

Criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito

21/08/2014



Lenio Streck
Jurista e Professor

O alerta de Alessandro Baratta: afinal, o que queremos?

No final dos anos 1990, o grande criminólogo Alessandro Baratta esteve em Porto Alegre participando de um simpósio sobre criminologia e feminismo. Em pauta a violência contra as mulheres e minorias. As mulheres presentes, a expressiva maioria professando um pensamento progressista, tinham um objetivo: criminalizar duramente os delitos desse jaez. Baratta, homem de militância progressista, no início de sua conferência, fez a seguinte reflexão: neste congresso demonstramos um alto grau de esquizofrenia. Em sentido amplo, todos queremos um direito penal mínimo e o máximo de liberdade; todavia, quando atingidos pela situação, ou seja, em sentido estrito (referindo-se às mulheres e minorias), queremos o mais alto de punição. Assim, ao mesmo tempo manifestamos a nossa descrença no direito penal e entoamos uma ode em seu louvor, pugnando pelo máximo de punição. Afinal, perguntou: “o que queremos”?[1]

Passados tantos anos, durante os quais estamos buscando aperfeiçoar as garantias constitucionais, eis que nos deparamos com um Mandado de Injunção (4.733-STF) — instrumento criado para garantir as liberdades fundamentais e em geral os direitos civis, políticos e sociais — pretendendo (consoante trecho extraído dos autos do processo)

“obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica)

um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade”.

O Mandado de Injunção, no seu polo ativo, é assinado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT); o réu: o Congresso Nacional que estaria em mora por não criminalizar os atos acima referidos. O Procurador-Geral da República, na linha dos pronunciamentos dos presidentes da Câmara e do Senado, exarou parecer pelo não conhecimento do *mandamus* injuntivo. Já o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski, fulminou o pedido, aduzindo, entre outras questões, que a criminalização de condutas depende de lei, invocando precedentes da corte.

A questão, portanto, parecia encerrada, desembocando na resposta juridicamente apropriada. No entanto, a ABGLT impetrante ingressou com agravo regimental. Até então, nada de anormal. O que surpreendeu, deveras, foi o parecer da Procuradoria-Geral da República ([ler aqui](#)) que, contrariando o parecer anterior e a jurisprudência da Suprema Corte, exarou entendimento favorável:

“O Mandado de Injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental. PGR Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental). Parecer 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR).

Ou seja, para a Procuradoria-Geral da República, é possível, via Mandado de Injunção, criminalizar a homofobia e a transfobia, posição que, *permissa vênia*, vai na contramão da história constitucional, porque admite, a partir da tese da proibição de proteção insuficiente, que o Poder Judiciário pode estabelecer criminalizações. Segundo o parecer, existe uma clara falta de norma regulamentadora que

“inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana (...).

As indagações que cabem são: Qual seria a relação de uma criminalização com o livre desenvolvimento da personalidade? Qual é o papel do direito penal em um Estado Democrático? Cuida-se, aliás, de questionamentos que não dizem respeito apenas ao caso da criminalização da homofobia, mas que tocam a problemática mais ampla do uso (ou abuso?!) do direito penal como resposta adequada aos problemas da sociedade, que aqui não se poderá desenvolver.

Nessa quadra, vale enfatizar que respeitamos o pleito da ABGLT. O que aqui se questiona é o foro adequado para a satisfação de sua pretensão, que não há de ser o Poder Judiciário. A luta pela criminalização, entretanto, em si, embora contrária à melhor filosofia do direito penal, não é evidentemente inconstitucional, como também não seria inconstitucional eventual lei (desde que proporcional, portanto, contemplando as exigências da Constituição Penal) tratando do assunto.

Trata-se, fundamentalmente, da discussão acerca dos limites institucionais na relação de Poderes da República. Nesse sentido, lembramos que há mais de quatro séculos essa questão já estava posta em pleno absolutismo dos Stuart, na Inglaterra seiscentista. Lá, Sir Edward Coke, juiz de um pequeno tribunal da Inglaterra no início do século XVII, já considerava nulos os atos do Rei absolutista pelos quais este pretendia estabelecer penalizações sem lei (o famoso caso das *Proclamations*). Quer dizer, Coke, sem garantias constitucionais, enfrentava o absolutismo para impedir que se pudesse criminalizar condutas sem previsão específica em lei. Passados tantos séculos, o Brasil corre o risco de colocar-se na contramão do constitucionalismo, rompendo com todo um sistema de garantias fundamentais estabelecido com ênfase na própria Constituição Federal de 1988 (CF).

Por tal razão, há que publicamente e com particular ênfase, questionar uma série de aspectos vinculados à tese da Procuradoria-Geral da República, que deveriam deixar muito preocupados os cidadãos brasileiros e todos os que defendem um Estado Democrático de Direito.

1. O próprio uso do Mandado de Injunção como meio para assegurar, à revelia do legislador infraconstitucional, punições na seara criminal é de ser posto na ordem do dia. Note-se que de acordo com o texto constitucional, dar-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora *tornar inviável o exercício dos direitos assegurados pela Constituição Federal*. Muito embora o artigo 5º, XLI (mas também o inciso XLII no que toca à criminalização do racismo), tenha a feição de um mandado expresso de punição de toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, isso não significa – diferentemente do que se verifica no caso do racismo (assim como da tortura e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional) – que tal punição tenha de se dar na esfera criminal, pois aqui as hipóteses concretas e mesmo as sanções para as diversas situações foram deixadas (pelo constituinte originário) ao alvedrio da deliberação legislativa infraconstitucional.

2. 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.

3. Na medida em que a CF não estabelece a obrigação de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus. Como já referido, a CF

estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de *panhermeneutismo*, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente vedada analogia *in malam partem*. Não há abrigo constitucional para tal.

4. Mais ainda, o parecer do Ministério Público Federal não leva em conta que o direito fundamental invocado na impetração impõe ao Estado o dever de combater e punir todas as formas de discriminação e racismo (fim), não se referindo, portanto, “à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio)”.

5. Portanto, não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia. Se a opção for pela criminalização e pela punição tal decisão cabe aqui com exclusividade ao legislador infraconstitucional, o que não pode ser superado mesmo por uma exegese extensiva de legislação em vigor.

6. Outra preocupação guarda relação com o uso descontextualizado de uma figura oriunda do direito alemão, qual seja, o princípio da proibição de proteção insuficiente, o assim chamado *Untermassverbot*. Se a tese foi utilizada na Alemanha no direito penal, foi-o em outro sentido e contexto. Lá o Tribunal Constitucional declarou ser inconstitucional a descriminalização do aborto. Havia uma lei e o Tribunal entendeu que o Parlamento não tinha liberdade de conformação para proceder a descriminalização, à míngua de alternativa minimamente eficaz para a proteção da vida do nascituro. Mas a decisão do *Bundesverfassungsgericht* não criminalizava qualquer conduta. A proibição de proteção insuficiente, que opera como um segundo nível de controle das omissões e ações (insuficientes) do poder público, poderá servir de importante critério para o controle dos atos do poder público e mesmo ensejar uma correção de rumos, mas não se presta como fundamento cogente e eficaz, por si só, para justificar a criminalização de uma conduta, ainda mais, como no caso em tela, mediante provimento jurisdicional.

7. Todos sabemos que a jurisprudência do STF tem sido firme com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do Mandado de Injunção, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na CF, direito que não esteja sendo fruído por seus destinatários em virtude da ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta (por todos, o MI 624/MA). Aliás, no parecer anterior, acolhido pelo ministro Lewandowski, assim se manifestou o PGR de então:

“Dessa forma, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio protege homossexuais, bissexuais e transgêneros de agressões fundadas pelo preconceito contra suas orientações sexuais. Por mais que a associação impetrante julgue tal proteção deficiente, a insatisfação com o conteúdo normativo em vigor não é motivo suficiente para o cabimento do presente Mandado de Injunção.”

A questão simbólica

De todo modo, respeitando, à evidência, a posição jurídica explicitada no parecer do

Procurador-Geral da República, o que mais nos preocupa é o valor simbólico da questão *sub judice*. Tudo indica que, por coerência e prestigiando os seus próprios julgados, o Supremo Tribunal Federal fulminará o agravo. Entretanto, o que fica é a ponta do iceberg de um imaginário que cresce dia a dia no Brasil, caracterizado pelo uso de criminalizações para resolver problemas sociais e de relacionamento sociais. Por certo que não foi este o objetivo Ministério Público Federal.

Por evidente que não se nega a importância do direito penal e sequer se questiona a existência, especialmente no caso brasileiro, de mandados constitucionais de criminalização. Neste ponto, deve ser louvada a posição exposta no parecer, porque abre esse horizonte de cumprimento, no futuro, dos mandados constitucionais, embora não seja o caso, na opinião dos subscritores, da homofobia. Mas o que não se pode tolerar é o estabelecimento de uma hipertrofia do direito penal, que, ao fim e ao cabo, resulta paradoxal. De um lado, os movimentos sociais (minorias, etc.) clamam por liberdades e pelo estabelecimento de limites à atividade de controle do Estado; de outro, exigem que o mesmo Estado criminalize condutas, a ponto de colocar a criminalização como condição para o exercício do “desenvolvimento livre da personalidade”.

Não esqueçamos, ainda nessa quadra, que a tentativa de criminalizar as referidas condutas expostas na inicial tem como sustentáculo a sua correlação (analogia) com o racismo. Nesse sentido, há que se ter em conta a relevante circunstância – de índole constitucional – que racismo é crime hediondo; conseqüentemente, tudo está a indicar que qualquer agressão de cariz homofóbico e identidades de gêneros, a vingar a pretensão da inicial do Mandado de Injunção, será considerada “crime hediondo”. E veja-se a vagueza e a ambiguidade do “tipo penal” pretendido na impetração, o que, por si só, já ofende princípios e regras elementares da Constituição Federal e do direito internacional dos direitos humanos. Como conceituar “todas as formas de homofobia e transfobia”? Ofensas verbais estão incluídas? E isso seria uma forma de racismo? E o crime de homofobia abrangeria atos concretos de discriminação (mediante uma leitura afinada com o que dispõe o art. 5º, XLI, CF) ou já incluiria atos de preconceito?

Mas também a chaga de uma forma sutil de “maquiavelismo jurídico” merece referência, visto que não é a primeira vez que causas que são em si nobres (uma vez que ninguém questiona — e a CF impõe! — a bondade intrínseca do combate a todas as formas de discriminação), tendem a legitimar, do ponto de vista de alguns, praticamente todo e qualquer meio para a sua realização, ainda que o meio implique sérias violações de direitos e garantias fundamentais, profundamente incrustados na Constituição e no direito internacional dos direitos humanos, todos a contemplar a legalidade estrita em matéria penal.

Assim, sem pretender tirar a legitimidade dos movimentos sociais em buscar a criminalização de condutas que, a seu juízo, violam seus direitos fundamentais, entendemos, a partir de um olhar constitucional, que esse desiderato não pode ser alcançado pela via do Poder Judiciário. Nossa divergência, nesse sentido, quer abrir as portas para um profícuo diálogo no sentido de buscar as melhores e mais eficazes formas de combater discursos de ódio e atos discriminatórios praticados contra os mais variados movimentos sociais — em especial o LGTBT — e mantendo, assim, incólume a Constituição, porque de nada adiante, sob pretexto de uma proteção, desproteger outros direitos.



Numa palavra: pretendemos ser duros na defesa do direito constitucional, mas tolerantes com a divergência e prontos para o diálogo democrático, circunstância que envolve, necessariamente, o fundamental papel desempenhado pelo Ministério Público brasileiro, em especial na sua fala máxima com assento na Suprema Corte, onde tais questões, muitas vezes por carência de diálogos institucionais, deságuam e acabam por resultar, como se pretende no Mandado de Injunção aqui questionado, em provimento que desborda dos limites do Estado Democrático de Direito. O combate eficaz que deve ser travado contra toda e qualquer forma de discriminação atentatória aos direitos humanos e fundamentais, no que se inclui a luta contra a homofobia, há, contudo, de ser travado sem violar princípios sagrados à Democracia e ao constitucionalismo.

[1] Ver, para tanto, STRECK, L. L. ; BARATTA, A. ; ANDRADE, V. R. P. . Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito/>