



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

BÁRBARA PEREIRA OLIVEIRA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA:
O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE RECONHECIMENTO E DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À POPULAÇÃO LGBTQI+ NO BRASIL**

**BRASÍLIA
2020**

BÁRBARA PEREIRA OLIVEIRA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA:
O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE RECONHECIMENTO E DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À POPULAÇÃO LGBTQI+ NO BRASIL**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Me. Victor Minervino Quintiere

BRASÍLIA

2020

BÁRBARA PEREIRA OLIVEIRA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA:
O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE RECONHECIMENTO E DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À POPULAÇÃO LGBTQI+ NO BRASIL**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Me. Victor Minervino Quintiere

BRASÍLIA, 23 de outubro de 2020

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor(a) Avaliador(a)

Título do artigo: A criminalização da homofobia e da transfobia: o ativismo judicial como instrumento de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos à população LGBTQI+ no Brasil.

Bárbara Pereira Oliveira

Resumo: O presente trabalho trata do possível ativismo judicial na atuação do Supremo Tribunal Federal para proteção da população LGBTQI+ no Brasil, bem como para o reconhecimento dessas pessoas como verdadeiros sujeitos de direitos. O objetivo do presente artigo é analisar a criminalização da homofobia e da transfobia pelo Poder Judiciário através da problemática em torno do posicionamento do STF diante da mora inconstitucional do Poder Legislativo, mais precisamente, do Congresso Nacional, demonstrando a importância do tema à luz dos Direitos Humanos. Tem como fundamento a análise dos Direitos Humanos garantidos à população LGBTQI+, os motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal a realizar o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injunção 4733. Por fim, busca-se concluir a respeito da atuação do Tribunal, se foi ou não ativista.

Palavras-chave: Direitos humanos da população LGBTQI+. Criminalização da homofobia e da transfobia. Omissão legislativa. Analogia ao racismo. Ativismo judicial.

Sumário: Introdução. 1 - Breve histórico dos direitos humanos envolvidos. 1.1 - Proteção e garantia de direitos humanos à população LGBTQI+. 1.2 - Análise conceitual e representatividade. 2 - A mora do Congresso Nacional e a omissão normativa do Poder Legislativo da União. 3 - Análise dos julgamentos do MI 4733 e da ADO 26: teria o Supremo Tribunal Federal agido corretamente? 3.1 - Explicando os conceitos de ativismo judicial e mandado de criminalização. 3.2 - Análise dos julgamentos do MI 4733 e da ADO 26: teria o Supremo Tribunal Federal agido corretamente? Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente artigo foi pensado com o objetivo de explicar em que medida o ativismo judicial atua para proteção da população LGBTQI+ no Brasil. Recentemente, em 13/06/2019, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento conjunto do Mandado de Injunção nº 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, com ata de julgamento publicada em 01/07/2019.

A análise deste julgamento carrega extremo valor social pois o Supremo Tribunal Federal se propôs a julgar uma causa outrora marginalizada e, assim, responder à uma questão emergencial da sociedade, qual seja, a violência praticada em face das pessoas pertencentes ao grupo LGBTQI+, com o objetivo de inferiorizá-las.

A decisão do Supremo foi publicada com eficácia geral e efeitos vinculantes, motivo pelo qual forma um precedente capaz de gerar grandes implicações no Direito Penal, as quais devem ser analisadas. (Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, 2019)

A decisão do Tribunal Pleno como órgão julgador provoca o Poder Legislativo a se manifestar sobre a normatização de questões relativas à população LGBTQI+, caracterizada como minoria social do ponto de vista dos direitos humanos e, conseqüentemente, vítima da marginalização no Brasil, razão pela qual merece devida atenção. (TREVISAN, 2018)

Cabe ao presente artigo apresentar um breve histórico da explanação dos direitos humanos garantidos à população LGBTQI+, a atuação do Congresso Nacional sobre o assunto, o respaldo do Supremo Tribunal Federal em seu julgamento e, munido dessas fundamentações, analisar se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e da transfobia foi ativista judicialmente.

Diante desses fatores é construída a pergunta de pesquisa do presente projeto: Pode o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do ativismo judicial, criminalizar a homofobia e a transfobia? O STF foi de fato ativista judicialmente?

1 Breve histórico dos direitos humanos envolvidos.

O objetivo do presente artigo não é explorar o histórico dos Direitos Humanos envolvidos como um todo, até porque este tema merece um artigo próprio, diante da sua grande complexidade. Entretanto, se faz necessário o apontamento sobre alguns direitos envolvidos, pois fizeram parte da fundamentação do julgamento no Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre a homofobia e a transfobia, tanto no Mandado de Injunção nº 4733, bem como na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

1.1 Proteção e garantia de direitos humanos à população LGBTQI+.

O movimento em busca dos direitos da população LGBTQI+ começou no âmbito internacional, por uma rebelião realizada por gays, lésbicas, travestis e *drag queens*, que ficou conhecida como *Stonewall* e marcou o Dia Internacional do Orgulho LGBT em 28 de junho de 1969. (TREVISAN, 2018)

Desde então, o movimento conquistou visibilidade e alguns direitos civis de grande relevância, como o casamento, o direito ao nome, o direito ao voto e às liberdades individuais no geral. Entretanto, são poucos os países que defendem a bandeira LGBTQI+ e acolhem sua população, havendo constantemente casos de homofobia e transfobia ao redor do mundo. (TREVISAN, 2018)

O assunto que será levantado agora não se trata de uma análise aprofundada de direito comparado, e sim um apontamento a respeito de alguns países que adotaram em sua legislação garantias de direitos à população LGBTQI+ enquanto o Brasil permanecia inerte.

A discriminação em função da orientação sexual ou identidade de gênero é identificada na forma como os sujeitos que fazem parte desse grupo são tratados. Enquanto em certos países a Constituição assegura um conjunto de direitos à população LGBTQI+, em outros países essa mesma população era considerada “desviante” e as pessoas eram punidas severamente. (CAMINO, 2002)

A Noruega em 2006 e os Estados Unidos em 2009, adotaram leis contra a discriminação, inclusive a de gênero, mesmo com a noção de mínima intervenção

estatal, como ocorre nos Estados Unidos. No Reino Unido há o Equality Act de 2010, que é uma lei de proteção ampla contra discriminações das mais diversas naturezas, incluindo a discriminação de gênero, sexo e orientação sexual. (BAHIA, 2012)

Portugal, por exemplo, alterou o art. 132, “f”, do Código Penal em 2007 para prever o agravamento do crime de homicídio quando motivado pelo sexo ou orientação sexual da vítima, bem como previu no art. 240 do seu Código Penal o crime de discriminação racial, religiosa ou sexual. (BAHIA, 2012)

O Brasil é país signatário de importantes atos internacionais relacionados à defesa dos Direitos Humanos, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), bem como o Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político (PIDCP), responsáveis por adotar garantias de reconhecimento da dignidade humana e direitos iguais e inalienáveis a todas as pessoas, em busca da paz, liberdade e justiça no mundo. (DUDH, 1948)

Entretanto, a efetivação desses tratados dentro do Brasil parece uma grande ideologia quando comparado à realidade.

Não há como falar que no Brasil todos os gays, lésbicas, bissexuais, intersexuais, *queers*, pansexuais, escoliosesexuais, cisgêneros, agêneros, transgêneros e travestis vivem livres de discriminação, tampouco que podem usufruir de todos os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. (PASSOS, 2011)

No entanto, esses são os primeiros artigos da DUDH, que deveriam garantir os direitos a todos os seres humanos, sem distinção de gênero, sexualidade ou orientação sexual. Em suma, garantir o direito à diferença. (PASSOS, 2011)

A universalidade de direitos envolve diferentes questões culturais, políticas, econômicas e religiosas ao redor do mundo, o que dificulta a aplicação efetiva de normas universais de Direitos Humanos em todos os países. A luta pelo fim da violência, do preconceito e da discriminação deve ser constante, os direitos LGBTQI+ precisam ser, de fato, reconhecidos como Direitos Humanos. (GORISCH, 2013).

A internalização de tratados internacionais de Direitos Humanos incentiva a igualdade como valor essencial à lei. O doutrinador Lenio Luiz Streck, entre diversos

outros adeptos à teoria da hierarquia constitucional, defende a constitucionalidade dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos. (PASSOS, 2011)

Ao falar em proteção normativa de direitos humanos à população LGBTQI+ no Brasil, além dos atos internacionalizados, há garantias na Constituição Federal de 1988 nesse mesmo sentido, como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), vedação à discriminação (art. 3º, inciso IV) e direito de igualdade (art. 5º, incisos IV, V). Conquanto, não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que trate da homofobia ou transfobia.

Por inexistir essa proteção no ordenamento jurídico do Brasil, não há enquadramento para as condutas assustadoras, agressivas e inaceitáveis contra pessoas da população LGBTQI+, tornando-as vítimas da vulnerabilidade social em massa. (PASSOS, 2011)

Logo, é de suma importância que a pauta seja discutida no âmbito dos três poderes, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário, para alcançar a efetivação de mais direitos e maior proteção à essa minoria social, composta por sujeitos de direitos que lutam por seu reconhecimento.

No julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, há motivação jurídica com base constitucional na proteção do direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), do direito à igualdade (art. 5º, caput, da CRFB e art. 24 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) e a proibição contra a discriminação (art. 4º da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial e art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). (Supremo Tribunal Federal, 2019)

1.2 Análise conceitual e representatividade.

A história da homossexualidade no Brasil é um fator essencial de estudo para entender a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção de pessoas vulneráveis à violência em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual.

Juntamente com a análise dos direitos humanos buscados pela população LGBTQI+, faz-se necessária a compreensão a respeito do que é o movimento

LGBTQI+, quem faz parte do grupo e de onde surgiu a necessidade de enfrentar com maior rigor a discriminação de gênero.

A população LGBTQI+ é composta por inúmeros sujeitos de direitos que manifestam um padrão de sexualidade considerado desviante ou que se veem representados por um gênero diverso daqueles que lhes são atribuídos: gays, lésbicas, bissexuais, intersexuais, *queers*, pansexuais, escoliosesexuais, cisgêneros, agêneros, transgêneros, travestis. Essas pessoas encontram-se no campo de vulnerabilidades sociais, sofrem com desrespeito constante e ao longo da história enfrentaram manifestações de controle e opressão. (DA SILVA, 2020)

O movimento LGBTQI+ carrega significado em sua simbologia e nomenclatura, fatores que garantem representatividade dentro da sociedade. A bandeira colorida do movimento, por exemplo, representa sexualidade, vida, saúde, sol, natureza, arte, harmonia e espiritualidade. (DA SILVA, 2020)

Em primeiro lugar, importa diferenciar os conceitos de sexo, gênero, sexualidade, identidade de gênero e orientação sexual, que por muitas vezes podem ser confundidos entre si. Isso porque, a sexualidade e o gênero operam-se com a mesma liberdade com que se constituem no mundo e nas vivências de cada sujeito. (DA SILVA, 2020)

A sexualidade diz respeito ao modo como é sentido o prazer sexual e como o indivíduo deseja ser visto e reconhecido por outras pessoas. Assim, a sexualidade se expressa tanto pelo gênero, ou seja, o papel social assumido perante a sociedade, quanto pela orientação sexual, que é o modo por meio do qual é manifestada a libido do indivíduo. (DA SILVA, 2020)

Atualmente, segundo a Organização Mundial de Saúde, o sexo se refere somente às condições biológicas e reprodutoras do corpo humano, relaciona-se aos órgãos sexuais, hormônios e cromossomos.

O gênero inclui papéis e expectativas que a sociedade adota sobre comportamentos, pensamentos e características que acompanham o sexo atribuído a uma pessoa. Ou seja, corresponde às identidades sociais, comportamentais e, assim, culturais, que cada sociedade atribui aos indivíduos em razão de seu sexo biológico de origem.

A orientação sexual, por sua vez, é a maneira que o indivíduo se relaciona com os outros. Não se trata de uma opção e sim de uma identidade, que envolve sentimentos, desejo afetivo e desejo erótico.

A partir deste ponto fica mais clara a definição da violência de gênero como a intolerância à sexualidade ou gênero do outro, manifestada das mais diversas maneiras, seja por agressão física, verbal ou psicológica, com resultados que variam do assédio moral até a morte. (MARTINS, 2010)

Em suma, sexo é uma condição física, gênero diz respeito à auto percepção do indivíduo, enquanto a orientação sexual é associada à atração física e é nesse ponto em que a pessoa poderá ser homossexual, heterossexual ou bissexual. Sendo que a orientação sexual não é uma escolha livre da pessoa e sim uma fato existencial, nos termos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, no julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733. (Supremo Tribunal Federal, 2019)

A título de conceituação das nomenclaturas que serão repetidamente utilizadas no presente artigo, a homofobia é entendida como o preconceito ou discriminação em face das pessoas homossexuais ou bissexuais. A transfobia, por sua vez, é o preconceito ou discriminação contra pessoas travestis ou transexuais, ambas com a finalidade de inferiorizar esse grupo de sujeitos de direitos e podendo se manifestar de diferentes formas, desde comentários negativos a agressões físicas. (SILVA, 2020)

O Atlas da Violência de 2019 dedicou um capítulo à violência contra a população LGBTI+, devido ao crescimento de casos nos últimos anos. Segundo a pesquisa, a dificuldade de contabilizar ocorrências e estabelecer estatísticas aumenta devido à falta de produção de dados oficiais sobre essas pessoas. Ou seja, não há como quantificar a população LGBTQI+, de modo que os cálculos dos casos de violência de gênero também ficam inviabilizados. (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2019)

Entre os poucos dados levantados, um chama a atenção, referente às denúncias de homicídio contra a população LGBTQI+, pois apresentaram um assustador crescimento de 5 para 193 casos, de 2011 para 2017, respectivamente. (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2019)

No momento em que o Estado se depara com a violência quantificada, ainda que os dados não sejam oficiais, a busca pela proteção das vítimas aumenta. Nesse sentido, o levantamento do número de vítimas que sofreram ataques em razão da sua sexualidade ou gênero é de extrema importância para os sistemas Legislativo e Judiciário. (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018)

Contudo, esse fator é muito difícil de ser alcançado pois muitas vítimas de discriminação em razão do gênero ou opção sexual não denunciam as agressões sofridas por medo, ou ainda, não quiseram se submeter ao sistema policial e Poder Judiciário que, muitas vezes, se mostram despreparados para esse tipo de atendimento. (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018)

De acordo com o relatório de Violência LGBTFóbica divulgado pelo Ministério de Direitos Humanos, o número de casos de homofobia no país é bastante expressivo, alcançando 3.859 denúncias nos anos de 2015 e 2016 e, como bem lembrado pelo Min. Luis Roberto Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733, o número de denúncias não corresponde verdadeiramente ao número de ocorrências que chega a 6.000 no Brasil, ocupando a posição de país que mais registra casos de violência contra homossexuais do mundo.

Diante disso, as garantias constitucionais conquistadas até aqui são de grande relevância social e foram alcançadas por intermédio de instrumentos constitucionais disponíveis no Brasil em um momento de inércia e mora legislativa.

2 A mora do Congresso Nacional e a omissão normativa do Poder Legislativo da União.

Inicialmente, cumpre esclarecer que em 2001 foi apresentado Projeto de Lei com o objetivo de criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas, tendo sido aprovado na Câmara dos Deputados em 2005 e encaminhado ao Senado Federal, no qual foi nomeado como PLC 12206 e ficou sem conclusão até o seu arquivamento como apenso ao projeto do novo Código Penal Brasileiro em 2014.

Diante disso, a conduta do Congresso Nacional em não legislar sobre o tema incorre em omissão inconstitucional, violando os artigos 3º e 5º, §2º, da Constituição Federal, bem como resoluções internacionais da Organização das Nações Unidas – ONU e da Organização dos Estados Americanos – OEA, sendo o Brasil um dos países signatários. (Supremo Tribunal Federal, 2019)

Ao analisar a mora inconstitucional do Congresso Nacional é possível notar a existência de um grande conflito protagonizado por dois lados, o primeiro representado pela religião e conservadorismo e o segundo representado pelo exercício das atribuições do Poder Legislativo no Brasil. (Supremo Tribunal Federal, 2019)

Alguns representantes da população, não obstante terem sido escolhidos democraticamente, por muitas vezes afastam a previsão constitucional de laicidade do país perante seus interesses e valores morais individuais conservadores. (CAMINO, 2002)

As bancadas evangélica e católica possuem grande influência sobre os parlamentares, e assim, apresentam argumentos de acordo com suas convicções pessoais sem analisar sua compatibilidade constitucional, como por exemplo, o cerceamento da liberdade de expressão para que não houvesse a criminalização da homofobia. (Tribunal Pleno, 2019)

Como bem pontuado pelo Min. Celso de Mello, no voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, a livre expressão de ideias, pensamentos, convicções consolida a inquestionável liberdade religiosa no Brasil, como país democrático. Nesse sentido, não há possibilidade de restringir, tampouco cessar, a liberdade religiosa de pregar sua palavra de fé, sua crença, até o momento em que esse posicionamento não fundamente discurso de ódio. Isso porque todos têm o direito de ter suas próprias convicções. (Supremo Tribunal Federal, 2019)

Nesse sentido, é sabido que o preconceito de algumas instituições religiosas contra a homossexualidade tem origem histórica, pois muitas igrejas, com a participação ativa de psicólogos, criaram serviços de recuperação de homossexuais, prometendo o retorno à verdadeira natureza humana. Hoje é preciso entender a

evolução da sociedade e não trabalhar com “aceitação”, mas sim com o reconhecimento e respeito da identidade do outro indivíduo de acordo com as previsões constitucionais. (CAMINO, 2002)

Ademais, no voto proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26 há menção no sentido de que à criminalização da homotransfobia não alcança o exercício da liberdade religiosa:

A repressão penal à prática da homotransfobia que não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (Plenário, STF. 13.06.2019)

Ademais, conforme demonstrado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, uma das premissas básicas da liberdade religiosa é a diversidade, a liberdade de crença, dogmas e cultos, em nome da liberdade de expressão, compreendendo palavras e expressões plurais, as quais devem ser respeitadas em suas diferenças. O respeito deve ser mútuo entre o conservadorismo e as minorias sociais.

Logo, no voto da ADO 26 fica expresso que não há que se falar em perda de liberdade religiosa e de expressão, direitos que são garantidos pela Constituição Federal, pois a criminalização específica da homofobia e da transfobia não abarca as formas de expressão dentro dos templos religiosos, desde que não se configure como discurso de ódio, não sendo possível nesse sentido indicar a orientação religiosa como uma alternativa para justificar a mora do Congresso Nacional. (Supremo Tribunal Federal, 2019)

No tocante ao andamento processual, diante da omissão do Congresso Nacional e do Poder Legislativo da União na implementação de prestação legislativa, destinada a proteger os integrantes do grupo LGBTQI+, o Partido Popular Socialista impetrou o mandado de injunção 4733 em 2012, tendo sido distribuído para relatoria

do Ministro Ricardo Lewandovski, que extinguiu a ação, razão pela qual o impetrante entrou com Agravo Regimental e, após 1 (um) ano de inércia processual, o Ministro Edson Fachin assumiu a relatoria e efetuou juízo de retratação, retornando o MI 4733 dentro do tribunal, ou seja, após longo período de inércia.

A previsão de remédios constitucionais como o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) foi de extrema importância para conquistar a proteção da população LGBTQI+, pois os referidos instrumentos são capazes de suprir lacunas legislativas a respeito de pautas sociais urgentes, realizando o controle de constitucionalidade no país.

Tais mecanismos visam à defesa da ordem jurídica e não apenas situações individuais. Ambos são previstos na Constituição Federal para solucionar problemas causados por omissão do legislador. O Mandado de Injunção no controle difuso, resguardado pelo art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no controle concentrado de constitucionalidade, conforme previsão do art. 103, §2º, da Constituição Federal.

3 Análise dos julgamentos do MI 4733 e da ADO 26: teria o Supremo Tribunal Federal agido corretamente?

O presente capítulo tem como objetivo analisar o julgamento conjunto do Mandado de Injunção 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal para identificar se houve um ativismo judicial e se teria o STF agido corretamente.

3.1. Explicando os conceitos de ativismo judicial e mandado de criminalização.

Entende-se como ativismo judicial, de acordo com grande parte da doutrina, a atuação de órgãos do Poder Judiciário, mais precisamente dos Tribunais Superiores além da previsão do ordenamento jurídico, atingindo os outros poderes existentes dentro de uma democracia. (FERREIRA, 2014)

Nesse sentido, explica o professor Elival da Silva Ramos, que o ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe ao Poder Judiciário suas funções.

Ainda sobre o conceito de ativismo judicial do autor, mais especificamente:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (RAMOS, 2010)

De acordo com Jaceguara Dantas da Silva Passos, em sua obra “Mandados de criminalização decorrentes de tratados de direitos humanos”, o mandado de criminalização é um instrumento do Direito Penal criado para proteger bens jurídicos relevantes, entre os quais, os que dizem respeito aos Direitos Humanos.

Verifica-se ainda o claro entendimento do autor sobre a obrigação do legislador penal nesse sentido:

Existindo um mandado expresso de criminalização, está o legislador penal obrigado a tutelar referido bem jurídico pela via do Direito Penal, dada a sua essencialidade e relevância para a preservação da dignidade da pessoa humana. Do contrário, restaria sem sentido a opção pelo mandado de criminalização. (PASSOS, 2011)

Ora, o mandado constitucional de criminalização contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais está previsto no art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal.

Desta feita, o Congresso Nacional demonstra clara inobservância ao texto constitucional, que respalda o direito à dignidade, o direito à igualdade, a proibição contra a discriminação e o direito à vida. Incorrendo assim em mora inconstitucional e violação ao sentido de um mandado de criminalização, quando não aplica os direitos e liberdades fundamentais à população LGBTQI+.

3.2 Análise dos julgamentos do MI 4733 e da ADO 26: teria o Supremo Tribunal Federal agido corretamente?

O Mandado de Injunção 4733 foi impetrado pelo Partido Popular Socialista - PPS em face do Congresso Nacional, a fim de obter a criminalização específica de homofobia e transfobia, com fundamento na inviabilidade de usufruir dos direitos de liberdade e segurança por pessoas pertencentes ao grupo LGBTQI+.

O referido mandado de injunção foi resultado do alto grau de violência e discriminação exercido contra a população LGBTQI+ por razões de identidade de gênero e/ou orientação sexual, sem que haja manifestação do Poder Legislativo no sentido de criminalizar essas condutas.

A associação impetrante teve como objetivo a equiparação da homofobia e da transfobia com o crime de racismo, bem como a declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional para legislar sobre o tema, exigindo o prazo de 1 (um) ano para legislação e criminalização de tais condutas.

No caso de não cumprimento deste prazo, a impetrante requereu que o Supremo Tribunal Federal, em sua posição de dar completude ao texto constitucional, criminalizasse as condutas homofóbicas e transfóbicas, além de indenizar pessoas que sofreram ou venham a sofrer tais violências, até que o Congresso Nacional coloque em pauta a questão e defina legislação para regular e criminalizar tais condutas. (MI 4733, Supremo Tribunal Federal, 2019)

Salienta-se que o pleito do Partido Popular Socialista – PPS no MI 4733, bem como o da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT na ADO 26, que será analisada em breve, são no sentido de dar completude ao texto constitucional e não criar novas previsões dentro do ordenamento jurídico.

Durante o julgamento no pleno do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados apresentou informações nos autos e afirmou não ser possível equiparação da criminalização da homofobia e transfobia à omissão inconstitucional do Estado. Nesse sentido, a União defendeu nos autos não ser possível suprir tal matéria penal por intermédio de decisão judicial, bem como o não cabimento do instrumento do Mandado de Injunção para suprir a referida omissão legislativa. (MI 4733, Supremo Tribunal Federal, 2019)

A Procuradoria Geral da República, por sua vez, manifestou-se em parecer pelo não cabimento do Mandado de Injunção, sendo acolhido e refutado por Agravo Regimental, no qual um novo parecer da PGR opinou pelo provimento e deferimento do referido agravo, assim, o Ministro Edson Fachin exerceu juízo de retratação e o MI 4733 voltou a tramitar normalmente na Suprema Corte. (MI 4733, Supremo Tribunal Federal, 2019)

O Tribunal Pleno, por maioria, conheceu do mandado de injunção 4733, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental.

Assim, foi julgado o MI para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicar até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (MI 4733, Supremo Tribunal Federal, 2019)

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, por sua vez, foi o mesmo do MI 4733, ambos tiveram razões expostas pelos dois Ministros relatores no julgamento do dia 13/02/2019, Min. Celso de Mello e Min. Edson Fachin, respectivamente.

No tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, impetrada pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento por unanimidade, conheceu parcialmente da ação e por maioria, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante.

Significa dizer que o STF reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTQI+, declarando, conseqüentemente, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União. (ADO 26, Supremo Tribunal Federal, 2019)

Ademais, cientificou o Congresso Nacional sobre a mora legislativa e conforme interpretação do art. 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal,

enquadrou a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso Nacional por considerar que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo. (ADO 26, Supremo Tribunal Federal, 2019)

Pois bem, verifica-se que o autor Elival da Silva Ramos atribuiu ao conceito de ativismo judicial uma grande carga negativa no sentido de violar o princípio da separação dos poderes, entretanto, o julgamento do Supremo Tribunal Federal em análise não carrega teor excessivamente criativo, pois é respaldado em previsões constitucionais e lei pré-existente, tampouco supre a manifestação do Poder Legislativo, mas exige que o Congresso Nacional se manifeste, condenando a mora legislativa.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal adotou a dimensão de racismo social consagrada pela corte no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Não há razão para não enquadrar tais comportamentos de homofobia e transfobia ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais, visto que configuram minoria social e estão igualmente sob os cuidados do texto constitucional.

No tocante às implicações do tema no Direito Penal, Fernando Capez firma o entendimento de que não é possível o emprego de analogia, seja legal, jurídica, *in bonam* ou *in malam partem*, quando se tratar de normas incriminadoras, sob pena de ferir o princípio da reserva legal. (CAPEZ, 2018)

O princípio da legalidade, também do Direito Penal, está relacionado ao princípio da anterioridade da lei penal, ou seja, não há crime sem lei anterior que o preveja. Nesse sentido, verifica-se uma zona cinzenta quando o STF, órgão do Poder Judiciário, ou seja, sem competência originária para legislar, firma um entendimento capaz de punir conduta sem a previsão anterior em lei. (CAPEZ, 2018)

Por outro lado, o Direito Penal é um instrumento necessário para prevenir e combater violações aos bens jurídicos da sociedade, razão pela qual também deve proteger a vida dos integrantes do grupo LGBTQI+ como principal bem jurídico a ser tutelado, respeitando o mandado constitucional de criminalização contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal).

No julgamento da ADO 26, fixou-se a seguinte tese:

“Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”)”. (Plenário, Supremo Tribunal Federal. 13.06.2019)

Assim, há de se constatar que o Supremo Tribunal Federal deu um grande e importante passo em direção ao reconhecimento das minorias sexuais no Brasil e, quem sabe, ao real crescimento de consciências além de meros reforços das defesas contra essas violências, o que caracterizou a sociedade do novo milênio, segundo João Silvério Trevisan. (TREVISAN, 2018)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733 enquadrou as condutas de homofobia e a transfobia como análogas ao crime de racismo, não se tratando de analogia *in malam partem*, tampouco uma recriação de tipo penal aditivo, mas sim a aplicação de leis pré-existentes.

Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes defende em seu voto a aplicação imediata do art. 1º, da Lei nº 7.716, de 1989 (Lei do Racismo), que prevê a punição, na forma da Lei, dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional aos casos violência contra pessoas

LGBTQI+, atendendo aos preceitos constitucionais, pois a Constituição Federal abomina qualquer forma de discriminação social. (Supremo Tribunal Federal, 2019)

Há de se valorizar o conceito de racismo adotado no julgamento, ensejador de esperança para um futuro de igualdade e dignidade humana a todos:

“O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.” (Plenário, Supremo Tribunal Federal. 13.06.2019)

A ilustre autora e ativista Djamilia Ribeiro (2019), em sua obra *Pequeno Manual Antirracista*, defende que “devemos aprender com a história do feminismo negro, que nos ensina a importância de nomear as opressões” e que “reconhecer o racismo é a melhor forma de combatê-lo”.

Associar a homofobia e a transfobia ao racismo é aplicar os instrumentos disponíveis no Direito para combater discriminações contra uma minoria social, minoria no sentido de estar à margem da sociedade, ou seja, afastada por motivação preconceituosa. (RIBEIRO, 2019)

É preciso nomear as formas de preconceito para que se possa combatê-las pois não é possível lutar contra algo que não tem nome, que não é conhecido. (RIBEIRO, 2019)

Logo, não se deve ter medo de dizer as palavras “negro”, “branco”, “racismo”, e aqui se faz uma analogia, no sentido de que tal entendimento também se aplica às palavras “homofobia”, “homossexual”, “transfóbico”, entre outras. O preconceito e a violência só podem ser combatidos quando são desmascarados. (RIBEIRO, 2019)

Não se deve olvidar que a atuação do Supremo Tribunal Federal excedeu suas funções originariamente previstas no ordenamento jurídico. Contudo, respaldado no entendimento de Eber Ferreira, o deslocamento ao Poder Judiciário de uma questão fundamental que diz respeito ao implemento de políticas públicas e à

interpretação de axiomas da Constituição constitui uma nova realidade jurídico-constitucional. (FERREIRA, 2014)

Ou seja, o julgamento do MI 4733 e da ADO 26 não configura ativismo judicial do Supremo Tribunal no sentido pejorativo do termo mas sim um novo movimento, com base principiológica e hermenêutica, para a moralização do Direito, através da expansão dos termos constitucionais. (FERREIRA, 2014)

Considerações finais

Não obstante a previsão legal de princípios que proíbem a aplicação de analogias dentro do Direito Penal, como o princípio da legalidade, a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso concreto deriva da hermenêutica jurídica e deve ser respeitada do ponto de vista principiológico e hermenêutico do Direito, sob a justificativa de que a aplicação estrita da lei não deve sobressair ao objeto do Direito como um todo.

A hermenêutica jurídica contemporânea analisa o caso em sua forma subjetiva, ou seja, vai além do positivismo jurídico e da interpretação estrita da norma. (STRECK, 2011)

De acordo com o pensamento de Herbert Schnädelbach, existe uma definição de hermenêutica chamada de *a priori compartilhado*, ou seja, é o julgamento independente da consciência de quem interpreta a lei ou a faz valer, levando em consideração a subsunção do resultado do julgamento no meio social. (STRECK, 2011)

Analisar o julgamento conjunto das ações sob o ponto de vista hermenêutico significa buscar compreender o texto constitucional em sua essência, suspendendo preconceitos e permitindo que o texto “lhe diga algo”. Assim é possível categorizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, baseada nesses conceitos sobre hermenêutica jurídica, como um julgamento histórico e altamente interpretativo. (STRECK, 2011)

Adotar a hermenêutica jurídica significa reconhecer que não existem palavras inúteis e ao mesmo tempo não focar apenas nos conceitos fenotípicos das palavras, como por exemplo, raça e cor. (Supremo Tribunal Federal, 2019)

O cenário existente hoje é de aumento da violência em função de orientação sexual e/ou identidade de gênero, razão pela qual se faz necessária a aplicação da Lei nº 7.716, de 1989 (Lei do Racismo) nos casos que possuam registro da sua motivação de homofobia e transfobia, suprimindo as barreiras que ainda resistem após um ano do julgamento do Supremo Tribunal Federal e criando precedentes para fortalecer uma repressão contra esse tipo de violência.

A LGBTIfobia não é ter medo de pessoas do grupo LGBTQI+, mas sim, a aversão à essas pessoas e precisa ser punida dentro do ordenamento jurídico pátrio. A decisão da Suprema Corte Brasileira é um *leading case* sobre o assunto, um divisor de águas para a luta contra a homofobia e a transfobia.

A atuação do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e da transfobia não configura privilégio. Trata-se de proteção contra preconceito ou discriminação motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero de outra pessoa.

Além disso, a violência de gênero, agora criminalizada, não se restringe à proteção do grupo LGBTQI+ mas inicia uma caminhada do Brasil rumo ao pleno reconhecimento e proteção de grupos de vulnerabilidade, afastando a imagem de uma sociedade repleta de preconceito e valores deturpados.

Ao criminalizar condutas violentas motivadas pela identidade de gênero ou orientação sexual, a corte superior cria um precedente com potencial incentivo às políticas públicas nesse sentido. Considerando a contemporaneidade dos Direitos Humanos, tanto em seu âmbito internacional como nacional, o incentivo à implementação de políticas públicas positivas com o objetivo de proteger as pessoas discriminadas é medida possível e necessária. (PASSOS, 2011)

O caminho para efetivação de direitos humanos e proteção eficaz das minorias dentro da sociedade é a implementação e aplicação do direito sob a perspectiva da hermenêutica jurídica. O método hermenêutico, ou seja, a correta

interpretação dos textos jurídicos, deve ser cada vez mais presente dentro do ordenamento jurídico. (Cf. STEIN, 2008)

Conclui-se que é preciso defender e confiar na decisão da Suprema Corte do país, acreditando na competência do Poder Judiciário para proteger a dignidade da pessoa humana e todos os direitos individuais e coletivos garantidos na Constituição Federal, ainda que para isso tenha que expandir sua atuação originária, desde que certificada a mora do Poder Legislativo em não atender às demandas mais urgentes da sociedade e cumprindo, dessa forma, os mandados constitucionais de criminalização do ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

Atlas da Violência, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf> Acesso em: 20. maio. 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. 2012.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. Sociedade e Estado, volume 29. Brasília, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADO 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimado: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Publicada em 06 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MI 4733. Direito constitucional. Mandado de injunção. Dever do estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia. Discriminação inconstitucional. Omissão do congresso nacional. Mandado de injunção julgado procedente. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Publicada em 29 de setembro de 2020.

CAMINO, Leoncio. LACERDA, Marcos. PEREIRA, Cícero. Um estudo sobre as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais. Psicologia: Reflexão e Crítica, v. 15, n. 1. Porto Alegre, 2002.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARRARA, S. Políticas e Direitos Sexuais no Brasil Contemporâneo. Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 4, n. 05, 27 nov. 2012.

Cf. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: o Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2008.

DA SILVA, Tédney Moreira. Direitos humanos no Brasil: violência contra LGBTQI+. 2020. 23 slides.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_d_o_homem.pdf>. Acesso em: 22. out. 2020.

FERREIRA, Eber de Meira. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014.

FLORIANO, Misraíne Marinho. DE FREITAS JUNIOR, Pedro Otávio. O ativismo do STF x A função da Suprema Corte. Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas.

GORISCH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. O reconhecimento dos direitos LGBT como Direitos Humanos. Jan, 2013.

MARTINS, Marco Antonio Matos. FERNANDEZ, Osvaldo. DO NASCIMENTO, Érico Silva. Acerca da violência contra LGBT no Brasil: entre reflexões e tendências. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELO, Miguel Ângelo Silva de. Representações sociais da violência contra homossexuais no judiciário: um estudo de caso de crime de ódio homofóbico no Estado do Ceará. 2017. Tese de Doutorado (Sociologia) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2017.

MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. Mandados de criminalização decorrentes de tratados de direitos humanos. 2011. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

PONTES, Giovana Geofre Wanderley de. A legitimidade na criminalização da LGBTfobia no Brasil. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

População LGBT morta no Brasil – Relatório 2018. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>>. Acesso em: 29. set. 2019.

Violência LGBTfóbica – Relatório 2018. Disponível em: < <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/lgbt/biblioteca/relatorios-de-violencia-lgbtfobica>>. Acesso em: 29. Set. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Djamila. Pequeno manual antirracista. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Washington Allysson Dantas. Significados da homofobia e do projeto de vida para um grupo de estudantes homossexuais. Revista de Psicologia, Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 100-107, jul./dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4 ed..Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método II*. op., cit., p. 119.

Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ontologia – Hermenêutica da Faticidade*. Petrópolis: Vozes, 2012, pp. 17-18.