



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

PROJETO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

ROBERTA COSTA ROMANO

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL EM
MATÉRIA PENAL**

Sumário

1. Resumo.....	3
2. Introdução.....	3
3. Princípio da legalidade em matéria penal.....	4
4. Interpretação extensiva e analogia no direito penal.....	5
5. Mandados constitucionais de criminalização.....	7
6. Inércia do legislador e controle de constitucionalidade por omissão de leis penais.....	9
7. Ativismo judicial para suprir a omissão de lei penal incriminadora.....	10
8. Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal.....	12
9. Conclusão.....	16
10. Referências bibliográficas.....	17

RESUMO

O artigo propõe-se a examinar os principais argumentos que se tem colocado acerca da polêmica a respeito da admissibilidade da interpretação extensiva em matéria de lei penal incriminadora. Tal questão tem o seu debate avivado nos últimos tempos em função do novo paradigma representado pelo advento da filosofia da linguagem. Acolhe-se a essência da nova concepção chamando-se a atenção, entretanto, para a peculiaridade da interpretação em matéria penal.

Introdução

O presente artigo objetiva analisar o princípio da legalidade e da reserva legal estrita (*nullum crimen, nullapoenasine lege stricta*) e a atuação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Para tanto, o trabalho examina o conceito de princípio da legalidade e reserva legal estrita no direito penal, para que seja possível apreciar o confronto entre o princípio norteador e a utilização da interpretação extensiva e da analogia para criminalizar condutas.

Será abordada a previsão dos mandados constitucionais de criminalização na Constituição Federal e a inércia do legislador para criminalizar os comportamentos reprimidos pelo texto constitucional. Abordaremos o controle de constitucionalidade da inércia do Poder Legislação na edição das leis penais.

O artigo cuida da divisão dos Poderes no Brasil e seus limites de competência fixados pela Constituição Federal; art. 22, I: Compete privativamente à União legislar sobre direito penal; art. 48: Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União.

Na sequência, será ponderado sobre o ativismo judicial e o fortalecimento e crescimento dessa atuação do Poder Judiciário nos dias atuais. É preciso verificar se é possível o uso da interpretação extensiva e da analogia pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade por omissão de leis penais.

Por fim, a pesquisa tenta responder em que medida o Supremo Tribunal Federal observou ou deixou de observar o princípio da legalidade no julgamento da ADO 26, que tratou da criminalização da homofobia como crime de racismo previsto na Lei 7.716/89.

Pesquisou-se qual o limite para o Poder Judiciário atuar em normas penais.

Princípio da legalidade em matéria penal

A Constituição Federal do Brasil (1988), em seu art. 5, inc. XXXIX dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, recepcionando, pois, a redação semelhante do art. 1 do Código Penal Brasileiro.

Não há consenso sobre a origem histórica do princípio da legalidade. Não há consenso na doutrina para o seu início, porém atribui-se como documento originário do princípio da legalidade a Magna Carta de 1215, que para proteção dos súditos em face das intromissões arbitrárias do Estado, estabeleceu-se o art. 39 do referido que nenhum homem livre será detido, preso, despojado da sua propriedade ou de sua liberdade senão em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do país. No entanto, com a revolução francesa que o princípio atingiu os moldes exigidos pelo Direito Penal conforme verifica-se nos arts. 7, 8 e 9 da declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789. O princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984.

O Estado de Direito está, desde sua origem, intimamente ligado ao princípio da legalidade. A Lei não é apenas um mero ato produzido pelas autoridades competentes. Ela objetiva a democracia, a igualdade e a segurança jurídica. Ainda que por meio de representantes, veicula-se a participação democrática dos detentores do poder político. A legalidade formal cria condições para o tratamento isonômico dos indivíduos. Realiza-se também pela legalidade formal que envolve a criação e preservação de um ambiente de segurança jurídica.

A Legalidade está associada também à ideia de controle do poder e de eventuais abusos, na medida em que a imposição de obrigações já não pode agora decorrer da vontade individual de qualquer detentor do poder, mas apenas da lei.

Uma vez adotado o modelo político do estado de Direito, e conseqüentemente, a separação dos poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário acaba que o princípio da legalidade regula toda a atividade estatal administrativa, legislativa e judicante.

Portanto, o poder do Estado de valer-se do Direito penal corresponde a uma garantia do indivíduo de proteger-se contra ele e a proteção não somente mediante o direito penal, mas também do direito penal. O Ideal de segurança jurídica impõe que o convívio social possa ser regulado por normas de conduta, desde que aos integrantes dessa sociedade seja conferida a devida previsibilidade das conseqüências de suas ações.

O Direito Penal usa da lei como seu instrumento de proibições. O fato precisa ser reprovado socialmente para que seja sujeito da punição do Estado, além de imoral,

também necessita que a lei preveja a proibição e a sanção respectiva. Um fato pode ser crime em um país e em outro não por isso necessita-se que seja previsto em lei.

Teremos uma primeira decorrência do princípio da legalidade, que acontece no momento da produção legislativa, direcionada tanto para o momento de produção legislativa quanto para o da aplicação das leis penais, mas somente quanto a forma da lei. Nisso impõe-se que, por um lado a criação do crime seja concluída somente por uma lei em sentido formal, e por outro lado, que os juízes seja dada somente o poder de aplicar sanções mediante uma interpretação restritiva da lei penal. O *nullun crimen, nulla poena sine lege stricta*, portanto, é um limitador formal tanto da atividade legislativa quanto da atividade judicial, visto que, enquanto a proibição está ligada à existência de uma lei legal formal, a repressão está condicionada à aplicação restritiva do Direito.

Interpretação extensiva e analogia no direito penal

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, em sua aplicação.

Quando o juiz adéqua a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. Entretanto, Gadamer (GADAMER, Hans-George. op. cit. p.485-486.) adverte que, de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente.

Em nível constitucional, o princípio da legalidade dos crimes e das penas impõe que se investigue, mais lentamente, o âmbito da discricionariedade da interpretação judicial em matéria penal.

Em verdade, as implicações do princípio da legalidade no tema da interpretação da lei penal, não foram devidamente percebidas no momento de sua elaboração. Partiram do pressuposto de que ao juiz caberia aplicar a lei, sendo-lhe vedada a interpretação da mesma: “les juges de la nation ne sont qui la bouche qui prononce les mots de la loi(Montesquieu)”.

Atualmente, não mais se defende uma atuação tão limitada do juiz. Contudo, controverte-se, tanto no meio doutrinário quanto no jurisprudencial, sobre a possibilidade de a interpretação judicial ultrapassar, em prejuízo do acusado, o teor do sentido gramatical da lei penal incriminadora.

Contudo, a proibição da analogia *in mallam partem* tem sido considerada uma conseqüência inafastável do princípio da legalidade, entretanto, o mesmo não acontece com a chamada interpretação extensiva da lei penal.

Segundo o entendimento tradicional, ainda dominante, o tratamento diferenciado se justificaria tendo em vista que na interpretação extensiva dá-se a ampliação do sentido das palavras para acomodá-las à própria vontade da lei; enquanto que na analogia o que se amplia é a vontade mesma da lei, para resolver, por mera identidade de razão, um caso não previsto, explícita ou implicitamente pelo legislador.

Mais modernamente, Luiz Regis Prado (2002, p. 177) e Cézár Roberto Bittencourt (1997 p. 190), admitem também o emprego da interpretação extensiva da lei penal, para compatibilizar o seu teor literal à finalidade da lei.

O primeiro, embora enfatize a necessidade de respeito ao princípio da legalidade, diz que a interpretação extensiva não se confunde com argumento analógico; exige sempre uma norma jurídica ainda que com expressões ambíguas ou imprecisas. A hipótese, não estando prevista na literalidade legal, está, contudo, em seu espírito.

Cézár Roberto Bittencourt leciona que, quando as palavras do texto legal dizem menos do que sua vontade, isto é, o sentido da norma fica aquém de sua interpretação literal, a interpretação, quanto ao resultado, pode ser extensiva.

Entretanto, a partir de diferentes argumentos, tem-se sustentado com igual vigor a inadmissibilidade da interpretação extensiva em material penal.

Alega-se, em primeiro lugar, que a proibição da interpretação extensiva resultaria da proibição da analogia, pois não seria possível distinguir uma da outra já que estruturalmente idênticas.

Hassemer também pensa que não se pode distinguir interpretação e analogia. Cada interpretação, cada compreensão de uma lei pressupõe que o caso a resolver seja comparado com outros casos que, pensados ou decididos judicialmente são indubitavelmente casos dessa lei. “No existe interpretación sin tertium comparationis, y aunque este sea pobre en contenido, y el resultado, necesario”.

Já Ferrajoli entende que a vedação da interpretação extensiva resulta do critério do favor rei, destinado a impedir a extensão, por obra da discricionariedade judicial, do âmbito da punibilidade.

O sujeito tem sempre participação decisiva na interpretação. A interpretação se fundamenta existencialmente no compreender. A interpretação não consiste em tomar conhecimento do compreendido, mas na elaboração das possibilidades projetadas no compreender.

Também a hermenêutica jurídico-penal é interpretação construtiva, não se esgota num mero processo de tipicidade. Não se deve, contudo, cometer o erro de pensar que o

intérprete atue com liberdade total, podendo dizer qualquer coisa, a respeito de qualquer coisa. Há que se reconhecer limite à sua atuação, sobretudo, em se tratando da hermenêutica da lei penal.

Streck adverte que, em relação à interpretação dos textos, nossa tarefa não é introduzir diretamente nossos próprios hábitos lingüísticos. O próprio Gadamer, segundo Streck, reconhece como tarefa fundamental do intérprete o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito lingüístico do seu tempo ou do seu autor.

Assim, há que se buscar um meio mais preciso para limitar a discricionariedade do intérprete em matéria de lei penal incriminadora.

Não se pode permitir, em matéria de lei penal incriminadora, que o âmbito da discricionariedade judicial chegue à possibilidade de ultrapassar o seu teor literal, ainda que a pretexto de adaptá-la ao seu verdadeiro sentido ou finalidade.

Antes de tudo, tal vedação decorre da legitimação democrática sempre presente na decisão do caso concreto em conformidade com a lei elaborada pelo Parlamento, fundamento do princípio da legalidade consagrado no art.5o, XXXIX da CF. Entre nós, a legitimidade do Poder Legislativo, ao contrário do que acontece com o Poder Judiciário, está calcada na vontade popular manifestada por meio de eleições livres.

Por outro lado, é preciso reconhecer que, ainda que as palavras tenham sentido vago ou dúbio, há sempre um conteúdo mínimo, obtido a partir de seu sentido literal. Na dúvida suscitada a partir do próprio sentido literal, há que prevalecer o que mais se aproximar do sentido comum ou vulgar, ou seja, aquele que é verdadeiramente compreendido pela maioria das pessoas. Somente, por isso, torna-se possível a comunicação por meio de palavras.

Mandados constitucionais de criminalização

Os mandados de criminalizações como mecanismos de ordem constitucional destinados ao legislador originário para que legisle criminalizando determinada matéria, direciona a ele a atenção, em geral, às demandas tidas como fundamentais para a construção de uma sociedade em baseada na dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que os mandados de criminalização são utilizados para a defesa do Estado Democrático de Direito, no entanto, não aparecem muitas vezes para atribuir ao legislador infraconstitucional, a criminalização de bens fundamentais como a vida.

É o que Feldens constata ao dizer que:

“... paradoxalmente, as constituições que recepcionaram comandos normativos de natureza jurídico-penal não o fizeram à proteção daqueles que inequivocamente se revestem de primazia no âmbito de uma sociedade politicamente organizada (como, por exemplo, a vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade).”

A explicação estaria no fato de valores como a vida encontrarem-se tutelados a partir de uma decorrência lógica do texto constitucional, uma evidência à qual o legislador não poderia escapar, sendo que a escala de valores não possibilitaria a utilização de mecanismo abaixo de penal essa tutela.

O jurista explica que com a aceitação da existência dos referidos mandados, o Poder Judiciário deverá apreciar questões penais analisando-se eventual excesso ou deficiência na tutela de bens jurídicos.

Em caso de inexistência da tutela penal, o sistema jurídico apresenta com veículos de controle: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. No entanto, nenhuma deles configura a necessária realização do texto constitucional, porquanto não há um poder coercitivo conferido ao Poder judiciário que possa exigir do Poder Legislativo o preenchimento daquela lacuna.

Entende-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é onde nosso trabalho se encontra, que a particularidade de seu objeto é que ela visa a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão, e não de uma lei ou ato normativo federal ou estadual ou de um ato do Poder Público de forma mais ampla. A lógica por trás de seu escopo é: existe um dever constitucional dirigido a algum órgão ou entidade público no sentido de editar a norma. Praticar ato ou tomar alguma medida para o fim de tornar efetiva norma constitucional, mas esse dever foi descumprido, daí a omissão inconstitucional.

No entanto, não é possível obrigar o poder Legislativo a legislar, no caso na hipótese de omissão legislativa, cabe comunicar o Poder competente da sua falha, dando publicidade ao fato.

O Judiciário pode oferecer várias respostas para essa espécie de inconstitucionalidade: a simples comunicação, a declaração de inconstitucionalidade da norma que veicula a omissão parcial ou a extensão/modificação de seus termos, de modo a manter a norma/a medida, mas adaptá-la de sorte a superar a omissão parcial. Essa espécie de resposta aproxima a atividade judicial da de um legislador positivo.

Inércia do legislador e controle de constitucionalidade por omissão de leis penais

A Constituição de 1988 trouxe dois remédios para sanar a omissão legislativa: mandado de injunção disposto no art. 5º, LXXI, CF e a ação de inconstitucionalidade por omissão, encontrada no art. 103, 2 § CF. A diferença entre estes dois institutos constitucionais reside que no primeiro, o controle efetuado pelo poder judiciário é incidental, tutelando direitos subjetivos constitucionais, ao passo que no segundo, o controle se dá pela via principal e será exercido em tese, ou seja, de forma abstrata, desligado de qualquer relação jurídica concreta.

Hans Kelsen ensinava que era inadmissível impor ao estado o dever de elaborar leis e afirmada que seria impossível formular pretensão em face do legislador. Este entendimento se devia à liberdade do legislador na elaboração das normas e à certeza de que atuava no interesse da coletividade.

Com o tempo, essa visão foi se modificando e Otto Bachof passou a entender pela possibilidade de configurar a responsabilidade do Estado no que tange aos atos normativos.

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no art. 103, 2 § disposto no sentido de que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, o Poder Competente terá ciência a fim de adotar as providencias que se fizessem necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que atue num prazo de trinta dias.

A regra geral é que o legislador não tem obrigação de elaborar leis, constituindo-se numa faculdade. Ocorre que, em determinadas situações, a própria Constituição instituiu o dever de legislar. Nestes casos, a inércia do legislativo será ilegítima, configurando a inconstitucionalidade por omissão. Ressalta-se que, a omissão pode ser parcial, onde a norma, embora existente, não atende de forma satisfatória o mandamento constitucional.

Falamos de um Congresso Nacional omissivo a uma matéria de âmbito nacional que a Constituição o incumbiu de legislar.

Ativismo judicial para suprir a omissão de lei penal incriminadora

Contemporaneamente, mesmo em países que tenham adotado o sistema jurídico romano-germânico como base de seu ordenamento, pautando-se, basicamente, na predominância absoluta do positivismo jurídico e com forte tendência à codificação do direito, quando estes optam por assimilar em seus textos constitucionais também a presença de normas principiológicas, tal atitude possibilita o surgimento do chamado ativismo judicial, o que, de certa forma, contrapõe a característica fundamental do sistema eleito nestas nações em razão da viabilização do espaço necessário a interpretações construtivistas.

Neste sentido, Ernani Rodrigues de Carvalho aponta como fator propiciador desta nova tendência judicial a “existência de um sistema político democrático, a separação de poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias”. Segundo essa perspectiva, diante de um quadro no qual o ativismo judicial vem se mostrando cada vez mais presente no cotidiano do Poder Judiciário, para os fins deste artigo, deve-se destacar que principalmente a inobservância das instituições majoritárias e o ferimento à separação de poderes são fatores, *prima facie*, estremeceadores da democracia.

Assim, em princípio, é importante que seja determinada a real significação de ativismo judicial, delimitando-se o assunto para o âmbito de discussão que se pretende neste trabalho, até porque a referida expressão é revestida de equivocidade, podendo ser empregada, segundo a doutrina, em diferentes acepções.

Deste modo, por força da margem de discricionariedade existente na atividade judicante, o ativismo judicial representa o rompimento com a postura positivista fortemente enraizada no Poder Judiciário, designando uma postura proativa do magistrado na interpretação da norma, em especial da Constituição, de forma a expandir o seu sentido e alcance, participando o juiz, portanto, no processo de criação da norma jurídica.

Contudo, vale lembrar, que a referida capacidade interpretativa inserta no grau de discricionariedade judicante não é irrestrita, devendo, por conseguinte, ser limitada sua utilização aos julgamentos dos denominados casos difíceis (*hard cases*), mesmo assim, condicionando o magistrado, como sugere a doutrina de Hans Kelsen, a transitar somente dentro da moldura jurídica imposta pelo legislador, sendo esta o conjunto normativo capaz de regulamentar em alguma medida o caso concreto.

Tanto a limitação da ação do juiz quanto a flexibilidade interpretativa é, de certa forma, essencial à atuação judicial e é decorrente da própria situação fática levada ao Judiciário somada com a própria amplitude do ordenamento jurídico, pois, quando mais de uma possibilidade, todas razoáveis e apoiadas no direito, apresenta-se ao juiz, caberá a ele optar pela melhor solução aplicável para cada caso.

Deve-se, entretanto, ressaltar a acepção tomada por ativismo judicial até então empregada, pois, como foi alertado anteriormente, o ativismo judicial pode ser considerado como uma postura participativa do magistrado na condução do processo judicial, sendo esta uma postura desejável para todo juiz e demais funcionários públicos, porém, o sentido aqui utilizado de ativismo liga-se à participação do juiz na formação da norma jurídica, tendo, portanto, foco no momento do pronunciamento judicial de mérito.

A distinção entre ambos os sentidos apontados é que no primeiro caso se fala sempre de momentos anteriores ou posteriores à decisão judicial, ou seja, são momentos do iter procedimental destinados à preparação do ato decisório ou à satisfação do direito reconhecido pelo pronunciamento judicial, enquanto, no segundo caso, se faz referência somente a sentença judicial prolatada pelo magistrado, pois é este o ato capaz de criar a norma jurídica concreta que será válida para a questão decidida e, em alguns casos, terá seus efeitos estendidos à toda sociedade.

Neste sentido, segundo Alexandre Garrido da Silva, citando C. Neal Tate: o ativismo judicial constitui uma espécie de atitude ou comportamento dos juízes no sentido de “participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos habilitadas (...) e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições”.

Desta forma, apesar de ser justificado o ativismo judicial pelo próprio texto constitucional, a utilização da Carta Magna como conjunto de valores na interpretação de normas infraconstitucionais com o propósito de permeá-las com os valores preexistentes no meio social no momento em que é declarada a decisão deve ser comedida e cautelosa ao se tratar de ativismo judicial, pois somente assim a referida decisão não exorbitará o campo de atuação do Judiciário adentrando no âmbito do Poder Legislativo. Isso se afirma em razão de que a possível interferência pelo Poder Judiciário na seara normativa pode violar ao princípio democrático que fundamenta a República brasileira, contrariando, portanto, a Constituição ao desconsiderar sua determinação disposta em seu artigo segundo que impõe a manutenção da independência e harmonia entre os Poderes instituídos.

Embora o problema aqui colocado frisa-se que nenhuma intervenção judicial no âmbito político pode ser tomada como uma forma ingerência desmotivada, devendo ser salientado que a própria independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade, ou seja, só poderá haver a referida atuação mediante provocação. Assim, a partir do requerimento da tutela, o Judiciário não poderá se furtar a resolver o problema a ela trazido, de forma que só haverá intervenção judicial na seara

normativa quando o mesmo é instado para tanto, sendo questionada, somente, a amplitude da decisão tomada, que em determinadas hipóteses invadem a esfera de atuação do Poder Legislativo.

Dando seguimento ao desenvolvimento do tema, Luís Roberto Barroso explica o ativismo judicial da seguinte forma: “A idéia de ativismo judicial esta associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da organização judiciária brasileira, nas últimas décadas vem assumindo uma posição de destaque não só no âmbito judicial, como não poderia deixar de ser, mas também no cenário político nacional, onde atua como órgão destinado à complementação e ao desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio. Assim, vem deixando de atuar no campo ordinário do Poder Judiciário, ou seja, voltado às partes litigantes com decisões com efeitos para o passado, para ostentar um papel quase legislativo ao prolatar decisões que afetarão toda a sociedade com efeitos prospectivos.

Esse posicionamento adotado pelo STF implica na subjugação da função judicial clássica de atuação como legislador negativo e a consequente assunção de um papel positivo, porém, de forma mais restrita que o Poder Legislativo, até porque existem as limitações, como a necessidade de provocação do órgão jurisdicional. Tal afirmativa é confirmada pelas palavras do Ministro Celso de Mello prolatadas em seu voto no julgamento da ADPF n. 45/DF:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Por essa razão, o surgimento de um judiciário ativista, despido de qualquer constrangimento ao exercer competências de revisão cada vez mais amplas sobre as

políticas parlamentares ou sobre políticas de ação social, destinadas a serem decididas por representantes da sociedade que ocupam cargos eletivos, torna-se inquestionável. A partir da divisão de competências judiciais atribuídas pela Constituição de 1988, na qual colocou o Supremo Tribunal Federal como órgão competente para julgar temas relativos ao Texto Magno, findou por permitir a atuação “política” desta Corte, como pode ser visto na exposição de Marcos Paulo Veríssimo a seguir reproduzida:

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais.

Assim, relativo à atuação no âmbito político exercido pelo STF, sua capacidade interventiva é potencializada no campo do controle concentrado de constitucionalidade, gerando, deste modo, resultados expressivos decorrentes de sua atuação. Neste sentido, considerando apenas decisões prolatadas em tempos recentes, pode-se mencionar temas políticos relevantes como a matéria relativa à Lei de Biossegurança (ADI n.3.510), à reforma partidária (ADI n. 1.351 e n. 1.354), à verticalização das candidaturas para as eleições de 2006 (ADI n. 3.685) e a batalha judicial acerca das contribuições previdenciárias dos inativos (ADI n. 3.105), dentre vários outros.

Esse posicionamento ativista é confirmado pela estatística dos julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas entre os anos de 1998 a 2008, totalizando 978 ações, na qual apenas 16,57% dessas ações foram julgadas totalmente improcedentes, o que demonstra “uma razoável propensão do tribunal em preferir juízos de inconstitucionalidade”, gerando, assim, impacto direto no direcionamento político brasileiro.

De forma coerente com o sistema normativo constitucional, Gisele Cittadino, citando Ingeborg Maus, apregoa que: a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados. Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” e imunizando a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual originariamente deveria estar sujeita (...), pois quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.

Assim, o formato de atuação política assumido pelo Poder Judiciário, em especial pela Corte Suprema, com a progressiva transferência dos poderes decisórios das instituições

políticas representativas para o judiciário, segundo RanHirschl, é um caminho rumo à “juristocracia” (juristocracy), contudo, deve-se manter em mente que harmonia entre os poderes é essência de um Estado Democrático, o que acaba por gerar, com o modelo de atuação assumido, uma contrariedade à Constituição.

Outro ponto que não pode deixar de ser mencionado mais uma vez, para que não parem dúvidas acerca da amplitude da discussão aqui lançada, onde poderia, diante de uma interpretação menos cuidadosa, pensar que a atuação do Poder Judiciário na revisão legislativa seria, em sua essência, um ato contrário ao Estado Democrático por desrespeito à repartição de Poderes. Neste contexto, já foi aludido neste estudo à necessidade de provocação do Judiciário, para, só então, o mesmo ter legitimidade para agir, e dessa vez recorreremos à balizada doutrina de Luís Roberto Barroso como justificativa:

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial.

Com isso, tenta-se explicitar que a crítica exalada deste artigo se destina não à atuação judicial em si, mas, e somente, às ingerências judiciais sobre matérias de competência do Poder Legislativo.

Também relativo a atuação do STF, devo destacar e trazer a discussão a ADO 26, que tratou da criminalização da homofobia como crime de racismo previsto na Lei 7.716/89.

A princípio é importante salientar que a ADO n 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), alegando a omissão legislativa do congresso Nacional brasileiro em votar projeto de lei para penalizar as condutas conhecidas como homofobia e transfobia, nos termos do art., 5º XLII. Afirmou-se que o poder Legislativo estaria descumprindo mandamento constitucional expresso na CF, o qual impor ao Estado o dever de proteção a dignidade das pessoas e a conseqüente punição das praticas de racismo ou qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, como se extrai dos incisos XLII e XLI, ambos da CF. A explicação se fez presente ao buscar entender se a homofobia e a transfobia seriam comportamentos que se enquadravam ou não no conceito de racismo, tal como concebido pela legislação vigente.

No âmbito da Jurisdição Constitucional, a função hermenêutica da SUPREMA CORTE permite a utilização da denominada interpretação conforme a Constituição, que será possível para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de CANOTILHO, “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 ela” (Direito constitucional e teoria da Constituição. 2º ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.230).

Podemos entender que mesmo o conceito não sendo literalmente o mesmo, há uma raiz significativa que deve ser observada em sua intenção.

A finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados, tendo a SUPREMA CORTE admitido várias possibilidades de sua utilização.

Em termos interpretativos, portanto, os Princípios Fundamentais da República e seus objetivos, bem como da plena efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre devem ter precedência, de maneira a concretizar a real força normativa da Constituição, por meio de sua unidade e máxima efetividade. A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção.

Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (condutas homofóbicas e transfóbicas).

Os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República – em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) –, seus objetivos fundamentais – entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I e IV) –, o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput e inciso I) e a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º).

A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda quaisquer formas de discriminação e determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial”.

CONCLUSÃO

Este artigo procurou clarificar as definições do princípio da legalidade em matéria penal, também a extensão da interpretação feita pelo Poder Judiciário, principalmente da Suprema Corte, buscando construir uma investigação bibliográfica sobre os aspectos do ativismo judicial e da criminalização da homofobia através da ADO 26.

Vemos assim que a discussão é extensa na busca do real significado de racismo e a sua abrangência através do que a nossa Constituição classifica como discriminação

Fato é que o Supremo Tribunal Federal, não é dono da competência na criação do tipo penal, porém está em seu alcance a interpretação das normas segundo a nossa lei máxima, a Constituição Federal. Sendo urgente se fazer efetivo a proteção da dignidade da pessoa humana e a criminalização da discriminação fez-se assim a interpretação extensiva da norma penal de racismo abrangendo as atitudes homofóbicas e transfóbicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 1a ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 485.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, tomo I, 1997, 147, 148.

HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy: Normas, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad hoc, 2003, p.40 e 41.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.351.

FELDENS, Luciano. A constituição penal. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de, 2004, apud SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 53-54.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, p. 35-69, dez. 1996