

**Procurador-Geral da República diz que cabe ao Supremo Tribunal Federal  
criminalizar a homofobia<sup>1</sup>**

A excessiva demora do Legislativo em aprovar uma proposta de criminalização da homofobia permite que o Supremo Tribunal Federal atue por conta própria para fixar regras contra essa conduta. É o que diz o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em recente parecer enviado ao Supremo Tribunal Federal após processo apresentado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT).

Segundo noticiou no dia 21 de agosto de 2014 a Revista Consultor Jurídico, a entidade cobra, desde 2012, que o Judiciário acelere a análise do projeto de lei sobre o tema que está no Senado (PL 122/2006), consolidando discussões já são feitas há 13 anos no Congresso. O relator do caso no Supremo, Ministro Ricardo Lewandowski, foi contrário à solicitação, mas a associação recorreu.

Para o chefe do Ministério Público Federal, a Corte pode antecipar-se ao Congresso e utilizar o texto do projeto para estipular a punição no Código Penal a quem cometer crimes resultantes de discriminação motivada por identidade ou orientação sexual. Segundo ele, o preconceito contra gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais viola direitos fundamentais do cidadão e exige medida urgente. Além disso, ele disse que o Mandado de Injunção estabelecido na Constituição Federal permite o “*diálogo institucional entre os poderes*” e “*a possibilidade de construção normativa no controle de constitucionalidade*”.

---

<sup>1</sup> Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBA e Faculdade Baiana. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013) e “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Ainda segundo a Revista Consultor Jurídico, além da interferência direta, outra possibilidade apontada pelo Procurador-Geral da República seria a fixação de prazo determinado para o Congresso legislar. Ele somente rejeitou a possibilidade de que o Estado seja obrigado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia, conforme diz o projeto de lei, por entender que o Poder Público não tem responsabilidade genérica pela violência social.

O parecer chama atenção porque contraria posição adotada pelo Ministério Público Federal na época em que era chefiado pelo Dr. Roberto Gurgel que, em 2013, opinou que o pedido fosse extinto sem resolução de mérito. Para ele, o fato de existir um projeto de lei no Senado impediria que o Supremo interferisse no processo legislativo. Ele disse ainda que já existem normas penais que tipificam homicídios, lesões corporais e crimes contra a honra. (Por Felipe Luchete - Mandado de Injunção nº. 4.733, com grifos meus).

Com todo o respeito que o Procurador-Geral da República merece, este seu entendimento é uma das maiores estultices que tenho conhecimento no seio do Ministério Público brasileiro. Criminalizar uma conduta sem lei anterior é fazer **tabula rasa** do Princípio da Legalidade (**nullum crime nulla poena sine praevia lege**).

Ademais, o art. 102, I, q, ao tratar do Mandado de Injunção, refere-se a norma regulamentadora e não a uma lei criminalizadora. O equívoco salta aos olhos!

Lenio Luiz Streck, escreveu magistralmente, em uma de suas colunas na Revista Consultor Jurídico, (na edição eletrônica do dia 13 de junho de 2013), no artigo intitulado "O ATIVISMO JUDICIAL EXISTE OU É IMAGINAÇÃO DE ALGUNS?":

*"Ativismo e judicialização são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira. O acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas que buscam a explicação desse fenômeno. Nesse sentido, a formação de uma "juristocracia" (ou judiciariocracia) — chamemos assim a esse fenômeno — não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder (no sentido da Wille zur Macht, de Nietzsche) manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual. Indo mais fundo, nos termos propostos Ran Hirschl (Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism), pode-se dizer, transportando a discussão para terrae brasilis, que nosso grau de judicialização atingiu a mega política (ou, a política pura, como o autor gosta de mencionar). Por certo que este fenômeno não é uma exclusividade brasileira. Há certa expansão do Poder Judiciário a acontecer, em maior ou menor grau, no cenário mundial. O próprio Hirschl apresenta situações nas quais as decisões, tradicionalmente tomadas pelos meios políticos, acabaram judicializadas, como no caso da eleição norte-americana envolvendo George W. Bush e Al Gore; a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o papel da Alemanha na Comunidade Europeia, e o caráter federativo do Canadá. (...) Já de pronto, não creio que se possa definir o grau de ativismo pelo número de ADINs rejeitadas ou deferidas (é o que dizem*

Progrenischi, em seu livro, e Barroso, na entrevista à **ConJur**). Pergunto: desde quando somente um ato positivo de inconstitucionalidade é que demonstra o ativismo de uma Suprema Corte? Quer dizer que, se o STF julga de acordo com o parlamento ou de acordo com o governo, ele deixa de ser epitetado de ativista? Ativismo é só quando julga “contra”? Afinal, qual é o conceito de ativismo? Antes de tudo, é necessário dizer que a simples declaração de uma inconstitucionalidade não quer dizer ativismo ou não ativismo. O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional. Logo, número de Ações contra ou a favor não permite epitetar um tribunal de ativista (ou antiativista). Podem ser elementos que apontam algo. Mas não tudo. Aliás, por vezes os números escondem e não desvelam... (...) Entretanto, em muitos livros no Brasil, ambos — ativismo e judicialização — são tratados de forma idêntica. Por exemplo, é bom lembrar que o fato de existirem, no STF, mais demandas indeferidas que as que foram deferidas se deve também ao enorme contingente de legitimados. Grande parcela de ações que tratam de questões constitucionais são fadadas ao fracasso ab ovo, por falta de requisitos formais. Isso não diminui o grau de ativismo. Dizer, por exemplo, que o STF reforça a vontade majoritária do Poder Legislativo pode ser um enunciado que sofre de anemia significativa. Será que, como sustenta, por exemplo, Thamy Pogrebinski, 14% de ações consideradas procedentes de uma produção legislativa de 21 anos é efetivamente pouco? Qual é o critério para o “pouco” ou “muito”? Não quero jogar com esses dados. Mas não afirmaria, tabula rasa, que tais números representa(ri)am um reforço do Legislativo. Além disso — e permito-me insistir —, há casos que sempre devem fazer parte de qualquer pesquisa para aferir o grau de ativismo. Por exemplo, os mandados de segurança que o próprio parlamento busca junto ao STF... Como classificar o caso, recentíssimo, da ação judicial da oposição para trancar a pauta da apreciação dos vetos, com liminar deferida pelo ministro Luiz Fux? Isso é o quê? Alguns autores — e aqui incluo exatamente T. Pogrebinski — dizem que o fato de o STF se valer de sentenças interpretativas (interpretação conforme etc.) reforçaria o papel da lei e do Legislativo. Mas, indago: e se o STF, via interpretação conforme (ou nulidade parcial sem redução de texto), fizer exatamente o contrário do que propunha o Legislativo? Por exemplo, o Congresso nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas (atenção: não quero reiniciar a discussão do mérito dessa ação). Trata-se de um assunto que o Congresso, ao decidir não regulamentar, na prática o STF “regulamentou” de forma negativa. E o que fez o Judiciário, na ADPF 132? Fez interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando procedência da ação, atribuindo, inclusive, efeito vinculante. Ou seja, nem tudo o que parece, é. Assim, a partir da diferença entre ativismo e judicialização e da relevante circunstância de que o STF não representa o estado da arte dessa fenomenologia deste país de proporções continentais, há uma série de pontos que devem ser abordados. Como venho referindo em vários livros e textos, os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer. Por exemplo, quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial — ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização — como também está “legislando”. Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha “querido” deixar isso ao bel prazer do juiz... Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo “quer dizer”. [2] Atenção: sei que o STF

*mudou sua posição depois disso (HC 114.519). O que importa, entretanto, é que assim já havia julgado. (...) Poderia trazer centenas de decisões que, por vezes, aplicam o formalismo jurídico como se estivéssemos no século XIX (ou no direito de antes de 1988), quando leis antigas são aplicadas à revelia da atual Constituição; e, ao mesmo tempo, não são poucas as decisões prolatadas de acordo com... o livre convencimento do juiz. Aliás, a livre apreciação da prova ou o livre convencimento do juiz — e as inúmeras decisões que tratam disso (por exemplo, o recente processo do mensalão[3] que muito se utilizou do “livre convencimento”) — seriam enquadradas em que conceito? Judicialização ou ativismo? Quando o STF diz que, com base no princípio da verdade real (sic), aplica a livre apreciação da prova, ele está praticando o que? (...) Permito-me lembrar, desde logo, que essa é apenas uma das questões que dizem respeito à judicialização. No plano do controle difuso ou do uso de writs constitucionais, a judicialização (ou o ativismo) é muito mais significativo. A judicialização do direito à saúde, por exemplo, passa por uma ou duas ações no Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) e por dezenas de milhares de ações nos fóruns e Tribunais da República, inclusive no STF. Portanto, as ADIs são só a ponta do iceberg, que podem induzir ao erro. (...) Portanto, não dá para dourar a pílula. A doutrina brasileira precisa, urgentemente, voltar a doutrinar. Ela não pode mais ficar caudatária das decisões. Doutrina “doutrina” e não “doutrinada”. Precisa exercer o seu papel de constrangimento epistemológico. E deve se dar o respeito. Não pode ficar silente. Quando, por exemplo, centenas e centenas de decisões — de cariz ativista — dizem que estão aplicando “a tal da ponderação”, quando, de fato, não estão nem perto do que dizia seu idealizador (Alexy), e a doutrina pouco ou nada diz a respeito, é porque corremos o risco de fracassar (aliás, há prova maior de ativismo do que o uso da vulgata da tal da ponderação, pedra filosofal da interpretação?). Como falei na Conferência de abertura do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação), em Curitiba, dia 29 de maio último, fôssemos médicos e estaríamos ignorando coisas mínimas da ciência médica e nossos pacientes estariam morrendo. Assim o é com a doutrina. Na aplicação cotidiana do direito usam-se conceitos que deveriam ser contestados pela doutrina. Mas ela se queda silente-conivente. Verbi gratia, o que diz a doutrina sobre o projeto do novo CPC que, sob o pretexto de commonizar o processo, institucionaliza, de vez, o julgamento sem base concreta, passando o Judiciário a julgar teses ao invés de casos (o que, inclusive, fere toda a tradição do common law)? Eu faço a minha parte. Não é implicância minha. Os paradigmas filosóficos, que deveriam influenciar a doutrina e a jurisprudência, não são invenção minha. Eles estão aí. E não adianta o jurista encher o peito e dizer “o que vale é a prática”. Depois se queixam... Lembro, sempre, de Fernando Pessoa: O universo não é uma ideia minha; a minha ideia do universo é que é uma ideia minha.” Notas: [1] Cf. Pogrebinski, Thamy. Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012. [2] Este e outros exemplos podem ser encontrados em meu O que é isto – decido conforme minha consciência?, op.cit. [3] O julgamento do mensalão foi, efetivamente, “um ponto fora da curva”? Se foi, pode-se chamá-lo de ativista? Mais: o STF voltará à curva normal ou seguirá nessa mesma trilha? [4] Cf. Streck, L.L. Compreender Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, passim.”*

Portanto, criminalizar uma conduta é competência exclusiva do Congresso Nacional e não do Poder Judiciário. E viva o Ativismo Judicial!