaram a separação entre os Poderes como um esquema rígido, fixo, no qual prevalece uma disputa sobre a última palavra, e não um diálogo em busca da melhor da resposta.⁴³

Da presente citação⁴⁴, se extrai, que a guarda da CF pelo STF não deve ser confundida como se este coubesse o poder absoluto de interpretação constitucional, pois há

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² GODOY, Miguel Gualano. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

outros poderes e o próprio poder conferido ao povo de exercer a interpretação constitucional.

Beccaria⁴⁵, em sua obra *Dos delitos e das penas*, qual teve origem em 1764, já era convicto em afirmar que o legítimo intérprete da lei seriam os legisladores, legitimamente eleitos como representantes do povo:

Nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem legisladores. Os juízes não receberam as leis dos nossos antepassados como uma tradição doméstica nem como um testamento que só deixasse à posteridade a tarefa de obedecer, mas recebem-nas da sociedade viva ou do soberano que a representa como legítimo depositário do resultado atual da vontade de todos, não as recebem como obrigações de um antigo juramento, nulo por ligar vontades inexistentes, iníquo, por reduzir os homens do estado de sociedade ao de rebanho, mas como efeito de um juramento tácito ou expresso que as vontades reunidas dos súditos vivos fizeram o soberano, como vínculos necessários para frear e reger a agitação intestina dos interesses particulares. Essa é a autoridade física e real das leis. Quem será então o legítimo intérprete da lei? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos, ou o juiz, cujo ofício é apenas examinar se um determinado homem cometeu ou não uma ação contrária às leis? ⁴⁶

O que se pretende corroborar, é nada além do que se encontra previsto na Constituição, na decisão cerne deste trabalho, é verossímil que a partir de uma interpretação dada pelo STF, a direitos supostamente implícitos, que aos seus próprios pares (votos vencidos), não foi possível enxergar/interpretar, nasce uma criminalização de conduta não prevista.

Não obstante, a decisão do STF por maioria, tenha ido na contramão do que traz o princípio da legalidade, os votos vencidos dos ministros da suprema corte, Ricardo Lewandowski, seguido por Dias Toffoli, e Marco Aurélio, foram em defesa ao princípio da Legalidade, aduzindo, que só através de lei criada pelo parlamento, é que se pode criminalizar condutas.

O ministro Ricardo Lewandowski, em que pese, ser contrário a decisão a decisão vencedora, chegou a reconhecer a mora legislativa em dar andamento adequado aos projetos de lei que versam sobre o tema, sendo seu voto acompanhado pelo voto do ministro Dias Toffoli.

Segue trecho de seu voto:

⁴⁵ BECCARIA. Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁶ BECCARIA. Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.45.

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art.5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.⁴⁷

Do voto do ilustre ministro Lewandowski, extrai-se a reprovação contra o preconceito gerado por condutas homofóbicas/transfóbicas, conquanto assevera, que somente através de lei, editada pelo parlamento, é possível criminalizar condutas.

Quanto ao voto do ministro Marco Aurélio, este, não reconheceu sequer omissão legislativa, por entender que inexistente comando constitucional no sentido de criminalizar as específicas condutas homofóbicas, ressaltando a necessidade de proteção a separação dos poderes e reserva legal em termos penais.⁴⁸

Já em caso diverso, com relatoria do ministro Marco Aurélio, a 1ª turma por unanimidade rejeitou a denúncia contra o deputado Marco Feliciano, por conduta supostamente homofóbica, segue fragmento da decisão:

O relator observou que o inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, é claro no sentido de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Por essa razão, o ministro Marco Aurélio deixou de receber a denúncia, com base no inciso III, do artigo 386 do Código de Processo Penal (CPP), – conforme o qual o juiz absolverá o réu desde que reconheça que o fato não constitui infração penal – “o que nesta fase sugere a simples ausência de instauração da ação penal”.⁴⁹

Da decisão mencionada, os ministros manifestaram parecer de reprovação quanto à conduta do deputado, conquanto reconheceram que a Constituição é clara no sentido da inexistência de crime, quando não a lei que defina.

Em clara pertinência quanto à equiparação das condutas homofóbicas e transfóbicas, o resultado foi unânime pelo não recebimento da denúncia, o relator ministro Marco Aurélio, assim constou:

O ministro lembrou que o artigo 20, da Lei 7.716/89, versa sobre discriminação e

⁴⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>> . Acesso em 11 de outubro de 2020.

⁴⁸ Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> . Acesso em 11 de outubro de 2020.

⁴⁹ Disponível em < <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=272710>> . Acesso em 11 de outubro de 2020.

preconceito, considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, “não contemplando a discriminação decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã”. Ele observou, ainda, que esse dispositivo é objetivo, definindo exatamente o que constitui o tipo penal.⁵⁰

Araújo (*et. al.*)⁵¹ citam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ao lecionarem que na seara criminal, entende-se por analogia a complementação do texto legal de modo a expandi-lo, ao considerar antijurídico o que a lei justifica, reprovável o que a lei não reprova, punível o que a lei não penaliza, proibir o que a lei não proíbe.

Quanto as condutas tidas como homofóbicas e transfóbicas, embora o constituinte não tenha criminalizado de forma específica, é concreto na legislação, previsão legal de proteção, os bens jurídicos fundamentais.

Segundo Luiz Regis Prado⁵²:

Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico – penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.⁵³

Da petição de criminalização, elaborada pelo grupo de Gays, Lésbicas e Transgêneros, devidamente representados, os mesmos, relatam casos de homicídios, lesão corporal, estupro, ameaça e crimes contra honra, pugnando por proteção.

Conquanto à luz do Direito Penal tais condutas encontram-se rigorosamente previstas como crime, havendo tipificação específica para os crimes listados, assim segue:

No que se refere aos crimes de homicídio, lesão corporal, estes, encontram-se tipificados da parte geral do Código Penal, no título I – DOS CRIMES CONTRA A PESSOA, capítulo I – DOS CRIMES CONTRA A VIDA, assim assentando:

⁵⁰ Disponível em < <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=272710> > . Acesso em 11 de outubro de 2020.

⁵¹ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. Revista Thesis Juris – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2020. p. 66. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/342402392_A_criminalizacao_da_homofobia_pelo_Supremo_Tribunal_Federal_e_os_possoiveis_limites_na_formacao_dos_precedentes_penais> . Acesso em 12 de outubro de 2020.

⁵² PRADO, Lucas. Bem jurídico – penal e constituição. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵³ Bem jurídico – penal e constituição. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.44.

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

(...)

Pena - reclusão, de seis a vinte anos

E, no capítulo II – DAS LESÕES CORPORAIS, que assim traz:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Quanto aos crimes contra a honra, este encontra-se previstos, no capítulo V do Código Penal, e, assim segue:

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

(...)

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

(...)

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

(...)

No capítulo VI o Código Penal trata - DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL, e assim traz:

Constrangimento ilegal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

(...)

Ameaça

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

(...)

Embora, fique corroborado que consta proteção aos bens jurídicos reclamados isso não impede, que novas leis com proteção e punição especial sejam criadas, desde que pela via adequada.

Silveira⁵⁴ cita Waldron ao afirmar que:

Ainda que seja evidente, o autor chama atenção para o fato de que muitas vezes as decisões das majorias são corretas e, mesmo que contrariem as minorias, não suprimem desses últimos direitos legítimos, liberdade ou bem-estar. Às vezes, as minorias estão erradas sobre seus direitos⁵⁵.

Neste entendimento, não se pode admitir guarida, a pretensões que por via constitucionalmente inadequada, coloque em risco a ordem constitucional.

É certo que com a desenvolvimento constante da sociedade, novos padrões de comportamentos, tidos como lícitos e essenciais as liberdades individuais, coletivas, passam a existir, carecendo da atuação do Estado para seu reconhecimento.

Para isso, cabe aos representantes eleitos pelo povo, exercer suas atividades típicas, criando leis em harmonia com a Constituição visando concretizar esses direitos.

4 COMO SUPERAR ESSA DECISÃO? DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

Tema atual e muito estudado em teoria Constitucional são as teses de diálogos constitucionais, institucionais e interinstitucionais.

Silveira⁵⁶, para explicar o que vem a ser diálogo nesta matéria, cita Waldron⁵⁷ que assim aborda:

Contudo, do que aqui se trata é o diálogo que ocorre entre os poderes (notadamente o legislativo e o judiciário de uma mesma ordem jurídica) com vistas a estabelecer o sentido de uma determinada Constituição e, de forma mais específica, dos direitos fundamentais e normas de balizamento e limitação do poder que ela regula⁵⁸.

⁵⁴ SILVEIRA. Ramais Castro. Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso - STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese de Doutorado (2016). Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21125/1/2016_RamaisCastroSilveira.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2020

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ SILVEIRA. Ramais Castro. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese de Doutorado (2016). Disponível em:<https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21125/1/2016_RamaisCastroSilveira.pdf>. p.134. Acesso em 12 de outubro de 2020.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

Se extraí deste entendimento, que o intento seria aproximar os poderes da República ao diálogo, com perspectiva a se adotar a decisão que melhor ajuste aos desígnios da Constituição.

O Brasil Estado Democrático de Direito, funda-se em um sistema harmônico de poderes.

A Constituição estabelece que não há hierarquia entre os poderes, assim, Executivo, Legislativo e Judiciário fazem parte de um todo, consubstanciado de um sistema legítimo de poder.

Da decisão do STF que equiparou as condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, pelo menos temporariamente, demonstra que mesmo entre os membros da Corte, em decisão de grande relevância, os próprios ministros não concordaram de forma unânime, restando 03 (três) votos vencidos, isso, só reafirma a carência de diálogo até entre os membros da Suprema Corte.

Assim, como poderá haver harmonia com os demais poderes, se este exercício não se verifica entre os próprios, se estamos diante de uma Lei Maior, que traduz um intento, como avaliar decisões que entre os próprios intérpretes se destoam em rumos diferentes?

A partir do que promulga a Constituição Federal em seu parágrafo único, artigo 2º - é concreto o entendimento que entre os poderes da República não há maior ou menor poder, e, que todos representam o Estado Democrático de Direito.

Neste viés, seria alguma espécie de submissão desmedida entre os poderes, o exercício do diálogo? Ademais, são decisões, de grande polêmica, refletindo diretamente nos direitos fundamentais de cada indivíduo, assim, optar pela simples ‘colmatação’ ao invés do diálogo, não se traduz ser o melhor caminho.

Em emblemática proposta de emenda constitucional 03/2011, que atualmente encontra-se arquivada, curioso foi o intento do deputado federal Nazareno Fonteles, que com apoio de 194 parlamentares, objetivou alteração no texto constitucional, com intento de mudar a expressão “do poder executivo” para “dos outros poderes”, segue detalhes da proposta:

[...] o art. 49, caput, e seu inciso XI da Lei Maior atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face de atribuição normativa dos outros poderes”. Tal competência tem natureza de verdadeiro controle político de constitucionalidade diante tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário. Como, na prática, o Poder Legislativo (Congresso Nacional) poderá cumprir de forma plena o mandamento constitucional

descrito no inciso XI, do art. 49, em relação ao Poder Judiciário? No nosso entendimento, há uma lacuna no inciso V, do art. 49, levando a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, isto é: atualmente, o Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo, mas não pode fazer o mesmo em relação aos atos do Poder Judiciário. Esta Emenda visa, pois, preencher essa lacuna e corrigir essa desigualdade, contribuindo assim para o equilíbrio entre os três Poderes. [...] Assim, nada mais razoável que o Congresso Nacional passe também a poder sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo. Com isso estaremos garantindo de modo mais completo a independência e harmonia dos Poderes, conforme previsto no art. 2º da CF.⁵⁹

A então proposta de emenda constitucional, traz em seu bojo que tendo em vista, que o Poder Legislativo por previsão constitucional pode sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de sua atuação.

E, considerando que não há hierarquia entre os poderes, para cumprimento efetivo do inciso XI, art.49 da CF, deveria haver correção no texto constitucional para então constar “outros poderes”, dessa forma, permitiria ao legislativo também sustar os atos do Poder Judiciário que exorbitem de suas competências.

Em seus argumentos, o Deputado Nazareno Fonteles, assim aduziu:

[...] é relevante salientar que não cabe ao STF questionar ou modificar um artigo da Constituição Federal. Quem colocou o artigo na CF foi a Assembleia Nacional Constituinte ou o Congresso Nacional, ambos eleitos pelo povo. E não há nenhum artigo da CF que autorize o STF, através de interpretação, modificar o que nela está claramente exposto. Como aconteceu recentemente em relação às novas regras do FPE (Fundo de Participação dos Estados) e à perda de mandato dos deputados. Mesmo em caso de contradição ou lacuna, o máximo que a Constituição Federal autoriza ao STF é fazer sua recomendação ao Congresso Nacional para tomar as providências e não, ao contrário, usurpar a competência legislativa do CN e dar prazos a este, como no caso do FPE. Já pensou o CN dando prazos ao Poder Judiciário para este julgar os processos que estão, há anos, esperando uma decisão jurídica? Pois é, o respeito mútuo entre os Poderes é o caminho da "harmonia" previsto na Constituição Federal.⁶⁰

Fato é, que embora a proposta intentada pelo nobre deputado esteja arquivada, a mesma chegou a ser admitida pelo crivo da Comissão de Constituição e Justiça e de

⁵⁹

Disponível

em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F59224EB86B6E397BDADBCBCA43F4F45.proposicoesWebExterno1?codteor=839055&filename=PEC+3/2011> .Acesso em: 01 de de novembro de 2020.

⁶⁰

Disponível

em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F59224EB86B6E397BDADBCBCA43F4F45.proposicoesWebExterno1?codteor=839055&filename=PEC+3/2011> .Acesso em: 01 de de novembro de 2020.

Cidadania da Câmara dos Deputados, pois, não foi verificado conflito com a Constituição, todavia, gerou as mais diversas críticas por parte do judiciário.

4.1 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Quando se fala em diálogos institucionais, um caso que ganhou grande destaque, traçando baliza, é o caso canadense que retrata a “Carta de Direitos e Liberdades”⁶¹

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto⁶² tecem comentários⁶³ que um embate foi provocado sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. E, a solução para tal problema foi que o controle de constitucionalidade seria tratado através da prática de diálogo exercido pelos juízes e legisladores, compartilhando o entendimento, que outros poderes podem ter a solução mais adequada para aquele caso específico, todavia, isso não significa a renúncia aos poderes que lhe compete, até porque, caso não haja exercício pelo legislativo, a atuação do judiciário é retomada, com fim de solucionar a questão nos limites que lhe cabe.

No Brasil, a passos paulatinos, o STF através já deu sinais quanto ao diálogo institucional, em entrevista dada a Revista ConJur em 2015 — o ministro Luís Roberto Barroso, respondeu a vários questionamentos, assim, citamos um argumento que vai de encontro ao presente trabalho:

Revista ConJur: O que o Supremo pode fazer para evitar que novos casos como esse cheguem ao Judiciário?

Luís Roberto Barroso — Em alguns casos, tenho adotado uma posição doutrinária que se denomina de “diálogos institucionais”, que é uma interação entre o Judiciário e o Poder Legislativo, o chamado apelo ao legislador. Logo que eu entrei no Supremo houve um caso em que o Supremo condenou um parlamentar a uma pena elevada. Surgiu, então, a questão de saber se a perda do mandato se dava automaticamente pela condenação ou se a perda do mandato dependeria de uma deliberação do plenário da Casa legislativa. A solução ideal para os casos de condenação por crime grave é a perda de mandato pela decisão judicial, mas, infelizmente, não é o que diz a Constituição, que manda submeter ao plenário da casa legislativa. Ao votar, cumprindo a Constituição, eu fiz um apelo ao Congresso, no sentido de que mude o tratamento dessa matéria.⁶⁴

⁶¹ Canadian Charter of Rights and Freedom, de 1982.

⁶² Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>> .Acesso em 23 de outubro de 2020.

⁶³ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). Osgoode Hall Law Journal, v. 35, 1997.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2014. **Consultor Jurídico**, 02 de jul. 2015. <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em 01 de novembro de 2020.

Do citado entendimento, o ilustre ministro reconhece que a melhor solução seria a perda do mandato em casos de condenação por crime grave, porquanto, esta previsão não estaria prevista na Constituição, qual emite comando para a submissão do parlamento.

Desta compreensão, percebe-se que não houve interpretação constitucional com previsões implícitas, mas o correto encaminhamento a via correta do legislativo, para traçar balizas sob o tema, neste entendimento, o ministro se refere a Ação Penal 606, de sua relatoria, que assim aduziu:

Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que, recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda de mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá à matéria.⁶⁵

Configura-se plenamente do citado caso, um exemplo eficaz de diálogo institucional, com o reconhecimento e respeito aos limites impostos pela Constituição, exarando que se a CF assim não previu, não cabe o STF a inovação, o que não exclui que este perfaça as devidas considerações para que o poder destinatário passe a analisar a necessidade de dar tratamento adequado a matéria.

4.2 DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS

Rodrigo Brandão⁶⁶ e Miguel Gualano Godoy⁶⁷ conceituam os diálogos na perspectiva interinstitucional.

Em Godoy⁶⁸ tem-se um desafio trazer todos os poderes para o exercício da interpretação constitucional, inclusive o povo legítimo detentor deste poder.

⁶⁵ Ação Penal 606, Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761662>>. Acesso em 23 de outubro de 2020.

⁶⁶ BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

⁶⁷ GODOY, Miguel Gualano. DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. Disponível em: <DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

⁶⁸ Idem.

Algo que soa um tanto quanto utópico, quando muitos cidadãos sequer compreendem como exercer este poder, de fato, necessário seria a criação por meios de seus representantes de instrumentos para essa efetiva participação.

No Brasil, diferente do que acontece do Canadá, é necessário um remodelar no sistema, uma mudança de paradigmas para que na prática o diálogo interinstitucional pode ser exercido.

Subentender pelos poderes, que não se trata de um confronto pela melhor tese, com o vencedor da última palavra, e sim buscar um equilíbrio em meio aos mais diversos desígnios parece uma tarefa árdua.

Godoy⁶⁹ tece considerações em sua tese de doutorado sobre possíveis conclusões aos diálogos interinstitucionais assim abordando:

35. Os diálogos interinstitucionais devem ser o produto dessa relação entre desenho institucional (empirismo) e exigência normativa (normativismo), de tal forma que a separação entre os Poderes seja compreendida de forma dinâmica, e não estanque. Essa dinamicidade somente pode ocorrer se houver exigências e incentivos normativos que promovam os diálogos. 36. Os diálogos interinstitucionais, compreendidos dessa maneira, possibilitam que se estabeleça outra dinâmica na relação entre os Poderes, as instituições e o povo. Ao invés de insistir-se na disputa pela última palavra sobre o significado da Constituição ou na dicotomia entre uma atuação jurisdicional apenas passiva ou ativa, os diálogos abrem possibilidades para uma interação colaborativa entre os diversos atores, nos permite avaliar não apenas a forma de atuação de cada um desses atores, mas também as diferentes concepções de legitimidade que fundamentam sua atuação e as razões que justificam seus argumentos. 37. O Brasil possui atualmente um arsenal normativo que, em princípio, permite e favorece os diálogos interinstitucionais. A realização de audiências públicas, a admissão de *amici curiae*, a participação e oitiva dos responsáveis pela lei ou ato normativo, a possibilidade de atuação do juiz singular no momento final da audiência de instrução para abrir a análise da questão a outros atores que não apenas as partes, são exemplos de instrumentos que podem e devem fomentar os diálogos.

Enquanto se estudam teorias constitucionais, a fim de trazer o melhor desempenho para as decisões, não se pode ignorar, que a Suprema Corte, tem assumido o controle de muitas decisões, e claramente ignorado o diálogo, no Mandado de Segurança n. 26.603/DF⁷⁰ - o Relator ministro Celso de Mello, diz que o modelo jurídico vigente conferiu ao STF o monopólio da última palavra, para o fim de interpretar o real sentido das normas escritas na Constituição.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaSTF/anexo/ms26603CM.pdf>> p. 59. Acesso em 22 de outubro de 2020.

Godoy⁷¹ conclui de forma crítica a respeito da supremacia judicial, assim discorrendo:

1. A supremacia judicial e a última palavra violam o princípio democrático porque ofendem a ideia fundamental de que a democracia é o governo do povo e de que cabe, assim, ao próprio povo decidir sobre as questões públicas que afetam sua comunidade. Se as decisões sobre a Constituição são dadas em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, não construiremos uma democracia, e sim um governo de juízes e cortes. 2. A supremacia judicial e a última palavra violam o princípio da igualdade porque ofendem o idêntico valor moral entre os indivíduos, pois elas permitem que os juízes, e não os próprios indivíduos, decidam as questões mais importantes as vidas das pessoas. Ou seja, a concretização da Constituição, do compromisso que fundamenta a vida em sociedade, deixa de ser o resultado de uma discussão pública e democrática entre todos para tornar-se a tarefa de alguns poucos juízes. 3. A supremacia judicial e a última palavra violam o princípio republicano porque conferem a um único órgão um poder desproporcional em detrimento dos demais Poderes e do próprio povo para definir o significado das normas constitucionais, sem que seja necessário que esse órgão se submeta a qualquer tipo de controle popular e sem que ele preste contas à população.⁷²

Segundo o entendimento de Godoy⁷³, o exercício do STF como detentor da última palavra, ofende o princípio democrático impedindo que o povo através de seus representantes tome de suas decisões, ofendendo ainda, o princípio da igualdade, ao permitir que a vontade do povo seja suprimida pela vontade de poucos juízes.

Godoy⁷⁴ conclui, sob a incongruência de conferir a um único órgão julgador, não eleito pelo povo, o poder de decidir sob questões que refletem a todos, sem que este seja submetido nenhum tipo de limites, ofendendo assim o princípio Republicano.

Brandão⁷⁵ cita em sua obra Jack Balkin, que assim discorre:

a legitimidade constitucional depende do que Sanford Levison chamou de ‘protestantismo constitucional’ – a ideia é que nenhuma instituição do Estado, e especialmente, também não a Suprema Corte, tem o monopólio no sentido da Constituição. Assim como as pessoas podem ler a Bíblia e decidir o que acreditam que ela significa para si, também os cidadãos podem decidir o que Constituição significa e defender sua posição na esfera pública. Para que o projeto constitucional tenha sucesso, não é suficiente que o povo o suporte. O povo deve ter também a possibilidade de criticar a forma como esse projeto está sendo desenvolvido. As pessoas devem poder discordar, denunciar e protestar contra a prática Constitucional, inclusive, especialmente, as decisões dos tribunais, e demandar a

⁷¹ GODOY. Miguel Gualano. DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. Disponível em: < DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ BRANDÃO. Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

Constituição como ‘sua’ Constituição, de forma a poder mover a prática constitucional na direção mais próxima a seus ideais. Só nestas condições é plausível que o povo mantenha fé na Constituição⁷⁶.

Brandão ⁷⁷ não compartilha do entendimento de Jack Balkin, pois para ele, existem vários meios de reagir contra as decisões do STF, sendo: i) aprovação de emenda constitucional em sentido contrário as decisão proferida; ii) a iniciativa de nomear novos ministros com visão diferente sob o tema, veja que aqui temos a decisão do STF em pleno vigor, conquanto por se tratar de entendimento não compartilhado pelo legislativo (representantes do povo), estes podem usar das estratégias descritas, para alterar este entendimento da Constituição.

Brandão⁷⁸ entende, que existem outros mecanismos, ‘mais ou menos legítimos’, estes que vão na contramão dos valores do Estado Democrático, teriam viés mais retaliatório, como cortes no orçamento do judiciário, ameaça de impeachment, cassação de juízes, ou até a recusa no cumprimento das decisões.

Não obstante, Brandão⁷⁹ também aborda que há formas de reação legítimas, como a mobilização da opinião pública, com intento de influenciar os magistrados a reverem sua postura em casos futuros sob a mesma questão.

A análise é que, em um Estado Democrático de Direito, até as decisões judiciais do STF podem ser discutidas.

A crítica pública demonstra pleno exercício de um direito que lhe cabe, assim o STF não deve entender como um confronto, ou desrespeito as suas decisões, afinal, o povo titular legítimo do poder fundamental outorgado pela Constituição tem todo o direito de ter suas reivindicações, analisadas e sopesadas pela Corte.

Ademais já ficou comprovado, na história que muitas vezes a Suprema Corte, errou ao decidir sobre o direito das minorias, o STF em 2009, petição n. 3388⁸⁰ de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto - no julgamento sob a terra indígena Raposa Serra do Sol,

⁷⁶ Constitutional Redemption: Political Faith in na Unjust World, p.10.

⁷⁷ Idem. p.402.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ BRANDÃO. Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

⁸⁰ Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

condicionou várias limitações ao exercício pleno da exploração na terra, limitando de forma grave o direito desta minoria étnica, sendo um claro exemplo, que as decisões da Corte podem ser equivocadas e ao invés de proteger, prejudicar, violando gravemente direitos fundamentais das minorias.

Brandão⁸¹ entende que a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de certo fato, sim, é definitiva, o comando deve ser obedecido.

Porquanto, isso não significa que a interpretação constitucional se encerra, pois, questões polêmicas que acendem colisões políticas e sociais, não se contentarão com uma simples ‘colmatação’, mas este intento contrário e latente da contra a tal interpretação, acalorará novas outras discussões, até mesmo mudando o posicionamento dos ministros.

Costa⁸², fala sobre A interpretação constitucional seria “negócio de cada um e de todos potencialmente”, citando Bonavides (2014, p. 524 e 525) que:

A tese esposada pelo constitucionalista alemão é a de que na interpretação da constituição se acham potencialmente abrangidos “todos” os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo numerus clausus de intérpretes constitucionais. A interpretação da Constituição, havida até então como um ato consciente, deliberado, formal, do jurista de profissão, como coisa de “sociedade fechada”, deve porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da “sociedade aberta”, de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição, assim entendida, está sempre a constituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. O alargamento do número de intérpretes é tão somente, segundo Häberle, uma consequência da incorporação – por todos preconizada – da realidade ao processo de interpretação. Os intérpretes em sentido amplo entram assim a constituir parte ou elemento dessa realidade pluralista, enquanto se reconhece não ser a norma tampouco um dado simples, perfeito ou acabado, senão algo que faz suscitar o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu “desenvolvimento”, a saber, as forças ativas do Direito em “ação pública”.⁸³

Assim, segundo entendimento de Brandão⁸⁴ os diálogos interinstitucionais na interpretação constitucional, tem sido aplicada em algumas decisões do STF, a decisão aqui

⁸¹ BRANDÃO. Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

⁸² COSTA, Lucas Sales, 2014. Conteúdo jurídico. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42630/teoria-dos-dialogos-interinstitucionais-e-interpretacao-constitucional>> . Acesso em 13 de outubro de 2020.

⁸³ COSTA, Lucas Sales, 2014. Conteúdo jurídico. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42630/teoria-dos-dialogos-interinstitucionais-e-interpretacao-constitucional>> . Acesso em 13 de outubro de 2020.

⁸⁴ BRANDÃO. Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

posta, versa sob o número de vereadores do município de Mira Estrela – São Paulo, que culminou no RE 197.917-8/SP, neste exemplo a vontade popular em reduzir gastos aos cofres públicos, influenciou na decisão do STF, reduzindo drasticamente o número de vereadores por município.

Em que pese, o STF tenha aplicado interpretação constitucional, acompanhada pela vontade do povo clamando pela redução de gastos aos cofres públicos.

O embate não se encerrou, insatisfeitos com a decisão, o Congresso se articulou e aprovou a emenda constitucional 58/2009, suprimindo a regra da proporcionalidade, permitindo que cada Município dentro de certos parâmetros adotados, decida sobre seu número de vereadores, com aplicação retroativa.

E, de modo a equilibrar a balança, atendendo aos anseios da população, na emenda previu limites, no repasse de recursos orçamentários.

Quanto a parte da emenda que previa aplicação retroativa, o STF em derradeira interpretação, decidiu pela não aplicação retroativa, a fim de não prejudicar o direito adquirido.

Percebe-se que não há um estanque final, que possa ser definitivamente resolvido com essa ou aquela teoria, a partir do estudo dos diálogos, várias teorias são analisadas, afim de traçar um caminho de melhor equilíbrio nas decisões, o que se mostra de fato um desafio, na medida que é necessária uma mudança de paradigmas, que busque a concretização do previsto pela Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o trabalho conclui que, no bojo da ADO nº 26 que equiparou as condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, o STF decidiu contrário aos princípios constitucionais da separação dos poderes e legalidade.

Quanto ao princípio da separação dos poderes, isso é criticável porque à luz da CF, art.60§4º - a separação dos poderes é cláusula pétrea, justamente por intento do Constituinte de forma a garantir a independência dos poderes, a fim de que cada poder não exacerbe em sua competência, interferindo no outro, pondo em conflito a ordem constitucional.

No que se refere ao princípio da legalidade penal, a CF é clara em seu art.5º inciso XXXIX, que somente através de lei é que se pode criminalizar condutas, e, que a lei não pode retroagir salvo para beneficiar o réu.

Nesta senda, se verifica que a decisão do STF na ADO nº26, vai na contramão do que estabelece a Constituição.

Como abordado, com o avanço da sociedade, é tido que novos direitos nasçam reclamando a proteção, e, mesmo que nosso Constituinte tenha elaborado uma carta prolixa e analítica buscando abranger os mais diversos direitos e garantias fundamentais.

Será necessário o atuar do legislativo, a fim de criar normas que em consonância com CF, e, que venham atender essas novas demandas.

O que não se pode permitir, é que venhamos retroagir, ao status quo onde a Carta Constitucional não passava de uma folha de papel, sem eficácia, é necessário haja por parte do STF mais do que qualquer outro poder o compromisso de guarda da Constituição, não a adulterando a vontade do Constituinte.

É certo que a Constituição de 05 de outubro de 1988, mesmo na flor da idade, com 32 (trinta e dois) anos, já conta, com mais de 100 (cem) emendas constitucionais.⁸⁵

Muitas dessas emendas, como analisado são fruto de um atuar do legislativo, buscando corrigir interpretação constitucional dada pelo STF, da qual não foi bem recepcionada.

A questão é que no exercício de interpretar a Constituição naquilo que não se encontra previsto, assim aduzindo intentos implícitos do Constituinte, temos a clara agressão aos princípios constitucionais, que por analogia podemos comparar a uma árvore e seus frutos, haveria proteção dos frutos, quando se agride sua raiz?

Por certo que não, pois, sendo a árvore o sustentáculo que nutre os galhos e frutos, é um contrassenso afirmar o contrário.

Assim sendo, tem-se que os poderes da República devem atuar nos limites outorgados pelo Constituinte, com harmonia e independência dos poderes.

Conferindo ao povo, por meios de seus representantes legitimamente eleitos, suprir lacunas não previstas pelo Constituinte, pois, do contrário tenderíamos a ter decisões

⁸⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm .Acesso em 01 de novembro de 2020.

arbitrárias, que não buscam a concretização da Constituição, mas intentos e convicções do próprio julgador, pondo em risco a ordem Constitucional.

Ademais, não se trata de superação de poder, pois como trabalhado, todos os poderes da República devem trabalhar em afinação a um único propósito consolidar o previsto pela Constituição, servindo aos desígnios originários de quem detém legitimamente o poder “o povo”.

Ademais, em prol do melhor desempenho, é que se estudam as recentes teorias de diálogos, que poderiam ser utilizadas como mecanismos de aproximação dos poderes, incitando através do diálogo, embates de argumentos, que possam conduzir a uma melhor fundamentação, visando equiparar os desígnios.

Isto posto, por todo caminho percorrido neste trabalho, conclui-se que a decisão do Superior Tribunal Federal que criminalizou as condutas homofóbicas e transfóbicas até que o legislador edite sob o tema, sim, violou os princípios da legalidade e separação dos poderes.

Aplicando “interpretação constitucional”, que destoa claramente do previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, equiparando condutas quando o Constituinte claramente não o quis, assim, desempenhando atividade legiferante em temas que não lhe cabe.

Nesse ínterim, é de suma importância que cada poder atue dentro dos limites que lhe cabe, atuando de forma legítima, restaurando o sistema para que o mesmo sirva de mecanismo na efetivação dos direitos e garantias, previstos constitucionalmente.

Assim compreendendo, que cada poder faz parte de um único corpo, a Constituição, e, que para que seu funcionamento seja eficaz, se faz necessário que haja sintonia em entre seus membros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação Penal 606, Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761662>>. Acesso em 23 de outubro de 2020.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris** – RTJ, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2020. p. 66.

Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/342402392_A_criminalizacao_da_homofobia_pel_o_Supremo_Tribunal_Federal_e_os_possiveis_limites_na_formacao_dos_precedentes_penais
 >. Acesso em 12 de outubro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2014. **Consultor Jurídico**, 02 de jul. 2015.
<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>.
 Acesso em 01 de novembro de 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF**. Publicado em 13 de junho de 2019. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26)**. Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 163**. Brasília, 20 a 24 de setembro de 1999. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, n. 09, p. 105-113. jul./dez., 2004. p.105. Disponível em: < http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf >. Acesso em: 11 de outubro de 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (*et.al.*) **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. Consultor Jurídico. 2014. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial>-

quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Art. 16. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em 02 de novembro de 2020.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. **The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures** (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). Osgoode Hall Law Journal, v. 35, 1997.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Edição Revista e Ampliada. Editora JusPodivm, 2020. p. 291.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System) - **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios** (2018). Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

PRADO, Lucas. Bem jurídico – penal e constituição. 4ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009, p.44.

REGINALDO, Sidney Guerra. Democracia em Aristóteles. **Revista Opinião Jurídica**, n. 4 - 2004.2, p.252-265. Disponível em: <<file:///D:/Documentos%20do%20Usu%C3%A1rio/Downloads/2915-10192-1-SM.pdf>>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

SILVEIRA, Ramaís Castro. **Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso - STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. Tese de Doutorado (2016). Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21125/1/2016_RamaisCastroSilveira.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso**. São Paulo: Editora FGV Direito, 2017.

Submetido em 31.08.2021

Aceito em 20.10.2021