

DIREITO
V.9 • N.3 • 2024 - Fluxo Contínuo

ISSN Digital: 2316-381X
ISSN Impresso: 2316-3321
DOI: 10.17564/2316-381X.2024v9n3p125-139



IMPLICAÇÕES DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ESTRUTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA BY THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE LEGAL-CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS ON THE BRAZILIAN INSTITUTIONAL DESIGN

IMPLICACIONES DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOFOBIA POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL EN LA ESTRUCTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEÑA

José Eduardo Aragão Santos¹
Matheus de Souza Silva²
Douglas Verbicaro Soares³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a criminalização da homofobia pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26 e a postura supremocrática (Vieira, 2018). A referida decisão busca enfrentar a necessidade de mitigar a condição de vulnerabilidade das pessoas LGBTQIAP+ (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais e outros), que convivem com a violência e a discriminação cotidianas no Brasil, país que lidera há anos o ranking dos mais violentos para as pessoas do coletivo LGBTQIAP+. Tendo em vista tratar-se de uma decisão que atua em cima de um vácuo legislativo, o presente artigo propõe expor as discussões perante o papel ocupado pelo Supremo Tribunal Federal nesse caso. Assim, o trabalho usa uma metodologia de pesquisa qualitativa, de método dedutivo, com base em procedimentos de revisão bibliográfica e documental, incluindo o estudo de caso da ADO n.º 26. O itinerário apresenta, primeiramente, questões pertinentes ao sistema de freios e contrapesos, dentro da democracia contemporânea, a fim de identificar a posição de proeminência que a jurisdição constitucional tem ocupado. Como resultado, esta pesquisa, identifica que o ativismo judicial na ADO n.º 26 proporciona um avanço na proteção dos direitos fundamentais voltados à comunidade LGBTQIAPN+. Mostra ainda que é necessário, em virtude de maior segurança jurídica, que o Poder Legislativo discuta e proponha uma legislação específica acerca do tema para mudanças de paradigmas e na efetividade dos Direitos Humanos no país.

PALAVRAS-CHAVE

Ativismo judicial; Homossexualidade; Poder Judiciário; Separação dos Poderes, ADO n.º 26.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the criminalization of homophobia by the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) No. 26 and the supremacistic stance (Vieira, 2018). This decision seeks to address the need to mitigate the condition of vulnerability of LGBTQIAP+ people (lesbians, gays, bisexuals, transgenders, queer, intersex, asexual, pansexual and others), who live with daily violence and discrimination in Brazil, a country that has led the ranking of the most violent for people of the LGBTQIAP+ collective for years. Considering that this is a decision that acts on a legislative vacuum, this article proposes to expose the discussions in the face of the role played by the Federal Supreme Court in this case. Thus, the work uses a qualitative research methodology, with a deductive method, based on bibliographic and documentary review procedures, including the case study of ADO No. 26. The itinerary presents, firstly, issues pertaining to the system of checks and balances within contemporary democracy, to identify the position of prominence that constitutional jurisdiction has occupied. As a result, this research identifies that judicial activism in ADO No. 26 provides an advance in the protection of fundamental rights aimed at the LGBTQIAP+ community. It also shows that it is necessary, due to greater legal certainty, for the Legislative Branch to discuss and propose specific legislation on the subject for paradigm shifts and the effectiveness of Human Rights in the country.

KEYWORDS

Judicial activism; homosexuality; Judicial Power; Separation of Powers, ADO n. ° 26.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la criminalización de la homofobia en la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión (ADO), número 26, y la supremacía (Vieira, 2018). Esta decisión busca atender la necesidad de mitigar la vulnerabilidad de las personas LGBTQIAPN+ (lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, queer, intersexuales, asexuales, pansexuales y otros), que viven diariamente con violencia y discriminación en Brasil, el país que lidera dos años clasificando a los más violentos para las personas de la comunidad LGBTQIAPN+. Tiendo a ver que se trata de una decisión que está en la cima de un vacío legislativo, es decir, este artículo propuesto como se discute como presidente o papel desempeñado por el Tribunal Supremo Federal en este caso. Así, el trabajo utiliza una metodología de investigación cualitativa, un método deductivo, basado en procedimientos de revisión bibliográfica y documental, incluido el estudio de caso de ADO n.º 26. El itinerario presenta, en primer lugar, cuestiones pertinentes al sistema de pesos y contrapesos, dentro del contexto contemporáneo. democracia, con el fin de identificar la posición destacada que ocupa la jurisdicción constitucional. Como resultado,

esta investigación identifica que el activismo judicial en ADO n.º 26 brinda avances en la protección de dos derechos fundamentales dirigidos a la comunidad LGBTQIAPN+. También muestra que es necesario, por mayor seguridad jurídica, que el Poder Legislativo discuta y proponga legislación específica sobre el tema para cambiar paradigmas en la vigencia de los Derechos Humanos en el país.

PALABRAS CLAVE

Activismo judicial; Homosexualidad; Poder Judicial; Separación de poderes, ADO n.º 26.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura clássica da separação dos poderes, proveniente da Ciência Política, formulou o sistema de freios e contrapesos visando estabelecer limites no exercício do poder estatal, especialmente diante do risco de arbitrariedade e supressão de direitos fundamentais. Logo, com previsão no constitucionalismo brasileiro, trata-se de uma das principais ferramentas para garantir que esses direitos sejam respeitados e efetivados.

No entanto, o afastamento dos poderes exercidos pelo Legislativo, Executivo e Judiciário da concepção clássica dos poderes perante a democracia constitucional tem levado ao surgimento de questões dilemáticas sobre o sistema político e jurídico. Considerando isso, a proeminência do Poder Judiciário, especialmente após a ascensão neoconstitucionalista, tem sido discutida no campo da teoria constitucional e até mesmo denominada, na realidade brasileira, como uma espécie de supremocracia, como conceituou Vieira (2018).

Nesse ínterim, o ativismo judicial tem sido amplamente discutido dentro dos debates de natureza jurídico-político, especialmente no que tange a necessidade de garantir a efetividade dos direitos fundamentais em detrimento a uma possível ameaça dessa atuação ao equilíbrio dos poderes e à própria concepção clássica de democracia como premissa majoritária.

Entre os casos com maior embate na questão do protagonismo judiciário está a criminalização da homofobia. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2019, equiparou o crime de homofobia à previsão legal de racismo. Sob este contexto decisório, destaca-se a necessidade de expandir discussões em torno do papel do Estado brasileiro na proteção da população LGBTQIAPN+, especialmente no combate a discriminação e violência.

Outrossim, a criminalização da homofobia é um tema de grande importância social e jurídica, posto que estatísticas revelam o Brasil ser o país que, por mais de 10 anos, persiste na posição de local em que mais se mata a população LGBTQIAP+ no mundo (Antra; Abglt, 2021). Diante da ausência de atividade legislativa perante essa condição, justifica-se a relevância em compreender a decisão da criminalização da homofobia de modo a proporcionar uma visualização dos seus efeitos na estrutura contemporânea do sistema jurídico e político brasileiro.

Muito embora a homofobia tenha sido tipificada como crime análogo ao racismo, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), um aumento alarmante nos crimes de ódio com motivação LGBTfóbica é registrado. Esse crescimento é fundamentado por estatísticas concretas, que fornecem uma visão quantitativa da escalada desses incidentes ao longo do último ano. Esses dados são cruciais para dimensionar a gravidade do problema e embasar ações e políticas de combate à violência.

Justifica-se, portanto, o estudo sobre ativismo judicial e o sistema de freios e contrapesos, especialmente em torno da criminalização da homofobia tendo em vista a relevância de ser compreendida a estrutura que atualmente temos no Estado Democrático de Direito vigente.

Sob essa ótica, o presente trabalho questiona qual foi o papel ocupado pelo Supremo Tribunal Federal no sistema jurídico-constitucional brasileiro na criminalização da homofobia? A partir disso, com uma metodologia de pesquisa qualitativa, de método dedutivo, de natureza explicativa e descritiva, será analisada o impacto da ADO nº 26, a fim de avaliar criticamente os riscos jurídicos e sociais decorrentes desse tipo de atuação judicial.

O itinerário da pesquisa está composto por três seções: a primeira seção apresentará uma revisão bibliográfica sobre o sistema de freios e contrapesos na proteção de direitos fundamentais, discutindo a atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na efetivação desses direitos; a segunda, tratará da supremocracia (Vieira, 2018), apresentando as principais teorias sobre o tema e analisando sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro; por fim, a terceira seção expõe uma análise da ADO nº 26 e conseqüentemente o conteúdo decisório desta.

Acredita-se que a análise crítica do tema proposto permitirá uma compreensão mais precisa dos limites e das possibilidades do ativismo judicial, bem como dos riscos envolvidos em sua utilização. No qual, será abordado o papel do STF no processo de efetivação dos direitos fundamentais, o uso da jurisdição constitucional como meio de combate à discriminação e à violência e os limites do ativismo judicial no contexto brasileiro.

2 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DESENHO INSTITUCIONAL BRASILEIRO

Essencialmente, a historicidade constitucional atribuiu à Carta Política como característica formal ser o documento dotado de juridicidade que tem por destinatário os titulares do poder (Ferrajoli, 2010). Sob essa perspectiva, o constitucionalismo clássico emerge com a finalidade de romper com os poderes ilimitados provenientes dos absolutistas e apresenta, especificamente, os chamados direitos de liberdade, que impõem uma abstenção ou uma postura negativa do Estado perante os indivíduos.

Apesar do desenrolar jurídico ter destacado, do mesmo modo, a necessidade de direitos sociais, advindos com o denominado Estado de Bem-Estar Social (Silva, 2022) e implementados em textos como o do México (1917) e o da Alemanha (1919), e, posteriormente, com os direitos de natureza coletivos, com preocupações solidárias e fraternas, identifica-se que, desde o primórdio, o campo da Teoria da Constitucional apresenta uma preocupação voltada à necessidade de equilíbrio do poder estatal.

Com o objetivo de regular tal condição, a Carta Política apresenta mecanismos essenciais ao *enforcement* constitucional como, em teoria oriunda da Ciência Política, o sistema de freios e contrapesos ou *check and balances* que, ao estabelecer controles recíprocos entre os poderes (Arantes; Couto, 2019) exista um impedimento estrutural frente ao exercício arbitrário e ilimitado de um dos poderes (Bonavides, 2010).

A própria Constituição Federal de 1988 apresenta condições que buscam, para além de determinar as funções típicas dos poderes, a atuação como um contrapeso aos demais poderes (Brasil, 1988). O Poder Legislativo, por exemplo, tem como função principal a elaboração das leis, mas também exerce controle sobre o Poder Executivo por meio da fiscalização e aprovação das contas públicas e dos atos governamentais.

O Poder Executivo, por sua vez, é responsável pela implementação das políticas públicas e de administração do Estado, mas é fiscalizado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. Este, é responsável pela aplicação das leis e pela solução de conflitos, mas também exerce controle sobre os demais poderes por meio do controle de constitucionalidade das leis e da interpretação da Constituição (Mendes; Branco, 2018). Por exemplo, o Poder Executivo tem o poder de vetar projetos de lei aprovados pelo Poder Legislativo, contudo, esse veto pode ser derrubado por uma maioria qualificada de votos dos parlamentares⁴.

Outro exemplo de como o sistema de freios e contrapesos funciona na prática é o poder de fiscalização do Congresso Nacional sobre o Poder Executivo. O Legislativo pode convocar ministros e outros agentes públicos para prestar esclarecimentos e apresentar documentos, além de ter o poder de instaurar comissões parlamentares de inquérito para investigar possíveis irregularidades no governo (Brasil, 1988).

Já o Poder Judiciário, tem o poder de interpretar as leis e a Constituição, além de julgar casos concretos e aplicar dignamente. No entanto, o Judiciário também está sujeito a limites e controles, como a possibilidade de que suas decisões sejam revisadas pelos tribunais superiores e de que seus membros sejam alvo de processos disciplinares (Reale, 2017).

Assim, busca-se um sistema em que cada um dos poderes constituídos possui suas próprias atribuições e poderes, mas nenhum possui soberania plena (Mendes, 2013). Nesse sentido, para que o sistema de freios e contrapesos funcione de forma efetiva na proteção dos direitos fundamentais, é necessário que cada um dos ramos do governo exerça suas atribuições de forma autônoma e independente, mas também em colaboração com os outros ramos (Bastos, 2014).

Nessa toada, percebe-se que o sistema supracitado funciona como um mecanismo de controle e equilíbrio entre essas três esferas do poder, evitando que uma delas se torne dominante e abuse de suas prerrogativas. Logo, busca-se garantir que nenhuma instituição governamental possa violar os direitos dos cidadãos sem sofrer as devidas consequências, atuando de forma a proteger os direitos fundamentais, tendo em vista ser essa a garantia de liberdade e igualdade dos indivíduos (Bobbio, 2010).

Os direitos fundamentais ocupam, inclusive, a esfera do que não pode ser violado por uma soberania popular (Ferrajoli, 2010), ou seja, por meio da legitimidade atribuída pelo campo político majoritário. Tendo isso em vista, a aplicação do sistema de freios e contrapesos depende, primordialmente, do respeito mútuo entre as diferentes esferas do poder e do cumprimento das regras e procedimentos na constituição e nas leis.

⁴ Vide art. 84, inciso V, da CRFB/1988:

A necessidade de revisitar o sistema de freios e contrapesos decorre desta pesquisa enfrentar os questionamentos contemporâneos que permeiam o papel que o Poder Judiciário tem ocupado dentro do panorama jurídico-institucional brasileiro. Dessa forma, considerando que não devem existir nem sujeitos nem poderes soberanos (Ferrajoli, 2010), trata-se de uma importante abordagem teórica primordial para discutir a necessidade de existir um equilíbrio e um controle do poder estatal que, ao manter um Estado Democrático de Direito, evite a violação dos direitos fundamentais.

2 SUPREMACIA E ATIVISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O constitucionalismo contemporâneo tem enfrentado questões dilemáticas dentro da sistemática clássica de separação dos poderes frente à proeminência do Poder Judiciário. O fenômeno do ativismo judicial tem suas bases filosóficas na ascensão do movimento neoconstitucionalista que atribuiu um exercício criativo aos juízes na hermenêutica (Silva, 2022), especialmente quando os princípios se tornaram normas tal qual as regras.

Em contraponto, surgem críticas que alegam existir um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, especialmente sob a justificativa de uma ausência de legitimidade por parte de juízes que não foram eleitos pela população estarem confrontando a posição de membros do Poder Executivo e Legislativo que, enquanto representantes, foram postos por pleito eleitoral (Silva, 2022).

Assim, observa-se, que o ativismo judicial surge como uma resposta à insuficiência das normas jurídicas para dar conta das complexas questões sociais, políticas e culturais que surgem no mundo contemporâneo (Canotilho, 2013). Para o referido autor, é papel do juiz, diante de casos difíceis e controversos, interpretar as leis de forma mais ampla, para garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, especialmente como consequência da caracterização dos princípios como normas, o ativismo judicial rompe com a rigidez clássica do positivismo jurídico. À vista disso, atua como sendo uma das formas de se chegar a uma interpretação mais pluralista do Direito, que leve em consideração outros elementos além da lei, como a moral, a política e a história (Neves, 2006).

O avanço do direito constitucional, nesta perspectiva, proporcionou um novo papel para os julgadores, que não mais contempla apenas a função de realizar a subsunção do fato à norma, mas de atuar como coparticipante no processo de criação do Direito (Barroso, 2018) e de articular o debate público em torno dos princípios constitucionais (Binenbojm, 2001).

Destaca-se, no entanto, que o fenômeno do ativismo judicial não significa uma substituição do legislador pela figura do juiz, visto que deve ser uma complementação da atividade legislativa, para suprir omissões que estejam violando contextos de direitos fundamentais (BARROSO, 2018). Esta contraposição surge, especificamente, pela discussão em torno da legitimidade democrática dos juízes.

A crítica utiliza-se, sobretudo, de um conceito de democracia oriundo da premissa majoritária, que se encontra superado tendo em vistas necessidades contemporâneas da sociedade e a sistematização juspolítica. A concepção constitucional de democracia exige, portanto, que os institutos tradicionais ampliem sua preocupação não somente ao campo majoritário, que fortalece a manutenção de estruturas dominantes corroborando com a manutenção de desigualdades (Dworkin, 2019).

Logo, a necessidade de uma proeminência judiciária ocorre especial quando se trata de grupos vulneráveis, tendo em vista que estes indivíduos sempre saem derrotados no campo majoritário (Sarmiento, 2020). Assim sendo, ao ocorrer uma inação do Poder Legislativo, e, buscando suprir as lacunas deixadas, o Poder Judiciário tem sido convocado a enfrentar questões de direitos fundamentais não apreciados nas casas legislativas (Barroso, 2018).

Especialmente na realidade latino-americana, o fenômeno expansionista dos Tribunais Constitucionais promoveu este ator jurídico a condição de agente catalisador no sistema democrático (Santos, 2021). No Brasil, especialmente como resultado da hiperconstitucionalização e do descrédito da política (Vieira, 2018), o Poder Constituinte reservou um papel central no sistema juspolítico para o Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, na estrutura política brasileira, o Supremo Tribunal Federal serve de tribunal constitucional (analisa a constitucionalidade das leis e dos atos normativos), bem como é um passível de ações originárias, como em caso de foro especializado para julgar altas autoridades e causas políticas, além de ser um tribunal de apelação ou última instância para alguns casos.

No período recente da história constitucional brasileira, tem sido posta em evidência discussões sobre o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem sido mais atuante na definição de políticas públicas e na proteção de direitos fundamentais. A proeminência que a Jurisdição Constitucional tem tomado diante de questões de caráter originalmente político tem caracterizado um contexto de Supremocracia, no qual tem cabido ao Tribunal Constitucional dar a última palavra em assuntos de natureza diversa (Vieira, 2018).

O panorama constatado poderia significar uma contribuição no fortalecimento do Estado de Direito, como também poderia ser um sinal de fragilidade do sistema representativo. Em uma análise da atividade judicante no percurso das últimas três décadas, o Supremo Tribunal Federal teria partido de uma postura omissa, adotou um comportamento diferente e avançou para uma postura responsiva. A partir do ano de 2013, entretanto, estaria sendo caracterizado uma conjuntura de decisões usurpadoras (Vieira, 2018).

Entre as decisões dilemáticas quanto a sua caracterização de usurpação ou responsividade, entre elas, incluem-se a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a autorização para a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, a criminalização da homofobia e da transfobia, e entre outras (Barroso, 2005). Nesta pesquisa, destaca-se a (ADO) nº 26, em que o STF aplicou por analogia a Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo) ⁵ aos crimes de homofobia e transfobia (Brasil, 2020).

Cabe destacar que, em um breve panorama, a centralidade dos direitos LGBTQIAP+ tem ocorrido no Supremo Tribunal Federal (Silva, 2022). Para além dos casos de criminalização da homofobia e do reconhecimento de uniões homoafetivas, houve o julgamento de questões como o direito à autoterminação de pessoas trans, garantindo a retificação do nome sem cirurgia de transgenitalização e a inconstitucionalidade de normas que proibiam doação de sangue de homens que fazem sexo com homens (Silva; Abreu; Sposato, 2023).

5 A referida lei busca punir crimes em que se caracterizam discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A construção histórica de uma jurisprudência em prol dos direitos fundamentais de minorias sexuais no Supremo Tribunal Federal torna relevante aprofundar pesquisa em torno de suas decisões, especialmente quando se está diante de um caso de omissão do Poder Legislativo, e, assim, passível de discussões no campo da estrutura clássica de separação dos poderes.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 foi uma provocação jurídica, por meio da via judicial, movida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) promovida no Supremo Tribunal Federal (STF) em 2017 (Brasil, 2019). A ação foi ajuizada com o objetivo de questionar a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homofobia⁶ e da transfobia no Brasil. A decisão teve repercussão e produção de um efeito geral, ou seja, deve ser aplicada por todos os tribunais do país em casos semelhantes.

Na prática, a ADO nº 26 pedia que o STF desse um prazo para que o Congresso Nacional criasse uma lei específica para criminalizar a homofobia e a transfobia, uma vez que, até então, esses crimes não eram tipificados de forma clara na legislação brasileira. Nesse toar, alega-se em inicial da referida ação que possam ser identificadas normas administrativas espaciais com o objetivo de inibir a prática da homotransfobia, nenhuma destas, sejam municipais ou estaduais, se comparam, e, alcancem de fato a validade de uma norma penal criada a fim de perseguir os atos criminosos que ferem a dignidade da pessoa humana (Brasil, 2019).

Assim, restou necessária a proposição da ação supracitada, com finalidade plena de preservar os direitos da população LGBTQIAP+. Dessa forma, embasados em um discurso taxativo e político do heterossexismo, a homo transfobia tomou uma proporção inimaginável ao longo dos anos, decorrente de uma visão massiva a qual considera o “diferente”, um “corpo estranho” dentro do organismo social brasileiro (Brasil, 2019).

A tese majoritária empregada pelo Supremo Tribunal Federal adotou uma posição ativista quando equiparou a homofobia ao crime de racismo, por meio da interpretação hermenêutica da Constituição Federal e da aplicação da Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Essa decisão foi baseada na ideia de que a perseguição por orientação sexual ou identidade de gênero é análoga à discriminação racial, e que ambas devem ser combatidas de forma semelhante pelo Estado (Mendes; Coelho, 2019).

Para a formulação dessa tese, os votos utilizaram-se do conceito jurídico-constitucional de racismo que foi determinado pela corte no Caso *Ellwanger*, que ampliou o conceito anteriormente compreendido apenas

6 Configuram-se condutas ou discursos homofóbicos situações em que há violação da dignidade da pessoa em razão de questões oriundas de orientação sexual ou identidade de gênero. Considerando isso, constata-se, especialmente diante do panorama histórico, uma vulnerabilidade de pessoas LGBTQIAPN+ no exercício de sua cidadania, havendo contextos de precariedade e ofensas aos seus direitos fundamentais (Silva, 2022).

na seara racial. A partir disso, houve um destaque à condição histórica de crime de ódio que tem afetado a cidadania da população LGBTQIAP+ e, por isso, foi destacado a relevância do papel do STF em mitigar tal condição de negligência por meio do reconhecimento da necessidade de criminalizar a homotransfobia.

No julgamento da ADO nº 26, houve um amplo debate sobre a interpretação da Constituição Federal e a proteção dos direitos fundamentais. O ministro Celso de Mello, por exemplo, afirmou que “o dever estatal de proteger as minorias vulneráveis impõe a criação de instrumentos normativos que assegurem a proteção jurídica desses grupos” (Brasil, 2019, on-line).

Nesse sentido, é cristalina a mora legislativa decorrente da não tipificação específica dos crimes de homo transfobia pelo Congresso Nacional, sendo o Direito Penal, a ferramenta mais viável para promover a repreensão de atos que violem a dignidade da pessoa humana, ferramenta está plausivelmente utilizada pelo STF, a fim de evitar a continuidade das lesões aos grupos minoritários (Brasil, 2019).

Ainda nesse sentido, um dos argumentos utilizados na ADO nº 26 foi que a omissão legislativa em relação à criminalização da homofobia e da transfobia viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e impede o acesso a direitos fundamentais por parte da população LGBTQIAP+.

Segundo o relator da ação, o ministro Celso de Mello,

[...] a omissão estatal implica, nesse contexto, verdadeira negação do direito à igualdade, ao bem-estar e à segurança dos cidadãos homossexuais e transexuais, que se veem impossibilitados de invocar, em sua plenitude, as prerrogativas jurídicas que o ordenamento lhes assegura (Brasil, 2019, on-line).

Já o ministro Luís Roberto Barroso destacou que a Constituição Federal garante o princípio da igualdade e proíbe a discriminação, e que a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia viola esses princípios fundamentais. Segundo ele, “o silêncio legislativo nesse tema é incompatível com a Constituição Federal e o direito internacional dos direitos humanos” (Brasil, 2019, on-line).

A decisão do STF ao enquadrar a homofobia e a transfobia como crimes de racismo, por meio da ADO nº 26, claramente pode ser vista como um exemplo de ativismo judicial. Isso ocorre pela atividade criativa exercida pela jurisdição constitucional diante da omissão do Legislativo em legislar sobre o assunto, visto que entendeu que essa omissão violava os direitos fundamentais dos LGBTQIAP+ e decidiu atuar de forma mais proativa para protegê-los.

No entanto, a criminalização da homofobia por meio da equiparação ao crime de racismo também é alvo de críticas. Sendo algumas dessas que o STF extrapolou suas competências ao legislar sobre um assunto que deveria ser tratado pelo Congresso Nacional.

A posição adotada pelo Supremo envolve uma abordagem mais expansiva e criativa dos Direitos Humanos e constitucionais, muitas vezes desafiando os entendimentos jurídicos tradicionais. No entanto, essa abordagem também pode gerar controvérsias e desafios em relação à separação de poderes, bem como à proteção de outras liberdades fundamentais.

Nesse sentido, conforme aduzido pelo Ministro Celso de Mello, ainda que haja a previsão constitucional, na qual diante de uma situação extraordinária, o Supremo Tribunal Federal possa prover normas

legais por meio de seus atos jurisdicionais, a constância e possível aristocracia desse processo atípico de produção legislativa, violaria, de forma cristalina, a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 2019).

Ocorre que ativismo judicial pode ser visto como uma ferramenta importante para garantir a proteção dos direitos fundamentais, em situações em que a lei não é suficiente para resolver determinado problema ou em que a aplicação estrita da lei pode levar a injustiças e violações de direitos. Porém, é importante que essa postura seja realizada com cautela e dentro dos limites constitucionais.

Assim sendo, a utilização do ativismo judicial como promotor de direitos fundamentais, pode ou não vir a perder a efetividade jurídica de seus atos, uma vez que existe a possibilidade de invasão de competências entre os poderes, bem como a falta de valorização social, por parte da comunidade.

Ao considerar isso, a ação estudada por meio deste artigo, na qual tipifica a homofobia como crime análogo ao racismo, foi alvo de diversas críticas negativas, fundadas na omissão legislativa, bem como a ineficácia dos efeitos praticados pelo ativismo judicial ao tratar da referida matéria.

Com relação às críticas tecidas sobre a possível inefetividade do ativismo judicial no caso da ADO nº 26, pode-se observar por meio do gráfico produzido pelo Fórum Nacional de Segurança Pública do ano de 2023, aproximadamente 4 anos após ter ocorrido a criminalização, os altos índices voltados à violência em face da comunidade LGBTQIAP+ fundada em discriminação de gênero e orientação sexual continuaram estáveis.

Gráfico 1 – Registros de crimes contra população LGBTQI+ (1), por tipo Brasil e Unidades da Federação - 2021-2022

Brasil e Unidades da Federação	Registros de crimes contra pessoas LGBTQI+								
	Lesão Corporal Dolosa			Homicídio Doloso			Estupro		
	N. Absolutos	2022	Variação (%)	N. Absolutos	2022	Variação (%)	N. Absolutos	2022	Variação (%)
Brasil	2.050	2.324	13,4	176	163	-7,4	199	199	0,0
Acre	---	---	---	---	---	---	---	---	---
Araguari	---	2	2,0	19	18	-5,3	---	---	---
Amapá	21	25	19,0	3	---	---	7	5	-28,6
Amazonas	18	29	61,3	14	8	-42,9	1	6	500,0
Bahia	---	---	---	---	---	---	---	---	---
Ceará	329	435	28,3	31	32	3,2	44	32	-27,3
Distrito Federal ^{DF}	67	67	0,0	1	1	---	4	---	---
Espírito Santo	105	197	87,6	2	9	350,0	7	19	171,4
Goiás ^{GO}	21	26	23,8	---	2	2,0	1	---	---
Maranhão	---	---	---	---	---	---	---	---	---
Mato Grosso	20	40	100,0	8	8	---	---	---	---
Mato Grosso do Sul	10	28	42,4	8	5	-37,5	11	11	---
Minas Gerais	471	517	9,8	18	14	-22,2	27	27	---
Pará	19	59	210,5	5	12	140,0	2	3	50,0
Paraíba	6	5	-16,7	6	7	16,7	---	---	---
Paraná	99	91	-8,1	14	7	-50,0	16	8	-50,0
Pernambuco ^{PE}	655	540	-12,6	28	30	71	55	52	-5,5
Piauí	13	39	200,0	6	5	-16,7	4	2	-50,0
Rio de Janeiro	---	---	---	---	---	---	---	---	---
Rio Grande do Norte	33	52	57,6	10	1	-90,0	3	3	---
Rio Grande do Sul	---	---	---	---	---	---	---	---	---
Rondônia	10	5	-50,0	---	---	---	---	---	---
Roraima	26	22	-15,4	1	2	100,0	1	8	700,0
Santa Catarina	76	108	42,3	---	---	---	2	8	300,0
São Paulo	---	---	---	---	---	---	---	---	---
Sergipe ^{SE}	2	8	300,0	---	---	---	10	6	-40,0
Tocantins	30	29	-3,3	2	2	---	4	9	125,0

Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023, p. 106).

Apesar da dificuldade na interpretação desses números, tendo em vista que pode existir uma subnotificação, em razão de serem dados obtidos de forma bem como mudanças de metodologia, especialmente tratar-se de coleta de dados de secretarias, mostra-se salutar o desenvolvimento de mecanismos que rompam com tal realidade, especialmente por meio de políticas públicas e de proteções legais.

Portanto, embora a criminalização da homofobia possa não ser totalmente eficaz na luta contra a denúncia e a violência contra a população LGBTQIAP+, ela é vista como um avanço positivo na garantia dos direitos dessa comunidade no Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou, a partir do julgamento da ADO nº 26, expor a posição que o STF tem ocupado diante do sistema jurídico brasileiro. A ADO nº 26 considerou uma tese interpretativa no sentido de a homofobia ser crime equiparado por analogia ao racismo. O referido julgado pode ser considerado uma expressão do ativismo judicial, uma vez que o Judiciário interpretou a Constituição de forma ampla e inovadora para proteger os direitos da comunidade LGBTQIAP+, oportunidade em que agiu de forma atípica às suas competências com o fito de assegurar e preservar direitos fundamentais do referido grupo vulnerável.

O crime simbólico ao racismo está previsto no artigo 20, §2º, da Lei 7.716/89, que define como crime a prática de “discriminar alguém por sua raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Em 2019, o STF estendeu essa proteção à orientação sexual e identidade de gênero, equiparando a homofobia e a transfobia ao racismo.

A criminalização da homofobia tem sido abordada de maneiras diferentes em todo o mundo, com alguns países tendo leis específicas que proíbem a discriminação com base na orientação sexual, enquanto outros tratam a homofobia como um crime separado. A abordagem adotada no Brasil é mais recente e tem sido objeto de discussões e julgamentos, sobretudo, pode ser vista como um passo importante para garantir a igualdade de direitos para pessoas LGBTQIAP+.

No entanto, deve-se notar que a tipificação da homofobia como crime equiparado ao racismo tem sido sustentada por defensores dos direitos LGBTQIAP+ e pode ser vista como um passo importante para proteger os direitos dessas comunidades historicamente marginalizadas. É importante equilibrar as preocupações do ativismo judicial com a necessidade de proteger os direitos fundamentais e garantir a igualdade perante a lei.

Ocorre que, ante a necessidade de uma segurança jurídica, efetividade de aplicação da norma e o próprio risco de modificação de compreensão da corte, conclui-se que persiste ser urgente a regulação de uma lei específica que criminalize a homofobia e a transfobia. Sem uma lei clara e específica, os casos de detecção podem ser tratados como simples lesões ou difamações, o que pode não refletir a gravidade da situação e pode não desencorajar a repetição do comportamento discriminatório, sobretudo, tendo como consequência, a continuidade dos delitos cometidos em desfavor da comunidade LGBTQIAP+.

Por fim, uma legislação própria que criminalize a homofobia e a transfobia pode ajudar a combater, reconhecer e garantir que os direitos das pessoas LGBTQIAP+ sejam protegidos. Nesse sentido, é imperioso continuar lutando por uma legislação que criminalize a homofobia e a transfobia como forma de garantir a proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAP+ e promover uma sociedade mais igualitária e inclusiva.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 522 p.

BARROSO, Luis Roberto. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49, n. 195, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT, Cezar; BITENCOURT, Vania. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **Conjur**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nº 26**. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade, nº 4275**. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2. ed. Madri: Trotta, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NEVES, M. C. Hermenêutica e ativismo judicial. *In*: **Direito e democracia**: fundamentos filosóficos do direito constitucional (). São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 194-215.

PDT – Partido Democrático Trabalhista. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ao Supremo Tribunal Federal (STF) para criminalizar homofobia e transfobia**. 2017. Disponível em: <https://www.pdt.org.br/index.php/pdt-propoe-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ao-supremo-tribunal-federal-stf-para-criminalizar-homofobia-e-transfobia/>. Acesso em: 11 maio 2023.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Crise democrática e a luta pela constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2020

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Imprensa, 2019.

SILVA, Matheus de Souza. **Democracia e direitos de minorias e grupos vulneráveis:** julgamentos de desacordos morais em direitos da população LGBTQIA+ pelo Supremo Tribunal Federal. 2022. 132 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Bahia, Paulo Afonso, BA, 2023.

Recebido em: 3 de Fevereiro de 2024

Avaliado em: 7 de Abril de 2024

Aceito em: 22 de Abril de 2024



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

1 Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – UNIT; Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.
E-mail: Eduardoaragao.asv@gmail.com

2 Graduado pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB; Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe – PRODIR/UFS; Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.
E-mail: matheusdsouzas@academico.ufs.br

3 Pós-doutor em Direito pela Universidade de Brasília; Professor do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima – UFRR.
E-mail: douglas_verbicaro@yahoo.com.br

Copyright (c) 2024 Revista Interfaces Científicas - Direito



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

