

Euzébio Pereira de Andrade Neto
Horácio Lopes Mousinho Neiva
Rose Maysa Viana da Cunha

Direito, Negócios e Tecnologia

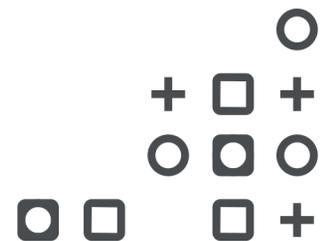
Anais do II Congresso do ICEV

Instituto de Ensino Superior



vortex
EDITORA

icev
Instituto de Ensino Superior





Organizadores	Euzébio Pereira de Andrade Neto, Horácio Lopes Mousinho Neiva, Rose Maysa Viana da Cunha
Autores:	Anne Costa Cavalcante, Maderson Amorim Dantas da Silva, Francisco Eliseu de Sousa Pereira Júnior, Ian Moreira Magalhães Sousa, Giseli Ribeiro Leite, Clarisse Barbosa Sepulvida Sousa, Maria Clara Santos Meneses, Marcelo Antonio de Castro Rodrigues Rêgo, Ana Clara Soares do Monte e Silva, Tássia Jaslana Tenório Pinheiro, Rafaela Paes de Oliveira Barreto, Macell Cunha Leitão, Idelcelina Barros Ximenes, Fernando Eulálio Nunes e Carlos Eduardo da Silva Belfort de Carvalho
Coordenação Editorial	Kaio Matheus da Silva Gama.
Diagramação	Felipe Alves de Lima
Capa	Gustavo Mascarenhas Alves do Bonfim.

FICHA CATALOGRÁFICA

C749 Congresso de direito, negócios e tecnologia do Icev - Instituto de Ensino Superior (03.: 2023:Teresina).

Anais do II Congresso de direito, negócios e tecnologia do Icev - Instituto de Ensino Superior. / vários autores; Organizado por: Euzébio Pereira de Andrade Neto, Horácio Lopes Mousinho Neiva, Rose Maysa Viana da Cunha. [Realização icev] - Teresina: Vortex, 2023.

ISBN 978-65-5911-648-5

1.Direito. 2. Negócios. 3. Tecnologias I. Título.

CDD: 340

Criminalização da Homotransfobia: uma análise argumentativa da ADO 26

Marcelo Antonio de Castro Rodrigues Rêgo⁴⁴
Fernando Eulálio Nunes⁴⁵

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) número 26 que criminalizou a homotransfobia, utilizando, de forma analógica, a Lei nº 7.716/89 (lei antirracismo). No entanto, antes de adentrar o referido assunto, faz-se necessário um breve aparato histórico e conceitual sobre o movimento LGBTQIA+, dissertando sobre o movimento em si, bem como a violência sofrida pelo grupo e os direitos por eles conquistados ao longo dos anos. Logo após, adentra-se ao Direito em si com uma explicação também histórica e conceitual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, para que se tenha um breve rememoração ou conhecimento do que é. Além disso, nesse capítulo são analisadas as diferenças dessa ação para o Mandado de Injunção e a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, assim como é exposto o fenômeno jurídico-político do ativismo judicial. Por fim, dá-se início a análise da ADO 26 entendendo como se deu a propositura da referida ação, como foi o julgamento e o porquê de não ter sido unânime os votos e o reflexo do ativismo judicial nessa ação do controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras chaves: Criminalização da homofobia. Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal. Ativismo Judicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Abstract

This article aims to analyze the Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission number 26 that criminalized homotransphobia using, in an analogous way, typified in Law 7716/89 (anti-racism law). However, before delving into the aforementioned subject, a brief historical and conceptual apparatus about the LGBTQIA+ movement is necessary, discussing the movement itself, as well as the violence suffered by the group and the rights they have won over the years. Afterwards, enters into the law itself with a historical and conceptual explanation of the Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission, so that there is a brief reminiscence or knowledge of what it is. In addition, this chapter analyzes the differences between this action and the Writ of Injunction and the change in the position of the Federal Supreme Court, as well as the legal-political phenomenon of judicial activism. Finally, the analysis of the ADO 26 begins, understanding how the bill action was filed, how the judgment was and why the votes were not unanimous and the reflection of judicial activism in this action for the concentrated control of constitutionality.

Keywords: Criminalization of homophobia. Federal Supreme Court. Federal Constitution. Judicial Activism. Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission.

⁴⁴ Bacharelado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior (ICEV), E-mail: marcelocastroreg@gmail.com

⁴⁵ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí; Mestre em Direito pela UFPE; Procurador do Estado do Piauí.

1. INTRODUÇÃO

No mundo, há um termo chamado minoria. Este termo se refere a um grupo de pessoas que são tidas como diferentes da maioria visível e importante da sociedade, sendo essa diferença causada pelas características aparentes, tais como, etnia, raça, religião, gênero, orientação sexual etc. O termo utilizado não tem relação direta com a quantidade de pessoas daquele grupo naquele determinado lugar, por exemplo, a população negra no Brasil representa 54% da população total, de acordo com a pesquisa feita pelo IBGE em 2014 (FONTES, 2021), no entanto, ainda são consideradas minorias por terem menos acesso a direitos do que uma pessoa branca tem.

Dentre essas minorias, encontra-se a população LGBTQIA+, que, não diferente das outras, está à margem da sociedade. Tal marginalização é refletida na forma como essas pessoas são tratadas no dia a dia, como sujeitos que vivem em pecado ou que estão passando por uma fase. Esse tratamento acaba por gerar uma grande instabilidade emocional em razão da violência física e psicológica sofridas, tendo em vista que muitos são submetidos a tratamentos ofensivos ou até mesmo violentados simplesmente por assumirem quem são e viverem de forma verdadeira.

Por conta de todos os tipos de violência sofridas e por serem também cidadãos como qualquer outro brasileiro, os quais merecem ter para si todos os direitos que os outros têm, com fundamento na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XLI, que prevê a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos fundamentais, além de a prática do racismo constituir crime inafiançável, nos termos do art. 5º, inciso XLII da CF/88, foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, visando a criminalização da homotransfobia⁴⁶.

Neologismo trazido por Paulo Roberto Iotti Vecchiati, patrono do partido autor da ação, para contemplar igualmente a discriminação de gênero e de orientação sexual (AZEVEDO, 2021).

Essa ação, intitulada como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/Distrito Federal, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal conjuntamente com o Mandado de Injunção número 4733, que trata da mesma matéria, com o intuito de resolver a omissão legislativa arguida, ou seja, realizar controle concentrado de constitucionalidade para que a Constituição da República Federativa do Brasil possa ter plena e imediata eficácia em todas as suas normas.

Logo, em face das normas constitucionais de eficácia limitada prescritas no art. 5º, incisos XLI e XLII, e, diante da ausência de regulamentação que inviabiliza a efetividade dos direitos e garantias constitucionais asseguradas, abriu-se a possibilidade de ajuizamento da aludida ADO. O objetivo desta é para que fosse sanada a mora legislativa quanto à criminalização da homotransfobia.

Ressalta-se que a inércia do legislador em tipificar essa conduta penal em questão, gera uma inconstitucionalidade, pois tais dispositivos necessitam de uma norma específica para que atinjam a eficácia plena, por isso, foi buscado o processo objetivo de controle para que fosse dada a necessária efetividade às referidas normas constitucionais.

Ocorre que, durante e após o julgamento da ação, houve questionamentos quanto ao exercício do STF, pois acredita-se que ele poderia ter extrapolado suas funções (mesmo aquelas tidas como atípicas) e “criado uma lei”, o que ensejaria uma afronta aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal. A conduta proativa do Supremo tem sido contestada, pois é entendida como ativismo judicial, o que pode facilmente ser confundido com uma judicialização da política e uma invasão a outro Poder.

Entretanto, o STF, que desde 2007 adota uma posição concretista no controle de inconstitucionalidade por omissão, deu um grande passo, tanto para a sociedade quanto para o ordenamento jurídico brasileiro, ao reconhecer a mora legislativa e determinar a aplicação analógica da lei nº 7.716 (a lei antirracismo), até que seja elaborada uma norma específica pelo Congresso.

Esse ato judiciário inovador torna importante a análise da ADO 26/DF, tanto para a compreensão da motivação da decisão do STF no aludido julgado como que se entenda o porquê da analogia realizada, bem como a mutação no entendimento acerca do termo “racismo” e como houve a influência do ativismo judicial no julgamento.

Nesse sentido, vislumbrou-se a necessidade de um capítulo introdutório sobre o movimento LGBTQIA+ e, logo após, o segundo capítulo traz o entendimento acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, dando a ideia também do que seria o ativismo judicial e, por fim, adentrar de fato na ADO 26. Deste modo, é fundamental informar que o presente artigo utiliza o método hipotético-dedutivo, o que se caracteriza como uma pesquisa de metodologia bibliográfica, jurisprudencial e legal, assim como descritiva e qualitativa quanto aos objetos e abordagem.

2. O MOVIMENTO LGBTQIA+

2.1 Surgimento e conceito

O movimento LGBTQIA+ é um movimento social civilista que busca a igualdade social, a melhoria das condições daqueles que se identificam como parte dessa minoria, defendendo-os das crueldades que a sociedade causa simplesmente pelo fato dessas pessoas serem quem são e amarem quem amam. A orientação sexual não hétero possui relatos e registros históricos datados de 1.200 a.C., em que se pode afirmar que tais relacionamentos eram bem aceitos pela sociedade da época (BOTELHO, 2020). No entanto, em algum momento ao longo do tempo tudo isso mudou e, em vários países ao redor do globo, as pessoas LGBTQIA+ passaram a ser perseguidas e assassinadas, sendo até considerado um ato criminoso – sendo punido em alguns países com a pena de morte – e tendo propostas e ações como a “cura gay”, já que, para aquela época, a homossexualidade era ligada à psicopatia, a uma doença mental.

Conforme Botelho (2020), essa população, então, passou a ser extremamente perseguida e com tentativas de excluir cada vez mais as pessoas que faziam parte dessa minoria, até que, em 1969, ocorreu o *Stonewall Riots* (a Rebelião de Stonewall), nos Estados Unidos, um marco histórico para a luta dos direitos LGBTs. Tal rebelião, que durou três dias, reuniu gays, lésbicas, travestis e *drag queens* para lutar contra a força policial – porque ser homoafetivo ainda era crime nos EUA – por seus comportamentos autoritários, preconceituosos e pontuais, como as revistas e batidas vexatórias nos bares e boates gays da cidade de Nova York (BOTELHO, 2020). Duas figuras importantes desse movimento foram Sylvia Rivera e Marsha P. Johnson, elas lideraram o movimento, sendo importante ressaltar que a rebelião começou com duas mulheres trans e uma delas negra (STOODI, 2021).

Um ano depois dessa rebelião, na mesma data – 28 de junho de 1970 –, foi realizada uma passeata para demonstrar o orgulho do movimento. Começou com pouca gente, mas ao longo da caminhada mais e mais pessoas se juntaram e, assim, surgiu também a Parada LGBT e o mês do Orgulho, pois foi através dessa revolta que foi consagrado inúmeros direitos e conquistas a essa minoria, apesar de ter muito o que se discutir.

A Rebelião de Stonewall influenciou todo o mundo e no Brasil não foi diferente. Em 1830, a homossexualidade deixou de ser vista como um ato criminoso e, anos depois, em 1981 (após a revolução ocorrida nos Estados Unidos), o Grupo Gay da Bahia travou uma luta para que a homossexualidade não fosse considerada uma doença, tendo a despatologização ocorrido em 1985 no Brasil e, apenas em 1990, pela Organização Mundial da Saúde (BOTELHO, 2020).

Ainda segundo a autora supracitada, outra mudança brasileira significativa, a partir do movimento, foi feita pelo Grupo Triângulo Rosa. Este lutou pela inclusão em dois artigos da constituinte do termo *orientação sexual* ao invés de *opção sexual*, porém não obteve sucesso, o que veio a acontecer anos depois através de leis em tramitação no congresso (BOTELHO, 2020).

A sigla utilizada antigamente nos anos 90 era GLS, fazendo referência a *Gays, Lésbicas e Simpatizantes*. Porém, esse termo mudou ao longo do tempo para abranger cada vez mais orientações sexuais e identidades de gênero. Por isso, passou de LGBT, que faz referência a *Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais* para LGBTQIA+, que acrescentou, além desses já citados, os *Queers*, Intersexuais, Assexuais e mais, sendo esse o conceito da sigla utilizada, unindo gênero e sexo.

2.2 Violência sofrida e direitos conquistados

Os integrantes de grupos LGBTs sofreram muita repressão ao longo dos anos e, com isso, muita violência também. Tais comportamentos estão diretamente ligados à religião e ao machismo, que acabam por querer controlar o comportamento social de uma outra pessoa.

Esse tipo de violência, seja ela física, psicológica etc., tem como “justificativa” por alguns desses agressores a correção, ou seja, acreditava-se que através da violência física conseguiriam “corrigir o erro” que é ser homoafetivo. Essa atitude era ainda pior para as mulheres, visto que acabavam sendo estuproadas para que assim sentissem atração pelo sexo oposto (STOODI, 2021).

No Brasil não é diferente dos demais países, pois, apesar de ter abolido o crime de homossexualidade em 1830, ainda hoje há uma onda de violência e preconceito em razão de gênero e orientação sexual. Uma pesquisa baseada nos bancos de dados do Sistema Único de Saúde revela que a cada uma hora um LGBT é agredido no Brasil. Além disso, no ano de 2020, 237 LGBTs tiveram uma morte violenta por conta desse preconceito, tendo um aumento de 5% em relação aos homicídios registrados em 2019. Entre os falecidos, as mais atingidas são mulheres trans e travestis. O Brasil é responsável pela morte de mais da metade dos LGBTs no mundo e, dentro do país, o risco de ser assassinado no Nordeste é quase três vezes maior do que no Sul (PUTTI, 2020).⁴⁷

⁴⁷A pesquisa foi realizada pela Fundação Oswaldo Cruz, secretarias de Atenção Primária em Saúde e de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, Instituto Federal do Rio Grande do Sul e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, utilizando os dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação.

Não há como negar que as violências contra esse grupo são avassaladoras. Existe um relatório feito pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), que atuou como *amicus curiae* no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, que assustam e mostra o quanto é necessária a intervenção estatal nessa questão. Os dados são:

Nesse sentido, cabe referir que o ‘Grupo Gay da Bahia – GGB’, admitido nestes autos como ‘amicus curiae’ e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é ‘o campeão mundial desse tipo de crime’. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, ainda, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT:

a) aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período;

b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública;

c) das 445 vítimas referidas, 194 [43,6%] eram gays, 191 [42,9%] trans, 43 [9,7%] lésbicas, 5 [1,1%] bissexuais e 12 [2,7%] heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes;

d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no 'ranking' mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;

e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio [8,4 vezes mais];

f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país. (BRASIL, 2019, p. 73)

Essas tragédias demonstram que há a premente necessidade da intervenção estatal através de políticas públicas e de ações que inibam a matança do povo LGBTQIA+. No âmbito do Direito Internacional, os tratados obrigam Estados a defenderem os direitos dessas pessoas com relação à vida, à segurança pessoal e à liberdade e contra a tortura e os maus-tratos. É dever do Estado combater crimes de quaisquer naturezas, inclusive (e principalmente) aqueles considerados crimes de ódio.

Os direitos conquistados por essa minoria ainda são tímidos, mas são um grande avanço e símbolo de muita luta para chegar até onde se está hoje. Pode-se citar como conquista o fato de, em 1990, a Organização Mundial da Saúde deixar de considerar como doença a homossexualidade, chamada até então de *homossexualismo* (MARELLO, *online*).

Restringindo-se ao Brasil, pode-se citar como direito adquirido pelas lutas dos movimentos LGBT+ a realização de cirurgias de redesignação de sexo pelo SUS, autorizada em 2008 pela Portaria N° 457, ampliada pela Portaria n° 2803. Anos depois, a aprovação da Lei Maria da Penha que inclui políticas para mulheres LGBTs; o reconhecimento da união estável homoafetiva, equiparando-se a heterossexual, bem como a adoção pelos casais de mesmo sexo; a autorização da mudança do prenome e da classificação de sexo/gênero por pessoas transgêneros no Registro Civil, não precisando de nada além da manifestação de vontade (MARELLO, *online*).

Outros duas conquistas do movimento, mais recentes e bem significativas, foram concedidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo elas: a suspensão das restrições para doação de sangue por homossexuais, decidido em 2020; e a outra, objeto deste artigo, a determinação feita pelo Supremo de que a discriminação contra pessoas LGBT é crime, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26, decidida em 2019 por 8 votos a 3, com o entendimento de que esses atos seriam enquadrados nos crimes previstos na Lei n° 7.716/1989 (Lei do Racismo).

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

3.1 Conceito e surgimento

A Constituição da República Federativa do Brasil é uma Constituição considerada, majoritariamente, rígida, ou seja, ela estabelece um processo mais complexo para a sua modificação formal que aquele utilizado para a criação das leis ordinárias e complementares.

Outra corrente, a minoritária, acredita que a Constituição brasileira seria super rígida (WADY, 2008), isto porque, há no corpo constitucional a presença de cláusulas pétreas, logo, uma dificuldade ainda maior para a sua modificação, além disso, existem normas que não podem ser mudadas (as cláusulas pétreas, que, no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se no art. 60, §4º, da CRFB).

Sob tal perspectiva, é perceptível que há uma presunção de constitucionalidade quanto às normas jurídicas, pois, se no direito penal há uma presunção de inocência do acusado até que se prove o contrário, no direito constitucional há uma presunção de constitucionalidade das leis até que se declare o contrário. A prova em comento será feita através do controle de constitucionalidade, conseqüentemente, este tem o objetivo de não permitir que uma norma que esteja incoerente permaneça no sistema de forma a desarmonizá-lo.

Para esse controle, foram definidos pela doutrina dois pressupostos importantes: a supremacia da Constituição, que erigiu a Constituição ao topo do ordenamento jurídico estatal, tendo assim superioridade formal e material sobre todas as demais leis e atos normativos do país, portanto, sendo parâmetro de aferição de validade e compatibilização vertical. Além da rigidez constitucional, pelo fato de ter um processo mais dificultoso para a sua alteração, estabelecendo uma gradação hierárquica com a legislação infraconstitucional (ALEXANDRINO, 2017).

Tal incoerência normativa poderá se dar por uma inconstitucionalidade por ação, aquela em que há uma ação do legislador ao elaborar uma lei que é contrária à Constituição; bem como, uma inconstitucionalidade por omissão, aquela que é gerada pela não existência de uma norma que vai completar o sentido de outra norma de eficácia limitada.

Essas situações serão resolvidas por meio do controle de constitucionalidade concentrado, que teve origem na Europa com Hans Kelsen na Constituição Austríaca. A justificativa de que apenas um único órgão deveria fazer esse controle foi que:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devido evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico', para, posteriormente, concluir que 'se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. (MORAES, 2003, p. 490).

Esse controle concentrado possui cinco ações diretas que são ajuizadas diretamente ao guardião da CRFB, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta De Inconstitucionalidade Interventiva; Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); e a que é alvo de estudo por este artigo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, que se inspirou na Constituição Portuguesa de 1976, tentando combater a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

Essa ação tenta resolver o tipo de incoerência normativa que se dá por meio da inconstitucionalidade por omissão, isto é, ela se baseia no fato do legislador – que tem um dever constitucional de legislar – não ter elaborado uma lei que é de necessidade para que se dê a devida efetividade jurídica a uma outra norma, uma norma de eficácia limitada. Portanto, a CRFB tem essa ação com o seguinte objetivo:

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu. (MORAES, 2003, p. 510)

Então, a finalidade dessa ação é sanar qualquer falta no ordenamento, seja ela total ou parcial. Como diz o Ministro Luís Roberto Barroso a omissão não se restringe aquela referente ao Legislativo, mas a “atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo” (TORRES, 2013, *online*).

Percebe-se que há a necessidade de dar eficácia plena às normas constitucionais para que, assim, atinjam o máximo de efeito jurídico. Com base na divisão tripartida de José Afonso da Silva, existem aquelas normas que são de eficácia plena, contida e limitada, já que, apesar de não haver hierarquia entre as normas, nem todas elas produzem exatamente o mesmo grau de efeitos jurídicos.

Portanto, as normas de eficácia limitada, que são aquelas que não são autoaplicáveis, dependem de uma futura atuação do poder público para que possam atingir o máximo de efeitos jurídicos. Isso poderá ser exigido por meio do controle concentrado de constitucionalidade com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, atingindo a eficácia plena. Deste modo, percebe-se que a omissão pode vir de todos os lados, seja pelo Poder Legislativo, pelo Executivo ou até mesmo pelo Judiciário.

3.2 Diferença entre ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção

Apesar da semelhança com o remédio constitucional Mandado de Injunção (MI), essas duas ações que visam sanar a mora legislativa se diferenciam em detalhes significativos.

O MI tem natureza jurídica de processo subjetivo por ser um remédio constitucional, baseado em casos concretos e tem a finalidade de defender direito fundamental previsto na Constituição e dependente de regulamentação; podendo ser impetrado por pessoa natural ou jurídica, individual ou coletivo. Já a ADO, tem a natureza jurídica de processo objetivo por ser uma ação do controle concentrado, visando defender normas constitucionais, dependentes de regulamentação, podendo ser proposta apenas pelos legitimados do rol taxativo do art. 103, da CRFB/88.

Mesmo que existam similitudes entre essas ações, não há que se falar em princípio da fungibilidade, ou seja, quando se utiliza de um processo que é considerado incabível naquele caso, poderá ser válido desde que exista dúvida, seja na doutrina ou na jurisprudência, quanto o que deveria ser utilizado naquela situação e, portanto, ocorreria a substituição de uma coisa por outra.

No caso em comento, numa situação entre um Mandado de Injunção e de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que inexistente a possibilidade de fungibilidade entre as ações já que se tratam de pedidos completamente diferentes. Assim diz o seguinte julgado: “impossibilidade jurídica do pedido de conversão do mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (LENZA, 2020, p.293).

3.3 Mudança de posicionamento do supremo tribunal federal

A ADO é regida tanto pelo art. 103, § 2º, da CRFB, quanto pelo Capítulo II-A da Lei nº 9.868 de 1999. Ambos dispositivos não trazem especificações do que o guardião da Constituição deverá fazer, limitando-se ao comando de dar ciência ao Poder competente para que sejam adotadas as providências, a fim de que seja sanada a mora.

Por uma interpretação literal e centrada do texto da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal deve apenas indicar e comunicar a mora ao poder, não podendo intervir ou fazer qualquer ação mais incisiva para a resolução daquela lacuna inconstitucional, ou seja, adota uma conduta não concretista.

Essa posição não concretista está ligada diretamente ao que é disposto tanto no parágrafo 2º do art. 103 da CRFB, quanto no art. 12-H da Lei 9.868/99. Isto é, o STF limita-se apenas a dar ciência, a comunicar ao Poder competente que aquela norma precisa de uma outra para atingir a sua completa efetividade jurídica.

Um dos principais argumentos dessa posição adotada por alguns doutrinadores diz respeito ao princípio democrático e ao princípio da separação dos poderes, pois, se o Poder Judiciário agir de outra forma, estará adentrando em uma competência de outro poder.

Então, haveria também uma “desobediência” ao *checks and balances system* (a teoria dos freios e contrapesos), já que este consiste no controle do poder pelo próprio poder. Isso quer dizer que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, porém, seria controlado pelos outros. Servindo, deste modo, para evitar abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes, o que seria feito pelo preenchimento da lacuna causada pela omissão.

Até 2007 o STF adotava esse posicionamento, mas, a partir de então, vem adotando a posição concretista. Esta consiste em uma análise mais minuciosa do mérito levado ao tribunal, considerando outros pontos, outros princípios constitucionais, o real motivo, necessidade daquela norma, seu sentido, analisando, assim, qual o contexto da ADO em questão. Aliás, essa ação deve dar uma solução à falta de efetividade da Constituição, se não há essa intervenção é o mesmo que ignorar o objetivo da ação em questão.

Essa posição concretista reflete que, a partir do momento que o Judiciário for provocado, deve analisar o mérito de forma que verifique a mora legislativa e, para além disso, ao confirmar a ausência da norma, deverá ele mesmo suprir aquela lacuna. Ao prolatar a sua decisão, o Judiciário também supre aquela omissão e dá a ela um caráter *erga omnes*.

3.4 Ativismo judicial

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1947. Esse fenômeno jurídico tomou força nas terras norte americanas devido as decisões progressistas, ou seja, o arcabouço jurisdicional da época era considerado revolucionário, o que fez com que a Suprema Corte americana tornasse a utilização mais comum. Dessa forma, acabou por se expandir e ser utilizado por vários outros países ao redor do globo.

O ativismo judicial diz respeito ao avanço do Poder Judiciário sobre outros Poderes, ou seja, tem uma conduta proativa de forma que alguns podem ter uma interpretação errônea de que ele seria superior aos outros por querer regular as opções políticas dos demais Poderes. Como se o Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, invadissem e extrapolassem as suas funções típicas e atípicas de forma que invalidasse o sistema de freios e contrapesos.

Muitos desses pensamentos vieram à tona nos últimos tempos por conta de decisões que tiveram grandes repercussões e geraram polêmicas, tal como o julgamento da ADO 26/DF. Situações como esta, permitem o entendimento de que nada mais é do que o Poder Judiciário se utilizando do seu dever constitucional de proteção da Carta Magna, através do controle de constitucionalidade em abstrato de uma norma, de forma que haja uma plena utilização e conformidade no ordenamento jurídico em relação à Lei Maior.

Na verdade, o que há quanto ao ativismo judicial é a atuação do Judiciário referente a assuntos relacionados a políticas públicas, a tópicos ligados ao bem-estar coletivo e social, bem como, ao direito das minorias, como o exemplo citado da criminalização da homotransfobia. Logo, tenta dar efetividade a tópicos que têm sido bastante polêmicos atualmente, por essa razão, há um interesse maior sobre esse assunto.

Apesar dessa ideia que se tem do que é ativismo, não há um consenso doutrinário de que os efeitos sejam positivos ou negativos, até mesmo pela possível confusão feita entre esse fenômeno e o da Judicialização.

3.4.1 Ativismo Judicial ou Judicialização

Muito se discute sobre a similaridade entre ativismo judicial e judicialização, alguns até acreditam ser a mesma coisa, o que encerra em equívoco. Como assevera o Ministro Luís Roberto Barroso, esses fenômenos seriam como primos, que são da mesma família, mas não têm as mesmas origens (BARROSO, 2009). Isso quer dizer que, apesar dessa semelhança, os pontos geradores não são os mesmos. Ainda com o pensamento do Ministro do STF, tem-se o entendimento dado por ele de que a judicialização se trata de um fato, enquanto o ativismo seria uma atitude do Judiciário.

Esse comportamento se dá pela opção que esse Poder tem de ter a iniciativa e de agir de forma única quando interpreta a Constituição; com isso, consegue aumentar a sua abrangência de forma que abarque os marginalizados. Difere, então, da judicialização justamente por esta está atrelada ao dever, ao que foi instituído ao se promulgar a Lei Maior e como ela seria utilizada, deste modo, não se trata de uma opção ou de uma simples vontade de cunho político.

Os pensamentos apresentados por Barroso sofrem algumas críticas e controvérsias por parte de outros pensadores, pois estes acreditam que tais elementos determinados por ele como pontos principais do ativismo são elementos ordinários e completamente necessários em quaisquer julgamentos e por quaisquer juizes, pois se trata de um dever do magistrado. Isso porque ele deve julgar de forma justa e com base no nosso ordenamento jurídico, o que implica na boa utilização daquela norma que se encontra no topo da pirâmide de Hans Kelsen.

Isto posto, percebe-se que, apesar da grande semelhança entre os dois fenômenos, providências políticas que deveriam ser tomadas por outros Poderes, acabam por serem tomadas pelo Judiciário. Daí o fato de que são completamente distintos quanto a sua essência, vez que a judicialização está mais ligada ao lado sociológico e o ativismo a uma subjetividade do julgador.

4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26

4.1 Propositura

A ADO 26/DF trata de um assunto delicado, relativo a uma minoria bastante negligenciada ao longo dos anos e que passa por constantes tipos de violência. Apesar de haver uma evolução na sociedade com o tempo, ainda existe muito preconceito e atitudes criminosas contra a população LGBTQIA+, o que exige a intervenção estatal para que haja uma forma de melhoria dessa situação.

Foi pensando nisso que a então Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP), em 2001, propôs um projeto de lei (PL) que determinava sanções a comportamentos homofóbicos, tanto que o PL 5003/2001 ficou conhecido como PL da Homofobia. No entanto, tal projeto teve sua análise bem demorada e se estendeu por inúmeras legislaturas.

Como dito, o projeto foi proposto em 2001, passou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) no mesmo ano e foi arquivado, só retomando em 2004 com novo relator e sendo levado ao Plenário em 2006 para, em seguida ser encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu o nome de Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006 (PLC 122).

No Senado, foi encaminhado às Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa, Constituição e Justiça e Cidadania e a de Assuntos Sociais, terminado esses trâmites em 2009. Arquivado novamente, só voltando a ser desarquivado em 2013, quando foi aprovado o requerimento de anexar o presente projeto ao do novo Código Penal Brasileiro, o que não vingou, voltando a tramitar de forma independente por entenderem que seria necessária a criação de uma lei específica para o caso, o que fez o projeto retornar em 2014 à CCJ, mas acabou por ser arquivado novamente.

Por conta dessa mora legislativa, ocorreram duas coisas: a decisão da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) de impetrar um Mandado de Injunção contra o Congresso Nacional, em 10 de maio de 2012, e, no ano seguinte, em 23 de dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS, atual Cidadania) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ambas as ações tinham o mesmo objetivo, qual seja, a condenação criminal específica para todas as formas de homotransfobia, especialmente ofensas (individuais e coletivos), homicídio, agressão, ameaças e discriminação motivados pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima, seja ela real ou hipotética.

O Mandado de Injunção teve, a princípio, a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no entanto, ele não conheceu o remédio constitucional, o que levou a ser interposto um Agravo Regimental, o qual foi conhecido e dado provimento, passando a ter a relatoria do Ministro Edson Fachin. Com relação a ADO, este teve a relatoria do Ministro Celso de Mello, que permaneceu até o fim do julgamento. Então, ao serem conhecidas, as ações passaram a ser identificadas como Mandado de Injunção número 4733 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26.

As ações tiveram como base para sua propositura o artigo 5º, incisos XLI e XLII da CRFB. A utilização desses dispositivos ocorreu, pois o *caput* do artigo estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, além de deixar explícito a sua preocupação e proteção a direitos primordiais, como o direito à vida, à liberdade e à igualdade.

Ademais, há, ainda, a menção aos incisos supracitados, os quais não deixam dúvidas quanto à intenção do legislador, do mesmo modo que a obrigação do Estado quanto à necessidade de intervenção através de políticas públicas, haja vista determinar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”. Logo, percebe-se que a Lei Maior não abre espaço para quaisquer atitudes discriminatórias que possam vir a existir na sociedade e, por conta da Constituição Federal/88, apelidada de Cidadã, houve a necessidade de propor as referidas ações para que se pudesse dar efetividade ao que ela preconiza.

4.2 O julgamento e a não unanimidade dos votos

O julgamento da ADO 26/DF, que foi realizado conjuntamente com o do MI 4733, teve início em 13 de fevereiro de 2019 e perdurou até 13 de junho de 2019, totalizando quatro meses de julgamento. Este teve como base os incisos XLI e XLII do artigo 5º, da CRFB/88, ambos incisos, como mencionado no tópico anterior, possuem uma demanda explícita de defesa às minorias de forma a impedir quaisquer tipos de atitudes marginalizadoras, hostis e preconceituosas. Afinal, asseguram que será punida na forma da lei qualquer atitude que atente contra os direitos fundamentais.

As violências sofridas pela população LGBTQIA+ são um grande exemplo de violação a esses direitos, já que atentam diretamente contra dignidade da pessoa humana (princípio este fundamental ao Estado Democrático de Direito). Com isso, observou-se a necessidade de entender a mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional e criminalizar a homotransfobia (art. 5º, XLI), por meio da aplicação analógica da lei antirracismo (Lei 7.716/89), até que seja elaborada lei específica para tal (art. 5º, XLII).

Essa mora legislativa questionada pelas ações não é infundada, pois há um histórico de não apreciação de projetos de leis que envolvem certos temas pelo Congresso Nacional, seja por questão ideológica ou qualquer outro tipo. O fato é que há um atraso nos trâmites legislativos que versam sobre assuntos da população LGBTQIA+, por exemplo, a falta de esforço em debater o projeto de lei introduzido pela Deputada Federal do PT ou mesmo tratar sobre o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a utilização do nome social. Esses assuntos foram objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, ao ser provocado para a prestação da tutela jurisdicional, mas nunca foram objeto de apreciação de fato por aquele Poder que tem o dever constitucional de legislar sobre essa matéria (arts. 22, I, e 48, caput, da CRFB).

Como em todo processo, há o contraditório e a ampla defesa, então, tanto o Senado Federal quanto a Câmara dos Deputados se manifestaram sobre a acusação de mora legislativa. O Senado alegou que era inverídica a acusação, tendo em vista que havia inúmeros projetos de lei em tramitação sobre a matéria e estão sendo discutidos para que possam entrar em vigor. Dessa forma, pediu que a ação fosse julgada improcedente, já que há esses projetos e que deve ser garantida a legalidade e a separação dos poderes, sendo o Poder Legislativo independente. Enquanto a Câmara dos Deputados se resumiu a dizer que, em 23 de novembro de 2006, aprovaram o Projeto de Lei nº 5003/01 e que, seguindo o processo legislativo, foi enviado ao Senado Federal para continuidade.

No entanto, a argumentação feita não foi acatada pelo decano Ministro Celso de Mello, o qual disse em seu posicionamento que a mera tramitação de diversos projetos não descaracteriza a inércia do Legislativo de cumprir o seu dever constitucional.

Tem-se, pois, que é unicamente atribuível ao Poder Legislativo da União a obrigação jurídica de formulação de diplomas legislativos indispensáveis à efetivação dos mandados de incriminação a que aludem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição.

Decorridos mais de trinta [30] anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à punição dos atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão.

Tenho por inacolhível, por isso mesmo, a alegação de que a mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional afastaria, por si só, a configuração, na espécie, de inércia por parte do Poder Legislativo. (BRASIL, 2019, p. 46 – 47, grifo nosso)

Esse pensamento e voto do ex-ministro Celso de Mello não foi seguido por parte dos outros julgadores, não havendo um entendimento unânime quanto ao assunto. O que é esperado por se tratar de um tema delicado e de grande repercussão.

A diversificação dos votos se deu da seguinte maneira: a maioria decidiu por acatar grande parte dos pedidos feitos (representados aqui pelos ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes), enquanto outros ministros decidiram por acatar uma pequena parte dos pedidos (representados pelos ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli) e aquele que não acatou nenhum (o ministro Marco Aurélio).

Os oito ministros que seguiram o voto do Relator, o ex-ministro Celso de Mello, entenderam que a ação deveria ser julgada parcialmente procedente no sentido de declarar a mora do Congresso Nacional e dar a ciência a ele e que deveria ser feita a analogia ao crime de racismo regido pela Lei nº 7.716/89. Os outros dois ministros (Lewandowski e Dias Toffoli) decidiram julgar parcialmente procedente a ação apenas com a declaração de mora e a ciência do Congresso, enquanto o Min. Marco Aurélio julgou completamente improcedente a ação.

Analisando os votos ofertados pelos Ministros, percebe-se que se deu dessa forma: o decano Celso de Mello lembrou que os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição estabelecem a previsão constitucional de criminalização de atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, o que inclui a população LGBTQIA+ e que a mora legislativa questionada pela ação é um ato prejudicial a hegemonia da Constituição. Além disso, é uma afronta ao princípio da igualdade, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. [...] A ausência de efetiva reação estatal às injustas agressões praticadas contra grupos sociais vulneráveis e a recusa do Poder Público a enfrentar e superar as barreiras que inviabilizam a busca da felicidade por parte de homossexuais e transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório, traduzem omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da igualdade (BRASIL, 2019, p. 136, p. 101).

O Ministro Edson Fachin (relator do MI 4733), assim como o ex-ministro Celso de Mello, entende a existência da previsão constitucional e utiliza como embasamento do seu voto as informações trazidas por *amicus curiae* e reforça a existência da exclusão social da comunidade LGBTQIA+, tal como negros e pobres, havendo então um desrespeito ao princípio da igualdade.

Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.

Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime. Afirmar que uma República que tem por objetivo 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' tolera alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, ao tempo em que protege outros, é uma leitura incompatível com o Texto Constitucional." (BRASIL, 2019, p. 213)

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, lembrou os requisitos para a declaração da mora legislativa, falou sobre a eficácia das normas e a necessidade do conflito entre a Constituição e o Poder Público com sua atuação (ou falta dela). Ele entende, assim como os outros, que há uma necessidade constitucional de normatização dos atos atentatórios à população LGBTQIA+, principalmente ao ter conhecimento dos dados trazidos pelos *amicus curiae* e que o Poder Legislativo se encontra em mora, apesar dos projetos em tramitação. Afirmar que o Congresso Nacional possui comandos obrigatórios de combate às discriminações sofridas por grupos minoritários, sendo necessária a edição de lei no caso em comento, e até lá, utiliza-se a lei antirracismo.

Não há, portanto, qualquer razão constitucional ou lógica para que, em semelhante hipótese de exigência constitucional de edição legislativa para punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, se ignore a necessidade de edição de tipos penais. [...] a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal. (BRASIL, 2019, p.265)

Outros ministros seguiram a mesma linha de raciocínio, diferente dos ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio Mello. O Ministro Lewandowski, em seu voto que destoou dos outros oito ministros, reconheceu os desafios enfrentados pela população LGBTQIA+ e que as condutas discriminatórias sofridas por eles deveriam sim ser criminalizadas. Com isso, o ministro conheceu a mora legislativa e afirmou que os Poderes estão em débito com inúmeros grupos marginalizados, como as mulheres, havendo uma urgência quanto à necessidade de intervenção estatal. No entanto, sua decisão se limita a declaração de mora do Congresso Nacional e a ciência deste dessa condição.

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Ante o exposto, voto no sentido de que, parcialmente conhecida, seja parcialmente provida esta ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias. (BRASIL, 2019, p. 514).

Já o Ministro Marco Aurélio, deixou consignado em seu voto um entendimento completamente contrário à maioria dos ministros, isto porque julgou totalmente improcedente a ação. Para ele, deve haver uma delimitação quanto à atuação do STF com relação a outros Poderes e lembrou que é reservado ao Poder Legislativo a legislação sobre matéria penal. Então, apesar de haver a necessidade do combate a tal ato discriminatório, para o ministro, não há como estender o conceito de racismo às discriminações e preconceitos dirigidos à comunidade LGBTQIA+, pois, se feito isso, haveria um desrespeito aos princípios da reserva legal, separação dos poderes, além de praticar analogia *in malam partem*.

Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela 'orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima' há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose. (BRASIL, 2019, p. 556)

Mesmo sem a unanimidade dos votos, a ação foi conhecida e julgada parcialmente procedente no julgamento que teve fim no dia 13 de junho de 2019, por oito votos a três, devendo-se usar analogicamente a lei 7.716/89 para atos discriminatórios contra a população LGBTQIA+.

4.3 ATIVISMO JUDICIAL NA ADO 26: REFLEXOS NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS (SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA LEGAL) E A ANALOGIA AO RACISMO

O fenômeno do ativismo judicial é recente e, por conta disso, não há na doutrina uma definição correta e nem uma conclusão se é ou não algo bom para o ordenamento jurídico. Apesar disso, percebe-se na jurisprudência cada vez mais a presença de uma conduta proativa do Judiciário, o que é uma característica do ativismo judicial, podendo até ser confundido como uma ofensa ao sistema dos freios e contrapesos, como já comentado em tópico próprio.

No julgamento da ADO 26/DF, o STF não agiu diferente e inovou com a adoção dessa postura concretista direta, geral e com efeito vinculante. Essa iniciativa do Judiciário, fez com que houvesse o entendimento da mora legislativa, mas não só. Sem informar um prazo ou obrigar a edição de uma lei pelo Congresso, determinou a utilização da Lei 7.716/89 de forma analógica para criminalizar as atitudes homotransfóbicas.

Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: [...] d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar 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, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que 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 LGBTI+, 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. (BRASIL, 2019 p.10).

Essa decisão é um grande passo para a sociedade e para o Direito, tendo em vista que é uma decisão inovadora e ousada do Poder Judiciário e, por conta disso, desperta inúmeras opiniões acerca do rumo tomado pelo STF. Muitos acreditam que tal decisão viola diretamente o princípio da separação dos poderes, pois entendem que o Supremo teria usurpado a competência do Legislativo e “criado uma lei”, violando o também princípio da legalidade e da reserva legal.

O fundamento desses pensamentos está no art. 5º, XXXIX, da CRFB, o qual afirma que não há crime sem lei anterior que o defina, ou seja, há uma parcela que entende que de fato o STF realizou a criação de uma nova norma e não apenas um claro exemplo da posição concretista adotada em 2007. Isso é visto como a criminalização de uma conduta não antes tipificada e, podendo gerar insegurança jurídica.

Dentre os pensadores está Pedro Lenza, que expõe não achar viável a atitude tida pelo Tribunal e acredita que seja uma invasão a outro Poder.

[...] mesmo que se esteja diante de interpretação conforme à Constituição. Pensamos que o Supremo ‘legislou’, e, nesse sentido, por mais que tenhamos a expectativa de um STF mais ativo no controle das omissões normativas, essa atuação positiva em matéria penal, definindo condutas criminosas, mostra-se muito delicada. (LENZA, 2020, p. 299)

Portanto, entende-se o enquadramento da homotransfobia ao crime de racismo como um ato de analogia *in malam partem*, afrontando não só os princípios constitucionais como os penais. Isso gera uma grande confusão por ser compreendido a legalidade penal como um “tudo ou nada” e não se admitir uma criminalização sem ser pelo Poder Legislativo.

No entanto, em seus votos, os ministros discorreram sobre tal problemática, já que é uma discussão inevitável. Durante os votos, muitos ministros optaram por fazer uma breve conceituação do termo racismo e é perceptível uma ideia de mutação no termo para se encaixar tanto a modernidade dos tempos quanto ao caso julgado. É possível ter essa noção no voto do min. Luiz Fux, que diz:

[...] Mas o Judiciário não está criando uma figura. O Judiciário está fazendo a interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo à luz da homofobia. O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou seu conceito de que racismo é um delito cometido contra o homem de carne e osso, integrantes da comunidade LGBT, judeus e afrodescendentes. Tudo isso é racismo (BRASIL, 2019, p. 406).

Quase todos os ministros buscam fazer essa conceituação para que seja compreensível que o racismo é uma ideologia que prega a inferioridade de um indivíduo em relação a outros, o que se encaixa perfeitamente na homotransfobia, o que faz ser viável a analogia proposta. A criminalização da homotransfobia pelo STF foi uma tentativa de combater e aliviar a violência brutal sofrida por esse grupo e garantir direitos básicos e proteção por meio de penalidades criminais, apesar de ser uma ação juridicamente criticável em certos pontos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento da ADO 26/DF representa um marco histórico para a população LGBTQIA+ que vivia (e ainda vive, de certa forma) à margem da sociedade e também é um importante ato para o ordenamento jurídico, isto porque pode ser visto como uma ação que teve um desfecho justo, porém duvidoso.

A dúvida é proveniente da conduta proativa do Supremo Tribunal Federal ao determinar o uso da lei antirracismo de forma analógica ao crime de homotransfobia. Essa utilização do ativismo judicial gerou uma certa insegurança jurídica, tendo em vista que há a percepção de infringências de importantes princípios do Direito Constitucional e Penal, tais como o da separação dos poderes e da legalidade, nesse caso, sob vertente de reserva legal.

No entanto, é uma clara ideia da evolução do mundo como um todo (seja em sentido social, jurídico), pois com o passar dos anos e a sedimentação de novos entendimentos, o comportamento em sociedade, as normas etc. vão mudando e é imprescindível que o Direito acompanhe tais mudanças. A ADO 26 é um exemplo da urgente necessidade de novas demandas sociais que são impostas ao Judiciário.

De fato, o julgamento desse tema foi de extrema necessidade pública e que já deveria ter sido alvo de uma análise há tempos, mas ao ser feito não deixou de ter o olhar crítico e pensativo dos magistrados. Logo, não há no que se falar em erro grosseiro nesse julgamento, mas em uma ação que teve como base uma conduta nova do Judiciário, que ainda está se consolidando.

O ativismo judicial e a posição concretista são estampados em atos judiciais recentes e propõem uma atuação mais proativa e efetiva do Judiciário na resolução de demandas que outros Poderes não resolveram, mesmo diante seu dever constitucional ou qualquer outro empecilho. Entretanto, deve haver um equilíbrio e parcimônia em sua utilização para que não ocorra o que se acusa no julgamento da ADO 26/DF, o da invasão de um poder no outro.

Apesar disso, esse grande passo na história do movimento LGBTQIA+ tem sido aproveitado de maneira satisfatória ao longo dos anos, após o trânsito em julgado da decisão. Mesmo sendo cedo para apreciar o impacto da decisão na criação de dispositivos de combate à homotransfobia, é possível a identificação de mobilizações oficiais por conta da decisão em alguns estados, como é mostrado em uma pesquisa feita pela ONG *All Out* (BUGARELLI, *et al.*2021).

Embora se tenha obtido resultados satisfatórios com a decisão, ainda é evidente a necessidade de melhorias quanto a forma dos agentes de lidarem com a situação, pois ocorre o chamado de violência institucional, mediante a qual as pessoas são desencorajadas por agentes públicos a denunciarem ou até mesmo desconsiderar ou diminuir a gravidade da violência sofrida.

Porém, sabe-se que esse caminho é longo e que ainda é necessária uma mudança de mentalidade e consciência por parte da sociedade e dos órgãos públicos e seus servidores, bem como uma maior atuação estatal em proteção aos direitos das minorias. A decisão de criminalização da homotransfobia foi apenas um dos passos para o reconhecimento do preconceito e discriminação sofridos pela população LGBTQIA+ de forma estruturada.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado I**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

AZEVEDO, Igor Nóvoa dos Santos Velasco. A criminalização da homotransfobia e a judicialização da política no STF como forma de concretizar direitos fundamentais. **Jus**, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92013/a-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-judicializacao-da-politica-no-stf-como-forma-de-concretizar-direitos-fundamentais>. Acesso em 01 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498><https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 29 out. 2021.

BOTELHO, Isabella. Orgulho LGBTQI+: conheça a história do movimento por direitos. **Mercadizar.com**, 2021. Disponível em: <https://mercadizar.com/noticias/orgulho-lgbtqi-conheca-a-historia-do-movimento-por-direitos/>. Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator Min. Edson Fachin. Portal STF. Processos. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 out. 2021.

BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. **LGBTifobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização**. São Paulo. *All Out* e Instituto Matizes. 2021.

FONTES, Leonardo. Maioria da população brasileira é negra e feminina mas governada por homens e brancos. **EcoDebate**, 2021. Disponível em: ecodebate.com.br/2021/10/14/maioria-da-populacao-brasileira-e-negra-e-feminina-mas-e-governada-por-homens-e-brancos/. Acesso em 01 nov. 2021.

JUNIOR, Jeriel Vieira. **O Julgamento da ADO 26 e MI 4733 como Reflexo do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal** - Análise da Possível Violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Curitiba. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARELLO. **ORGULHO: 10 DIREITOS CONQUISTADOS PELA COMUNIDADE LGBTQ+**. *Online*. Disponível em: <https://marello.legal/novidades/direitos-lgbt-lesbica-gay-homossexual-casamento-heranca-pensao-homofobia-genero>. Acesso em 01 nov. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Felipe Natil Martins. **O STF e a criminalização da homotransfobia: uma análise argumentativa sobre a ADO 26**. Disponível em <https://sbdp.org.br/publication/o-stf-e-a-criminalizacao-da-homotransfobia-uma-analise-argumentativa-sobre-a-ado-26/>. Acesso em 27 out. 2021.

PUTTI, Alexandre. Um LGBT é agredido no Brasil a cada hora, revelam dados do SUS. **Carta Capital**. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/um-lgbt-e-agredido-no-brasil-a-cada-hora-revelam-dados-do-sus/>. Acesso em 30 out. 2021.

STOODI. Movimento LGBT: o que é, história e muito mais!. **Stoodi**. 2021. Disponível em: https://www.stoodi.com.br/blog/atualidades/movimento-lgbt-o-que-e/#O_que_e_o_movimento_LGBT. Acesso em 01 nov. 2021.

TORRES, Eduardo Marinho de Brito. Efeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: uma análise das suas possibilidades. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/efeitos-da-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-uma-analise-das-suas-possibilidades/>. Acesso em 28 out. 2021.

WADY, Ariane Fucci. O que é constituição "super-rígida?". **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/21663/o-que-e-constituicao-super-rigida-ariane-fucci-wady>. Acesso em 01 nov. 2021.