

A EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA A CRIME DE RACISMO NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4.733 E A DIGNIDADE DA POPULAÇÃO LGBTQIA+

Carlos Patrick Macedo Pereira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – A sociedade evolui ao longo do tempo, bem como o Direito. Nesse contexto, a omissão ou mora do Poder Legislativo na edição de leis poderá inviabilizar o gozo de direitos fundamentais das minorias, sobretudo da população LGBTQIA+. Com isso, o presente artigo busca entender a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, com abordagem de posições favoráveis e contrárias à equiparação da homotransfobia a crime de racismo.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Homotransfobia. Racismo. Princípio da Reserva Legal Penal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Mandado de Injunção nº 4.733.

Sumário – Introdução. 1. Os limites entre o ativismo judicial e a tutela da dignidade da pessoa humana da população LGBTQIA+ pelo Poder Judiciário. 2. A tese fixada na ADO nº 26 e no MI nº 4.733, o Princípio da Reserva Legal Penal e o Princípio da Separação dos Poderes. 3. A intervenção do Poder Judiciário e a garantia de uma proteção eficiente à população LGBTQIA+ na ADO nº 26 e no MI nº 4.733. Conclusão. Referências.

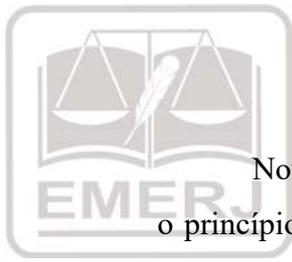
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica busca abordar os aspectos jurídicos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4.733, apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Para responder ao tema central deste artigo, analisa-se objetivamente as diversas posições doutrinárias sobre o tema, bem como os fundamentos dos votos das referidas ações, tanto a tese fixada quanto os votos vencidos. Portanto, analisa-se o tema pela jurisprudência Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa aborda os anseios da comunidade LGBTQIA+ e a necessidade de amparo legal, cabendo este ser feito primordialmente pelo Poder Legislativo. Ressalta-se que a mora ou omissão deste Poder não deve violar os direitos fundamentais e, portanto, a judicialização das relações sociais merece ser apreciado pelo Poder Judiciário, a fim de que não haja a plena proteção da dignidade da pessoa humana, sobretudo das minorias.

O texto constitucional é o principal instrumento que viabiliza o gozo de direitos fundamentais. Logo, os princípios nele contidos norteiam todo o ordenamento jurídico.



Noutro giro, há de se observar o princípio da Separação dos Poderes, bem como o princípio da Reserva Legal Penal. Estes foram os principais argumentos contrários à equiparação da homotransfobia a crime de racismo.

Assim, o embate trazido na presente pesquisa tem por intuito precípua analisar a tese fixada na ADO nº 26 e no MI nº 4.733, bem como os fundamentos jurídicos favoráveis e contrários a esta.

Nesse diapasão, é evidente que o tema trabalho encontra relevante valor jurídico, uma vez que a questão foi decidida recentemente e, além disso, versa sobre a tutela da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

As questões específicas são abordadas ao longo do trabalho. No primeiro capítulo serão estudados os limites entre o ativismo judicial e a tutela da dignidade da pessoa humana da população LGBTQIA+ pelo Poder Judiciário, no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, em destaque a atuação do Supremo Tribunal Federal na tutela de direitos fundamentais e na judicialização das relações sociais.

Superada a questão sobre ativismo judicial e a tutela da dignidade da pessoa humana, o segundo capítulo tem como foco a análise da tese fixada na ADO nº 26 e no MI nº 4.733 e as controvérsias quanto à compatibilidade com o Princípio da Reserva Legal Penal e o da Separação dos Poderes. Nesse capítulo a questão central é a análise dos fundamentos usados pelos votos vencidos.

No terceiro capítulo será feita uma abordagem sobre a necessidade e a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário e seus fundamentos para garantir uma proteção eficiente à população LGBTQIA+ na ADO nº 26 e no MI nº 4.733. Aqui, o objetivo é destacar os argumentos favoráveis à equiparação da homotransfobia a crime de racismo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, tendo em vista que objeto da pesquisa pode ser compreendido de pontos de vista diferentes. Portanto, a abordagem do objeto trará conflito de ideias, uma vez que o pesquisador pretende mostrar uma visão ativa do objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

1. OS LIMITES ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ PELO PODER JUDICIÁRIO

A sociedade e o Direito caminham lado a lado. Nesse sentido, busca-se no Direito a solução de problemas enfrentados pelos indivíduos e cabe ao ordenamento jurídico prever meios de pacificação social.

No Brasil, prevalece o Direito Positivo, ou seja, a lei como principal fonte do Direito. Nesta fonte, encontra-se, no topo do ordenamento jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Avançado para os tempos atuais, Constituição pode ser conceituada como lei fundamental de organização do Estado que determina a divisão dos poderes políticos, os direitos e garantias fundamentais e a ordem social e econômica”.¹

A Constituição, portanto, aborda temas essenciais à organização do Estado, dos Poderes e consagra direito e garantias fundamentais.

No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico.²

Dentro do texto constitucional e dos temas essenciais da Constituição Federal, cumpre destacar os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Os direitos fundamentais são, antes de tudo, limitações impostas pela soberania popular aos poderes construídos do Estado Federal, sendo um desdobramento do estado democrático de direito (art. 1º, p.ú.).³

A evolução da sociedade, embora acarrete na evolução do Direito, se dá numa velocidade maior que deste. Cabe, portanto, ao Poder Legislativo legislar de forma satisfatória, a fim de amparar os indivíduos e evitar conflitos na sociedade.

Quando o Poder Legislativo, no tocante a sua função típica, omitir-se sobre determinado tema e o Poder Judiciário for devidamente provocado, este deverá solucionar os conflitos, por meio da tutela jurisdicional. Assim, tendo por base o princípio

¹PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.



inafastabilidade da jurisdição, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁴

O Poder Judiciário não pode abster-se de decidir, quando devidamente provocado, conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.⁵

O papel político desempenhado pelo Poder Judiciário torna-se mais evidente, no contexto do neoconstitucionalismo.

Uma das novidades do Brasil dos últimos anos foi à virtuosa ascensão instituição do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Poder Legislativo e o Executivo⁶

O Poder Judiciário está, cada vez mais, ligado às questões políticas e sociais. “Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final”.⁷

No que diz respeito às questões políticas e sociais, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção nº 4.733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, enfrentou uma temática atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, em razão da ausência de previsão legal específica, como consequência da omissão do Poder Legislativo. Portanto, as referidas ações têm em comum a omissão ou morosidade quanto à função legislativa.

Trata-se, pois, de ação de controle de constitucionalidade.

“A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIO) tem por fim cientificar o poder competente da mora legislativa na regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada, inércia que impossibilita o exercício de direitos previstos na constituição”.⁸

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

⁵BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657 de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁶BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷Ibidem.

⁸PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

O mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, Constituição Federal, é um remédio constitucional.

É uma ação judicial, de origem constitucional, de natureza civil, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa regulamentadora, pra que viabilize o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstas.⁹

No tocante à ADO nº 26 e ao MI nº 4.733, a Suprema Corte, a fim preservar direitos e liberdades fundamentais, sobretudo ao direito à igualdade sem discriminações, pautando-se na identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

O Supremo Tribunal Federal, precisou, por meio da tutela judicial, adotar medidas que suprissem a omissão do Poder Legislativo. Portanto, a fim de amparar a comunidade LGBTQIA+ e evitar que atos discriminatórios violassem direitos atrelados à orientação sexual ou identidade de gênero.

Nesse diapasão, a Suprema Corte estendeu a tipificação dos crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Nota-se, pois, que coube ao Poder Judiciário, consagrar os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal. “O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia constitucional contemporânea, pelo mundo afora”¹⁰

No tocante ao Mandado de Injunção nº 4.733 e à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, percebe-se que foi levada ao Poder Judiciário, na figura do STF, uma temática que está em constante debate, que versa sobre uma minoria.

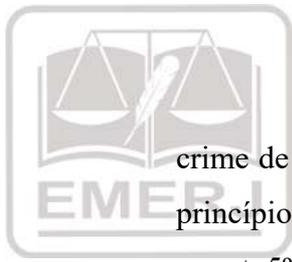
O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados.¹¹

Ocorre, porém, que a proteção do direito fundamental de igualdade e de liberdade, a fim de evitar atos discriminatórios contra a orientação sexual ou identidade de gênero da comunidade LGBTQIA+, se deu pela equiparação da homofobia e da transfobia a

⁹Ibidem.

¹⁰BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹Ibidem.



crime de racismo. Por não haver previsão legal nesse sentido, está em desacordo com o princípio da legalidade, cujo fundamento no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se no art. 5º, II, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal.

Assim, as decisões proferidas pela Suprema Corte, no julgamento do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, causaram uma discussão na doutrina. De um lado, a consagração de direitos fundamentais, por meio da equiparação da homotransfobia a crime de racismo, a fim de evitar condutas discriminatórias contra a orientação sexual ou identidade de gênero da comunidade LGBTQIA+; do outro lado, o princípio da reserva legal penal.

Nas referidas ações, o STF enfrentou uma temática diretamente relacionada à política e às relações sociais, embora o aspecto técnico-jurídico também tenha sido apreciado.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social e moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se com intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.¹²

Por sua vez, há críticas por parte da sociedade e da doutrina, pelo caráter ativista do Poder Judiciário. “No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF. Dentre elas: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...]”.¹³

Há de ressaltar, porém, que judicialização e ativismo não se confundem. “A judicialização, como demonstrada acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Nas questões aqui trazidas, em torno do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, parte da doutrina entende que é judicialização. Outra parte da doutrina, todavia, entende tratar-se de ativismo judicial, tendo em vista que não caberia ao Poder Judiciário atuar e na função típica do Poder Legislativo.

Conforme será abordado no presente trabalho, a temática trazida ao Supremo Tribunal Federal, por meio das ações em referência, a equiparação da homofobia e da

¹²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹³Ibidem.



transfobia a crime de racismo não deve ser vista como mera supressão do Judiciário pela omissão do Legislativo. Tampouco dizer que a decisão proferida pela Suprema Corte foi pautada, exclusivamente, no aspecto político e nas relações judiciais. O aspecto jurídico merece ser discutida de forma mais detalhada, abordando a tutela da dignidade da pessoa humana da comunidade LGBTQIA+ e o princípio da reserva legal penal.

2. A TESE FIXADA NA ADO 26 E NO MI 4.733, O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PENAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No tocante à tutela dos direitos de liberdade, sobretudo da população LGBTQIA+, após prévia provocação, coube ao Supremo Tribunal Federal analisar a referida temática. “Tanto a ADO 26 quanto o MI 4.733 visam, em síntese, o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia [...]”.¹⁴

Nota-se que o objeto central das demandas é o amparo da comunidade LGBTQIA+, por meio do enquadramento de atos discriminatórios em razão de orientação sexual ou por identidade de gênero no crime de racismo.

Embora a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em favor da equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo, a votação por tal tese foi de oito ministros favoráveis contra três votos vencidos. Tal fato denota a controvérsia quanto ao tema. “Tem sido um senso comum à afirmação de que o STF teria ‘legislado’, realizado ‘analogia in malam partem’ ou então realizado interpretação ‘extensiva’ da lei penal no referido julgamento (ADO 26 e MI 4733)”.¹⁵

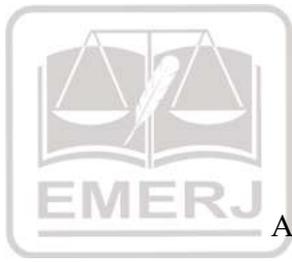
Cabe dizer que a tese supramencionada recebe críticas, em especial, com embasamento no princípio da separação dos poderes e no princípio da reserva legal penal. Os votos vencidos ajudam na identificação dessas críticas.

No que diz respeito à crítica em face do Supremo Tribunal Federal por possivelmente praticar a função típica do Poder Legislativo – legislar:

[...] é natural concluir que a atuação do Poder Judiciário em matérias de políticas públicas e controle sobre o mérito dos atos administrativos e parlamentares sempre foi vista com muita ressalva, inclusive para se evitar a

¹⁴VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru: Spessoto, 2020.

¹⁵Ibidem.



ocorrência de ingerências e atingimento ao sistema de freios e contrapesos.¹⁶

Além disso, há previsão no texto constitucional, bem como no Código Penal, no sentido de que é necessária a previsão expressa do tipo penal, a fim de descrever a conduta a ser criminalizada, e seu respectivo tratamento dentro do Direito Penal. Logo, a ausência de previsão expressa da conduta homotransfóbica como criminosa e a vedação de analogia in malam partem no Direito Penal são questões conflitantes suscitadas por quem critica a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao analisar os três votos vencidos, ou seja, os que foram contrários à equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo, cabem destacar os fundamentos utilizados por cada um dos votos vencidos. Estes foram dos Ministros: Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli. Conforme o entendimento do Ministro Lewandowski, “[...] só lei formal, aprovada pelo Poder Legislativo, pode efetivar a criminalização da homotransfobia, pelo princípio da reserva legal penal”.¹⁷

Conforme a exposição trazida pelo Ministro, a tese vencedora configura uma hipótese de violação de um princípio basilar do Direito Penal, que está diretamente atrelado à função típica do Poder Legislativo. Assim, depreende-se que a inércia deste implica, necessariamente, na ausência de previsão expressa de determinada conduta no âmbito penal.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio

entende que o art. 5º, XLI diz que ‘a lei’ punirá toda discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, donde longe de [pretender] dar prevalência à forma sobre o conteúdo, disse que um dever de coerência se imporia, na medida em que o STF se negou a tipificar crimes de responsabilidade de magistrados no julgamento do MI 624.¹⁸

Nota-se que o argumento defendido pelo Ministro é no sentido de que não se trata de mero descumprimento da formalidade – ausência de previsão legal –, mas, também, um dever de observância de questão envolvendo a atuação da jurisdição constitucional na criminalização de determinada conduta levada à análise do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro ressaltou que “[...] devem ser levadas em conta as questões históricas na compreensão do racismo, rejeitando o superado conceito biológico”.¹⁹

¹⁶AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru: Spessoto, 2020.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

Entretanto, destaca que

ante a ‘taxatividade dos conceitos’ (sic), entendeu que eles não podem ser exemplificativos, rechaçando o cunho ampliativo da lei penal por exegese interpretativa, ante os conceitos penais comportarem energética interpretação estrita, sob pena de usurpação de competência do Poder Legislativo, de sorte que não cabe transmutação de delitos por interpretação que tiraria a vinculação do Judiciário à lei, que ficaria dependente do subjetivismo dos juízes (sic).²⁰

Assim, por mais que o racismo não esteja adstrito, necessariamente, ao conceito biológico e haja o reconhecimento da ideia de racismo social, não se pode ampliar o alcance que exceda à vontade do legislador. Isto porque ficaria intimamente ligada a escolha do magistrado no julgamento de um caso concreto e, por conseguinte, não estaria associada diretamente à lei.

Ainda de acordo com o entendimento do referido Ministro, “afirmou que esse espera essa sinalização do STF pela proteção de minorias e grupos vulneráveis mude a cultura social, embora preservada a separação dos poderes e reserva legal”.²¹

Denota-se que o Ministro compreende a necessidade de mudança, bem como os anseios da sociedade na proteção das minorias sexuais e de gênero, todavia, afasta a possibilidade de fazê-la por meio do julgamento da demanda em comento.

Assim, Marco Aurélio “julgou improcedentes as ações, por não entender a homotransfobia como espécie de racismo (art. 5º, XLII) e por entender que a expressão ‘a lei punirá’ não significa que a lei necessariamente criminalizará”.²² Ou seja, a referida expressão depende da vontade do legislador – que poderá criminalizar a conduta ou não.

Em sentido semelhante, o Ministro Dias Toffoli:

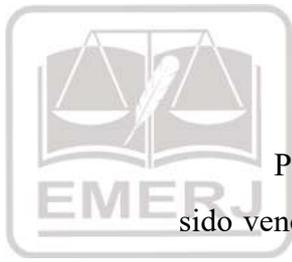
com singela menção de acompanhar a divergência do Min. Lewandowski, proclamou o resultado do julgamento: por unanimidade, conheceu da ADO 26 para, por maioria, reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, vencido apenas o Min. Marco Aurélio (10x1) e, ainda, reconhecer que a homotransfobia se enquadra no conceito constitucional de racismo, em sua acepção social (racismo social), determinando a Lei Antirracismo (Lei 7.716/89) para punir as opressões homotransfóbicas até que o Congresso Nacional aprove lei específica sobre o tema, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli (8x3).²³

²⁰ Ibidem.

²¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru: Spessoto, 2020.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.



Por fim, importa ressaltar que, embora os votos dos Ministros supracitados tenham sido vencidos, esses ressaltaram pontos controversos sobre a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

3. A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A GARANTIA DE UMA PROTEÇÃO EFICIENTE À POPULAÇÃO LGBTQIA+ NA ADO 26 E NO MI 4.733

A evolução da sociedade se dá numa velocidade maior que a da evolução da lei em sentido amplo. Assim, cabe ao Poder Legislativo buscar uma maior celeridade no exercício de sua função típica de legislar. Essa demanda se verifica no Mandado de Injunção nº 4.4733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

Nas referidas ações, busca-se, no Poder Judiciário, a proteção de minorias e grupos vulneráveis, sobretudo do reconhecimento do dever de proteção da comunidade LGBTQIA+. Além disso, elas buscam a reafirmação de uma jurisprudência antidiscriminatória no Supremo Tribunal Federal.

A atuação do Poder Judiciário sobre determinadas matérias reflete a mora ou omissão do Poder Legislativo sobre determinados temas, que, muitas vezes, acabam por ser judicializados.

“Destarte, ante o não exercício, ou a diminuição do exercício da função normativa pelo próprio Legislativo, nota-se um automático crescimento da atuação normativa por parte dos demais Poderes”.²⁴

Quando o Poder Legislativo se mantém inerte em relação à proteção direitos fundamentais e a tutela deles é levada ao Poder Judiciário, há um dever de atuação deste Poder na concretização dos princípios e normas contidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

“Há a necessidade de aceleração do processo de promulgação legal. Há a necessidade de interpretação de fatos antes impensados de acordo com o Direito existente e em respeito à Constituição Federal”.²⁵

²⁴AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²⁵Ibidem.



Atualmente, verifica-se, de maneira cada vez mais volumosa, a judicialização da política e de temas que denotam os anseios da sociedade ou de parte dela. Os constantes enfrentamentos de questões políticas e sociais no âmbito do Poder Judiciário, principalmente no Supremo Tribunal Federal, demonstram a ascensão e autonomia desse Poder.

“Nos últimos anos uma série de medidas legais foram tomadas de modo a dar maior autonomia ao poder judiciário para enfrentar os novos problemas do Direito, os novos problemas da sociedade”.²⁶

Importa salientar que o neoconstitucionalismo, cuja expansão se deu no contexto de pós-Segunda Guerra Mundial, aproximou a lei de valores éticos e morais, ou seja, não basta mera observância da lei, mas a observância do ordenamento jurídico como um todo, bem como o reconhecimento da força normativa da Constituição e seu compromisso com os direitos e garantias fundamentais.

“Com efeito, o direito constitucional brasileiro contemporâneo traz como uma das suas principais características a relevância atribuída ao Poder Judiciário”.²⁷

Não se verifica, no julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, a busca por protagonismo ou mera intervenção Poder Legislativo, mas evitar que a inércia deste acarrete na violação de direitos fundamentais. Logo, pautado no neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário assume um compromisso de concretizar valores previstos no texto constitucional.

A tutela de direitos de grupos minoritários deve ser observada com mais cautela, em razão da posição de maior vulnerabilidade no contexto social. Além disso, é um dever do Estado assegurar a proteção desses grupos.

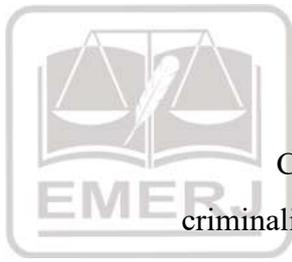
“É incontestável, portanto, que a criminalização da homotransfobia é demandada pela lógica do princípio da proporcionalidade na acepção de proteção insuficiente e os deveres de proibição, proteção e ação do Estado relativamente à população LGBTI”.²⁸

No tocante ao Mandado de Injunção nº 4.733, importa destacar que seu enfoque está na proteção de direitos subjetivos que carecem de edição de lei para serem exercidos, bem como, diante da ausência norma que os regulamentem, torna-se inviável a prerrogativa inerente à cidadania das pessoas.

²⁶AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²⁷BARCELOS, Guilherme. *Judicialização da política e ativismo judicial*. Florianópolis: Habitus, 2018.

²⁸VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru-SP: Spessoto, 2020.



Cabe dizer que, no caso supracitado, a ausência de lei que regulamente a criminalização específica da homotransfobia inviabiliza o pleno gozo de direitos inerentes à cidadania sexual e de gênero da população LGBTQIA+. Isto porque, embora não dependam de regulamentação para o seu exercício, o respeito a este pode ser suprimido em razão de atos de caráter discriminatórios.

O Direito Penal Mínimo aborda um critério qualitativo, ou seja, o que pode ser crime. Quem sustenta a tese de que haveria violação desta teoria pauta-se no critério quantitativo, ou seja, proibitivo de novos crimes.

Por meio dessa teoria, a criminalização de determinado comportamento busca evitar ofensa a bem jurídico indispensável à vida em sociedade. Cabe dizer que aplicação do Direito Penal se dá pela ineficácia de outros ramos em tutelar determinado bem jurídico.

Em se tratando da criminalização da homofobia, a tolerância à identidade de gênero e à livre orientação sexual é o bem jurídico-penal tutelado.

E seja como for, o ponto é que a Doutrina do Direito Penal Mínimo legitima a criminalização da homotransfobia – e, para forte doutrina, torna a criminalização constitucionalmente obrigatória, consoante à tese dos mandados de criminalização implícitos.²⁹

O mandado de criminalização relativo ao racismo e a repressão a todas as discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais estão expressamente previstos na Constituição Federal. Logo, não seria correto sustentar que a tese de que não há mandado de criminalização tendo por base o argumento de que a Constituição Federal não teria elencado a LGBTfobia como bem jurídico penalmente tutelado.

No tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26, são dois os fundamentos usados, que estão previstos no art. 5º, XLI e XLII, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil. Enquanto o primeiro versa no sentido de que a lei punirá os atos discriminatórios que atentem contra direitos e liberdades fundamentais; o segundo, por sua vez, versa sobre racismo, cujo significado político-social defendido pelo Supremo Tribunal Federal torna possível o enquadramento da homotransfobia.

Na referida ação, defende-se que o termo racismo abrange a homofobia e a transfobia, na acepção político-social, e configura interpretação conforme. Dito isto, não há o que se falar em analogia in malam partem.

²⁹VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru-SP: Spessoto, 2020.



“Portanto, cabíveis o mandado de injunção e (ainda mais) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em razão de tal circunstância – inconstitucionalidade por proteção insuficiente”.³⁰

Ao equiparar a homofobia e a transfobia a crime de racismo, o Supremo Tribunal Federal, pautando-se no racismo em sua dimensão social e no reconhecimento de vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+, buscou possibilitar a este grupo a sua cidadania plena e o integral respeito à identidade de gênero e orientação sexual.

Ainda sobre o racismo, importa dizer que na própria Lei Antirracismo (7.716/89) o conceito não se limita ao aspecto biológico. Portanto, o racismo abrange diferentes formas de discriminação.

Cabe ressaltar que, embora o Poder Judiciário possa fixar um entendimento sobre determinada matéria que ainda não esteja regulamentada, nada impede que, posteriormente, o Poder Legislativo edite lei em sentido contrário ao que foi estabelecido judicialmente.

“Não é possível afirmar que quando o Judiciário se posiciona de determinada maneira no Brasil, o Poder Legislativo necessariamente prestará deferência, adotando as providências necessárias para regulamentar esse posicionamento”.³¹

Assim, até que sobrevenha lei, a decisão proferida pelo Poder Judiciário produz os seus efeitos e impede que a omissão legislativa acarrete numa proteção insuficiente, sobretudo de minorias. Percebe-se que essa postura antidiscriminatória, em especial do Supremo Tribunal Federal, almeja coibir a homofobia e a transfobia.

Assim sendo, as condutas homofóbicas e transfóbicas, ou seja, aquelas que denotam aversão odiosa à identidade de gênero ou à orientação sexual, se adequam tipicamente ao crime de racismo.

CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa, pode-se verificar que a sociedade e o Direito evoluem ao longo do tempo. Dessa forma, cabe ao Estado, em especial pela função típica do Poder Legislativo, proteger direitos fundamentais com a edição de leis. Todavia, em alguns

³⁰Ibidem.

³¹BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Direito Homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.



casos, a omissão ou mora desse Poder acarretar a falta de proteção e, por conseguinte, inviabilizar o gozo desses direitos.

No que diz respeito à proteção dos direitos de liberdade quanto à orientação sexual ou identidade de gênero, verifica-se que há o desamparo legal da população LGBTQIA+. Este ensejou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733.

Portanto, coube ao Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, apreciar as teses favoráveis e contrárias à criminalização da homotransfobia. Logo, percebe-se que a Suprema Corte, previamente provocada, manifestou-se pela equiparação da homofobia e da transfobia a crime de racismo.

Cabe destacar que a referida decisão pelo Supremo Tribunal Federal não foi unânime e os votos vencidos sustentaram as controvérsias quanto aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal penal. No entanto, os ministros, cujos votos foram vencidos, ressaltaram a necessidade proteger as minorias, sobretudo os da identidade de gênero e de orientação sexual da população LGBTQIA+.

Apesar das críticas supracitadas à equiparação da homotransfobia a crime de racismo, cabe analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com a necessária proteção eficiente da população LGBTQIA+ de atos discriminatórios. Assim, buscou-se, por meio da aplicação do critério político-social de racismo, evitar que a omissão ou mora do Poder Legislativo sobre a temática configurasse uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, importa dizer que o acolhimento da equiparação da homotransfobia a crime de racismo não se confunde com mero ativismo judicial, tampouco com a usurpação da função típica do Poder Legislativo, mas uma releitura do termo. Assim, reforça a necessidade de repressão aos atos discriminatórios à orientação sexual e identidade de gênero da população LGBTQIA+, bem como retira o seu fundamento de validade do próprio ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARCELOS, Guilherme. *Judicialização da política e ativismo judicial*. Florianópolis: Habitus, 2018.



BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

_____. *Decreto-lei n° 2.848 de 1940*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. *Decreto-lei n° 4.657 de 1942*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n° 4.733*. Relator: Ministro LEWANDOWSKI Ricardo Lewandowski. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 02 set. 2021.

BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Direito Homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru: Spessotto, 2020.