



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: UMA ANÁLISE SOBRE O PAPEL
CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4733

Vitória Caron da Silva Reis

Rio de Janeiro
2020

VITÓRIA CARON DA SILVA REIS

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: UMA ANÁLISE SOBRE O PAPEL
CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4733

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Ubirajara Fonseca Neto

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: UMA ANÁLISE SOBRE O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4733

Vitória Caron da Silva Reis

Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo - este artigo tem como principal objetivo realizar uma análise descritiva do cenário científico-jurídico sobre o qual se desenvolveu a interpretação conforme da legislação penal brasileira de forma a abarcar as condutas discriminatórias contra as liberdades das minorias homossexual e transexual. Não se pretende o exame detalhado das críticas sociais e jurídicas feitas à decisão tomada no âmbito do controle de constitucionalidade da omissão legislativa precedente, mas tão somente a sucinta, como, em razão de seu tamanho, não poderia deixar de ser, reflexão da eficiência da ciência jurídica como instrumento pacificador da sociedade.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Omissão legislativa preconceituosa. Interpretação conforme.

Sumário - Introdução. 1. Os avanços da genética e a necessária atualização da ciência do Direito. 2. Da indispensável função contramajoritária no sistema democrático brasileiro. 3. Do exercício da interpretação penal-constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem intuito de abordar a atividade hermenêutica realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao construir uma solução para as questões sociais estimuladas pela inobservância legislativa do mandado constitucional de criminalização insculpido no inciso XLI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Pretende demonstrar, sobretudo, o aspecto científico-jurídico da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do mandado de injunção nº 4733, de relatoria do Ministro Edson Fachin.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa para incriminar condutas atentatórias aos direitos fundamentais da população LGBTQ+ e, por maioria, votou pela possibilidade de enquadramento de condutas homotransfóbicas como o tipo penal definido na Lei nº 7.716/1989 (Lei de Racismo). A criminalização tem efeitos *ex nunc* e perdurará até a edição, pelo Congresso Nacional, de norma neste sentido.

Para tanto, sob enfoque interdisciplinar, abordam-se as possibilidades interpretativas feitas por outras áreas do saber, de modo a discutir se as condutas homotransfóbicas perpetradas na sociedade brasileira estão abarcadas no conceito de racismo.

A inércia legislativa em observar o mandato constitucional de criminalização traduz verdadeiro gesto de desprezo pela norma fundamental. No contexto fático, soa ainda mais preocupante: a omissão intencional da maioria legítima ações e omissões injustas e cruéis contra determinadas minorias, em flagrante desrespeito aos seus direitos fundamentais. Neste sentido, questiona-se: compete ao Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, o exercício do papel contramajoritário? Caso positivo, como adotar uma decisão de acordo com o ordenamento jurídico pátrio?

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no dia 13 de junho de 2019 foi muito discutida e, por isso, merece especial atenção, uma vez que é sempre delicado o controle de constitucionalidade de leis penais.

Como a questão tem cunho eminentemente hermenêutico, faz-se necessário iniciar a exposição do atual conceito de "raça" para questionar se, ao contrário do conhecimento popular perpetrado, o crime de racismo da Lei n. 7.716/1989 abarca ou não condutas homofóbicas e transfóbicas. Considerando que a decisão foi tomada em sede de controle de constitucionalidade de leis por omissão do Estado demonstra-se, ainda, se cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel contramajoritário e se a solução será meio apto a produzir as consequências mais desejáveis ou evitar as consequências mais indesejáveis dentro da realidade social brasileira.

Considerando que o Direito não é autossuficiente e depende, portanto, de outras ciências, inicia-se o primeiro capítulo demonstrando que o conceito histórico de "raça", comumente compartilhado no contexto social, não pode ser aceito pela ciência do direito, sob pena de se perpetrar uma forma de controle ideológico de poder.

O segundo capítulo deste trabalho identifica que a raça que se pretende proteger na ADO nº 26 e no MI nº 4733 é uma minoria e indaga a quem caberia, ante a omissão proposital da maioria no Poder Legislativo, esse papel contramajoritário.

Por fim, a pesquisa de que forma caberia eventual exercício dessa função contramajoritária. Isto é, analisa-se de que forma seria possível impor limites para as decisões ou ausência de decisões legislativas violadoras de direitos fundamentais dos homossexuais e dos transexuais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método da lógica do razoável, uma vez que a pesquisadora pretende explorar de maneira interdisciplinar a decisão adotada para a questão social posta em juízo, com intuito de constatar a razoabilidade da solução dada.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, haja vista que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em evidência, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para bem como do estudo do caso consolidado no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4733.

1. OS AVANÇOS DA GENÉTICA E A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Quando há um conflito dentro de uma alcateia de leões, por exemplo, seus integrantes solucionam o impasse através da força. Utilizam, portanto, lutas mortais para solucionar suas desavenças¹. A raça humana, por seu turno, desenvolveu e elegeu o Direito como o mecanismo apto a resolver eventuais conflitos sociais que surgem da convivência. Assim como outras ciências, portanto, o Direito é produto da criação humana.

O Direito, como instrumento regulador da sociedade, não é estático e existe para diminuir as incertezas da vida social. Sendo a própria sociedade algo dinâmico, que não está fadada à imutabilidade, o Direito, para continuar útil, deve movimentar-se no mesmo sentido e buscar adaptar as situações concretas vividas às normas jurídicas existentes.

Sujeitas, portanto, às consequências do dinamismo social, as normas jurídicas são interpretadas e reinterpretadas a todo momento. Afinal, nenhuma norma é criada com finalidade de ser mera expectativa e o objetivo do Direito é promover a engenharia social².

Nesse sentido, constatou-se, na sociedade brasileira, sobretudo nos últimos anos, um aumento de condutas que tinham como principal escopo segregar determinados grupos. Dentre os principais alvos dessas condutas discriminatórias perpetradas no contexto social brasileiro estão os homossexuais e os transexuais.

Inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito, o conflito social oriundo da discriminação contra homossexuais e transexuais clamou por uma solução jurídica. Verificou-se, em um primeiro momento, que o Direito, instrumento finalisticamente destinado a

¹ MOREIRA, Fernando. *Leões travam batalha de duas horas por território e fêmeas*. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/pagenotfound/post/leoes-travam-batalha-de-duas-horas-por-territorio-femeas-511306.html>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

² No mesmo sentido, Ferdinand Lassalle desenvolve a ideia de que as Constituições devem representar fatores reais de poder, sob pena de se tornarem ineficazes e restar apenas a "folha de papel". LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

pacificar questões sociais, aparentemente não apresentava uma resposta apta a repreender condutas homotransfóbicas.

No entanto, o Direito, além de não ser estático, não é autônomo. Ele depende de outras ciências para produzir resultados, isto é, para ter efetividade e gerar o efeito pacificador esperado - há, portanto, uma espécie de complementariedade entre a ciência jurídica e as ciências não jurídicas³. Dessa forma, avanços e alterações em outras áreas do saber podem implicar em alterações diretas no entendimento de normas positivadas.

Não há possibilidade, portanto, de o Direito, instrumento apto a regular as sociedades, ignorar eventuais avanços nos demais ramos do saber. Para não ficar ultrapassado, o Direito também deve acompanhar tais evoluções científicas.

Por vezes, tais avanços científicos alteram substancialmente a forma de encarar e a essência de determinado instituto jurídico e, conseqüentemente, provocam reflexos na interpretação das normas.

Foi o que aconteceu, por exemplo, quando a engenharia genética se voltou à pesquisa do sequenciamento genético humano. O denominado "Projeto Genoma" foi um consórcio internacional realizado entre 18 (dezoito) países⁴, dentre eles o Brasil, que concluiu pela existência de uma única raça humana. Segundo o referido estudo genético, seres humanos de fato apresentam variações psicofísicas, mas que não têm condão de implicar em diferentes classificações entre eles. Seríamos, portanto, todos de uma única raça: a raça humana.

Sendo a raça humana única, qualquer distinção que se procure estabelecer dentro dessa raça será fruto de uma construção social e, portanto, genuíno racismo social. Ora, a segregação de seres geneticamente iguais, por qualquer que seja o motivo, nada mais é do que uma discriminação socialmente construída.

A conclusão a que chegou a engenharia genética alterou de forma substancial o conceito de racismo, posto que demonstrou que qualquer discriminação dentro da raça humana seria produto de criação histórico-social desenvolvida para fundamentar eventuais estigmatizações. Por isso, o racismo consiste em ideologia de exclusão e está, em verdade, nas distinções sociais feitas.

Nesse sentido, verificou-se que àquelas condutas discriminatórias perpetradas por seres humanos em razão única e exclusivamente da não identificação com a orientação sexual e/ou identidade de gênero de outros seres humanos eram comportamentos hostis que tinham

³ Em defesa da formação multidisciplinar dos magistrados em razão da necessidade de diálogo com outras ciências, ver VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho Federal de Justiça - CJF, 2015.

⁴ U.S. DEPARTMENT OF ENERGY. Disponível em: <<http://www.ornl.gov/hgmis>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

como base uma distinção social e consistiam, por isso, verdadeiro racismo socialmente desenvolvido.

Assim, a conclusão a que chegou a engenharia genética no Projeto Genoma teve condão de atingir diretamente a realidade jurídica nacional, haja vista que a ordem constitucional brasileira, nos incisos XLI e XLII do art. 5º, expressamente determina a punição de quaisquer formas de discriminação, em especial, o racismo⁵. Logo, em razão de avanços na ciência genética e da consolidação do entendimento consubstanciado na unicidade da raça humana, houve necessidade de atualização do conceito popularmente construído para definir a prática de racismo, positivado na norma infraconstitucional nº 7.716/1989⁶.

Se a raça humana é una, não se presta a definir a discriminação entre os mesmos seres. Mesmo assim, é inconteste que grupos predominantes da raça humana desenvolvem ideologias, por meio de critérios excludentes, com intuito de justificar condutas discriminatórias perpetradas contra determinados grupos minoritários. O racismo é, portanto, o julgamento feito por um ser humano com relação ao outro em razão de motivo socialmente elencado para justificar àquela suposta superioridade (que, na realidade, conforme dito anteriormente e cientificamente comprovado, não existe).

Considerando tais constatações, práticas discriminatórias aos direitos e liberdades fundamentais de homossexuais e de transexuais são condutas racistas que podem ser enquadradas no crime tipificado na Lei nº 7.716/1989⁷, pois subdividem seres igualmente humanos em grupos distintos em razão, respectivamente, da orientação sexual e da identidade de gênero, com intuito de hierarquizá-los como seres inferiores.

É bem verdade que poder-se-ia adotar o significado histórico e popular de racismo para interpretar a lei⁸. No entanto, a proteção, além de insuficiente, desconsideraria a violenta realidade social subjacente e deixaria de proteger minorias ameaçadas, quais sejam, homossexuais e transexuais⁹. Atualizar o direito e adotar, nesse caso, o conceito

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁶ BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁷ Ibidem.

⁸ Reconhece-se, aqui, que a atualização legislativa não está imune a críticas de ordens, principalmente, históricas e sociais. Veja-se, nesse sentido, CORBO. Wallace. *Racismo sem raça?* Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

⁹ Conforme inicialmente explanado, não cabe aqui análise da tensão política de decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional. A propósito, sobre o a atuação pragmática da Corte Constitucional e o caráter político de decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade para proteção de direitos fundamentais, acertadamente assevera o Ministro Luis Roberto Barroso "O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que

cientificamente retificado de raça para definir o crime de racismo é proteger os direitos e liberdades fundamentais constitucionalmente assegurados daquelas minorias e observar a vedação à proteção insuficiente. Afinal, como acertadamente observa Pontes de Miranda, "se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insuffle a mais ampla extensão jurídica"¹⁰. Essa é a premissa fundamental deste estudo, que convém, desde já, revelar.

2. DA INDISPENSÁVEL FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA NO SISTEMA DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Esclarecidas a unicidade da raça humana e a conseqüente atualização do conceito de "racismo", assim como devidamente demonstrada a possibilidade científico-hermenêutica de inserção de práticas discriminatórias aos direitos e liberdades fundamentais de homossexuais e de transexuais como crime de racismo, passa-se a investigar quem, ante a omissão proposital da maioria (representada pelo Poder Legislativo), deveria assumir o papel contramajoritário no cenário constitucional brasileiro.

As principais escolhas morais feitas por uma sociedade democrática constam na Constituição¹¹. Por isso, o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB/88¹²) é um Estado em que as leis e os poderes públicos¹³ observam o caráter, os preceitos e os valores constitucionais, especialmente: a não concentração de funções em um único órgão, a independência de poderes, o devido processo legal e os direitos fundamentais.

a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores conseqüências possíveis para a sociedade como um todo". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA apud MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.89.

¹¹ Segundo o jurista alemão Konrad Hesse, a Constituição é a "ordem jurídica fundamental da coletividade (*Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*)". KONRAD HESSE apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1000.

¹² BRASIL, op. cit., nota 5.

¹³ Como, há muito, ao discorrer sobre a necessidade de virtude em um Estado popular, assinalou Montesquieu "numa monarquia, onde quem manda executar as leis se julga acima das leis, tem-se a necessidade de menos virtude do que num governo popular, onde quem manda executar as leis sente que ele próprio a elas está submetido e que delas sofrerá o peso". MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la. *L'esprit des lois* tradução. Curitiba: Juruá, 2000, p. 30.

Engana-se, no entanto, quem acredita que a política democrática, em razão de seu caráter precipuamente majoritário, deve respeitar apenas a vontade da maioria. Ao contrário: uma democracia, para ser considerada um verdadeiro regime político democrático, deve fazer prevalecer a vontade da maioria, desde que respeitados os direitos fundamentais e os direitos da minoria. Caso contrário, não poderá, jamais, ser denominada "democracia".

A democracia pressupõe o respeito à minoria, pois, se prevalece a vontade da maioria sem respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados às minorias, verifica-se a corrupção do regime político da democracia corresponde à "ditadura da vontade da maioria".

Desta feita, imperiosa a observância dos direitos fundamentais das minorias, quais sejam: o direito de existir (afinal, para haver maioria tem que haver minoria), o direito ao uso da palavra e a expectativa legítima de virar maioria. Por conseguinte, determinada legislação ou mesmo ausência de legislação que desrespeite tais direitos será flagrantemente antidemocrática e inconstitucional.

A situação sob análise amolda-se perfeitamente à problemática exposta: não obstante o mandato constitucional de criminalização dos incisos XLI e XLII do art. 5º da CRFB/88¹⁴, a ausência de conduta da maioria da população, representada pelo Poder Legislativo, passou a ferir avassaladoramente o direito de existência de determinada minoria¹⁵, qual seja, os homossexuais e os transexuais. Dessa forma, após anos de inércia, constatou-se que apenas uma força contramajoritária seria capaz de alterar o infeliz quadro fático social opressivo vivido por tais minorias. A quem caberia, entretanto, seu exercício?

Ora, por excelência¹⁶, atribui-se a hermenêutica jurídica do conflito¹⁷ ao Poder Judiciário. A integração da realidade social através do processo interpretativo jurídico cabe, portanto, ao único poder que, em hipótese alguma, recebe voto popular. Isso não implica, no entanto, afirmar que o Poder Judiciário não é um poder representativo: o Judiciário não é um poder representativo da maioria social prevalecente, mas sim representativo da minoria social

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁵ Sobre o direito subjetivo à observância do dever de proteção ver MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 585.

¹⁶ Afirma-se, aqui, existir a prevalência da interpretação pelo Poder Judiciário, pois concordamos com o entendimento democrático-pluralista de Peter Häberle segundo o qual a "interpretação é um processo aberto". HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

¹⁷ A hermenêutica jurídica é definida por Luís Roberto Barroso como "um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

oprimida, assim como, nos casos em que há déficit de representação com relação aos poderes eleitos, da própria maioria.

Considerando que a democracia brasileira é tripartite e dois dos poderes são representativos da maioria (Legislativo e Executivo), cabe ao Judiciário a representação das minorias para manutenção da própria democracia¹⁸. O Poder Judiciário, portanto, é quem deve fazer valer, dentre outros, o direito de existência das minorias ameaçadas - principalmente em se tratando de hipótese de garantia de direitos fundamentais pela Corte Constitucional.

Por conseguinte, atos omissivos e comissivos (das majorias) atentatórios aos direitos das minorias, como os homossexuais e os transexuais, não só podem, como devem ser controlados pelo Judiciário¹⁹ - função que se denomina "papel contramajoritário". Tal função é legitimada, conforme demonstrado anteriormente, sobretudo em razão da opção da vontade popular originária (ou poder constituinte) pelo regime político democrático (art. 1º da CRFB/88)²⁰. Afinal, os direitos fundamentais das minorias não podem ser atropelados por deliberação ou mesmo ausência de deliberação política majoritária.

Cabe aqui uma ressalva: é verdade que a separação de poderes é um princípio constitucional brasileiro (art. 2º da CRFB/88²¹), mas também é verdade que nenhum princípio é absoluto e, por isso, em alguns casos, prevalecerá o princípio dos freios e contrapesos (*checks and balances*), concomitantemente vigente no ordenamento jurídico. O controle da omissão legislativa preconceituosa com relação ao racismo social perpetrado contra homossexuais e transexuais desenvolve-se, em busca da realização constitucional e do respeito à vontade constituinte, a partir dessa primeira ponderação²².

¹⁸ Assim entende Cláudio Pereira de Souza Neto ao afirmar que "[a]inda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da neutralidade política, em que se situa o consenso procedimental". SOUZA NETO apud SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 133.

¹⁹ Corroborando este entendimento, Dirley da Cunha Júnior peremptoriamente assevera que "o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional integrar a ordem jurídica e suprir a omissão - asseveramos, inconstitucional - dos órgãos de direção política, à guisa de um efetivo controle dessa omissão. Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a imperatividade da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os Poderes: o Poder Constituinte! Ao contrário do que muitos comodamente advogam, os ideais de um Estado Constitucional Democrático de Direito estão a exigir essa firme postura do Judiciário, e não a repeli-la!". CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 138.

²⁰ No mesmo sentido, BARROSO, op. cit., p. 143.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 5.

²² Adota-se, aqui, a ponderação definida por Humberto Ávila, como de sentido amplo e sopesamento de razões, internas e externas, na interpretação normativa. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 150.

Frise-se, ademais, que a política criminal é consequência de escolhas legislativamente feitas acerca do sistema de justiça. A eleição sobre o papel da lei penal compete, portanto, à política, que, conforme exposto, não está alheia aos direitos fundamentais das minorias²³. Sendo omissa, cabe à jurisdição constitucional, exercendo verdadeira função contramajoritária, atuar no campo penal-constitucional²⁴, seara jurídica predominada por direitos fundamentais dos indivíduos.

É bem verdade que o Estado, no caso de condutas homotransfóbicas, poderia vir a pecar por omissão ou por ação, ou seja, respectivamente, a função majoritária legislativa se omitiria ou a função contramajoritária judicial agiria. As justificativas jurídicas, tanto para um, quanto para outro, poderiam ofender o ordenamento jurídico. Assim, optou-se, ante a árdua escolha posta no julgamento conjunto da ADO nº 26²⁵ e do MI nº 4733²⁶, proteger as minorias - haja vista tratar-se do ponto de sobrevivência da própria democracia.

3. DO EXERCÍCIO DA INTERPRETAÇÃO PENAL-CONSTITUCIONAL

Estabelecido a quem caberia o papel contramajoritário no atual cenário democrático brasileiro, verifica-se, neste capítulo, como seria possível proceder à expurgação da omissão legislativa incompatível com a ordem constitucional vigente. Analisa-se, portanto, a técnica de decisão que, tanto quanto possível, melhor expressasse o contexto fático subjacente, inclusive abarcando o avanço científico da ciência genética, e assegurasse a eficácia das normas constitucionais, sobretudo com relação aos direitos fundamentais envolvidos.

Sendo a Constituição a norma fundamental de uma sociedade²⁷, qualquer norma ou ausência de norma infraconstitucional que contrarie o espírito constitucional será flagrantemente inconstitucional - daí a justificativa para o surgimento do controle concentrado

²³ Sobre a superação do entendimento da irrestrita liberdade legislativa ver MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p.1178.

²⁴ Nesse sentido, afirma Ademar Borges que "se o desenho institucional da política criminal é dado pelo legislador, a sua concretização pelos juízes não é tarefa de simples execução. O componente criativo presente no momento da interpretação e aplicação das normas penais é amplíssimo, fazendo do Judiciário uma engrenagem fundamental do próprio conteúdo da política criminal concretamente praticada no país. Essa coautoria do Judiciário na concretização da política criminal se torna especialmente relevante na medida em que se considera o dever imputado aos juízes de interpretar as normas penais conforme a Constituição". SOUZA FILHO, op. cit., p. 43.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2019.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2020.

²⁷ Nessa linha, asseveram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco que norma fundamental é aquela "que, numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema". MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p.1.

de constitucionalidade: a supremacia constitucional²⁸ protege as principais escolhas de um povo (feitas por meio do poder constituinte originário) das decisões cotidianamente tomadas pelos seus representantes²⁹. Ou seja, não basta ser fruto da vontade da maioria, faz-se necessário que a ação ou omissão daquela maioria também que seja constitucional.

Não obstante a vigência constitucional democrática brasileira há mais de 30 anos, o dever de proteção nos casos de discriminação preconceituosa contra homossexuais e transexuais não foi observado e, por isso, fica aquém dos mandamentos constitucionais. Na verdade, o legislador ordinário ignorou-o por completo.

Assim, em atenção aos mandamentos constitucionais e direitos fundamentais, sobretudo ao mínimo existencial e à autonomia dos indivíduos, indene a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis penais tanto sob o prisma da proibição do excesso (ato comissivo), como também sob a ótica da proibição da insuficiência (ato omissivo)³⁰. Cumpre, portanto, ao controle de constitucionalidade, exercido pelo Judiciário, aniquilar essa peculiar forma de afronta à norma fundamental. Assim, por se tratar de omissão negligente, caberia o exercício da jurisdição constitucional nos termos do art. 103 da CRFB/88³¹ e da Lei nº 9.868/99³².

Instado, por legitimados ativos para tanto, a se manifestar sobre a omissão discriminatória, a Corte Constitucional brasileira percebeu que tão somente reconhecer a omissão legislativa por meio de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (posto que impossível) levaria apenas a um agravamento da omissão: muito embora houvesse inequívoca ciência, agora reconhecida pela jurisdição constitucional, perpetrar-se-ia a mora. Conforme bem assinalado por Marx, "a soma de dois erros não gera um acerto, mas um 'erro ao quadrado'"³³. Assim, a técnica de declaração de inconstitucionalidade seria

²⁸ Conforme lição de Cláudio Pereira e Daniel Sarmento "A supremacia da Constituição, sob esse ângulo, protegeria as deliberações do povo, expressas na sua Constituição, daquelas tomadas pelos representantes, no dia a dia da política". SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 26.

²⁹ Rechaçando a tese da dificuldade contramajoritária no controle de constitucionalidade de leis, "afirma-se que a democracia não equivale à mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos. Não fosse assim, poder-se-ia considerar democrático, por exemplo, o governo nazista, que ascendeu ao poder pela via eleitoral, e governou na maior parte do tempo com respaldo da maioria da população alemã". Ibid, p. 38.

³⁰ Nas palavras de Gilmar Mendes "direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)". MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., 584.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 5.

³² BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

³³ Ibid., p. 1190.

insuficiente para a purgação da omissão normativa que, conforme visto, por longo período, desprezou a autoridade constitucional.

O controle da omissão legislativa preconceituosa legitimadora de opressões às minorias formadas por homossexuais e transexuais, de qualquer forma, não poderia ser realizado ao alvedrio do Poder Judiciário. Para não incidir em excessos e ser legitimamente desempenhada, a função contramajoritária, extraordinária no campo penal, deveria demonstrar a efetiva inobservância de mandamento constitucional de limitação da liberdade de alguns indivíduos em prol da concretização de direitos fundamentais de outros, isto é, o interesse público de controle, bem como o impedimento ao exercício direitos fundamentais e motivar eventual preponderância entre normas constitucionais em observância ao inciso IX do art. 93 da CRFB/88³⁴.

Nesta toada, em razão da constatação de legislação pré-existente que, repleta de legitimidade democrática, tem como principal escopo³⁵ "empreender esforços para que não sejam feitas diferenciações entre pessoas"³⁶, a função contramajoritária, buscando dar efetividade ao dever de proteção de direitos e liberdades fundamentais da minoria formada por homossexuais e transexuais, assim como a toda ordem constitucional, verificou a possibilidade de realização de interpretação conforme da Lei nº 7.716/1989³⁷.

A atualização descrita no primeiro capítulo deste artigo possibilitou o surgimento de outras interpretações possíveis da Lei nº 7.716/1989³⁸. Explica-se: como referida legislação tipifica condutas discriminatórias entre pessoas da mesma raça e a ciência genética constatou a unicidade da raça humana, as condutas homotransfóbicas já estariam abarcadas por essa lei. Logo, à luz da supremacia da Constituição, optou-se por escolher a interpretação que melhor efetivaria o mandamento constitucional, e não solenemente o menosprezaria, assim como prestigiaria a presunção de constitucionalidade de lei já vigente e sua literalidade.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁵ Sobre a importância de se investigar a vontade original do legislador, Edward Levi assevera que "na aplicação de uma lei, a intenção da legislatura é, sem dúvida, importante. As normas da interpretação de leis são formas de descobrir tal intenção. As palavras usadas são necessárias, porém insuficientes. Relatórios de comissões parlamentares podem ser elucidativos, já que rascunhos anteriores de uma lei podem mostrar trechos onde o significado foi mudado propositadamente. Projetos de lei apresentados mas não aprovados também podem ter alguma influência e as palavras faladas em debates podem ser levadas em conta". LEVI apud VILELA, op. cit., p. 38.

³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagem nº. 9 da Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro 1989. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁸ *Ibidem*.

Optou-se, por conseguinte, pela imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade, de forma a garantir os direitos fundamentais envolvidos, por meio da elaboração de uma sentença aditiva, fruto do exercício da interpretação conforme da legislação penal-constitucional (democraticamente legítima)³⁹ pelo poder ao qual se conferiu a função contramajoritária.

Tendo em vista que a Lei nº 7.716/89⁴⁰ tipifica expressamente condutas discriminatórias e/ou preconceituosas perpetradas entre pessoas, não há o que se falar em elaboração legislativa por parte do Poder Judiciário. Ora, a única legislação infraconstitucional utilizada para correção da (absurda e preconceituosa) omissão que afetava a efetividade do dever constitucional imposto pelo inciso XLI do art. 5º da CRFB/88⁴¹ é legislativa e pré-existente ao exercício interpretativo realizado no julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI nº 4.733.

A concretização da ordem constitucional de criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, portanto, não careceu de legislação. Ao contrário disso, a interpretação conforme à Constituição que pôs fim à fraude constitucional pautou-se, sobretudo, na observância dos direitos fundamentais e nos princípios da legalidade e da anterioridade. A lei continua, dessa forma, sendo a maior bandeira do Direito Penal.

Ora, interpretar a Lei nº 7.716/1989 de forma a abarcar apenas determinados tipos de preconceitos, excluindo as condutas homotransfóbicas de sua incidência, mesmo após a pronúncia da inconstitucionalidade da omissão normativa, seria o mesmo que efetivar o mandamento constitucional de criminalização de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades individuais ao arripio do princípio da isonomia⁴². Sob a ótica democrático-constitucional, considerando os avanços genéticos e o escopo da legislação infralegal, por certo, não seria essa a melhor solução a ser adotada. A essa altura, parece que a decisão que mais adequadamente realiza a vontade constitucional (há muito ignorada) seria a interpretação sistemática conforme.

A questão posta a julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, portanto, foi solucionada por meio de mecanismo interpretativo do órgão investido de

³⁹ Como há mais de 10 anos previa Gilmar Mendes, a Corte Constitucional brasileira "acabará por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva (...) poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional". MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., 1257.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁴² Até mesmo porque, frise-se, o fundamento desta lei é a proibição de comportamento discriminatório dentro da raça humana.

jurisdição constitucional que, ressalta-se, verificando a existência de norma infraconstitucional, o avanço de outras ciências e a problemática social subjacente, declarou inconstitucional não o que a Lei nº 7.716/89⁴³ historicamente expressa, mas àquilo que se omite⁴⁴, de forma a compatibilizá-la com a Constituição deste Estado Democrático de Direito. De outra forma, aliás, não poderia ser: a programática Constituição brasileira é incompatível com a ausência de atuação da preconceituosa maioria e, conforme bem ressaltado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento "a dificuldade democrática não pode vir do remédio - o controle judicial de constitucionalidade - mas de sua dosagem"⁴⁵.

CONCLUSÃO

Verificou-se, por meio do presente trabalho, sob uma premissa maior, que o Direito, fruto de criação humana, foi eleito como mecanismo hábil a solucionar os conflitos eventualmente presentes em uma sociedade e, sob uma premissa menor, que as condutas homotransfóbicas, dentro da sociedade brasileira, apresentavam-se como um conflito que inegavelmente clamava por uma solução jurídica. Apesar do gritante conflito, o Direito brasileiro permanecia inerte e indiferente.

Após anos de vigência do Estado Democrático de Direito e de pressão social da minoria, constatou-se que a indiferença jurídica decorrida, sobretudo, da ausência de norma reguladora. O pano de fundo que marcava a questão, portanto, era a omissão legislativa.

A inércia jurídica que proporcionava a perpetuação do conflito foi, então, posta a julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade e em sede mandado de injunção, remédio constitucional que busca concretizar e viabilizar direitos e liberdades. Naquela oportunidade, portanto, cobrou-se a efetividade da ciência jurídica: ora, serve ou não serve o Direito para pacificação de conflitos?

Sendo indene o caráter pacificador do Direito, de caráter global e impositivo, buscou-se analisar de que forma seria possível que o Poder Judiciário, naquele momento histórico, desse resposta ao conflito social posto a julgamento - isto é, uma vez verificada a subsunção da premissa menor à premissa maior, passou-se a analisar a eficiência da atuação judicial.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴⁴ Tal decisão "alarga o campo normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na 'parte em que não prevê', contempla uma 'exceção' ou impõe uma 'condição' a certas situações que deveria prever". CANOTILHO apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.183.

⁴⁵ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 39.

A partir dessa perspectiva, expôs-se a necessidade de diálogo entre as ciências, inclusive a ciência jurídica. A eficiência da ciência social jurídica como instrumento regulador da dinâmica sociedade brasileira (ou qualquer outra), como visto no primeiro capítulo deste artigo, depende da sua capacidade de adaptação e multidisciplinaridade, sob pena de transformação das leis em meros pedaços de papel de concepção lassaliana.

A ciência jurídica, assim como diversos outros ramos do saber, não está alheia aos progressos eventualmente alcançados por outras ciências. A partir desse diálogo foi possível dar uma resposta aos danos advindos da omissão inconstitucional legislativa legitimadora de práticas discriminatórias homotransfóbicas.

Os avanços na ciência genética contribuíram não apenas para a atualização da ciência jurídica, como também para o exercício da função contramajoritária constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade das omissões legislativas e, por fim, para a elaboração de uma resposta às crescentes e preconceituosas discriminações homotransfóbicas na sociedade brasileira.

A solução dada pelo Poder Judiciário, na assunção de seu papel contramajoritário, foi fruto de exercício interpretativo de atualização de legislação já vigente, motivo pelo qual a crítica feita por alguns, especialmente àqueles ligados a doutrina penal, de afronta ao princípio da reserva legal, demonstra uma rasa análise da questão posta a julgamento. Afinal, a omissão inconstitucional afrontava, há mais de 30 anos, a vontade do constituinte originário.

Dada a unicidade da raça humana, o simples reconhecimento da omissão legislativa demonstraria, a meu ver, a própria segregação injustificada, tão reprovável quanto àquela perpetrada no meio social. As vantagens eventualmente obtidas com o controle de constitucionalidade da omissão legislativa seriam, na prática, prontamente ignoradas pela maioria preconceituosa atuante no Poder Legislativo. Portanto, reconhecer a omissão sem apresentar uma efetiva solução jurídica, nesse caso, seria inócuo e atentatório aos direitos e liberdades individuais de uma minoria ignorada pelo legislador ordinário ao arripio da Constituição Federal.

Foi, basicamente, em razão desse cenário que se construiu no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, repise-se, em verdadeira atuação contramajoritária (porque de outra forma não se poderia ser), uma interpretação conforme da já existente Lei nº 7.716/1989, cujo escopo, em uma ordem constitucional democrática, não poderia ser outro que não o de punir discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, aí abarcadas as condutas discriminatórias aos homossexuais e transexuais. Tratou-se, ao fim e ao cabo, de verdadeira

concretização do objetivo fundamental da República Brasileira de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Mensagem nº. 9 da Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro 1989. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 06 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-7716-1989.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 8 mai 2020.

_____. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

CORBO, Wallace. *Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude*. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem>>

raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019>. Acesso em: 24 mai. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la. *L'esprit des lois* tradução. Curitiba: Juruá, 2000.

MOREIRA, Fernando. *Leões travam batalha de duas horas por território e fêmeas*. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/pagenotfound/post/leoes-travam-batalha-de-duas-horas-por-territorio-femeas-511306.html>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

U.S. DEPARTMENT OF ENERGY. Disponível em: <<http://www.ornl.gov/hgmis>>. Acesso em: 24 mai. 2020.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho Federal de Justiça - CJF, 2015.