

SIBYLLA NAOUM MENEZES

**PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ANTE A OMISSÃO
LEGISLATIVA: DECISÃO DO STF NA ADO 26**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para a conclusão da graduação
em Direito da Escola de Direito e Administração
Pública - EDAP.

Orientador: André Rufino do Vale

**BRASÍLIA
Julho 2020**

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ANTE A OMISSÃO LEGISLATIVA: DECISÃO DO STF NA ADO 26

Sibylla Naoum Menezes

SUMÁRIO: Introdução; 1. O caminho até a criminalização “provisória” da homofobia no Brasil. 2. A ADO 26 2.1 O voto do Ministro Celso de Mello: com a palavra o relator. 2.2 Principais argumentos dos demais votos proferidos. 3. Os mandados constitucionais de criminalização na Teoria dos Direitos Fundamentais. 4. Os mandados de criminalização e a proteção efetiva dos direitos fundamentais como fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26. 5. A determinação judicial da criminalização da homofobia pelo STF: as funções da Jurisdição Constitucional em face dos princípios da legalidade penal e da separação dos poderes. Considerações Finais e Conclusão.

RESUMO

O presente estudo busca analisar as possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção de direitos fundamentais da população LGBT, ante a omissão legislativa inconstitucional. Com a finalidade de identificar os limites de atuação da jurisdição constitucional diante do princípio da legalidade, da mora do legislativo e da necessária efetivação dos direitos fundamentais, fez-se a análise da fundamentação dos votos publicados no âmbito da Ação Direta por Omissão 26, com especial recorte ao voto do Ministro Celso de Mello, além de revisão bibliográfica, exame da legislação pertinente e de consultas a sítios eletrônicos de instituições oficiais e de organizações da sociedade civil relacionadas ao tema. Dentre outras constatações, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal deve reconhecer as imposições contidas nos mandados de criminalização, podendo utilizar a técnica de interpretação conforme a Constituição, de acordo com os procedimentos estabelecidos nas ações destinadas a sanar omissões legislativas, até que o Congresso faça cessar sua mora, respeitando portanto o desenho institucional da separação dos poderes.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Mandados de Criminalização. Inconstitucionalidade por Omissão. Mora legislativa. Jurisdição Constitucional. Princípio da Legalidade. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The present study seeks to analyze the possibilities of action of the Supreme Federal Court in the implementation of legitimate constitutional impositions, related to the protection of fundamental rights, before the unconstitutional legislative omission and resulting from criminalization warrants expressed in the Constitution. In order to identify the limits of the judicial review, in face of the principle of criminal legality, the Congress stagnation, and the necessary accomplishment of fundamental rights, an analysis of the reasoning of the votes published under the Direct Unconstitutionally Action by Default (ADO) 26 was made, with special focus on the vote of Minister Celso de Mello, in addition to bibliographic review, examination of the relevant legislation and consultation of websites of official institutions and

civil society organizations related to the topic. Among other findings, it was cleared that the Supreme Federal Court must recognize constitutional criminalizing impositions, being able to use the technique of interpretation in accordance with the procedures established in the actions aimed at remedying legislative omissions, until Congress fulfill its obligation, therefore respecting the institutional design of the separation of powers.

Keywords: Fundamental Rights. Criminalization Warrants. Unconstitutionality by Default. Legislative stagnation. Constitucional Jurisdiction. Principle of Legality. Separation of Powers.

INTRODUÇÃO

A reflexão crítica sobre as características político-institucionais dos governos democráticos nunca se fez tão necessária quanto agora. Vivemos uma fase em que a representatividade política não mais atinge os anseios sociais e que as instituições jurídicas do Estado de direito romperam inúmeras barreiras que regem o equilíbrio entre os poderes, colocando em xeque a instrumentalidade do sistema de freios e contrapesos.

Em meio às discussões teóricas sobre o Direito Constitucional na democracia deliberativa, e ao crescente embate à função contramajoritária da Suprema Corte, está a necessidade de preservação dos direitos fundamentais enquanto preceito de existência digna da humanidade. Diante do quadro de omissão legislativa infraconstitucional de gravidade relevante, mesmo com os recentes avanços em políticas sociais, percebe-se que muitas conquistas ainda não estão garantidas em regras positivas lastreadas nos princípios constitucionais.

O cenário político aponta para um eminente risco de retrocesso diante de conquistas individuais e sociais que foram alcançadas de maneira árdua. Em decorrência de excessos do poder judiciário, ou em virtude de omissões legislativas (muitas vezes deliberadas), assistimos ao afloramento de comportamentos cotidianos envolvendo atos homofóbicos, religiosos extremistas, políticos e esportistas fanáticos, nos quais se visualizam atitudes violentas e discriminatórias em prol de preferências pessoais e grupais.

A difícil e crucial tarefa em busca do equilíbrio está em traçar uma linha concreta de atuação jurisdicional que não extrapole os limites da formulação de políticas públicas pelo parlamento, mas que atue rigorosamente na defesa dos direitos fundamentais de maneira a prevenir as nefastas consequências de ações ou omissões que perpetuem um estado de coisas inconstitucional, que em seu bojo, significa violação massiva de direitos das populações vulneráveis.

Nesse sentido, a abordagem do tema torna-se ainda mais relevante, pois é principalmente em momentos de crises circunstanciais que se faz necessário reforçar e valorizar

os avanços da civilização, para assim garantir os valores de humanidade, sem, obviamente, compactuar com exageros e arbitrariedades do judiciário.

A atualidade do tema, por sua vez, relaciona-se não apenas à constatação de que o mundo está sobremaneira marcado por contradições e pelo retorno às violações dos direitos fundamentais - seja por excesso ou omissão estatal - mas também na medida em que se vislumbra que é na seara do direito penal constitucional que o ideário dos direitos fundamentais encontra maior complexidade e necessidade de aprofundamento analítico, diante do visível paradoxo entre garantias e liberdades.

Nesse contexto, este trabalho tem como objetivo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da criminalização da homofobia a partir da teoria geral dos direitos fundamentais e do recorte analítico do conteúdo do voto do Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26 – Distrito Federal (ADO 26), sob a ótica dos mandados de criminalização e diante do contorno institucional da separação de poderes.

O estudo busca demonstrar que a preservação de um direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, ante a omissão legislativa, não se caracteriza como usurpação de poder, e que o judiciário não pode se furtar a decidir sobre ausências que afrontem direitos e liberdades fundamentais, deixando prevalecer o estado de violação, principalmente quando se trata de liberdade e dignidade inerentes a direitos personalíssimos, conforme assegura o mandado de criminalização contido no art. 5º, XLI da Constituição da República.

Assim, objetiva-se analisar em que medida a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26, a partir do voto do Ministro relator, Celso de Mello, cumpre seu papel de proteção do direito de liberdade e não discriminação da população LGBTI, sem extrapolar os limites da jurisdição constitucional. Dado o caráter teórico-argumentativo do projeto, foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica e documental.

A hipótese é que a referida decisão, por fundamentar-se na necessidade de efetiva proteção constitucional de direito fundamental, está em conformidade com o sistema democrático e dentro dos parâmetros da separação de poderes. A discussão envolve o papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, a mora legislativa e os mandados de criminalização. O estudo aborda ainda o processo de interpretação de acordo com a Constituição e os parâmetros estabelecidos pelo procedimento do Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

1 O CAMINHO ATÉ A CRIMINALIZAÇÃO “PROVISÓRIA” DA HOMOFOBIA NO BRASIL

A criminalização da homofobia no Brasil tem uma trajetória intensa e controversa no âmbito legislativo e jurisdicional. A proteção específica de minorias sexuais vem sendo proposta ao longo do tempo e foi tema de vários projetos que tentaram regulamentar as relações homoafetivas, estando sempre presente nas deliberações a ligação entre homofobia, discurso de ódio, argumentos religiosos, e racismo. Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha assumido um amplo compromisso com a igualdade e ensejando a garantia do direito à não discriminação, até o momento, o legislativo ainda não promulgou lei federal que regulamente de forma expressa a vedação a discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual.

Desde a Assembleia Constituinte de 1987-1988 já se discutia a necessidade de incluir o termo “orientação sexual” no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal para reforçar a proibição da discriminação dos grupos LGBTI e a garantir a sua livre vivência afetiva. Enquanto alguns entendiam pela necessidade de inclusão outros alegavam que proteção contra a discriminação por sexo já conteria a discriminação por orientação sexual.¹ Assim, a expressão “orientação sexual”, no art. 3º, IV da Constituição, apesar de aceita em duas subcomissões da constituinte, foi excluída pela Comissão de Sistematização e definitivamente rejeitado pelo Plenário, em 28 de janeiro de 1988. A pauta teve 130 votos a favor, 317 contra.²

Após a promulgação da Constituição cidadã em 1988, continuaram as tentativas de reinserir na Carta Magna ou em leis infraconstitucionais, medidas protetivas contra violência e discriminação da população LGTBI, porém, as tramitações sempre se mostraram inócuas. Além das propostas de emendas constitucionais, projetos de lei, e propostas de sugestões legislativas de ordem popular, muitas delas arquivadas, ainda tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 134/2018, de autoria da Comissão de Direitos Humanos e Legislação participativa, que possui como objetivo instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, no intuito de combater a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero de forma integrada, e em todos os aspectos da vida em sociedade.³

Diante da mora do legislador em editar norma endereçada a afastar a discriminação em função de orientação sexual, para assim garantir a efetivação dos direitos fundamentais das minorias sexuais, a via judicial tornou-se a opção na busca da superação da omissão inconstitucional. Assim, a criminalização da homotransfobia foi suscitada no Mandado de

¹ HOWES, Robert. **João Antônio Mascarenhas (1927-1998): pioneiro do ativismo homossexual no Brasil**. 2010. P. 304-305. Cadernos AEL, 10(18/19).

² HOWES, Robert. **João Antônio Mascarenhas (1927-1998): pioneiro do ativismo homossexual no Brasil**. 2010. P. 304-305. Cadernos AEL, 10(18/19).

³ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018. **Atividade Legislativa**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>. Acesso em: 07 jun. 2020.

Injunção Coletivo 4.733/DF, impetrado no ano de 2012 pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLBT), com a finalidade de suprimir a omissão legislativa que impede a proteção adequada aos direitos fundamentais assegurados pelo art. 5º, XLI da Constituição Federal, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Em julgamento conjunto com a ADO 26, objeto do presente trabalho, o Tribunal conheceu do mandado de injunção, reconheceu a mora do Congresso Nacional e aplicou a Lei 7.716/89 aos crimes de homofobia, “criminalizando temporariamente” a homofobia, conforme publicação:

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019.⁴

O que se constata, após breve panorama dos projetos de criminalização da homofobia no Brasil, é que a luta inócua por ações concretas do legislativo no combate a homofobia acabou por deslocar os pleitos relacionados às questões das minorias sexuais para o judiciário. Essa é uma realidade que pode ser constatada pelo amplo estudo sobre direitos sexuais de LGBT no Brasil, elaborado pelo Ministério de Justiça no ano de 2013, que aponta que a judicialização do tema seria inevitável:

Luiz Mello (2005), já previa que o Judiciário protagonizaria grandes mudanças no cenário da distribuição de direitos sexuais, quando refletia que gays e lésbicas vêm reivindicando de forma mais enfática a garantia de “direitos decorrentes do estabelecimento de vínculos afetivo-sexuais duradouros, seja por meio da atuação em grupos organizados de militância homossexual ou de recursos ao Poder Judiciário, com vistas a garantir direitos patrimoniais e previdenciários em casos de separação ou falecimento de um dos integrantes do casal”. Ele prossegue, afirmando: talvez não seja exagerado dizer que, em face das resistências dos parlamentares para apreciar o Projeto de Lei 1.151/95, que já está na Câmara dos Deputados há dez anos, o Poder Judiciário é a instância que,

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733. Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 20 nov. 2019.

na ausência da lei, normatizará o amparo legal às relações entre pessoas do mesmo sexo, da mesma forma como procedeu em relação às uniões concubinárias.⁵

A ADO 26 é mais uma evidência de que o judiciário acabou por absorver, na ausência da lei, a incumbência de garantir os direitos fundamentais da população LGBTI. Tratar sobre a inclusão dessa população deveria se limitar apenas à exigência do cumprimento do comando constitucional contido no art. 5º da Constituição Federal, que determina que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, ocorre que, na prática, se perpetua o estado de coisas inconstitucionais decorrente da violação dos direitos LGBT. Muitos avanços foram conquistados, porém, a maioria desses direitos foram alcançados por determinação do Supremo Tribunal Federal e não pelo processo legislativo.

A união entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, foi declarada legal pelo STF em virtude da ADPF 132/RJ de 2011, desde então nenhuma lei que permitisse o casamento homoafetivo foi aprovada. O direito à modificação do nome e gênero no registro civil, independente de procedimentos de transgenitalização, foi permitido em 2018 também pelo STF, esse direito é considerado uma das maiores conquistas pela comunidade LGBT. Essa realidade de transposição dos pleitos homotransfóbicos do legislativo para o judiciário, não se limita à realidade brasileira. É relevante destacar que em 15 de junho de 2020, a Suprema Corte norte americana ampliou a interpretação do art. 70 da Lei de Direitos Civis de 1964, que proibia a discriminação em ambientes de trabalho por causa da raça, religião, origem nacional e sexo, para vedar definitivamente a discriminação LGBT no ambiente de trabalho.⁶

2 A ADO 26

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu no dia 13 de julho de 2019 o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, que discutiu a criminalização da homotransfobia. Os ministros julgaram em conjunto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, e o

⁵ OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT* no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário 2013, 2013. 148 p. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/direitos_sexuais_de_lgbt_no_brasil_210x297mm_1411_19h30.pdf/. Acesso em: 05 jun. 2020.

⁶ CAVALCANTI, Leandro; NARA, Felipe Caon e. **O papel do judiciário na garantia dos direitos da população LGBT+**. Disponível em: <https://br.lexstatin.com/opiniao/o-papel-do-judiciario-na-garantia-dos-direitos-da-populacao-lgbt>

Mandado de Injunção 4733 (MI 4733), impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT).

Nas palavras de Paulo Iotti, advogado do PPS e da ABGLT, tanto a ADO 26 quanto o MI 4733, buscaram, em síntese, (i) o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia, com base no princípio da proporcionalidade, em sua acepção de proibição de proteção insuficiente, (ii) no disposto no art. 5º. XLII, na compreensão da homofobia e da transfobia como espécies do gênero racismo, pela compreensão político-social de racismo afirmada pelo STF no caso Ellwanger, por interpretação evolutiva relativa ao conceito constitucional e legal de raça, (iii) subsidiariamente, no disposto no art. 5º, XLI, da Constituição Federal, enquanto discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, no que tange a livre orientação sexual e livre identidade de gênero, no que a homofobia se enquadram.⁷

Nesse sentido, as ações requereram, sucessivamente: (a) a declaração da mora inconstitucional do legislativo na criminalização específica da homofobia e transfobia; (b) a fixação de prazo razoável para que o poder legislativo elabore legislação que criminalize de forma específica todas as formas de homofobia e transfobia; (c) atribuição de interpretação conforme a Constituição ao art. 20 da Lei Antirracismo (Lei nº 7.716/89), para que o crime de discriminação por raça seja interpretado na acepção político-social do racismo, para entender a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo (discriminação por raça), e afastar a compreensão unicamente fenotípica na definição de discriminações racistas, conforme fundamentado no HC no. 82.424/RS; (d) subsidiariamente, caso não entendidas homofobia e transfobia como espécies de racismo, que o Supremo Tribunal Federal exerça a “função legislativa atípica”, para efetuar o controle da omissão legislativa inconstitucional, pela via da criação da normatização geral e abstrata, que vigore provisoriamente, até que o legislativo cumpra seu dever de legislar.⁸

O Senado Federal, posicionou-se pela improcedência do pedido, alegando a inexistência de mandado constitucional de criminalização específica de condutas homotranfóbicas. Sugeriu a necessidade de cautela na aplicação dos mandados de criminalização, defendeu a impossibilidade de se definir homofobia como espécie do gênero racismo com base no caso

⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**: a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019. P. 461-462.

⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**: a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019. P. 461-462

Ellwanger, e defendeu não haver mora legislativa devido a existência de debates sobre o tema no parlamento.⁹

Em despacho ocorrido no dia 9 de março de 2015, o relator solicitou manifestação da Procuradoria-Geral da República “sobre a admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, com particular destaque para o pleito que objetiva estender, por via jurisdicional, mediante analogia (in malam partem?), a Lei 7.716/89”.¹⁰ O parecer ministerial pugnou pelo conhecimento parcial da ação direta, e, no mérito, pela procedência do pedido, conforme ementado:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.
2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem.
3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.
4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.
5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*.
6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.
7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.¹¹

⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 DF**. No 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ado-26-tornar-a-homofobia-crime-de-racismo.pdf/view. Acesso em: 22 jan. 2020.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Alexandre de Moraes. Autor: Partido Popular Socialista. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, posicionou-se pela improcedência dos pedidos, afirmando não existir omissão inconstitucional atribuível ao Congresso Nacional no que diz respeito à ausência de criminalização específica de todas as formas de homofobia, e transfobia. O então Advogado Geral da União, André Mendonça, afirmou que não há omissão atribuída ao Congresso Nacional, pois inexistente qualquer comando constitucional expresso que exija tal tipificação. *"Ainda que em tese a criminalização possa ser considerada legítima, ela não é obrigatória"*, afirmou.¹²

O ministro Celso de Mello, relator da ADO 26, em um voto fundamentado ao longo de 155 páginas, e, acolhendo o parecer do Procurador-Geral da República, julgou procedente a ação, com eficácia geral e efeito vinculante para:

- (a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;
- (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
- (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;
- (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 LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e
- (e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

¹³

junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹² MIGALHAS. **STF inicia julgamento sobre omissão legislativa para criminalização de homofobia.** 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296257/stf-inicia-julgamento-sobre-omissao-legislativa-para-crim>. Acesso em: 05 jun. 2020.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

2.1 O voto do Ministro Celso de Mello: com a palavra o relator

O Ministro Celso de Mello iniciou a manifestação de seu voto afirmando que acabaria por ser “incluído no *index* mantido pelos cultores da intolerância” e do ódio à diversidade, mas que a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal incumbia fazer prevalecer a autoridade e a supremacia da Constituição. Já indicando, com o tom revelador, o foco da análise nos direitos e liberdades fundamentais, dividiu sua fundamentação em dezoito tópicos até celebrar sua conclusão. Passos que serão descritos a seguir.¹⁴

Após sintetizar os fundamentos e pedidos da ADO 26, iniciou com elucidações terminológicas acerca do termo LGBT para definição de pessoas de orientação sexual e identidade de gênero distintas da heterossexualidade cisgênera, não excluindo demais siglas de identidades sexuais e de gênero. Destacou que as várias formas de expressão da diversidade sexual humana refletem o aspecto fundamental e estruturante da identidade de cada pessoa, e compõem um universo conceitual que engloba as noções de sexo, gênero e sexualidade.¹⁵

Esclarece que o termo “sexo” está relacionado ao aspecto biológico de homens, mulheres e intersexos, enquanto o “gênero” se refere a fatores psicossociais da masculinidade e da feminilidade nas relações sociais. Afirma que a identidade de gênero está relacionada ao sentimento de pertencimento de cada indivíduo a essa masculinidade ou feminilidade, que pode coincidir com o sexo biológico (cisgênero) ou não coincidir com o sexo designado no nascimento (transgênero), destacando por fim que a sexualidade humana é conexas à dimensão fundamental da experiência existência dos seres humanos, conforme conceitua a OMS.¹⁶

Ao introduzir razão decisória à análise, o ministro destacou que os *Princípios de Yogyakarta* (2006) estabelecem que todos os seres humanos são livres e iguais em dignidade e direitos, que há uma relação intrínseca e indivisível de todos os aspectos da identidade humana, incluindo os relativos à orientação sexual e identidade de gênero. Cita também o magistério de Maria Berenice Dias para enfatizar que o gênero e a orientação sexual são elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana fazendo parte das dimensões de sua personalidade. Destaca que não existe “opção sexual”, mas “orientação sexual”. Reforça que os padrões de heteronormatividade e cismatividade impõem aos demais uma restrição às suas liberdades fundamentais, impedindo-os de realização de seus projetos pessoais de vida. Nesse sentido, reafirmou que pessoas transgênero são titulares de direitos humanos, devendo o

¹⁴ Ibidem, p. 1.

¹⁵ Ibidem, p. 7.

¹⁶ Ibidem, p. 9.

Estado reconhecer e respeitar todas as orientações sexuais e identidades de gênero, para que todos tenham garantidos os seus direitos jurídicos, sem nenhuma forma discriminação.¹⁷

Superada a abordagem conceitual, Celso de Mello segue para a análise dos pedidos requeridos na ação. Acompanhado pela unanimidade do colegiado, rejeitou a possibilidade de condenação do Estado à indenização das vítimas de homotransfobia, sob o fundamento de que “em ações constitucionais de perfil objetivo, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos.” Assim decidiu não ser possível a concessão da tutela requerida com o objetivo de reparar danos morais ou patrimoniais sofridos por terceiros, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.¹⁸

O ministro rejeitou também a possibilidade do Supremo Tribunal Federal conceber crimes em anômala posição de legislador positivo, por não dispor de atribuição legislativa, o entendimento foi seguido pelos demais ministros. Conforme a tese do autor da ação, uma excepcional atribuição de “função legislativa atípica” por parte do judiciário, baseado no sistema interorgânico de freios e contrapesos, se justificaria por ser a única forma de se retirar do mundo jurídico a situação de omissão inconstitucional de reserva legal.¹⁹ O ministro relator destacou que “em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.”²⁰

Na sequência teceu considerações relevantes sobre as perseguições e represálias sofridas pelos LGBTs ao longo da história e destacou a existência, ainda hoje, de práticas sociais racistas e preconceituosas, excludentes e discriminatórias direcionadas a essa população. Contra a situação exposta, acrescentou mais uma razão decisória ao afirmar que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou, ainda, em razão de sua identidade de gênero.”²¹ Frisou ainda que o Estado democrático e plural não pode, de forma alguma, admitir

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 10-21.

¹⁸ Ibidem, p. 22.

¹⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo:** a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019. p. 506.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal.** p.27. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 27-29.

²¹ Ibidem, p. 36.

comportamentos ou formular normas que por seu caráter discriminatório levem à exclusão jurídica de grupos que integram a sociedade.²²

Ao ressaltar a violência contra os integrantes da comunidade LGBT, demonstrada por estatísticas e fatos noticiados na imprensa, o Min. Celso de Mello sinaliza para o entendimento que referenda posteriormente, de que o quadro de violação a direitos humanos, caracterizado pela inferiorização das pessoas LGBT, são comportamentos racistas.²³

No tópico que trata sobre a inconstitucionalidade por omissão e a inércia do poder público, traz ao julgamento mais uma razão de sua decisão ao afirmar que a Constituição impõe proteção penal à população LGBT. Entendeu que a Constituição é dotada de bases impositivas claras de punição penal e, que os incisos XLI e XLII do art. 5º, são inequivocamente, mandados de incriminação que preconizam a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e o crime da prática de racismo.²⁴

O Min. Celso de Mello destaca que o nexo de causalidade entre a imposição de legislar e a inércia estatal (caracterizada pela demora excessiva na prestação legislativa), justificam a declaração de inconstitucionalidade por omissão. Ao criticar a mora legislativa enfatizou que os mandados de criminalização, de acordo com a doutrina de Luciano Feldens e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, possuem a função de tornar efetivo o dever do Estado de prestação normativa em matéria penal para proteção da integridade de direitos e liberdade fundamentais contra injustas agressões de terceiros.²⁵

Reafirmou que os comandos contidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição são ordens imperativas dirigidas ao legislador, que exigem a elaboração de leis com escopo de punição penal, conforme precedente do próprio STF, relatado pelo Min. Gilmar Mendes (HC 104.410/RS). Nesse ponto, aborda, sutilmente, a questão da equiparação da homofobia ao racismo. Reforça que os mandados de criminalização são mecanismos de proteção de direitos fundamentais e que o inciso XLI do art.5º, inciso XLI, ao dispor que a lei punirá discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, se refere efetivamente a punição penal e não meramente responsabilidade civil. Acrescenta, ao citar os ensinamentos de Luiz Carlos dos

²² Ibidem, p. 29 - 36.

²³ Ibidem, p. 37 - 40.

²⁴ Ibidem, p. 41.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 46.

Santos Gonçalves, que a proibição do racismo e sua criminalização versam igualmente sobre o direito fundamental à igualdade e à dignidade da pessoa humana.²⁶

Tendo como fundamento a supremacia da Constituição, aduz que a ação direta por omissão é um instrumento de “reação jurisdicional autorizada pela Carta Política” que impede o desprestígio da própria Constituição, quando se considera as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa em função de omissão ou “prolongada inércia” do Poder Público.²⁷ Assim, declarou a mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homotransfobia, tanto pela ordem constitucional de punir criminalmente toda discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) , quanto de punir criminalmente todas as formas de racismo (art. 5º, XLII).²⁸

Ao apontar as soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional, o Min. Celso de Mello, além de ressaltar as obrigações contidas nos mandados de criminalização, chamou a atenção para dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a proibição de proteção insuficiente do Estado para com a sociedade. Também afirmou, com sustentação na jurisprudência brasileira e alemã, a possibilidade do controle da atividade legislativa em matéria Penal, com observância à proibição de proteção insuficiente, devendo a intervenção estatal por meio do direito penal (mesmo como *ultima ratio*) ser direcionada pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, pelo princípio da reserva legal proporcional.²⁹

No caso concreto, o ministro apontou que a Constituição, em seu art. 103, §2º, traz como possível solução para suprir o estado de vácuo normativo a cientificação do Congresso Nacional, quanto ao seu estado de mora. Ressalta que o Supremo Tribunal Federal evoluiu nos últimos trinta anos de sua jurisprudência sobre o controle de omissão inconstitucional e na definição de “prazo razoável” como parâmetro de ordem temporal, porém argumenta, de forma crítica, que o “mero apelo ao legislador” tem sido solução inócua e objeto de insensata, protelatória e abusiva desconsideração pelo Congresso Nacional, que permanece negligente no cumprimento dos mandamentos constitucionais de legislar.³⁰

²⁶ Ibidem, p. 59.

²⁷ Ibidem, p. 45.

²⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**: a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019. p. 508

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 58 - 65

³⁰ Ibidem, p. 65.

Nessa etapa o Min. Celso de Mello advertiu que se o Legislativo, após ser cientificado de sua omissão pelo Supremo Tribunal Federal, deixasse de adotar as providências cabíveis no prazo estabelecido, estaria por legitimar a possibilidade da corte constitucional em formular solução jurisdicional para viabilizar a aplicação de norma constitucional de eficácia limitada, nos moldes da jurisprudência já fixada, como ocorreu no caso do exercício do direito de greve por servidores públicos civis. Importante destacar que, inicialmente, o Min. Celso de Mello considerou procedente o requerimento do autor da ação de fixação de um prazo de doze meses para o Congresso Nacional criminalizar a homotransfobia de forma específica. Porém, ao finalizar o voto, não foi fixado prazo.³¹

Em seguida, o ministro abordou a questão do enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei 7.716/89, e trouxe o parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça, a fim de se reconhecer como crimes tipificados nessa lei os comportamentos discriminantes e preconceituosos contra a população LGBT. Destacou que o Ministério Público entendeu que a interpretação conforme não constitui *analogia in malam partem*.³²

Na sequência de seu voto, resgatou a orientação de noção social de racismo, consagrada no caso Ellwanger (HC 82.424 RS), para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89. Destaca que a identidade fundamental da relação entre a homotransfobia e o racismo/discriminação racial (tanto no plano internacional, quanto na ordem interna) resulta da conjugação entre a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação ao acesso de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público, quanto na esfera privada.³³

Ressaltou que a discriminação racial não está restrita ao conceito antropológico e biológico, mas sim possui um conceito mais abrangente de dimensão cultural e sociológica, abarcando “inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua

³¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**: a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019. p. 511.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 69 – 70.

³³ *Ibidem*, p. 73 – 75.

identidade de gênero.” Ao citar Bobbio, afirmou que os inaceitáveis fundamentos ideológicos do racismo visam a discriminação contra a igualdade e a exclusão sociais, mediante atitudes de intolerância que atentam contra a igualdade e a dignidade humana, fomentando ódio e divisões sociais.³⁴

Sobre o processo de interpretação dos textos legais e da constituição, e diante das inúmeras “expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de raça”, defende o método de interpretação conforme, no que alude ao conceito de raça para os fins a que se refere à Lei nº 7.716/89, e destaca que o processo hermenêutico se faz indispensável ante a inaceitável ofensa aos valores constitucionais da igualdade e da tolerância, ainda mais em questões discriminatórias e excludentes, que atingem grupo de extrema vulnerabilidade, como os integrantes da comunidade LGBT.³⁵

O ministro sustenta que sua decisão, por se tratar de interpretação judicial de termos positivados na lei e na Constituição, não envolve analogia *in malam partem* e, tampouco, tipificação penal pelo Supremo Tribunal Federal, limitando-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos preceitos da lei penal vigente, à medida em que a homotransfobia se caracteriza como racismo social. Assim, reafirma que não cabe a qualificação de sentença aditiva ao provimento jurisdicional em questão, conforme alega o Senado Federal. Ademais, aponta que um dos pressupostos de uma sentença aditiva seria a impossibilidade da resolução do conflito mediante o método de interpretação conforme à Constituição, justamente o método usado para resolução da demanda em análise.³⁶

2.2 Principais argumentos dos demais votos proferidos

Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, acatando a tese do ministro relator acima descrito. Quanto ao enquadramento da homotransfobia como tipo penal

³⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**: a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019. p. 514.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 93.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 94.

definido na Lei do Racismo (até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria) ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O Min. Marco Aurélio não reconheceu a mora legislativa.³⁷

O Min. Edson Fachin, relator do Mandado de Injunção 4.733, julgado em conjunto com a ADO 26, acompanhou integralmente as conclusões do Min. Celso de Mello. Reconheceu o cabimento do mandado de injunção por haver, de um lado, omissão do Congresso Nacional em cumprir o dever estatal de editar normas legais sobre a tipificação dos crimes de homotransfobia e, de outro, o direito subjetivo dos cidadãos a tal legislação. Concluiu que o direito previsto no inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal contém um mandado específico de criminalização da homotransfobia. Para o ministro, o princípio da proporcionalidade, pela proibição de proteção insuficiente, é o fundamento pelo qual o STF tem reconhecido que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional. Entendeu que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique a homotransfobia, mas da ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto.³⁸

O Min. Alexandre de Moraes afirmou ser inconteste a incidência do art. 5º, XLI da Constituição Federal para condutas homotransfóbicas enquanto discriminações violadoras dos direitos e liberdades fundamentais por razão da localização do inciso XLI no núcleo penal. Nesse sentido, acrescenta importante fundamento de que mais importante do que o *locus* do dispositivo é a constatação de que o próprio Congresso Nacional, nos últimos 30 anos, estabeleceu um padrão protetivo com edição de leis penais incriminadoras e tipificação específica para todas as ofensas a direitos e liberdades fundamentais de grupos tradicionalmente vulneráveis e que não há lógica para exclusão do grupo LGBT, sendo que tal exclusão seria inconstitucional por ferir o princípio da igualdade.³⁹

A Min. Carmen Lúcia acompanhou os relatores pela procedência dos pedidos. Avaliou que, após tantas mortes, ódio e incitação contra homossexuais, não há como desconhecer a inércia do legislador brasileiro e que tal omissão é inconstitucional. Para a ministra, a

³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 19 jun. 2020.

³⁸ Ibidem.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26**, Voto Min. Alexandre de Moraes. Relator: Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

singularidade de cada ser humano não é pretexto para a desigualdade de dignidades e direitos, e a discriminação contra uma pessoa atinge igualmente toda a sociedade. “A tutela dos direitos fundamentais há de ser plena, para que a Constituição não se torne mera folha de papel”, concluiu.⁴⁰

Lewandowski reconheceu a mora legislativa e a necessidade de dar ciência ao Congresso Nacional a fim de que seja produzida lei sobre o tema. No entanto, não reconheceu a possibilidade enquadrar a homotransfobia na Lei do Racismo. Para o ministro, em decorrência do princípio da reserva legal, é indispensável a existência de lei para que seja viável a punição penal de determinada conduta, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos na promoção da segurança jurídica.⁴¹

O Min. Gilmar Mendes acompanhou a maioria dos votos pela procedência das ações. Além de identificar a inércia do Congresso Nacional, entendeu que a interpretação apresentada pelos relatores, de que a Lei do Racismo pode alcançar os integrantes da comunidade LGBT é compatível com a Constituição Federal. Em seu voto, Mendes lembrou que a criminalização da homofobia é necessária em razão dos diversos atos discriminatórios como homicídios, agressões e ameaças praticadas contra homossexuais e que a matéria envolve a proteção constitucional das liberdades e dos direitos fundamentais das minorias.⁴²

Ao votar, o Min. Marco Aurélio não admitiu o mandado de injunção por considerar inadequado o uso deste instrumento processual no caso em exame. Admitiu em parte a ADO, mas não reconheceu a omissão legislativa quanto à criminalização específica da homotransfobia. Para o ministro, a Lei do Racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos. Considerou que a sinalização do Supremo Tribunal Federal para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, já contribui para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, sendo preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal penal.⁴³

Por sua vez, o Min. Dias Toffoli acompanhou o Min. Lewandowski pela procedência parcial dos pedidos. O ministro Toffoli ressaltou que, apesar da divergência na conclusão, todos

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁴¹ Ibidem.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26**, Voto Min. Gilmar Mendes. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

⁴³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 19 jun. 2020.

os votos proferidos repudiam a discriminação, o ódio, o preconceito e a violência por razões de orientação sexual e identidade de gênero. De acordo com o ministro, o julgamento dá efetividade ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, segundo o qual é objetivo da República é promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴⁴

3 OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os mandados de criminalização são entendidos como uma das faces da proteção dos direitos fundamentais e criam um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição. São instrumentos da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares.⁴⁵

Assim, os mandados de criminalização, como imposições para criminalizar condutas atentatórias aos direitos fundamentais, suscitam toda ordem de questionamento quanto aos limites de atuação dos poderes estatais. Por esse motivo é indispensável sua análise para compreensão da decisão proferida na ADO 26.

Nesse sentido, destaca Feldens, ao citar Alexy, que os direitos fundamentais trazem em si um paradoxo, pois podem ser ao mesmo tempo profundamente democráticos e também profundamente “antidemocráticos”. São democráticos à medida que asseguram a existência e desenvolvimento da pessoa, graças à garantia dos direitos de liberdade e igualdade, e são antidemocráticos ao operarem como limites ao poder do legislador eleito por maioria.⁴⁶

Também ressalta Gilmar Mendes que o exercício dos direitos individuais pode ensejar uma série de conflitos com outros direitos protegidos constitucionalmente. Assim, adverte ser essencial a definição do âmbito de proteção de um direito fundamental pela análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: (a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção, (b) a verificação das possíveis restrições contempladas e identificação das reservas legais de índole restritivas.⁴⁷

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção**. 2014. Revista Jurídica ESMP-SP, V.5, 2014: 43-68. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170

⁴⁶ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e o Direito Penal: A Constituição Penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. E-book: posição 719.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-34 (EDB).

De acordo com Hesse, existem diferentes formas de se proteger os direitos fundamentais, embora seu conteúdo e interpretação possam coincidir. Na Alemanha, os direitos fundamentais são garantidos por uma enumeração minuciosa na Constituição. Na França esses direitos são protegidos pela Declaração Histórica de Direitos Humanos. Na Inglaterra se reconhece a vigência aos direitos fundamentais como garantias não escritas. Destaca o autor, que também a concretização dos direitos fundamentais se dá de maneira diferente em cada lugar, “na medida em que vinculam o legislador ou a fiscalização judicial para garantir sua observância.”⁴⁸

Segundo Ferreira Lima, na ordem constitucional vigente no Brasil, os direitos fundamentais devem ser preservados ao máximo, o que não quer dizer que os direitos, liberdades, poderes e garantias não sejam passíveis de limitação ou restrição, desde que o núcleo essencial seja preservado nos moldes determinados pela própria Constituição. Assim, o legislador não pode atuar de forma ilimitada na produção de leis penais e nem mesmo se omitir no dever de tutela penal. Nesse viés, destaca que a ordem constitucional de criminalização tem o objetivo de dar proteção penal ao bem jurídico considerado fundamental, sempre cuidando da proporcionalidade da punição, porém, evitando o risco da proteção insuficiente.⁴⁹

Portanto, direitos fundamentais, além de serem instrumento de proteção contra abusos estatais decorrentes da violência originada pelos poderes econômico, político e social, são ainda garantias de que o Estado agirá positivamente na implementação de condições fáticas que permitam o exercício e direitos de liberdades fundamentais. Acentua Gilmar Mendes, ao citar Gusy Batis, em seus estudos de direito constitucional, que “não apenas a existência de lei, mas também a sua falta, pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais.”⁵⁰ Assim, os direitos fundamentais, entendidos como mandamentos de tutela ou dever de proteção, são aqueles direitos positivados na Constituição ou em tratados internacionais recepcionados com força constitucional, cuja implementação, respeito e efetividade podem ser demandadas perante o poder judiciário.⁵¹

Konrad Hesse aponta que um dos aspectos da problemática dos direitos fundamentais consiste justamente na necessidade de amparo estatal a prejuízos e ameaças à liberdade das

⁴⁸ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 171 p. (IDP). Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho.

⁴⁹ LIMA, José Wilson Ferreira. **Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p.34.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 803 p. (EDB).

⁵¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p.38

peessoas por poderes alheios ao Estado. Segundo o autor, o dever de proteção por parte do Estado teve como ponto de partida a teoria dos direitos fundamentais como direitos objetivos, que obriga o Estado a viabilizar os meios necessários para que esses direitos se tornem efetivos. Ressalta que caso o Estado descumpra uma obrigação de proteção exigida acontece simultaneamente uma violação do Direito Constitucional.⁵²

Adiciona Gilmar Mendes que os direitos fundamentais são originalmente direitos do cidadão em face do Estado e, portanto, todos os entes estatais estão integralmente vinculados aos direitos fundamentais, tendo as normas definidoras desses direitos uma aplicação imediata. Sobre a vinculação específica da atividade legislativa, destaca Mendes em acordo com Rufner, que o legislador além de respeitar os limites da Constituição na restrição de direitos, tem o dever de editar normas indispensáveis à concretização de direitos fundamentais.⁵³

Já a eficácia dos direitos fundamentais, no âmbito do direito privado, é uma questão que tem se mostrado complexa. O debate gira justamente em torno da aplicação mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nessa perspectiva, sustenta Canaris que os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face do direito privado, tanto na função de proibição de intervenção quanto na função de imperativo de tutela.⁵⁴

Também Feldens, ao destacar que os direitos fundamentais devem ser integralmente preservados frente a qualquer forma de agressão, corrobora para o entendimento de sua eficácia imediata. Nesse sentido, aponta que a Constituição de 1988 estabelece em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e podem ser reivindicadas perante o Poder Judiciário sem a necessidade de mediações legislativas. Ao evocar Vieira Andrade, o autor reforça que não se pode mais sustentar que direitos fundamentais só existam juridicamente por força de lei, ou que valem apenas nos termos dado pelo conteúdo dado pela lei.⁵⁵

Flávia Piovesan segue o entendimento de Canaris e Feldens sobre a aplicação direta dos direitos fundamentais. A autora destaca em sua obra que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas incorporadoras de direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas e que “a força dirigente e vinculante dos

⁵² HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56 (IDP). Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.119. (EDB)

⁵⁴ CANARIS, Clauss-wilhelm. **Direitos Fundamentais e direito privado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 164 p. Ingo Wolfgang Sarlete, Paulo Mota Pinto.

⁵⁵ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e o Direito Penal**: A Constituição Penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 704 p.

direitos e garantias de cunho fundamental objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”⁵⁶

Ingo Sarlet, por sua vez, adverte que a proteção dos direitos fundamentais contra omissões dos poderes públicos encontra-se diretamente vinculada ao problema da efetiva proteção destes direitos por intermédio dos tribunais. Sem entrar diretamente no mérito específico da proteção jurisdicional, o autor inicia importante elucidação sobre a problemática da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais e o alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição. Nesse sentido, aduz que as normas de direito fundamental não possuem uma característica hegemônica, assim, a carga de eficácia de cada norma fundamental será distinta a depender de sua natureza impositiva.⁵⁷

Prossegue lembrando que os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grandes grupos, quais sejam: (i) os direitos de defesa, que incluem os direitos de liberdade, igualdade, garantias, liberdades sociais e política, (ii) os direitos a prestações em sentido amplo e estrito (direito a proteção e participação na organização e procedimento e direitos sociais prestacionais). Destaca que, em regra, os direitos de defesa por assumirem feição subjetiva possuem pouca controvérsia sobre sua aplicabilidade imediata e que alguns autores entendem que os direitos prestacionais, “não raras vezes positivados expressamente sob a forma de normas programáticas, normas objetivo, imposições legiferantes (...)”, exigem interposição do legislador para que sejam dotados de plena eficácia.⁵⁸

Sem ter a presunção de superar todo teor analítico das controvérsias, podemos concluir, resumidamente, que o art. 5º, §1º, determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, cabe ao Judiciário, ao Legislativo e ao Executivo desenvolver esses direitos. Isso não significa, como destaca Paulo Gonet, que todos os direitos e garantias fundamentais venham sempre expressos em normas de eficácia plena. Essa é a regra geral, ocorre que há normas definidoras de direitos que possuem conteúdo de eficácia limitada, o que leva a doutrina a entender o art. 5º, §1º como uma norma-princípio, que estabelece uma

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 91-92 Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/FI%C3%A1via%20Piovesan%20DH%20Direito%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e atual e ampl. p.8889. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁵⁸ Ibidem.

ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.⁵⁹

Diante da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a sua função como imperativos de tutela constitucional, é importante destacar que o Estado de direito contemporâneo é marcado pelo protagonismo da Lei Fundamental que substitui o “Estado Legal” pelo “Estado Constitucional de Direito”, de maneira a superar o “mito do legislador infalível” consubstanciado no positivismo rígido da onipresença da lei. Segundo Bazán, a força normativa da Constituição implica em uma efetiva vinculação jurídica (e não somente política) dos poderes públicos, incluindo o legislador, aos mandados constitucionais.⁶⁰

Nesse sentido, Hamilton Gonçalves Ferraz acrescenta que a Constituição brasileira de 1988 possui um traço comum das constituições do pós-guerra, que é seu caráter analítico, e o alto grau de complexidade de suas disposições, que estipulam objetivos e compromissos com a realização do Estado Democrático de Direito. Ao citar Salo de Carvalho, o autor demonstra que nossa Constituição, na seara do direito penal, não se limitou a traçar garantias e direitos individuais, e sim estabeleceu uma série de dispositivos criminalizantes, comumente chamados de “mandados de criminalização”.⁶¹

Por tratar-se dos direitos mais básicos dos cidadãos e inerente a vida em sociedade, os direitos fundamentais possuem tratamento especial no que tange a sua proteção, portanto sujeitos aos mandados de criminalização. Segundo a lição de Ponte, “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.”⁶²

É fato que o regime jurídico dos mandados constitucionais de criminalização vigentes na Constituição de 1988 ainda é matéria de profundo questionamento no âmbito do direito constitucional, principalmente diante de omissões inconstitucionais em matéria penal. Segundo Ferraz, a constitucionalização/inclusão do direito penal na Carta magna de 1988, trouxe em seu

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** - Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4. ed. rev. e atual. p. 243. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <http://noosfero.ucesal.br/articles/0010/3238/gilmar-mendes-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020

⁶⁰ BAZÁN, Víctor. **Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales**: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. 21. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. p. 45, 49 Disponível em: corteidh.or.cr/tablas/31009.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

⁶¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. O Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito Penal: Avanços e Desafios. **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, [s.i.], v. 1, n. 1, p. 118-141, maio 2017.

⁶² PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 152.

bojo programas criminalizantes que despertam importantes discussões jurídicas no sentido da conformação constitucional do direito penal. “É o fenômeno da constitucionalização-releitura, que, no direito penal, se procede no âmbito da teoria do bem jurídico, nas teorias da pena e no estudo dos princípios penais fundamentais.”⁶³

Ao relatar as transformações do direito penal sob a ótica dos princípios fundamentais, Ferraz chama a atenção para necessária atuação do Estado na promoção e proteção de direitos comunitários e no combate a inércia em prol de bens jurídicos garantidos pela Constituição. Acentua que “o princípio da proporcionalidade, que era tradicionalmente estudado como a proporcionalidade entre delitos (lesões) e penas, seja em sede de legislação, aplicação e execução da pena, passa a adquirir o sentido de regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais”. Nesse sentido serve de apoio à atividade jurisprudencial e assume uma dupla dimensão, uma negativa, como limitadora de excesso de governantes, e outra positiva quanto ao papel do Estado de atuar para combater a inércia ou atuação deficiente do Estado.⁶⁴

Gonçalves, por sua vez, entende que a inserção das sanções penais entre os meios válidos de proteção de direitos fundamentais é controvertida e, ao tratar sobre a eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais, enquanto mandamentos de proteção jurídica penal, afirma que para fins criminais é essencial a existência de mediação legislativa, devido à garantia constitucional da reserva legal. Para o autor, o conflito entre a liberdade individual e o princípio da máxima efetividade constitucional deve ser resolvido em prol do primeiro.⁶⁵

Neste contexto, questões jurídico-penais são cada vez mais submetidas a uma interpretação constitucional da Suprema Corte, formando precedentes relevantes, baseados em votos densamente fundamentados, considerando tanto os argumentos jurídico-penais ou constitucionais, quanto as questões de criminologia e política criminal. A constitucionalização/juridicização do direito penal, é fenômeno que se tornou recorrente e que deve ser analisado com merecido enfoque à máxima proteção dos direitos fundamentais.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. O Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito Penal: Avanços e Desafios. **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, [s.i.], v. 1, n. 1, p. 118-141, maio 2017.

⁶⁵ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 1). p. 53

4. OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO EFETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DO STF NA ADO 26

Uma das razões de decidir na ADO 26, tem como alicerce os mandados de criminalização inscritos no inciso XLI do art. 5º da Constituição (*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*), e a cláusula expressa no inciso XLII do mesmo artigo, que preconizam a imposição ao Congresso Nacional em editar legislação incriminadora de atos que se caracterizem como comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, para que se viabilize em favor das vítimas de homotransfobia a necessária, completa e adequada proteção de índole penal.⁶⁶

Como destaca Gonçalves, a violação dos direitos da população LGBT é a de maior gravidade referente a omissão inconstitucional para proteção penal de vítimas de discriminações atentatórias aos direitos fundamentais. Segundo o autor, embora tenha ocorrido o aumento da incidência de crimes de ódio contra a população LGBT no Brasil, “as graves condutas de intolerância ainda não receberam a diferenciada descrição típica penal que a Constituição, no art. 5º. XLI, exige.”⁶⁷

Para juristas contrários à posição do relator na ADO 26, muito embora o artigo 5º, XLI (mas também o inciso XLII no que toca à criminalização do racismo), tenha a feição de um mandado expresso de punição de toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, isso não significa – diferentemente do que se verifica no caso do racismo (assim como da tortura e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional) – que tal punição tenha de se dar na esfera criminal, pois entendem que o constituinte originário deixou as hipóteses concretas e, mesmo as sanções para as diversas situações, ao arbítrio da deliberação legislativa infraconstitucional.⁶⁸

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, ao adotar a teoria constitucional do bem jurídico penal, analisa a potencialidade de imposições constitucionais de criminalização de condutas e

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 59

⁶⁷ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 285. (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 1).

⁶⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. 2014. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 26 abr. 2010.

conclui que existem criminalizações constitucionalmente legítimas: que ficam sob o julgamento do Legislativo quanto a necessidade de tutela penal. E criminalizações que são constitucionalmente obrigatórias: que decorrem do dever de proteção estatal ao cidadão, incorrendo o Legislativo em omissão inconstitucional, caso não as efetive. Acentua que, ante aos mandados de criminalização expressos, a Constituição já está a pressupor a necessidade de tutela penal para devida proteção.⁶⁹

No que tange aos mandamentos constitucionais punitivos, considerando os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em particular ao voto do relator, Min. Celso de Mello, na ADO 26, pode-se verificar que a razão decisória foi fundamentada na doutrina constitucional penal, em precedentes internacionais e em jurisprudência do próprio Supremo para se chegar à conclusão de que o art. 5º, inciso XLI, da Constituição configura-se como um mandado de criminalização, e não de mera punição sancionatória não penal, tanto em função de sua topografia no texto constitucional (*locus*), quanto por força da proteção insuficiente decorrente do princípio da proporcionalidade.

A divergência foi superada no voto do Min. Celso de Mello, com fundamento extraído da doutrina de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988), pelos ensinamentos de Luciano Feldens (Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal), e ainda pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contida na ADI 3.112/DF e HC 104.401/RS destacado abaixo:⁷⁰

“1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (‘Eingriffsverbote’), expressando também um postulado de proteção (‘Schutzgebote’). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (‘Übermassverbote’), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (‘Untermassverbote’). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como

⁶⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 294 Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.14/12683>. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁷⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo**: a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019. p. 508.

proibição de proteção insuficiente (...).” (HC 104.410/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES)⁷¹

Gonçalves, em sua obra, destaca que os requisitos da previsão constitucional de superioridade valorativa de direitos vinculados à dignidade humana são atendidos por alguns mandados de criminalização, mas não por todos. Segundo o autor, para se verificar se um mandado de criminalização possui essa característica de superioridade protetiva, deve-se observar não apenas se o bem jurídico objeto do mandado de criminalização apresenta “a nota da fundamentalidade”, mas também se a proteção penal foi prevista constitucionalmente de forma diferenciada. Prossegue dando como exemplo a essencialidade da propriedade como bem jurídico, mas ressaltando que sua proteção penal não é um preceito fundamental.⁷²

Reforça ainda o autor que, a escolha constitucional de que o objeto de proteção é um preceito fundamental merecedor de proteção penal encontra-se na existência expressa à proteção penal e no *locus* onde se faz constar essa menção, e aponta os preceitos fundamentais afeitos a legislação penal, quais sejam, as discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), o racismo (art. 5º, XLII), a tortura e o terrorismo (art. 5º, XLVIII), e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV).⁷³

Além da imposição ao legislador de regulamentação do art. 5º XLI, da Constituição, a racionalidade da decisão proferida na ADO 26 adiciona como fundamento constitucional, no contexto dos mandados de criminalização, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente. Assim, o entendimento da intervenção estatal, em consonância com direito penal mínimo, deve ser guiado pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, “a reserva de lei penal configurada como reserva legal proporcional.”⁷⁴

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷² GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 190 (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 1).

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 64

A utilização do princípio da proporcionalidade como fundamento para criminalização da homofobia na ADO 26 foi uma preocupação de juristas como Ingo Sarlet e Lenio Streck, no que alegam que a tese utilizada, que guarda relação com o uso do princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbo*), está descontextualizada, posto que na Alemanha o Tribunal Constitucional declarou ser inconstitucional a descriminalização do aborto, ou seja, a decisão não criminalizava nenhuma conduta. Nesse sentido entendem que a proibição de proteção insuficiente, pode servir de importante critério para o controle dos atos do poder público e mesmo ensejar uma correção de rumos, mas não deve servir de fundamento cogente e eficaz, por si só, para justificar a criminalização de uma conduta mediante provimento jurisdicional.⁷⁵

No sentido contrário, Gonçalves aduz que a nova compreensão do princípio da proporcionalidade, não só em função da proibição do excesso, mas também como proibição de proteção insuficiente é perfeitamente compatível com o princípio penal da subsidiariedade, ou da *ultima ratio*, pelo qual as sanções penais devem se prestar à proteção do bem jurídico somente quando meios menos gravosos não forem suficientes para tal. Assim, o autor reforça que os mandados de criminalização são mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, não sendo fortuita a relação entre os mandados de penalização e os direitos fundamentais, e que existe, portanto uma relação de meio e fim.⁷⁶

Portanto, os direitos fundamentais, garantidos como princípios constitucionais, ou seja, como igualdade recíproca, reconhecida de maneira constitucional por todos e para todos os cidadãos, devem ser entendidos como direito a igualdade pautado na liberdade e no respeito à diversidade, consagrado pela Constituição Federal, sujeitos ao controle precípua de constitucionalidade e sujeitos aos mandados de criminalização.

Observa-se que a constatação da situação de inércia do Estado, em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de preconceito e discriminação praticados em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, viola a Lei fundamental e os direitos nela garantidos, o que constitui uma omissão do Poder Público em editar cláusulas de proteção penal exigidas nos artigos 5º, XLI e XLII da Constituição Federal. Assim, diante da omissão

⁷⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. 2014. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 26 abr. 2010.

⁷⁶ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 58 (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 1).

proveniente dos mandados de criminalização, o Tribunal Constitucional deve se valer do sistema de controle de constitucionalidade da omissão para sanar as injustificáveis lacunas decorrentes da demora do Congresso Nacional em legislar.

Ao não produzir a irradiação necessária para efetivação dos direitos fundamentais, o legislativo viola a Constituição. Isso porque, não basta uma irradiação meramente formal dos direitos fundamentais, é indispensável que todos os direitos fundamentais sejam concretizados da maneira mais substancial possível. A mera consignação do direito a não discriminação no texto da Constituição é insuficiente para sua efetiva proteção. Faz-se necessário que este comando se irradie materialmente, mediante a prática pelo Estado dos atos necessários para que o direito à não discriminação esteja ao alcance do cidadão.

A exemplo do que foi amplamente discutido pelo Supremo Tribunal Federal à época da decisão sobre o direito de greve dos servidores públicos, a inércia legislativa não pode justificar também uma inoperância das decisões da Corte Constitucional. Assim consignou o Min. Gilmar Mendes, em seu voto na MI 670/ES, pela adoção de uma “solução normativa concretizadora” para omissão verificada. Não sem se preocupar com a assunção de um protagonismo de legislador positivo pelo Tribunal, afirmou que a atuação do Supremo já se configurava quase como uma “omissão judicial”. Nesse sentido, justificou a recomendação de uma sentença de perfil aditivo nos moldes italianos.⁷⁷

Em contexto similar, surge o debate acerca de como dar cumprimento aos mandamentos constitucionais em comento, que se dirigem à proteção de grupos sociais vulneráveis ante a omissão que faz perpetuar os abusos que sofrem a população LGBT em relação a seus direitos fundamentais. Se o poder legislativo se omite, o judiciário acionado, sendo parte da engrenagem do sistema democrático de freios e contrapesos, deve atuar com máxima efetividade para dar cumprimento aos comandos constitucionais. Sem se esquecer, é claro, que estamos diante da tensão entre duas liberdades, a liberdade de existência digna da população LGBT e a liberdade individual respaldada pelo princípio da reserva legal.

5 A DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF: AS FUNÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE PENAL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para que se possa compreender a decisão do Supremo Tribunal Federal em determinar a criminalização da homotransfobia reconhecendo-a como crime de racismo, faz-se premente a

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira *et al* (org.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33-34 (IDP Instituto Brasiliense de Direito Público).

análise das funções da jurisdição constitucional, em face dos princípios da legalidade penal e da separação dos poderes, como preceitos imprescindíveis ao Estado democrático de direito e suas consequências para dinâmica democrática como um todo. Importante destacar que o sistema democrático não é uma engrenagem simples.

A jurisdição constitucional não se caracteriza exclusivamente como instituição de função contramajoritária, assim como a democracia não é somente o reflexo das escolhas da maioria. Nesse contexto, temas como a Constituição dirigente, os direitos fundamentais, as omissões inconstitucionais e princípio da legalidade penal, trazem uma complexidade ainda maior às questões relativas ao sistema democrático e aos limites de atuação de suas instituições.

Assim, é necessário abordar a problemática da criminalização da homofobia no arranjo institucional brasileiro, buscando compreender as capacidades de cada uma das instituições aqui envolvidas, mais precisamente, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, a partir dos princípios da legalidade penal e da separação dos poderes.

Como nos ensina Gilmar Mendes, o grande desafio para a jurisdição constitucional é conciliar a proteção dos direitos fundamentais e da democracia. Destaca ainda que, nos Estados constitucionais é dever da jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, sempre respeitando os demais poderes, e que, no cumprimento desse dever, tanto o legislador democrático quanto jurisdição constitucional possuem papéis igualmente relevantes, sendo a interpretação e a aplicação da Constituição uma tarefa que se destina a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade.⁷⁸

Jeremy Waldron, por sua vez, ao combater a *judicial review*, entende que a jurisdição constitucional priva as maiorias políticas do direito de autogoverno democrático sobre questões importantes. O autor entende que o processo legislativo seria melhor caminho do que o método judicial para se decidir questões abstratas sobre direitos, e que desacordos morais são possíveis e a sociedade precisa adotar procedimentos para resolver suas divergências de maneira a respeitar as opiniões das maiorias. Ao mesmo tempo, devem garantir que esses procedimentos legislativos abordem, de forma responsável e deliberada, as questões difíceis e complexas levantadas pelas divergências quanto a direitos.⁷⁹

⁷⁸ MENDES, Gilmar. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. 2011. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

⁷⁹ WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal. v. 115, n. 6, abr. 2006, p. 1352 e 1406.

Para Waldron, em democracias cuja maioria dos cidadãos estejam comprometidos com os direitos fundamentais - inclusive de grupos minoritários - e em que as instituições democráticas e judiciais funcionem razoavelmente bem, não haveria razão para o entendimento de que os tribunais sejam melhores que os órgãos legislativos na tarefa de identificar e delimitar direitos com contornos morais. Porém, diante de circunstâncias legislativas patológicas ou disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico, o autor defende, mesmo que sutilmente, a necessidade de atuação da jurisdição constitucional na proteção de direitos.⁸⁰

Para Richard Fallon, a defesa em favor do controle de constitucionalidade, em sociedades não patológicas, se baseia na compreensão de que erros que resultem em proteção insuficiente de direitos fundamentais são moralmente mais graves que erros que resultam em superproteção, e não na tese de que os tribunais sejam melhores que os parlamentos na identificação e delimitação desses direitos. Em contraposição a Waldron, Fallon aduz que a jurisdição constitucional é uma barreira valiosa contra erros de proteção insuficiente de direitos fundamentais. Segundo Fallon, embora a legitimidade democrática seja importante, ela é apenas parte do sistema democrático, que contribui para a legitimidade política geral (que para o autor é um conceito mais amplo). Ainda que a jurisdição constitucional careça de certa legitimidade democrática, ela reduz a probabilidade de violação de direitos importantes, o que pode aumentar, em vez de prejudicar, a legitimidade política geral de um regime governamental.⁸¹

Fato é que a presença da jurisdição constitucional tem crescido ao longo do tempo e, como destaca Hübner, se perfaz como a problemática central do Direito Constitucional nos dias atuais, consistindo na tensão entre democracia e constituição ou, mais especialmente, entre parlamentos e cortes, no que diz respeito aos direitos fundamentais.⁸²

Segundo Ferrajoli, o aumento da atividade jurisdicional está diretamente relacionado à expansão do princípio da legalidade: “a cada passo dado na tarefa de limitação e sujeição ao direito de poder, inevitavelmente houve um aumento nos espaços da jurisdição”. A expansão do papel do direito e da jurisdição se deu, dentre outros motivos, em função do sistema político

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ FALLON, Richard H. Jr. **The Core of an uneasy case for judicial review**. Harvard Law Review, Vol. 121, N. 7, Mai 2008, p. 1709-1718.

⁸² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo - Usp, São Paulo, 2008. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

produzido pelo Estado social e, em razão da mudança do sistema jurídico ocorrido na segunda metade do século XX, que incorporou os princípios e direitos fundamentais como limites e vínculos, não somente para o Poder Executivo e Judiciário, mas também para o Poder Legislativo. As constituições rígidas do pós-guerra submetem também o legislador à lei, mais precisamente à lei constitucional, transformando o Estado de direito em Estado constitucional de direito.⁸³

Nesse sentido, esclarece Mendes que “um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda ordem jurídica.”⁸⁴

Importante destacar que o princípio da legalidade, ou reserva legal, disciplinado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, está diretamente relacionado à proteção dos direitos e garantias fundamentais. Uma das finalidades do direito penal é proteger os bens mais importantes e necessários à manutenção e sobrevivência da sociedade, ou seja, a proteção dos bens jurídicos fundamentais. Para Nucci, o Estado democrático de Direito jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade.⁸⁵

Segundo a professora e criminalista, Mariângela Gomes, o princípio da legalidade tinha em sua origem o objetivo de restringir o poder do soberano, e submeter o poder estatal de punir a regras claras e previamente definidas, para que o indivíduo não fosse submetido ao arbítrio. A elaboração do princípio da reserva legal trouxe um fundamento garantista à legalidade, considerando que abolição da interpretação judicial levaria a um tratamento mais igualitário dos cidadãos. Porém, segundo a autora, isso não se tornou factível a ponto de se criar normas tão detalhadas que pudessem afastar totalmente a interferência do magistrado. Nesse sentido, destaca a importância da jurisdição na construção do direito penal por meio da definição de conceitos e pela delimitação do alcance das normas jurídicas.⁸⁶

⁸³ ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. 3. ed. Ciudad de México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. 133 p. Disponível em:

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153. (EDB).

⁸⁵ NUCCI, Guilherme. **Qual a relação entre o princípio da legalidade e os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da oficialidade?** 2015. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/qual-a-relacao-entre-o-principio-da-legalidade-e-os-principios-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-e-da-oficialidade>. Acesso em: 07 abr. 2020.

⁸⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FERREIRA, Ivette Senise. **O valor normativo da jurisprudência penal**. 2007. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

Por outro lado adverte Lima que, dada sua dimensão constitucional, “o princípio da legalidade reafirma-se, perante o ordenamento jurídico, como um instrumento de limitação da intervenção penal e assume a clássica feição garantidora de direitos fundamentais em face dos bens jurídicos selecionados para receberem a tutela penal”, ou seja, a Constituição, pelos valores que irradia no ordenamento jurídico, sustenta o Direito Penal e o controla, impedindo sua expansão desmensurada, atuando também para impedir a proteção insuficiente de bens jurídicos considerados necessários pela política criminal no contexto social.⁸⁷

Ao analisar o direito penal e a Constituição, Mariângela Gomes assevera que a primeira relação existente entre o direito penal e a Constituição está relacionada à necessidade que todos os ramos do ordenamento jurídico possuem, de se conformarem aos preceitos constitucionais. Ao citar Juan Sanchez, Gomes adverte que o poder punitivo do Estado, na esfera da liberdade dos indivíduos, deve ser limitado tanto formalmente quanto materialmente. Destaca, em contrapartida, que certas normas restritivas de liberdade só se justificam em sua funcionalidade para gerar mais liberdade do que para sacrificá-la.⁸⁸ É este o caso que se verifica na busca da criminalização da homofobia, uma possível intervenção na esfera de uma liberdade individual para a garantia da liberdade fundamental de uma coletividade subjugada à sua dignidade existencial.

Ainda que diante da evolução do princípio da legalidade, no contexto da constitucionalização do direito penal, não é possível desprezar a reserva legal como uma das faces garantidoras de liberdade. Porém, como adverte Gomes, é essencial que haja a proteção dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, mesmo frente à própria lei. Assim, “a velha ideia de proteção da liberdade pela lei tende a ser substituída pela necessidade de proteção das liberdades perante a lei.”⁸⁹

Nesse ponto chegamos a um paradoxo entre o princípio da legalidade e os mandados constitucionais de criminalização, ou seja, como dar máxima efetividade a um direito fundamental de não discriminação, garantido pela Constituição como mandamento penal, ante a omissão decorrente de uma mora infundável do legislador, que faz perpetuar um estado de coisas inconstitucionais que impendem a população LGBT de existência livre e digna.

⁸⁷ LIMA, José Wilson Ferreira. **Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 53.

⁸⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 25 e 75.

⁸⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

Para Bazán, a colmatação jurisdicional de omissões inconstitucionais representa uma garantia contra a inércia, principalmente legislativa, e não pode ser desqualificada *a priori* sob o pretexto de que promove uma intrusão ilegítima da justiça constitucional na esfera funcional do legislador ou das respectivas autoridades. Adiciona o autor que o problema da inconstitucionalidade por omissão se soma à saga das tensões valorativas típicas do texto constitucional, fundamentalmente aquelas que transitam entre a supremacia e a normatividade da lei fundamental e o princípio da liberdade de conformidade do legislador.⁹⁰

Para o caso em análise é importante trazer ao debate questões sobre a metodologia jurídica aplicada à interpretação constitucional, e a possibilidade de revisão de fatos legislativos (compreendidos como fatos históricos, atuais e eventos futuros referentes à análise legislativa) pelo órgão judicial, uma vez que a utilização de análises da realidade social relacionadas às premissas fáticas dos atos legislativos, cuja constitucionalidade seja questionada, pode contribuir tanto para a melhoria da qualidade das decisões quanto para a democratização do processo decisório.⁹¹

De forma objetiva, Gilmar Mendes destaca a inevitabilidade de apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e aplicação da lei, como inerente à própria metodologia jurídica, superando-se assim a hermenêutica clássica de controle de normas pela simples subsunção da norma questionada à norma constitucional superior. Considera inegável a “comunicação entre norma e fato”, ou seja, a investigação dos fatos legislativos constitui parte essencial do controle de constitucionalidade, indissociável da competência do Tribunal. Assim, esclarece sobre o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade: “a Lei 9.868 de 1999 outorga ao Supremo Tribunal Federal um importante instrumento para aferição dos fatos e prognoses legislativos no âmbito do controle abstrato de normas”.⁹²

Nesse sentido, ao se declarar a inconstitucionalidade por omissão, prescreve o art. 103, § 2º da própria Constituição, e o art. 12 H da lei 12.063 de 2009, que será dada ciência ao poder competente para adoção das providências necessárias. Assim, nos ensina Rufino que, apesar da ortodoxia aparente do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal poderá adotar técnicas

⁹⁰ BAZÁN, Víctor. **Control de las omisiones incostitucionales e inconvencionales**: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. 21. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. p. 22 Disponível em: corteidh.or.cr/tablas/31009.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial**. 2000. Revista Jurídica Virtual n.8. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/114>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial**. 2000. Revista Jurídica Virtual n.8. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/114>. Acesso em: 20 jun. 2020.

inovadoras de decisão, como por exemplo a estipulação de prazo razoável para que o Legislativo colmate a lacuna. Segundo o autor, a Lei 12.063/09 em seu art. 12-H, § 2º, prevê a aplicação subsidiária da Lei 9.868 de 1999 (que dispõem sobre o processo de ADI e ADC), possibilitando que, em sede de ADO, o STF possa adotar a técnica de decisão como a interpretação conforme.⁹³

Portanto, se por um lado a criação direta de uma nova lei pelo poder judiciário não é viável, por outro, a jurisdição constitucional em sua essência, o próprio direito penal, a Constituição, a Lei 9.986/99 e a Lei 12.063/09, que tratam das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, admitem a interpretação conforme a Constituição.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao prolatar uma sentença provisória, largamente fundamentada, diante de análise de fatos que constata a mora legislativa e com base em interpretação conforme a Constituição (autorizada pela lei que disciplina o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), cumpre sua função contramajoritária na proteção de minorias vulneráveis; enseja a concretização efetiva de um direito fundamental e não exclui a possibilidade futura de colmatação da omissão pelo Congresso Nacional.

Não se pode deixar de destacar que a interpretação efetuada na ADO 26 é compatível com a decisão do STF no HC. 82.424 em que “o conceito de racismo é usado, pois, a partir de parâmetros sociais e culturais para fins de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social”. O HC. 82.424 fixou um precedente importante no campo da jurisdição constitucional, e o modelo principiológico de interpretação adotado à época, não gerou repercussão negativa agora suscitada na criminalização da homotransfobia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional para efetivação de direitos fundamentais, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão que criminalizou a homofobia, nos termos da Lei 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

A análise da argumentação proferida na ADO 26 apontou para uma convergência entre a maioria dos votos dos ministros e a fundamentação do Min. Relator Celso de Mello. Assim, a razão decisória baseou-se de maneira preponderante nos seguintes argumentos: (i) existência

⁹³ VALE, André Rufino do. **A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na nova Lei n. 12.063/2009**. 2009. Observatório da Jurisdição Constitucional. IDP. Disponível em: file:///Users/snm/Downloads/320-1107-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

de práticas sociais racistas, preconceituosas, excludentes e discriminatórias contra a população LGBT ao longo da história e até os dias de hoje; (ii) os incisos XLI e XLII do art. 5º, da CF, são inequivocamente mandados de criminalização conforme precedente do HC 104.410/RS (caso do porte ilegal de arma de fogo) e por sua localização no núcleo penal (topologia); (iii) o princípio da proporcionalidade consagra a proibição de proteção insuficiente, que está caracterizada pela omissão legislativa na proteção penal da população LGBT, ante os índices de violência e discriminação; (iv) a mera tramitação legislativa não possui o condão de afastar o estado de proteção insuficiente, portanto, inconstitucional a inércia na criminalização específica da homotransfobia, por violação do art. 5º. XLI e XLII, da CF, com base no precedente do MI 670 (caso direito de greve dos servidores públicos); (v) a homotransfobia se enquadra no conceito de racismo para configuração típica dos delitos previstos na Lei 7.716/89, tendo em vista ser o racismo um conceito social e não somente fenotípico ou biológico, que se caracteriza pela subjugação de um grupo estigmatizado por um grupo dominante, com fundamento no parecer da Procuradoria Geral da República e no HC 82.424/RS (caso Ellwanger).

Os votos contrários tiveram como fundamento essencialmente: (i) mesmo reconhecida a mora legislativa não é viável evocar “precedentes concretistas” como o MI 670, para justificar a omissão, por se tratar de matéria penal sujeita a reserva legal; (ii) o conceito de racismo do HC 82.424/RS consignou superado o conceito biológico, porém a taxatividade do conceito não permite ampliação; (iii) o vocábulo “punirá” do art. 5º. XLI, não se equipara a “criminalizará”, portanto a criminalização deve ser feita pelo legislativo.

A premissa estabelecida na introdução de que a preservação de direitos fundamentais possui papel preponderante na concretização de direitos, bem como a necessidade de reflexão sobre os limites de cada Poder em matéria constitucional penal, desvelaram a necessidade de aprofundar a análise conceitual dos mandados de criminalização, das especificidades do princípio da legalidade, assim como seu desenvolvimento ao longo do tempo, para, posteriormente, refletir sobre a possibilidade de colmatação de lacuna legal, via interpretação sistemática da Constituição, com fundamento nos procedimentos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A análise dos mandados de criminalização demonstrou que a Carta Política traz em seu bojo uma série de comandos criminalizantes, que servem como mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. O estudo elucidou que há divergência quanto a utilização do princípio da proporcionalidade como fundamento da criminalização da homofobia, porém a evolução do

direito penal Constitucional aponta para uma releitura penal que consiste em interpretar as leis, princípios e categorias penais a partir dos direitos fundamentais, e não o contrário, o que possibilita a compatibilização, por exemplo, da noção de direito penal mínimo com a proibição de proteção insuficiente.

Todavia, não há espaço para uma atuação atípica do judiciário na criação direta de um novo tipo penal. Muito embora alguns autores defendam que os direitos fundamentais sejam de eficácia imediata e aplicabilidade direta, a doutrina majoritária entende haver necessidade de mediação legislativa quando se trata de direitos fundamentais para fins criminais.

Ocorre que, como se constata, o fundamento dos votos vencedores reconheceu a homotransfobia como crime a partir da interpretação conforme a Constituição, autorizada pelo procedimento estabelecido nas leis que disciplinam o mandado de injunção e as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. A interpretação fundamentada em precedentes sólidos, calcada na teoria dos direitos fundamentais e nos mandados de criminalização, mostra-se em conformidade com o sistema decisório democrático.

Além disso, os procedimentos estabelecidos no Mandado de Injunção e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, permitem ao Supremo Tribunal Federal a análise dos fatos ocorridos no âmbito do Legislativo para constatação da mora inconstitucional e estabelece a via da interpretação conforme como possibilidade para colmatação de lacunas inconstitucionais.

Quanto aos limites da técnica de interpretação e extensão do conteúdo da norma, verifica-se que as críticas atuais ao processo de criminalização da homofobia não aconteceram à época da decisão do Caso Ellwanger, ocasião em que foi utilizado o mesmo modelo principiológico de interpretação.

Por fim, não se deve ignorar as possíveis consequências da decisão proferida na ADO 26. Duas indagações merecem reflexão: é possível que o entendimento alcançado, mesmo em consonância com as práticas e técnicas decisórias constitucionais, possa sofrer reveses? Uma mudança na composição da Corte Constitucional brasileira poderá levar a retrocessos na proteção efetiva de direitos e liberdades fundamentais de minorias vulneráveis?

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015. 669 p. (Teoria & direito público). Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. 3. ed. Ciudad de México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. Disponível em: biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1695-jurisdicion-y-argumentacion-en-el-estado-constitucional. Acesso em: 30 maio 2020.

BAZÁN, Víctor. **Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos**. 21. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. 994 p. Disponível em: corteidh.or.cr/tablas/31009.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda à Constituição nº 66**, de 27 de maio de 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificica=true&q=%22orienta%C3%A7%C3%A3o%20sexual%22&tipos=PEC>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei nº 3032**, de 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956277&ts=1582133741300&disposition=inline>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. No 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ado-26-tornar-a-homofobia-crime-de-racismo.pdf/view. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**, Voto Min. Alexandre de Moraes. Autor: Partido Popular Socialista. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26**, Voto Min. Gilmar Mendes. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112-1**, DF. Autor: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Ministro Ricardo Levandowski. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2004. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 02 fev. 2004. Disponível em: http://ead.senar.org.br/lms/webroot/uploads/senar/duvidas/res_19160. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Autor: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**, Voto Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190523-04.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CAVALCANTI, Leandro; NARA, Felipe Caon e. **O papel do judiciário na garantia dos direitos da população LGBT+**. Disponível em: <https://br.lexstatin.com/opinia/o-papel-do-judiciario-na-garantia-dos-direitos-da-populacao-lgbt>

CANARIS, Clauss-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e direito privado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 164 p. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. 2014. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 26 abr. 2010.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. 447 p. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.14/12683>. Acesso em: 04 dez. 2019.

FALLON, Richard H. Jr. **The Core of an Uneasy Case for Judicial Review**. Harvard Law Review, Vol. 121, N. 7, Mai. 2008, pp. 1693-1736.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e o Direito Penal: A Constituição Penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 704 p.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246 p.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FERREIRA, Ivette Senise. **O valor normativo da jurisprudência penal**. 2007. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. 327 p. (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 1).

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 171 p. (IDP). Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho.

HOWES, Robert. **João Antônio Mascarenhas (1927-1998): pioneiro do ativismo homossexual no Brasil**. 2010. Cadernos AEL, 10(18/19). Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/ael/article/view/2516>. Acesso em: 05 jun. 2020.

LIMA, José Wilson Ferreira. **Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. 126 p.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2008. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. 2011. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial**. 2000. Revista Jurídica Virtual n.8. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/114>. Acesso em: 20 jun. 2020

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** - Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. 1528 p. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3238/gilmar-mendes-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 803 p. (EDB).

MENDES, Gilmar Ferreira *et al* (org.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. 575 p. (IDP Instituto Brasiliense de Direito Público).

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção**. 2014. Revista Jurídica ESMP-SP, V.5, 2014: 43-68. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo**. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92746/Nobre%20J%C3%BAnior%20Edilson.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 15 maio 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 1020 p.

NUCCI, Guilherme. **Qual a relação entre o princípio da legalidade e os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da oficialidade?** 2015. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/qual-a-relacao-entre-o-principio-da-legalidade->

e-os-principios-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-e-da-oficialidade. Acesso em: 07 abr. 2020.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT* no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário 2013, 2013. 148 p. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/direitos_sexuais_de_lgbt_no_brasil_210x297mm_1411_19h30.pdf/. Acesso em: 05 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 782 p. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/FI%C3%A1via%20Piovesan%20DH%20Direito%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

POMPEU, Ana. **Omissão Legislativa**: Supremo forma maioria para criminalizar a homofobia na lei do racismo. 2019. Boletim de notícias Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-23/supremo-maioria-criminalizar-homofobia-lei-racismo>. Acesso em: 05 maio 2020.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 209 p.

REDLER, Ivana. **Criminalização da homofobia no STF: veja como votou cada ministro**. Disponível em: <https://masterjuris.com.br/criminalizacao-da-homofobia-no-stf-veja-como-votou-cada-ministro/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P. 18667

SCALCON, Raquel Lima. **Crítica à Teoria dos Mandados Constitucionais Implícitos de Criminalização**: podemos manter o legislador ordinário na prisão?. : Podemos Manter o Legislador Ordinário na Prisão?. *Res Severa Verum Gaudium*: Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 167-181, jul. 2009. Disponível em: http://www.esmeg.org.br/pdfMural/mandados_constitucionais_de_criminalizacao_implicitos_-_critica.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006**. Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 05 jun. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 134 de 2018**. Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>. Acesso em: 07 jun. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 860 de 2019**. Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135327>. Acesso em: 06 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERALEAL. **Decano do STF inicia voto sobre omissão do Congresso Nacional em criminalizar homofobia.** 2019. Imprensa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403375>. Acesso em: 06 jun. 2020.

VALE, André Rufino do. **A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na nova Lei n. 12.063/2009.** 2009. Observatório da Jurisdição Constitucional. IDP. Disponível em: [file:///Users/snm/Downloads/320-1107-1-PB%20\(1\).pdf](file:///Users/snm/Downloads/320-1107-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 19 jun. 2020.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009. 274 p. (IDP Instituto Brasiliense de Direito Público).

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo:** a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019. 580 p.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review.** The Yale Law Journal. v. 115, n. 6, abr. 2006, p. 1346-1406.