

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 4.075, DE 2019

Veda a tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Autora: Deputada BIA KICIS

Relator: Deputado MARCOS POLLON

I - RELATÓRIO

O projeto de lei em epígrafe, de autoria da Deputada Bia Kicis, tem por escopo vedar a tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A autora registra, na justificação da proposição, que “ações protocoladas pelo Partido Popular Socialista – PPS (ADO nº 26) e pela Associação Brasileiras de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT (MI nº 4.733) alertaram para o risco de se permitir ao Poder Judiciário prosseguir no processo de usurpação das funções dos demais Poderes da República”.

Nesse sentido, argumenta que “esse ativismo judicial se faz sentir, em especial, sobre o Poder Legislativo, cuja omissão não pode – nem deve – ser entendida como inércia, uma vez que ‘não legislar’ sobre determinada matéria pode ser, precisamente, a decisão do Parlamento, no sentido de que tal matéria *não* demanda regulamentação”.

A proposição tramita em regime ordinário e está sujeita à apreciação conclusiva pelas Comissões (arts. 24, II e 151, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), tendo sido despachada unicamente à



Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para análise da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito.

Já houve apresentação de minutas de votos na legislatura anterior, mas não foram apreciadas.

Encerrado o prazo regimental, não foram oferecidas emendas à matéria.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

O Projeto de Lei nº 4.075, de 2019, vem ao exame desta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para análise da constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa (arts. 32, IV, “a”; 54, I; e 139, II, “c”, do RICD), bem como do seu mérito (art. 32, IV, “e”, do RIDC).

Quanto à **constitucionalidade formal**, consideramos os aspectos relacionados à competência legislativa, à legitimidade da iniciativa parlamentar e ao meio adequado para veiculação da matéria.

O projeto de lei em questão tem como objeto tema concernente ao direito processual, matéria de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, da CF/88). É legítima a iniciativa parlamentar (art. 61, *caput*, da CF/88), haja vista não incidir, na espécie, reserva de iniciativa. Por fim, revela-se adequada a veiculação da matéria por meio de lei ordinária federal, visto tratar-se da alteração de lei ordinária em vigor e não haver exigência constitucional de lei complementar ou outro veículo normativo para disciplina do assunto.

No que se refere à análise da **constitucionalidade material**, de igual modo, não se constata vícios. Com efeito, a vedação à criação de tipos penais por meio de decisão judicial se alinha com princípios e normas basilares da Constituição Federal, em especial o princípio da separação dos poderes (art. 2º) e o princípio da legalidade (art. 5º, II e XXXIX).



A proposição atende, ainda, ao requisito da **juridicidade**, uma vez que inova no ordenamento jurídico, possui o atributo da generalidade e respeita os princípios gerais do direito.

No que concerne à **técnica legislativa**, convém mencionar apenas que a ementa do Projeto deixa de citar o diploma legal que se pretende alterar, qual seja, a Lei nº 9.868/2009, de 10 de novembro de 1999. Esse pequeno lapso será devidamente sanado pelo substitutivo que apresentamos a seguir, a fim de que se dê cumprimento ao art. 5º da Lei Complementar nº 95/1998.

Quanto ao mérito, a alteração proposta alinha-se perfeitamente com o disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que preceitua que “não há crime sem **lei** anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação **legal**”. A Lei Maior estabeleceu, portanto, em matéria penal, a reserva legal absoluta, uma vez que a tipificação criminal e a respectiva cominação de pena é entendida como *ultima ratio*, isto é, só deve ser utilizada quando outras medidas mais brandas não possam resolver a questão.

A regra instituída pelo projeto tão somente reforça aquilo que a Constituição da República já traçou, como linha basilar do equilíbrio entre os poderes: ao Legislativo compete a função legiferante, enquanto que ao Judiciário cabe a composição de conflitos. Um poder não pode, evidentemente, atuar na esfera de atribuições de outro poder, sob pena de violação do art. 2º da Lei Maior.

Não obstante, conforme sustentou a autora em sua justificação, observamos nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e do Mandado de Injunção 4.733/DF, a extensão da tipificação prevista na Lei de Racismo - relativa aos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional - à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, senão veja-se:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO



TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO (...) – **Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”)**. [STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello julgado em 13/6/2019]. (grifo nosso)

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação



sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. **6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero**”. [STF. Plenário. MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 13/6/2019]. (grifo nosso)

Não se questiona a nocividade dos comportamentos motivados por homofobia ou por qualquer outro tipo de discriminação. O mérito do caso concreto não está em questão, mas sim a medida adotada pelo Judiciário para sanar a celeuma: “aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero”. Por meio dessa decisão judicial, condutas não tipificadas na legislação penal passaram a ser tratadas como crime, por analogia.

A questão fulcral de que trata o projeto, portanto, é a defesa da independência dos Poderes da República e das prerrogativas do Parlamento. Efetivamente, descabe ao Poder Judiciário, sob pena de distorção do cerne da separação das funções estatais, definir crimes, sob o pretexto da utilização do método da “interpretação conforme à Constituição”.

Nesse ponto, concordamos com os argumentos trazidos pelo relator da matéria que nos antecedeu nesta Comissão, Deputado Vitor Hugo, que estendeu a vedação do projeto aos mandados de injunção e vedou a “extensão de tipo penal de modo a abranger condutas não tipificadas de forma expressa na norma incriminadora”, ao invés de vedar simplesmente a tipificação penal, uma vez que é por meio dessa linha de raciocínio que a Suprema Corte vem justificando suas decisões. Será apresentado, portanto,



Substitutivo ao projeto, na linha daquele oferecido na última minuta de voto apresentado nesta Comissão (27/05/2021), sob os mesmos fundamentos:

Nesse sentido, em vez de falar-se em vedação à “tipificação de condutas” ou à “criação de tipo penal” por meio de decisão judicial, **o que, é claro, é sabidamente vedado**, propomos alteração na Lei nº 9.868/2009, para dizer que a decisão não poderá, “ainda que fundada no método da interpretação conforme à Constituição”, implicar “a extensão de tipo penal de modo a abranger condutas não tipificadas de forma expressa na norma incriminadora”.

Acreditamos que vedando-se a “extensão de tipo penal” (como referido nos próprios acórdãos do STF, relativos aos julgamentos das ações mencionadas), e não apenas a “tipificação de condutas” ou a “criação de tipo penal”, alcançar-se-á, de forma efetiva, os objetivos colimados pelo Projeto de Lei. Foi o que fizemos em nosso Substitutivo.

Incorporamos ainda uma segunda e fundamental proposta em nosso Substitutivo. Sob pena de não se alcançar os objetivos visados pelo Projeto, é imprescindível que se realize alteração, similar à que se propõe na Lei nº 9.868/2009, na Lei nº 13.300/2016, que versa sobre mandado de injunção. Até porque, muitas vezes, como se deu no já citado Mandado de Injunção 4.733/DF, o Supremo Tribunal Federal, sob o pretexto de utilização da mesma técnica (interpretação conforme à Constituição), arvora-se indevidamente na função legislativa. Nesse sentido, incluímos a necessária alteração na Lei nº 13.300/2016 em nosso Substitutivo.

Em face do exposto, **concluimos nosso voto pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei nº 4.075, de 2019, na forma do Substitutivo em anexo.**

Sala da Comissão, em de de 2023.

Deputado MARCOS POLLON
Relator

2023-9509



COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA**SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 4.075, DE 2019**

Altera a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, para vedar a extensão de tipo penal por meio de decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e mandado de injunção.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei modifica a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, para vedar a extensão de tipo penal por meio de julgamento em ações de controle abstrato de constitucionalidade e em mandado de injunção.

Art. 2º O art. 25 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 25

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, especialmente no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão, ainda que fundada no método da interpretação conforme à Constituição, implicará a extensão de tipo penal de modo a abranger condutas não tipificadas de forma expressa na norma incriminadora.” (NR)

Art. 3º O art. 9º da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.
9º

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração, observado o disposto no § 4º.



§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator, observado o disposto no § 4º.

.....

§ 4º Em nenhuma hipótese, a decisão, ainda que fundada no método da interpretação conforme à Constituição, implicará a extensão de tipo penal de modo a abranger condutas não tipificadas de forma expressa na norma incriminadora.” (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de de 2023.

Deputado MARCOS POLLON
Relator

2023-9509

