

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA POR MEIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF

Fernanda Pegorete Gumiero Pereira

Prof^a Mariana de Freitas Rasga

Resumo

Trata-se da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homofobia (ADO 26/DF), tendo em vista que, em regra, a incriminação de condutas ocorre por meio da edição de uma lei. Diante disso, o presente artigo busca compreender de que modo o ordenamento jurídico brasileiro permite a criminalização de atos discriminatórios a partir de uma omissão legislativa injustificada. Busca-se analisar em que circunstâncias a inércia legislativa passa a autorizar o ativismo por parte do STF. Para tanto, a metodologia utilizada foi a bibliográfica, com consulta a livros doutrinários, decisões judiciais e à própria lei.

Palavras-chave: omissão legislativa; criminalização; atos discriminatórios; ADO 26/DF; ativismo.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa explora o avanço jurisprudencial da Suprema Corte brasileira sobre omissões inconstitucionais relativas à criminalização de condutas ofensivas à liberdade de orientação sexual e expressão de gênero. Os atos discriminatórios direcionados às pessoas da comunidade LGBTI+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, além de outros grupos de pessoas), em razão da orientação sexual ou identidade de gênero caracterizam a homofobia e a transfobia. Em 2019, estes atos discriminatórios foram criminalizados por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Partindo da hipótese de que a incriminação de uma conduta somente poderá ocorrer por lei, após o devido processo legislativo, surge o seguinte questionamento: de que forma o ordenamento jurídico brasileiro permitiu o enquadramento da homofobia como crime de racismo através de decisão judicial proferida pelo STF?

Para responder o problema da pesquisa, o objetivo do presente trabalho é analisar em quais situações uma omissão legislativa inconstitucional permite que haja

atuação do STF para criminalizar condutas discriminatórias, visando a garantia do direito de liberdade sexual e de gênero das pessoas.

A relevância do tema consiste na acentuação de uma das funções do Direito, que é a busca pela pacificação das relações sociais conflituosas através da intervenção repressiva estatal. Assim, diante da exclusão e das agressões sofridas pelas pessoas LGBTI+, a construção da presente pesquisa é de suma importância, por demonstrar as questões constitucionais relacionadas ao caso, bem como a necessidade de proteção jurídica das pessoas LGBTI+.

No primeiro capítulo, a fim de contextualizar o tema abordado, é feita uma apresentação da República Federativa do Brasil como Estado de Direito, avançando para a evolução da classificação das normas constitucionais e os requisitos básicos para a existência de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico.

No segundo capítulo são apresentados os instrumentos de controle judicial previstos na Constituição Federal – conceito, cabimento, legitimidade e efeitos de cada instrumento – e as principais diferenças entre os institutos.

No terceiro capítulo o objetivo é apresentar o contexto social e político do Brasil que justificou o ajuizamento de ação direta de constitucionalidade por omissão, passando, para tanto, pelo conceito de homofobia e por dados sobre as violências sofridas por pessoas LGBTI+.

No quarto capítulo são apresentados os principais fundamentos jurídicos que possibilitaram a criminalização da homofobia e da transfobia.

Por fim, a pesquisa realizada caracteriza-se como exploratória, na qual foi usada a metodologia bibliográfica, com a utilização de livros doutrinários, decisões judiciais e da própria lei.

DESENVOLVIMENTO

O ESTADO DE DIREITO E O CONTROLE SOBRE AS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS

O Estado de Direito e o Neoconstitucionalismo

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, contrapondo-se ao antigo Estado absoluto e ilimitado. Bastos (1999) caracteriza o Estado de Direito como aquele que assegura aos indivíduos um conjunto de interesses – relativos à propriedade, liberdade, igualdade, segurança, entre outros – por meio do ordenamento jurídico. Dessa forma, a Constituição Federal, como sistema jurídico que concede direitos e garantias bem como estabelece limitações ao poder estatal e à conduta das pessoas, é manifestação do Estado de Direito.

Neste contexto, Lenza (2019) apresenta como fundamentos basilares do constitucionalismo a imposição de limites ao poder do Estado e a supremacia dos direitos fundamentais no texto de uma Constituição. A partir do século XXI, surge um novo entendimento acerca do constitucionalismo, conhecido como neoconstitucionalismo. Enquanto no constitucionalismo moderno o objetivo era a simples limitação do poder, o neoconstitucionalismo surge com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais, buscando a eficácia da Constituição Federal.

A eficácia das normas constitucionais

Segundo Barroso (2006), o estudo da eficácia das normas constitucionais tem sido tema de interesse dos autores brasileiros há bastante tempo. A doutrina norte-americana, em estudo ao tema, concebeu a classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade e à eficácia em normas constitucionais autoaplicáveis (*self executing*) e não-autoaplicáveis (*not self executing*). Esta classificação foi adaptada e difundida no Brasil pelo jurista Ruy Barbosa.

Silva (1998) explica que as normas constitucionais autoaplicáveis seriam aquelas dotadas de plena eficácia jurídica, imediatamente aplicáveis por si só. Seriam normas capazes de regular diretamente determinado direito, com a sua aplicação imediata ao caso concreto. Por outro lado, as normas não-autoaplicáveis seriam, a princípio, desprovidas de eficácia e de normatividade, tornando inviável a sua aplicação direta. Portanto, ficavam dependentes da criação de lei, que teria como finalidade a concessão de normatividade a elas, que somente a partir de então passariam a ser eficazes e aplicáveis.

Com o tempo, essa classificação começou a ser alvo de críticas. Isso porque seria absurdo conceber a ideia de uma Constituição constituída de normas ineficazes e desprovidas de obrigatoriedade. Nesse sentido, Silva (1998, p. 75):

A classificação pura e simples das normas constitucionais em autoaplicáveis e não autoaplicáveis não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade.

Entende-se, atualmente, que todas as normas constitucionais são providas de eficácia, havendo diferença apenas quanto grau de aplicabilidade das normas, conforme pontua Bastos (1999). Não seria razoável permitir que certos direitos fundamentais ficassem sem a devida regulamentação, sujeitos à discricionariedade do legislador. Nos dizeres de Canotilho (1994, p. 298): “a mediação legislativa não é só um querer ou poder jurídico dos órgãos de legiferação, mas um verdadeiro dever jurídico imposto pelas normas hierarquicamente superiores da constituição”.

Diante do exposto, surge uma nova classificação, mais adequada, partindo do pressuposto de que todas as normas constitucionais são eficazes (ainda que em graus diferentes) e produzem efeitos jurídicos. José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais, quanto à aplicabilidade em:

- a) normas constitucionais de eficácia plena;
- b) normas constitucionais de eficácia contida;
- c) normas constitucionais de eficácia limitada.

Em síntese, o autor (SILVA, 1998) explica que as normas de eficácia plena são aquelas capazes de produzir todos os seus efeitos jurídicos desde que entram em vigor, pois já são suficientemente dotadas de normatividade. Por isso, pode-se afirmar que possuem aplicabilidade direta e imediata. De igual modo, as normas de eficácia contida produzem todos os seus efeitos jurídicos direta e imediatamente. A diferença é que estas podem sofrer limitações futuras por meio de algum dispositivo legal. Por fim, as normas de eficácia limitada não são capazes de produzir todos os seus efeitos logo que entram em vigor, pois dependem de criação posterior de ato normativo, possuindo, por isso, aplicabilidade indireta e mediata.

Para o presente trabalho, haverá maior ênfase no estudo das normas constitucionais de eficácia limitada, que se dividem em normas declaratórias de

princípios institutivos ou organizativos, responsáveis pela criação de órgãos e entidades, e em normas programáticas. Estas, por sua vez, são conceituadas como

normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos por seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 1998, p. 138)

É importante destacar que as normas programáticas não são consideradas meros programas ou promessas destituídas de imperatividade. Elas devem ser entendidas como verdadeiras normas jurídicas, com capacidade de vincular o legislador à criação de diploma legal que atribua normatividade aos princípios nelas previstos. Neste seguimento, Silva (1998, p. 153) afirma:

Crisafulli, que dissecou sucessivamente a temática das normas programáticas, sustentou-lhes a juridicidade (e a eficácia, ainda que reduzida), argumentando que enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão preceptivas como as outras; regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhes são objeto, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte (a constituição) [...]

O autor enfatiza que o fato de as normas programáticas dependerem da realização de medidas por algum órgão estatal não descaracteriza a sua eficácia. São normas imperativas, vez que estão previstas na Constituição, norma hierarquicamente superior que deve ser obedecida. Portanto, existem no ordenamento jurídico imposições constitucionais aos órgãos públicos.

Mesmo com a imposição constitucional legiferante, ocorrem situações em o legislador se mantém inerte, fazendo com que certos direitos previstos na constituição não sejam efetivados pela falta de regulamentação legal.

A supremacia e a rigidez da Constituição Federal

O princípio da supremacia da constituição diz respeito à elevada posição que a Constituição Federal ocupa no ordenamento jurídico, estando localizada no topo da pirâmide de Kelsen. Todas as demais normas jurídicas estão subordinadas à Constituição Federal, isto é, devem estar sempre em consonância com o seu conteúdo para serem dotadas de validade.

A fim de garantir a supremacia constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a existência do controle de constitucionalidade, utilizado para verificar se determinada lei ou ato normativo está em conformidade com a Constituição Federal.

Como pressupostos para a realização de controle de constitucionalidade, Júnior (2017) destaca a necessidade de uma Constituição rígida, formal e escrita, como é o caso da constituição brasileira. O autor explica que a constituição é considerada rígida quando o processo de alteração das normas constitucionais é especial e mais dificultoso do que o procedimento previsto para a elaboração e modificação das leis complementares e ordinárias, que é mais simples.

Tanto a rigidez como a supremacia constitucional são indispensáveis para que haja o controle de constitucionalidade. No Brasil, ele é realizado pelo Poder Judiciário (controle judicial), funcionando como proteção ao Estado de Direito, através da retirada de normas inconstitucionais do ordenamento jurídico (PIOVESAN, 2003). Nesse sentido, a Constituição Federal prevê instrumentos que visam suprir as lacunas decorrentes de omissões legislativas inconstitucionais: o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DESTINADOS A CORRIGIR OMISSÕES LEGISLATIVAS

Conceito e tipos de inconstitucionalidade

Conforme já exposto, a Constituição Federal constitui norma hierarquicamente superior, encontrando-se acima das demais. Essa hierarquia faz com que as demais leis previstas no ordenamento jurídico devam sempre estar em sintonia com o disposto na Lei Maior, ou seja, a constituição é a fonte primária a ser seguida na elaboração de atos normativos. Portanto, em decorrência da posição superior em que a constituição se encontra, serão considerados inconstitucionais todos os atos normativos com ela incompatíveis. (BASTOS, 1999).

A inconstitucionalidade pode ocorrer tanto por ação como por omissão, sendo que no primeiro caso, a inconstitucionalidade pode ser formal ou material. Tanto a violação relacionada ao processo legislativo de criação da norma (vício formal) como a violação do próprio conteúdo disposto na Constituição (vício material) caracterizam a inconstitucionalidade por ação. Por outro lado, a inconstitucionalidade por omissão

acontece por meio de uma abstenção do poder público, que não realiza determinado ato exigido pela constituição. (PIOVESAN, 2003).

Deste modo, quando o legislador permanece inerte diante de uma ordem expressa de legislar, resta caracterizada uma omissão legislativa constitucionalmente relevante, conforme expõe Piovesan (2003, p. 91):

a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional está relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais.

Nessa perspectiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção surgem como instrumentos essenciais para o controle das omissões inconstitucionais.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ADO está prevista no art. 103, §2º da CF. É uma forma de controle concentrado/ abstrato de constitucionalidade, tendo como objetivo a proteção do próprio ordenamento jurídico em si, não sendo o meio adequado para requerer a tutela de interesses individuais. Regina Maria Macedo Nery Ferraria explica (*apud* PIOVESAN, 2003, p. 113):

A ação de inconstitucionalidade por omissão refere-se ao ato em tese, sem necessidade de estar relacionada com um caso concreto; o que se visa é o restabelecimento da harmonia do sistema, com respeito à Lei Fundamental, que está sendo violada pela não atuação do poder constituído competente e impedida de ser aplicada em toda a sua extensão.

Mendes (2020, p. 1382-1383), esclarece que o objeto da ADO é “a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional”. À vista disso, a omissão legislativa é objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Conforme explica Mendes (2020), a Constituição Federal é omissa quanto ao rol de legitimados ativos da ADO, limitando-se a estabelecer os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), no art. 103, da seguinte forma:

- I – Presidente da República;
- II – A Mesa do Senado Federal;
- III – A Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – O Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – O Procurador-Geral da República;
- VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – Partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O art. 12-A da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI perante o STF, estabelece que podem propor a ADO os mesmos legitimados para a propositura da ADI, ou seja, o rol do art. 103 da CF, transcrito acima. É importante destacar que o STF é o órgão com competência originária para processar e julgar a ADO, nos termos do art. 102, I, a da CF.

O §2º do art. 103 da Constituição Federal prevê que diante da declaração de inconstitucionalidade por omissão, o STF deverá dar ciência ao poder competente para que este adote as medidas necessárias; sendo órgão administrativo, o prazo para tomar providências é de 30 dias. No caso de uma ADO que tenha por fundamento omissão legislativa, sendo esta reconhecida, deverá o STF cientificar o Legislativo. Isso se dá pela observância do princípio da separação dos poderes, de modo que não tendo o STF competência para legislar, cabe a ele somente declarar o estado de inconstitucionalidade e cientificar o poder competente, para que este possa suprimir a omissão. É importante ressaltar que a constituição não estabeleceu nenhum tipo de sanção a ser aplicada no caso em que, mesmo após a cientificação, o poder competente continue inerte. (PIOVESAN, 2003).

O mandado de injunção

De acordo com o art. 5º, LXXI da CF, será concedido mandado de injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (BRASIL, 1988).

Extrai-se do texto constitucional que a concessão de mandado de injunção depende de dois requisitos: a) a existência de norma de eficácia limitada que trate sobre direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à

soberania e à cidadania; b) a falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos e prerrogativas descritos acima. (Lenza, 2019).

Ainda sobre os requisitos do mandado de injunção, Piovesan (2003, p. 134) esclarece:

A concessão de injunção está condicionada a uma relação de causa e efeito. Vale dizer, a uma causa – a falta da norma regulamentadora – a ordem jurídica atribui uma consequência – a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção é uma ação constitucional que tem por escopo a realização de controle concreto de constitucionalidade, tutelando direitos subjetivos. Ele deverá ser impetrado em face do órgão ou poder responsável pela edição da norma regulamentadora.

Tratando da legitimidade ativa, o mandado de injunção poderá ser individual ou coletivo. De acordo com o art. 3º da Lei nº 13.300 – Lei do Mandado de Injunção (LMI), poderão impetrar mandado de injunção individual as pessoas naturais ou jurídicas titulares dos direitos e prerrogativas descritos no art. 5º LXXI. Já o mandado de injunção coletivo poderá ser impetrado pelos seguintes entes: a) Ministério Público; b) partido político com representação no Congresso Nacional; c) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano e d) pela Defensoria Pública (art. 12, incisos I a IV da LMI).

A competência para julgar o mandado de injunção está prevista na Constituição Federal, arts. 102, I, “q”, 102, II, “a”, 105, I, “h”, 121 §4º, V e 125 §1º. Para o presente estudo, cabe ressaltar o disposto no art. 102, I, “q”, *in verbis*:

Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores do STF; (BRASIL, 1988)

É importante destacar que a decisão que julga o mandado de injunção produz efeitos de forma restrita, atingindo apenas o caso concreto levado a julgamento (efeito *inter partes*). Assim, o provimento judicial visará somente a satisfação do direito de quem impetrou o mandado de injunção, de modo que terceiros não participantes da

relação jurídica não serão beneficiados pela decisão. Tratando-se de mandado de injunção coletiva, Lenza (2019, p. 1309) explica que “a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante”.

Ademais, o art. 8º da LMI dispõe sobre os efeitos do mandado de injunção:

reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: a) determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; b) estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. (BRASIL, 2016)

Observa-se que o mandado de injunção se assemelha à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que ambos visam conferir efetividade a uma norma constitucional de eficácia limitada, que necessita da elaboração de ato normativo infraconstitucional integrativo. Nesse sentido, Lenza (2019) afirma que tanto a ADO como o mandado de injunção surgem para “curar” a síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

O mandado de injunção nº 4733/DF

O mandado de injunção coletivo nº 4733/DF, julgado em conjunto com a ADO nº 26/DF, foi impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) em face do Congresso Nacional. Em resumo, a impetrante pediu pelo enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que essas condutas fossem entendidas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”. Pediram também a declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional, que descumpriu o dever de criar legislação criminal que punisse de forma específica a homofobia e a transfobia, com fundamento nos arts. XLI e XLII do art. 5º da CF.

Diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Apesar das semelhanças, o MI e a ADO não se confundem. Conforme já exposto, ambos constituem meios para a realização de controle de constitucionalidade por omissão. Diante disso, é indispensável destacar as principais características que diferenciam os dois institutos.

Segundo Mendes (2020), a principal diferença entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão consiste nos direitos tutelados. O mandado de injunção visa a proteção de direitos subjetivos, tendo como pressuposto a existência de um interesse jurídico concreto do impetrante. Já na ADO, dispensa-se a existência de interesse jurídico específico, tendo em vista que o controle se dá de forma abstrata, como processo objetivo que analisa a inconstitucionalidade em tese.

Ademais, Piovesan (2003) explica que no mandado de injunção o objetivo é tornar viável o exercício de um direito fundamental no caso concreto, enquanto na ADO a finalidade é tornar efetiva uma norma constitucional, analisando a inconstitucionalidade em tese.

CONTEXTO SOCIAL E POLÍTICO DO BRASIL ANTES DA CRIMINALIZAÇÃO

Em sua obra “Homofobia: história e crítica de um preconceito”, Borrillo (2010, p. 34) conceitua:

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências políticas.

O autor explica que a homofobia é resultado da hierarquização das sexualidades, sendo a heterossexualidade vista como natural e superior, enquanto a homossexualidade é alocada em posição de inferioridade. Na realidade, inexistente hierarquia, sendo a homossexualidade apenas uma das formas de expressão da sexualidade humana (BORRILLO, 2010).

O Grupo Gay da Bahia é uma organização não governamental que atua na defesa dos direitos da comunidade LGBTI+, realizando também o monitoramento de

dados relacionados aos atos de violência praticados contra essas pessoas no Brasil. Deslandes (2018) apresenta dados coletados pela ONG, no ano de 2016, sobre a violência cometida contra pessoas LGBTI+, tendo sido constatado que as vítimas são pessoas de todas as idades, cores, classes sociais e profissões, sendo praticada por meio de armas brancas, armas de fogo, espancamento entre outras formas de agressão física.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes demonstra a violência contra pessoas LGBTI+ por meio da transcrição de notícias veiculadas pela mídia acerca do assunto:

- i) “Ele tem ódio de homossexuais’, diz delegado sobre homicídio em Agudos” (<http://g1.globo.com>);
- ii) “Cabeleireiro é apedrejado até a morte na Zona Norte de Natal, diz polícia” (<http://g1.globo.com>)
- iii) “Homem que tirou foto antes de esquartejar admite ódio por gays” (<http://g1.globo.com>)
- iv) “Agricultor é morto a facadas pelo filho na Zona da Mata de PE – Rapaz de 20 anos não aceitava que o pai fosse homossexual” (<http://g1.globo.com>)
- v) “Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça – Alex, de 8 anos, era espancado repetidas vezes para aprender a ‘andar como homem’” (<https://oglobo.globo.com>)
- vi) “Homem é suspeito de tentar estuprar filha lésbica para fazê-la ‘virar mulher’” (<http://g1.globo.com>)
- vii) “Vai virar mulher de verdade: lésbicas são vítimas de estupro coletivo” (<http://g1.globo.com>)
- viii) “Turista gay é espancado por grupo em SP e post viraliza: ‘não foi minha escolha’” (<http://g1.globo.com>)
- ix) “Polícia investiga homicídio de travesti que foi espancada até a morte em CE” (<http://g1.globo.com>)
- x) “Jovem gay é morto a facadas próximo a parque em São Paulo” (<https://oglobo.globo.com>)

(excerto do voto do Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da ADO 26/DF)

Sendo inegável a violência direcionada contra pessoas LGBTI+, fica caracterizada a necessidade social de criminalização das condutas discriminatórias direcionadas a esse grupo. Borrillo (2010) conclui que a falta de proteção jurídica contra atos homofóbicos coloca os gays em situação de vulnerabilidade, principalmente porque a homossexualidade já foi vista como pecado, crime e doença, como algo a ser combatido pela sociedade.

Conforme demonstra a ADO nº 26, ao longo dos anos foram apresentados projetos de lei perante o Congresso Nacional que tinham como tema a incriminação de condutas discriminatórias em razão de orientação sexual, como por exemplo:

PL Nº 6186/2002: Inclui como crime a discriminação ou preconceito contra a orientação sexual.

PL Nº 1959/2011: Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que 'define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor'. Tipifica crimes de discriminação em razão da opção sexual, aparência, origem e classe social.

Entretanto, não houve a aprovação de nenhum dos projetos de lei apresentados. Parte disso se justifica pelo fato de que as pessoas LGBTI+ fazem parte de uma minoria vulnerável, que acaba por sofrer com a exclusão dentro da sociedade, sendo que seus interesses acabam sendo ignorados em razão da opressão e preconceito exercidos por grupos majoritários da sociedade.

O Congresso Nacional, constituído por deputados e senadores eleitos pelo povo, acaba por conter representantes que zelam pelo interesse da maioria que os elegeu. Isso resulta na falta de representatividade para a comunidade LGBTI+, restando um parlamento majoritariamente conservador que acaba por dificultar o debate sobre as questões de sexualidade e gênero bem como a efetiva criminalização de atos homofóbicos. (DESLANDES, 2018).

Nesse sentido, Deslandes (2018) afirma ser inegável a inércia do Poder legislativo, que se abstém de editar lei que proteja as pessoas LGBTI+. Por consequência, os atos de violência praticados em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero continuam crescendo sem que haja a devida atenção ao tema.

Diante da necessidade social de criminalizar as condutas homofóbicas, como consequência dos diversos atos de agressão e discriminação praticados cotidianamente contra pessoas LGBTI+, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou a ADO nº 26/DF, alegando o estado de omissão legislativa por parte do Congresso Nacional.

PRINCIPAIS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ADO n° 26/DF

Considerações iniciais

Diante do exposto nos tópicos anteriores, é possível avançar para os principais fundamentos jurídicos que permitiram a incriminação da homofobia. A ADO n° 26/DF, analisada em conjunto com o MI n° 4733, pelo STF, teve como pedidos, em suma: a equiparação da homofobia e da transfobia ao conceito de racismo, com a aplicação da Lei de Racismo (Lei n° 7.716/89) à homofobia e à transfobia; a declaração de mora inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, com fixação de prazo para o Congresso Nacional criminalizar as condutas citadas;

A existência de imposição constitucional legiferante

Inicialmente, colhe-se do voto do Ministro Alexandre de Moraes (2019), a lição de que não é qualquer omissão do Poder Público que permite o ajuizamento de ADO, mas apenas as omissões decorrentes da inobservância de normas programáticas em sentido amplo, justamente por serem normas que necessitam da edição de ato normativo que garanta a sua aplicabilidade.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux (2019) explica que o dever constitucional de legislar está evidente no inciso XLI, que dispõe o seguinte: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello (2019, p. 46) afirma “o dever jurídico de editar a lei em questão revela-se imputável, no caso, ao Congresso Nacional, destinatário específico da imposição legiferante inscrita no art. 5º, incisos XLI e XLII”.

Ademais, o Ministro Luiz Fux (2019) destaca que a Constituição Federal mitigou o princípio da liberdade de conformação do legislador. De acordo com este princípio, o Poder Legislativo teria liberdade para escolher os temas a serem ou não deliberados. Porém, o dispositivo constitucional que fundamentou a ADO n° 26 estabelece uma imposição ao dispor que “a lei punirá”, ou seja, reduziu a liberdade do legislador, que não poderia escolher se iria ou não punir as condutas discriminatórias, vez que a própria Constituição Federal prevê um mandamento constitucional de incriminação.

Anais da XIII Mostra Científica da Faculdade Estácio de Vitória – FESV

ISSN: 2358-9515

<https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/AMCF>, n. 13, v.1, p. 23-43, jul. 2022.

Conforme se extrai do voto do Ministro Alexandre de Moraes (2019), a Procuradoria-Geral da República se manifestou no mesmo sentido, afirmando que a criminalização da homofobia não foi deixada à discricionariedade política do legislador, pois a Constituição estabeleceu expressamente que qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais será punida por lei. Nesse sentido, o STF reconheceu a existência de imposição constitucional legiferante, prevista no art. 5º, incisos XLI e XLII.

Da constatação da inércia legislativa

Celso de Mello (2019) afirma que existem dois requisitos necessários para haver a declaração de inconstitucionalidade por omissão: a existência de uma imposição constitucional legiferante e a omissão do legislador, que não edita diploma legal dentro de um prazo razoável para tanto.

Conforme se extrai da ADO 26/DF, o Senado sustentou a ausência de omissão legislativa inconstitucional, afirmando que a homofobia era um tema constantemente debatido dentro do Congresso Nacional. A título de exemplificação, foram apresentados alguns projetos de lei que tratavam sobre a discriminação em razão da orientação sexual e que estavam em tramitação. A Câmara Alta defendeu que o fato de o tema ser discutido e de haver projetos em tramitação demonstraria a ausência de mora inconstitucional.

Entretanto, o Ministro Celso de Mello (2019) explica que se passaram mais de 30 anos desde a promulgação da CF/88, ou seja, o Poder Público teve tempo razoável e suficiente para criar lei que punisse os atos de discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero e não o fez. Essa omissão do Estado impede a aplicabilidade da norma de proteção penal prevista na Constituição por falta de medidas concretizadoras, situação que justificou o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Diante disso, ficou constatada injustificável inércia por parte poder público em relação à edição de diplomas legislativos que visassem punir atos de discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero da pessoa.

Anais da XIII Mostra Científica da Faculdade Estácio de Vitória – FESV

ISSN: 2358-9515

<https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/AMCF>, n. 13, v.1, p. 23-43, jul. 2022.

A necessidade social de proteção jurídica

Além da imposição constitucional de incriminação de condutas discriminatórias, a necessidade de proteção penal de tais liberdades públicas foi identificada pela recorrência de crimes violentos praticados contra pessoas LGBTI+. Em seu voto, o Ministro Celso de Mello realiza considerações sobre o tratamento dessas pessoas dentro da sociedade, demonstrando a ocorrência de atos violentos motivados por preconceitos e discriminação. Apresentou informações obtidas pelo Grupo Gay da Bahia, que foi admitido na ADO nº 26 como *amicus curiae*, da seguinte forma:

- a) Aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período;
- b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública;
- c) das 445 vítimas referidas, 194 (43,65%), eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes;
- d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no “ranking” mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;
- e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídios (8,4 vezes mais);
- f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país. (BRASIL, 2019).

Desse modo, a realidade social, que constitui fonte material do Direito, evidencia a necessidade de proteção jurídica aos grupos afetados por violência em razão do exercício de sua liberdade de orientação sexual e identidade de gênero, sendo que o art. 5º, XLI, da CF/88, contém norma impositiva do dever legiferante para a proteção penal dessas liberdades, já que, conforme frisado pelo Ministro Alexandre de Moraes, “a prática homofóbica e transfóbica representa inaceitável, gravíssima e odiosa discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL, 2019).

O enquadramento das práticas homofóbicas no conceito de racismo por interpretação conforme a Constituição

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes (2019) explica que há uma presunção de constitucionalidade das leis devidamente editadas pelo poder competente. Por isso, surge a necessidade de conceder às normas a interpretação que seja mais adequada à Constituição Federal, ou seja, deve-se buscar a interpretação da lei que apresente maior conformidade com as normas constitucionais. Assim, a interpretação conforme tem a função de garantir a supremacia da Constituição.

Como condição para a utilização da interpretação conforme, destacou-se a necessidade da existência de um “espaço de decisão”, sendo indispensável a existência de diversas interpretações possíveis sobre determinado dispositivo legal. Nesse caso, por interpretação conforme, deverá ser adotada a interpretação que esteja em maior conformidade com o texto constitucional (2019).

Conforme já exposto, a Constituição Federal de 1988 prevê mandamento de incriminação relativo a 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” (2019). Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes afirma que, no caso, existe o “espaço de interpretação”, pois a Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89) abre espaço para diversas interpretações. Quando a CF/88 estabelece dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o que se busca é a proteção de todas as pessoas. Portanto, por interpretação conforme a Constituição, os atos discriminatórios praticados em decorrência de orientação sexual e identidade de gênero devem ser punidos nos termos da Lei de Racismo. (2019).

A mutação constitucional é mecanismo que permite a mudança do sentido e alcance de norma constitucional sem que sejam feitas alterações no texto. O Ministro Luís Roberto Barroso (2019) explica que o conceito de racismo sofreu mutação constitucional, em razão da evolução da percepção das pessoas sobre a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. O racismo deve ser compreendido em sua dimensão social, isto é, não deve se limitar à discriminação

decorrente de características fenotípicas (cor da pele, por exemplo), mas deve abarcar também as discriminações contra quaisquer grupos vulneráveis, em razão da posição de inferiorização em que são colocados na sociedade, como é o caso das pessoas LGBTI+.

Por fim, o Ministro Barroso explica não se tratar de tipificação de crime por analogia, mas sim de uma reinterpretação do conceito de raça, com a justificativa de que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política”. (2019).

A decisão proferida na ADO 26/DF e no MI 4.733

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de mora inconstitucional e cientificou o Congresso Nacional sobre o estado de omissão. Decidiu que enquanto não for editada lei (pelo Congresso Nacional) destinada a criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas, estas serão punidas por enquadramento ao conceito de racismo em sua dimensão social, ou seja, haverá aplicação das sanções previstas na Lei de Racismo por meio de extensão da tipificação, “constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe.” (BRASIL, 2019).

CONCLUSÃO

Primeiramente, faz-se necessário lembrar o objetivo geral da pesquisa, qual seja analisar em quais casos uma omissão legislativa abre espaço para uma atuação do STF no sentido de criminalizar condutas discriminatórias.

Diante do exposto no trabalho, verificou-se que, apesar da regra geral de criminalização de condutas por meio de processo legislativo, a constatação de uma omissão legislativa inconstitucional pode resultar na supressão da lacuna através da atuação do Judiciário, a fim de garantir a supremacia da Constituição Federal.

Para tanto, o presente estudo constatou a existência de imposições constitucionais de legislar, que, caso descumpridas, poderão ser alvo de controle judicial, por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou por mandado de injunção.

No caso em questão, restou demonstrada a ocorrência de atos discriminatórios, de violência e de exclusão contra pessoas LGBTI+, bem como a existência de

mandamento constitucional impondo a punição de quaisquer atos discriminatórios de direitos e liberdades fundamentais.

Verificou-se que em mais de 30 anos da promulgação da atual Constituição Federal, não houve edição de diploma legal que criminalizasse as condutas homofóbicas e transfóbicas, ficando evidenciada a ocorrência de uma inércia legislativa injustificada.

Conclui-se que a junção da mora legislativa inconstitucional com a existência de mandado constitucional de incriminação possibilitou o enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito de racismo em sua dimensão social, através de controle de constitucionalidade, prevalecendo o entendimento de que a finalidade do ordenamento jurídico é a proteção dos grupos minoritários e vulneráveis da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/39519/6917-Lus-Roberto-Barroso-O-Direito-Constitucional-e-a-Efetividade-de-Suas-Normas-Limites-e-possibilidades-da-Constituio-brasileira.pdf>. Acesso em: 15 de mai. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em: BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 20 ed. São Paulo - Saraiva - 1999.pdf. Acesso em: 15 de mai. 2022.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/49969685/BORRILLO_Daniel.Homofobia-Historia_e_cri-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1652652410&Signature=JiBZbZ1Kjf24wSGNC6bifntKILTtoRGsn2IEhNLrF2I4Bt0Ov-W4Bzpp4mbgzqFxRyCJ4N1Vqe3G~hRo~CoYLYQhFEEkuxTo2bU6BbCieQWYVVVlggjYIGq01Zpu0IG8mPPR~1nL3jKAnI48kZ9kop0eb~6uvxrDYjgpWWUxaS4f978L6rxVM1SBBkcBZL~dLVs3RMNTIyozZGPtl~V0fNK5AxJbVKwwJBVI0pyCbPAszu19w0clHwmycAIXW5Ptr0MHZMf6Ds9D0puqo-pumxlQlcoBoAKTLgX5erQMUEzSLTfZbgLxh9wwsDMk2-OPi6Zscgj~maHqz49xc-Bnucw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 15 de mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 de mai. 2022.

BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidente da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 15 de mai. 2022.

BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidente da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 16 de mai. 2022.

BRASIL. **Lei 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual ou coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 16 de mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº26/DF**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementa.pdf>. Acesso em: 15 de mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por Omissão nº26/DF**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 de mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção 4.733 Distrito Federal**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 15 de mai. 2022.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed. 1994.

DESLANDES. Keila. **Homotransfobia e direitos sexuais**. Grupo Autêntica, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788551303078/>. Acesso em: 15 de mai. 2022.

JÚNIOR, Dirney da Cunha. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 9. ed. Salvador: JusPodvm, 2017. Disponível em:

<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/26de930cede5eadd8ae0e622c9163941.pdf>. Acesso em: 15 de mai. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, G. F; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1998.

