

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELA VIA JUDICIAL: UMA PASSAGEM PELAS TEORIAS POSITIVISTAS E CRÍTICAS

THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA THROUGH THE JUDICIAL WAY: A PASSAGE THROUGH POSITIVIST AND CRITICAL THEORIES

Scarlett Maria Araújo Marques de Lima*

Francisco Meton Marques de Lima**

Resumo: O presente artigo trata da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a criminalização pela via judicial da homofobia e da transfobia, analisando os diversos aspectos retratados nessa decisão contramajoritária e inovadora, bem como enfatizando a importância dessa mudança para a sociedade, uma vez que promove a dignidade humana. Para tais análises, recorreu-se a dados estatísticos de violência contra LGBTs e a algumas teorias positivistas e críticas que justificam a decisão do STF de suprir o vazio legal ante a omissão do Poder Legislativo, suplantando o princípio clássico do direito penal segundo o qual não há crime sem lei anterior, com a finalidade de resguardar o princípio constitucional da dignidade humana e da igualdade, que não podem, sob qualquer pretexto, ser postergados à vontade das maiorias.

Palavras-chave: LGBTQI+. Preconceito. Inclusão. Constitucionalidade. Ativismo judicial. Interpretativismo.

Abstract: This article deals with the decision of the Federal Supreme Court on the criminalization of homophobia and transphobia by judicial system, analyzing the various aspects portrayed in this against-majority and innovative decision, as well as emphasizing the importance of this change for society, as it promotes dignity human. For such analyzes, we resorted to statistical data on violence against LGBTs and some positivist and critical theories that justify the choice made by the STF ministers to fill the legal void in the face of the omission of the Legislative Power, superseding the classic principle of criminal law which there is no crime without previous law, with the purpose of safeguarding the constitutional principle of human dignity and equality, which cannot, under any pretext, be postponed to the will of the majorities.

Keywords: LGBTQI+. Preconception. Inclusion. Constitutionality. Judicial activism. interpretivism.

Introdução

Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, que significa: não há crime nem pena sem lei anterior que tipifique a conduta e preveja a pena aplicável.

* Discente do curso de Direito da UFPI e do curso de Relações Internacionais do Centro Universitário UniFavip - Wyden (EaD), integrante do Grupo de pesquisa A Nova Ordem Social que se Instala após as Reformas Trabalhista e Previdenciária e do Projeto de Pesquisa Os Direitos Coletivos no Contexto da Democracia e dos Direitos Humanos. **Autora convidada.** Email: scarlima11@outlook.com. **Orcid iD** 0000-0003-1986-352X.

** Professor titular da Universidade Federal do Piauí – UFPI, Teresina-PI, Brasil. Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC. Desembargador do TRT da 22ª Região. Escritor. **Autor convidado.** Email: meton@trt22.jus.br. **Orcid iD** 0000-0002-1909-3134.

Esse princípio de origem romana foi incorporado ao art. 1º do Código Penal, segundo o qual não há crime sem que lei anterior o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Ou seja, a conduta somente é antijurídica se a lei a qualificar como tal. Da mesma forma, só haverá pena se a lei a estipular anteriormente à conduta. Quando a lei tipifica determinada conduta, mas não prevê a pena aplicável chama-se norma penal em branco.

A Lei n. 7.716/1989 tipifica o crime de racismo. E a homofobia? Sem lei. Apenas para se objetivar o que se pretende, entende-se por homofobia, a repulsa, o preconceito e a aversão ao homossexual e à homossexualidade.

Pois bem, essa conduta reprovável não é tipificada por lei como crime. Significa, assim, que todos os ataques à comunidade LGBT ficarão impunes na seara penal à falta de lei? Isso é justo? É o que se propõe analisar neste artigo.

A escolha desse tema decorreu da observação empírica do sofrimento dos homoafetivos e dos transsexuais devido à discriminação e violência de que são vítimas na convivência coletiva, de modo que sobrevivem sob constante ameaça, e que, no entanto, para eles, a impunidade dos ofensores e dos agressores constitui um dos principais inimigos, pois muitos casos judiciais resultam em nada e algumas decisões nem chegam a considerar a situação ocorrida como forma de preconceito. Nesse contexto, tais fatos encontram-se agravados pela omissão do Congresso Nacional quanto à questão desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que não se compraz com uma sociedade que se propõe ser justa e fraternal.

Vale pontuar que, de acordo com o jornalista Gilberto Dimenstein, em sua obra *O Cidadão de Papel*, a maioria dos cidadãos brasileiros não têm os seus direitos assegurados concretamente. Seguindo essa linha de raciocínio, vale ressaltar que mesmo após mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, ainda não existe uma lei específica de proteção do grupo LGBTQI+ e contra as violências que lhe são perpetradas.

Diante desse contexto, é incompreensível que os direitos dos homoafetivos sejam assegurados apenas indiretamente, por meio de suprimento de lacunas em leis mais amplas, como é o caso do tema tratado nesse artigo, no qual o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, atribuiu proteção penal ao grupo LGBT por meio do encaixe na lei do racismo.

Em meio à contemporaneidade, é de suma importância que a Constituição brasileira, de fato, se adeque aos diversos grupos sociais existentes na sociedade e, assim como assegura direitos de proteção às crianças e aos adolescentes, aos trabalhadores, às mulheres, aos idosos,

dentre outros, também garanta direitos próprios de proteção do grupo LGBT, que se encontra constantemente discriminado em diferentes âmbitos sociais.

O Brasil é o país que mais mata travestis e transsexuais no mundo, segundo dados da ONG Transgender Europe, e, de acordo com um relatório do Grupo Gay da Bahia, matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países do Oriente e África onde há pena de morte contra os LGBTs.

Ao falar de LGBTfobia, uma das dificuldades encontradas é a falta de estatísticas oficiais. Enquanto governos de vários países, como dos Estados Unidos, preocupam-se em levantar dados que ajudem a entender a realidade da comunidade LGBT local, o Brasil toma poucas atitudes nesse quesito.

Alguns estados, como o Rio de Janeiro, produzem relatórios sobre violência motivada por LGBTfobia, mas essa não é uma prática comum e não existe em níveis federais. Sendo assim, é necessário recorrer ao trabalho de organizações não-governamentais para obter dados sobre esse assunto no Brasil. O mencionado Grupo Gay da Bahia, fundado em 1980, é uma das principais instituições que levantam tais informações no país.

Segundo pesquisa feita pela ONG, a cada cerca de 20 horas, um(a) LGBT é assassinado(a) ou se suicida no Brasil. Além disso, o grupo registrou um aumento de 30% nas mortes de LGBTs em 2017, quando 445 pessoas foram mortas, em relação a 2016, e o levantamento mostra que a maioria das vítimas morreram com armas de fogo e na rua. Já em 2018 esse número caiu, mas ainda se manteve alto, com 420 mortes.

De acordo com Pâmela Moraes e Dannel Figueiredo¹, os dados do relatório emitido pela Transgender Europe revelam que os assassinatos motivados por LGBTfobia constituem apenas a “ponta do iceberg”. Confirmando essa triste estatística, as denúncias registradas por meio do Disque 100 acusam que a maior parte delas, provindas da comunidade LGBT diz respeito à violência psicológica, que inclui atos de ameaça, humilhação e *bullying*. Em segundo lugar nas denúncias estão os crimes de discriminação em diversas esferas por conta do gênero e/ou sexualidade de um indivíduo. Já em terceiro lugar está a violência física – que inclui desde a lesão corporal até o homicídio.

O suicídio na comunidade LGBT é outro problema. Segundo o relatório da organização GGB, a taxa de jovens LGBTs que tentam se suicidar é bem mais expressiva do

¹ LGBTfobia no Brasil: fatos, números e polêmicas. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbtfobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>

que a dos jovens heterossexuais. Nesse grupo, estima-se em 8,4 vezes a chance de jovens tentarem o suicídio, em virtude de se sentirem rejeitados por sua família por sua opção sexual.

Atualmente, no período de pandemia, a situação de tal comunidade se agrava ainda mais. De acordo com uma pesquisa feita pela UFMG e pela Unicamp divulgada em maio deste ano, a vulnerabilidade sofrida pela população LGBT está mais evidente com o isolamento social, de modo que pessoas que vivem em casas onde há relações conflituosas sofrem muito mais com a intolerância e com violências (de ordem psicológica, física, entre outros). Além disso, o Brasil apresenta pelo segundo ano consecutivo o aumento do número de assassinatos de pessoas trans, revela o Boletim de 2020 da ANTRA.

Destarte, empregou-se o método da pesquisa bibliográfica e documental, utilizando inclusive os recursos da web para acessar decisões do STF e comentários especializados.

1 O Processo de Criminalização da Homofobia

As Casas Legislativas, de longa data, discutem a questão da criminalização da homofobia. O Projeto de Lei 5003/2001, objetivando sancionar as “práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas”, representa um primeiro passo. Outro projeto, o PLC 122/2006, foi apresentado pela deputada Iara Bernardi (PT-SP), visando à criminalização da discriminação ou o preconceito de gênero, identidade de gênero, sexo e orientação sexual. Portanto, mais abrangente, ao criminalizar a LGBTfobia. Esse projeto chegou a ser aprovado na Câmara dos Deputados, mas, chegando ao Senado Federal, seu destino foi o arquivo, após oito anos de tramita.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) através da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, protocolada em 19/12/2013, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, protocolado em 10/05/2012, que entraram em pauta para julgamento conjunto em fevereiro de 2019, concluído em junho de 2019, em que, oito dos onze membros da Corte votaram a favor da equiparação dos crimes de homofobia e de transfobia ao crime de racismo. Segue trecho da Ementa do STF:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458--MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF.

Dez dos onze membros da Corte reconheceram a mora do Congresso Nacional para legislar sobre a criminalização dos atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só poderia ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo (julgavam parcialmente procedente a ação). O Ministro Marco Aurélio não reconheceu a mora legislativa (julgava improcedente a ação). Por maioria, fixaram-se as seguintes teses:

1. 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”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) 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;

3. 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, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Diante disso, o STF decidiu que a conduta passe a ser punida pela Lei de Racismo (7.716/89), que antes da decisão previa crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional". Com a decisão citada, concretiza-se a mudança no artigo 1º da Lei n. 7.716/1989, sem ampliação de texto, que passa a abranger, também, a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, equiparando-o ao crime de racismo.

Esse debate chegou ao STF por meio de duas ações. A primeira delas foi o Mandado de Injução 4733, de 2012, movido pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT), cuja relatoria foi do Ministro Edson Fachin. Já a segunda foi a ADO 26 (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) movida pelo PPS (Partido Popular Socialista), em 2013, que foi relatada pelo Ministro Celso de Mello.

Ambas defendiam a equiparação das discriminações de sexo e de gênero ao crime de racismo, pois esse é um crime inafiançável e imprescritível segundo o texto constitucional, de modo que a homofobia também se tornasse passível de pena de reclusão de 1 a 5 anos.

Para isso, basearam-se no artigo 5º da Constituição Federal, que em seu inciso XLI afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e no XLII que diz que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

O julgamento começou em 13 de fevereiro de 2019, quando foram ouvidos os autores dos dois processos (ADO 26 e MI 4733) que levaram os ministros a debater o tema, com a manifestação da Procuradoria-Geral da República (PGR), da Advocacia-Geral da União (AGU), do Senado e grupos favoráveis e contrários à pretensão.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia, de modo que enquadrar tais condutas como crimes de racismo. Para os

juizadores, ao não legislar sobre a LGBTfobia, mesmo após mais de três décadas da vigência da Constituição Federal de 1988, o Congresso se omite do seu dever constitucional de promover a punição legal de práticas discriminatórias.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, foi concluído no dia 13 de junho de 2019.

Ademais, cumpre destacar que a decisão do STF tem efeito vinculante e caráter *erga omnes*, valendo enquanto o legislativo não se manifestar. O Congresso Nacional deve votar um projeto de lei específico com relação aos crimes de homofobia e de transfobia, podendo seguir ou não a lei do racismo. Existem na câmara parlamentares e organizações exigindo a aceleração da votação após a decisão do STF. Uma nova lei tem que passar por todo o processo legislativo: passar pelas comissões do Congresso Nacional, depois ser aprovada na Câmara e no Senado por maioria simples e, por fim, passar pela sanção do Presidente da República.

A Suprema Corte não fixou prazo para que o Congresso edite uma lei, como pediam ações, mas que, enquanto isso não for feito, a homotransfobia seja tratada como um tipo de racismo. Segundo a decisão, o conceito se aplica à discriminação contra grupos sociais minoritários e não só contra outras categorias discriminadas, *in verbis*:

as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal 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, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão;

Segundo o STF a decisão não afeta o exercício da liberdade religiosa, uma vez que continua inabalado o direito dos fiéis e ministros de professar, pregar e divulgar livremente as suas crenças “desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio” e não incitem violência contra a comunidade LGBT, conforme ementado:

O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele.

Enquanto isso, a punição para quem for condenado por LGBTfobia será a mesma cominada ao crime de racismo. O agressor poderá ser preso por um período que varia de 1 a 5 anos, dependendo da gravidade, apesar de ainda haver penas alternativas como pagamento de multas e prestação de serviços à comunidade.

2 A decisão tomada pelo STF invade a competência do Poder Legislativo?

I – Uma análise da decisão judicial segundo Hart e Dworkin

De acordo com a textura aberta de Hart

Hart defende que o sistema jurídico possui uma zona de textura aberta, na qual a autoridade dispõe de uma margem de discricionariedade para criar o direito concreto. Essa teoria consiste, em suma, em admitir que existem lacunas em algumas situações concretas (nos denominados casos difíceis), em razão da indeterminação da linguagem e da impossibilidade de prever todas as situações futuras em regras específicas. Em tais casos, sempre excepcionais, caracterizada a indeterminação quanto ao direito a ser aplicado, a autoridade competente deve exercer um poder discricionário para criar direito, respeitado, contudo, o direito preexistente. Como se vê, não se trata de uma liberação à discricionariedade judicial, mas apenas da abertura de uma pequena frincha por meio da qual se possa solucionar aquilo que, no rigor textual positivado, seria insolúvel.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que o STF utilizou-se de uma interpretação mais ampla quanto ao significado de racismo visando ao fim alvitrado pela Constituição, consistente em enquadrar o preconceito contra homoafetivos como uma forma de racismo. Vale ressaltar, que Hart defendia a aplicação da textura aberta apenas em casos difíceis (casos concretos que não possuíssem resolução simples), pois esses são mais específicos e, comumente, não abrangidos plenamente por leis anteriores mais gerais e amplas. Nesse viés, pode-se deduzir que a criminalização da homofobia foi um caso bastante difícil, já que a comunidade LGBT, sendo uma minoria, não possui proteção assegurada por lei específica, apenas pode ser considerada inclusa em alguns cláusulas gerais da Constituição Federal que abrangem toda a população brasileira, por exemplo, no artigo 5º.

No entanto, em algum momento, segundo o autor, o conteúdo normativo não será suficientemente explícito, pois, como é visível, há limites naturais na linguagem e o intérprete precisará buscar uma complementação de significados para o preenchimento das lacunas existentes, e será nesse momento que os tribunais exercerão uma função criadora do direito.

Diante disso, devido a dúvida que ocorria sobre como proceder no julgamento de casos em que aconteceu discriminação e violência contra um LGBT e ante a flexibilidade das punições decretadas nesses casos, o STF decidiu por uma interpretação ampliativa de uma lei (Lei 7.716/89) já vigente, incluindo-lhe, sem acréscimo de texto, a discriminação ou preconceito por orientação sexual e identidade de gênero, conforme ao que estava predito na Constituição, tornando mais claras e fáceis futuras decisões judiciais envolvendo esse tema.

Hart sustenta que em todo sistema jurídico existe uma *regra social de reconhecimento*. A verba Dworkin (1995, p. 119) que “*puede ser considerada como una de las contribuciones más importantes que El autor há hecho a La tradicion positivista*”. Partindo dessa teoria, não seria a rejeição do preconceito, na ordem de valores atuais, uma regra social de reconhecimento? Ou seja, o STF supriu a lacuna legislativa mediante o traslado de outra lei, que pune o preconceito e a discriminação por racismo, exercendo a função criadora do direito, assim como pregou Herbert Hart.

Outrossim, também vale destacar que mesmo o STF tendo atuando como criador do direito, não saiu dos limites de suas funções, nem invadiu as funções do Poder Legislativo, porque apenas estendeu o tipo penal previsto para um tipo de preconceito, o de racismo, a outro tipo de preconceito, o de homofobia, complementando a lei e para proteger os direitos fundamentais das minorias, fazendo tudo conforme permite a Constituição. Além disso, pode-se dizer que não há intromissão de um Poder no outro, mas sim de autocomposição do Poder, pois este é uno sendo apenas dividido em três hastes, uma das quais o Judiciário.

A contribuição de Ronald Dworkin

Dworkin sucedeu a Hart na cátedra de direito na Universidade de Harvard e de imediato contestou a doutrina de seu antecessor. A síntese de seu pensamento consiste em reintroduzir a moral no direito. Segundo ele, há duas categorias de direitos: os direitos legais e os direitos morais. A partir daí, ele introduziu os princípios de direito, de origem de direito natural, na categoria deontológica ou normativa, passando a integrar o direito positivo como efetivas normas jurídicas. Com isso, os princípios deixaram de ser meros instrumentos de suprimento extraordinários das normas para constituírem verdadeiras normas.

Com efeito, princípios são instrumentos de positivação de valores. Os princípios são o foguete e os valores as ogivas. A propósito, averba LARENZ²:

² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 316.

Os princípios jurídicos não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar fundamentos justificativos.

Pois bem. O STF adotou no caso, ainda que veladamente, uma decisão de valor, embora timidamente, com muito rodeio e demasiada cautela. A Suprema Corte navegou na teoria do Neoconstitucionalismo, consistente em aplicar as normas e os valores constitucionais diretamente, sem, necessariamente, a intermediação do legislador ordinário, terminando assim por legislar extraordinariamente.

Cumprir registrar que, assim agindo, a Suprema Corte não cometeu nenhuma afronta ao princípio da separação dos Poderes e da reserva legal, pois o fez apenas realizou alguns dos valores mais caros da Constituição, em caráter extraordinário, mediante persistentes demandas e ostensiva pressão social dos grupos interessados.

Destarte, segundo a moldura do Estado brasileiro, o Poder é uno, fendido em três hastes, cada uma com sua função predominante, sem que, cada uma, perca o gérmen do todo. O poder é o todo, é pleno, que, como gás, ocupa todo o espaço. Assim, toda vez que um dos Poderes se omite, o outro ocupa o espaço vazio, plenificando o Poder uno.

E não se olvide, o Judiciário compõe um genuíno Poder da República, com a função de responder às demandas sociais ancoradas no sistema normativo brasileiro. Como os princípios passaram, numa evolução do Positivismo para o Pós-Positivismo, à categoria de efetivas normas jurídicas, na ausência de regras específicas, é legítimo aplicar diretamente as normas de princípios, implicando o suprimento judicial da lei pelo Judiciário, que o faz, apenas excepcionalmente, utilizando o poder que lhe é inerente.

A diferença da intervenção do Judiciário para a dos outros Poderes decorre que aquele age mediante demanda nos autos de um processo formal, suscitada pelos legitimados e dialetizando com a Advocacia e o Ministério Público. A decisão judicial é uma resposta a uma demanda formal, construída mediante a intervenção de muitos órgãos e não se vincula a maiorias sociais. Já os outros Poderes agem por iniciativa própria, são volúveis aos interesses das maiorias e ao tempo, vez que a dinâmica política oscila ao sabor de cada eleição.

Portanto, sob esse prisma, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi legítima.

II - A correlação existente entre a criminalização da homofobia e uma visão crítica à luz do pluralismo e da humanização dos direitos coletivos e harmonia social

O Pluralismo Jurídico é a coexistência de dois ou mais ordenamentos jurídicos na mesma área política, sendo um instrumento de resistência e de afirmação aos direitos humanos emergentes, um fenômeno que possibilita o surgimento de direitos extraestatais e que já é fato na maioria das sociedades democráticas de direito. Nesse sentido, entende-se que devido à dinamicidade e à flexibilidade da sociedade, não se pode ficar preso apenas à escrita da lei, de modo que a aplicação do direito deve revelar e visar a real necessidade da sociedade. Muitas vezes, isso surge na sociedade quando o Estado se distancia de sua função de proporcionar segurança jurídica a todos os sujeitos coletivos, de tal forma que esse distanciamento deixa um vácuo para que hajam manifestações jurídicas paralelas que terminam por ser valoradas como “normas próprias”, como foi o ocorrido no processo de criminalização da homofobia.

Ademais, nos tempos antigos, em que a escrita era privilégio dos sacerdotes, o texto representava a voz do oráculo, impermeável a qualquer interpretação. Da mesma forma, nos regimes discricionários e confessionais, os conceitos são únicos. Todavia, nos sistemas democráticos e de sociedades abertas, os conceitos não fecham, nunca alcançam a finitude da intencionalidade. Assim, quando se diz casal convivente, nos sistemas fechados, subentende-se homem e mulher; mas nos sistemas abertos, significa duas criaturas que convivem.

Ademais, a sociedade brasileira reveste-se de pluralismo esférico, quer racial, quer cultural, quer religioso e profissional, não comportando a pretensão linear de valores. Atentando para essa característica a Constituição abriu no seu Preâmbulo e no art. 1º a perspectiva da construção de uma sociedade plural e democrática, harmoniosa e justa. E o caldo de cultura dessas garantias é a própria sociedade, em que a força dos grupos sociais constitui um dos fatores reais do poder, melhor dizendo, um dos fatores sociais do poder.

A partir do momento em que o STF considera que há a omissão do Poder Legislativo e a inércia do Poder Público quanto à criminalização da homotransfobia, admite que a omissão do Estado perante tal temática apenas agrava a situação na medida em que deixa de cumprir a imposição ditada pelo texto constitucional. Imerso nesse contexto, levando-se em consideração que a Constituição Federal de 1988 é também chamada de “Constituição Cidadã” por seu caráter pluralista e universal, a decisão tomada pelo STF de ampliar a interpretação da Lei do Racismo e também criminalizar por discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, equiparando-a ao crime de racismo, foi a mais justa de se fazer, considerando a diversidade social e a necessidade de direitos que assegurem a proteção das

minorias, uma vez que o mais importante é garantir a dignidade humana de todos os cidadãos e proporcionar a harmonia em sociedade, independente das diferenças.

Ademais, o Preâmbulo da Constituição põe a fraternidade e o pluralismo entre os valores supremos da ordem social e política do Brasil. Entre os fundamentos da República, realça o pluralismo político – art. 1º, V. Entre os objetivos fundamentais da República, figura o fim do preconceito e da discriminação. No art. 5º faz uma declaração de direitos e garantias, proclamando no caput que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No seu § 2º incorpora os tratados de que o Brasil faz parte ao rol dos direitos proclamados.

Não é possível que tudo isso ficasse subjogado a caprichos do legislador ordinário.

Com efeito, a sociedade brasileira nunca abandonou seu caráter confessional. Apesar de a Constituição da República, de 1891, declarar a laicidade do Estado, na verdade a influência religiosa sempre esteve a dominar, de modo que as casas legislativas não encontram maioria para votar matérias socialmente contramajoritárias. Por isso que MOREIRA (2007, p. xiii) fala da Constituição como simulacro:

O segundo ponto diz respeito à sua pretensa secularidade. Parece forçoso admitir que o Estado carrega marcas indelévels dos preceitos religiosos, e essas marcas se revelam na fixação de áreas indisponíveis no ordenamento jurídico, mais especificamente nas constituições, caracterizadas por sua suposta irrevogabilidade.

3 Dogmática do caso

A decisão tomada pelo STF é válida? Foi justa? Foi arbitrária? Foi necessária? Se intromete indevidamente no que deveria ser função do Poder Legislativo?

Pois bem! O Supremo Tribunal Federal do Brasil prolatou uma decisão proativa, exemplar, decisionista, ativista, como se queira dizer. Legislou no vazio legislativo ao equiparar a *homofobia* ao *racismo*, mandando aplicar a sanção prevista na lei para o primeiro caso ao segundo.

Doravante, quem ofender por discriminação alguém do grupo LGBT terá cometido um ato antijurídico, típico e punível, e será condenado a pena de um a cinco anos de reclusão ou multa. Isso é fato, cumprindo analisar o fenômeno jurídico político dessa decisão.

3.1 Dogmática infraconstitucional, segundo a escola positivista

As entidades interessadas levaram o caso ao STF, pedindo providência, mediante dois instrumentos jurídicos, o Mandado de Injunção 4733, de 2012, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 26, de 2013.

O art. 137 do Código de Processo Civil dita que o magistrado não se eximirá de decidir sob o fundamento de que não há lei.

Numa primeira e mais simples consideração, o STF aplicou a analogia, como prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) (“Na ausência da lei o juiz aplicará a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”).

A Lei n. 7.716/1989 tipifica o crime de racismo:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. ([Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97](#))

.....

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. ([Redação dada pela Lei nº 9.459/1997](#))

Pena: reclusão de um a três anos e multa. ([Redação dada pela Lei nº 9.459/1997](#))

.....

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: ([Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97](#))

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. ([Incluído pela Lei nº 9.459/1997](#)).

Como se vê, mesmo o positivismo reconhece a realidade das lacunas na lei e oferece os instrumentos de colmatação: analogia, costumes e princípios gerais do direito. Com efeito, analogia é um instrumento do positivismo, ao passo que equidade é um instrumento jusnaturalista. Analogia consiste em aplicar uma regra legal, elaborada para um tipo de caso, em outro caso similar não previsto na lei.

O impasse se instala no ponto em que o art. 1º do Código Penal positiva o princípio segundo o qual não há crime nem pena sem previsão legal, acrisolado na doutrina e na jurisprudência paradigmática. Todavia, a decisão do STF quebrou esse tabu, rompeu com essa tradição para o caso sob comento. Como explicar esse fenômeno? O Poder Judiciário pode invadir a esfera própria do Legislativo?

Mas tal questão transborda da dogmática infraconstitucional. Situa-se no plano da dogmática e da hermenêutica constitucionais, a seguir.

3.2 Dogmática constitucional

O art. 103 da Constituição abriga a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal – STF. O § 2º desse artigo não empodera o Judiciário para suprir a omissão legislativa ou administrativa, mas dá-lhe poder apenas para declarar a mora do legislador:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Todavia, extrai-se da Lei n. 9.868/1999, que regulamenta a matéria, o indicativo da competência conferida ao STF para suprir a omissão legislativa ou administrativa:

Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. [\(Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009\).](#)

Art. 12-B. A petição indicará: [\(Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009\).](#)

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

.....

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. [\(Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009\).](#)

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, **ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.** [\(Lei n. 12.063/2009\).](#) (Grifou-se)

Com efeito, peca-se por ato comissivo ou por ato omissivo. O primeiro se dá quando se faz o que não é permitido; o segundo se caracteriza pela omissão nas situações em que se tinha que agir. Ou seja, quando o legislador ordinário descuidar da regulamentação de uma garantia prevista na Constituição, estará cometendo uma inconstitucionalidade. Tal situação legitima os interessados para demandar o suprimento judicial mediante a ação cabível.

Assim, a omissão de providência legislativa que implique desnaturamento da ordem constitucional é passível de controle de constitucionalidade através da *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, prevista no art. 103, § 2º, da Constituição, a qual visa

precipuaamente a defesa da ordem jurídica, conforme elucidam MENDES, COELHO E BRANCO (2008, p. 1.184):

Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional.

O Preâmbulo da Constituição estabelece os valores supremos da ordem político-jurídica nacional:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,

Como se vê, o Preâmbulo da Constituição anuncia e enuncia os valores superiores da ordem social do Brasil. Com efeito, valor é meta de chegada, o fim a ser atingido. Assim, toda a interpretação da Constituição e das leis deve ter por escopo realizar os valores preambulados. A propósito, LIMA escreveu³:

O Preâmbulo da Constituição revela a confissão ideológica do momento histórico nacional, o sentimento reinante, a ideologia e os objetivos do Poder Constituinte. Essa ideologia vincula o legislador infraconstitucional, a ação administrativa e o Poder Judiciário. Daí a Constituição estabelecer pautas de sua própria interpretação, pauta essa iniciada com o Preâmbulo e continuada nas declarações de direitos. Consequentemente, a interpretação constitucional toma aí as suas primeiras luzes. Isto porque a leitura da Constituição deve ser feita por inteiro, tanto no seu aspecto formal como no material – a história e os anseios que o Preâmbulo alberga. A aplicação do mais singelo dispositivo constitucional significa aplicar toda a Constituição.

Neste mesmo sentido, Templado obtempera que o caráter genérico e aberto dos valores relativiza sua força normativa específica, mas ao mesmo tempo a força dos valores ajuda a identificar com precisão o conteúdo de determinadas instituições:

esto es, en el supuesto de que podamos apoyarnos tanto en un valor como en un precepto constitucional com un contenido material concreto, tiene más fuerza éste que alqué, que por su propia naturaleza admite más 'interpretaciones' en el caso concreto. (...) Por outra parte, los valores nos ayudan a perfilar de manera decisiva

³ LIMA, Francisco Meton Marques de. O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: pela reabilitação do homem como “ser-moralmente-melhor”, p. 357.

*el contenido de determinadas instituciones capitales de la Constitución, como lo son los derechos fundamentales y libertades públicas*⁴.

Continuando sua lógica, a Constituição passa do axiológico para o deontológico – os princípios fundamentais, arts. 1º ao 4º, dentre os quais sobressaem o da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, no art. 1º, III; e o da justiça social e, no art. 3º, da não discriminação, dentre os objetivos da República:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

.....

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 sintetiza os direitos humanos básicos, valendo destacar, por pertinentes à hipótese fática sob análise, os artigos VII e VIII:

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Cumprido salientar que a DUDH integra formalmente o rol de direitos positivados no art. 5º da Constituição Federal, por imperativo do § 2º do mesmo artigo:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Notas conclusivas

A comunidade LGBTQI+ compõe um contingente expressivo da população e luta por respeito, para que desfrute de direitos igualitários, como assegura o artigo 5º da CF/88.

Outro fato, também incontestado, é que os membros dessa comunidade têm sido alvo ostensivo de preconceito e de intolerância, pela simples liberdade e autonomia de Ser quem

⁴ TEMPLADO, Eduardo Espín. Prólogo ao livro *Valores Superiores e interpretación constitucional*, de Francisco Javier Díaz Revorio.

são, situação que precisa ser revertida para garantir a plena existência de uma sociedade democrática, multiculturalista e harmônica.

Mais uma vez é constatada a ausência de lei penal específica que puna a violência contra os integrantes do grupo LGBTI+. No entanto, o Poder Legislativo não regulamentou essa garantia, mais de trinta anos de promulgação da Constituição, caracterizando a mora legislativa.

Por sua vez, trabalhando as Casas legislativas sob a influência da maioria eleitoral, dificilmente adotará legislação socialmente contramajoritária, prenunciando um suplício eterno do grupo LGBT, ante a perspectiva de impunidade dos ofensores.

Todavia, existe uma lei que criminaliza o preconceito por racismo, etnia e outros, de tal maneira que, aproveitando brechas, a Suprema Corte do Brasil encaixou-lhe, por extensão conceitual, o caso da homofobia.

A criminalização por discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, aprovada pelo STF, passa um recado cultural sobre a intolerância, destacando o fato de que a liberdade de expressão não protege o discurso de ódio.

Enquanto o legislativo não editar uma lei para isso, aplica-se a lei de racismo para esses crimes. E quando for editada a lei, se ela proporcionar uma proteção menor do que a lei do racismo, caberá uma revisão pela via do controle de constitucionalidade do STF.

A Constituição de 1988 acercou-se de garantias de sua efetividade. Nesse sentido, para os casos de omissão inconstitucional do Poder Legislativo, previu no seu art. 102, § 2º a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, regulamentado pela Lei n. 9.868/1999.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733 foi concluído no dia 13 de junho de 2019, terminando por a Suprema Corte do Brasil provê-los para duas providências: declarar a omissão inconstitucional do Poder Legislativo e estender o tipo penal previsto na Lei n. 7.716/1989 para os atos de LGBTfobia.

Em face do cenário supracitado, para algumas correntes positivistas e críticas do direito e do neoconstitucionalismo, o STF apenas cumpriu o seu dever constitucional, dado que a Carta Política manda resguardar os valores supremos da igualdade, da justiça, da fraternidade e da não discriminação; diz também que todos são iguais e que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil integram o rol dos direitos fundamentais. Dando continuidade, adotando o garantismo dos direitos declarados, a Constituição prevê no art. 103, § 2º a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O STF aplicou o princípio da máxima eficácia constitucional, embalado no neoconstitucionalismo, cuja base ancora-se na aplicação direta dos preceitos constitucionais, sem, necessariamente, a intermediação da lei. Apenas cumpriu o comando do art. VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, recepcionada pela Constituição Federal:

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Afinal, como já diz Rudolf Von Ihering, a paz é o fim que o Direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para a conseguir.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais. ASSASSINATOS de pessoas trans voltam a subir em 2020. 2020. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/category/violencia/>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988. In: .planalto.gov.br/legislação.

BRASIL. Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940. In: .planalto.gov.br/legislacao/.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Publicada no DOU de 6.1.89. de 1989. In: .planalto.gov.br/legislacao.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 9.868, de 10 de novembro de 1999. Publicada no DOU de 11.11.1999. In: .planalto.gov.br/legislacao.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal. Portal: stf.jus.br.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de Papel a Infância a Adolescência e os Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Ática, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Traduzido por Marta Guastavino. Barcelona: Editora Ariel, 1995.

IHERING, R. Von. *A Luta pelo Direito* [1872]. Traduzido por João de Vasconcelos. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 1961. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1961.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamêgo. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional – pela reabilitação do homem como ser-moralmente-melhor*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

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

MORAIS, Pâmela e FIGUEIREDO, Dannel. *LGBTfobia no Brasil: fatos, números e polêmicas*. **Politize!**, 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/lgbtfobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2019.

MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2007.

TEMPLADO, Eduardo Espín. Prólogo ao livro *Valores Superiores e interpretación constitucional*, de Francisco Javier Díaz Revorio. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 592 p.

Recebimento em: 05/06/2020.

Aprovação em: 30/06/2020.