

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA À LUZ DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: A ADOÇÃO DA ANALOGIA IN MALAM PARTEM FACE
À OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**THE CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSFOBIA IN THE LIGHT OF THE
SUPREME FEDERAL COURT: THE ADOPTION OF THE ANALOGY IN MALAM
PARTEM IN THE FACE OF THE OMISSION OF THE BRAZILIAN
LEGISLATIVE POWER**

<i>Recebido em:</i>	14/03/2023
<i>Aprovado em:</i>	30/06/2023

Olavo Rodolfo Pedrosa¹

Dirceu Pereira Siqueira²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo apresentar, com base na análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, bem como do Mandado de Injunção (MI) nº 4733 pela Corte Constitucional, sua legitimidade enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais de um grupo minoritário, tal qual a população LGBTQIAP+, a fim de suprir a omissão do Poder Legislativo no que se tange a tutela dos interesses difusos e coletivos e a dignidade da pessoa humana, fundamentada tal displicência através da teoria

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFAFIBE, olavo.rp@gmail.com.

² Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar, Maringá, PR (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor no curso de graduação em direito do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State - EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado.

do fato social, do sociólogo Émile Durkheim. No seguimento, será analisada a crítica de ativismo judicial que é empregada ao Supremo Tribunal Federal ao equiparar os crimes de homofobia e transfobia ao crime de racismo, bem como a vedação da analogia in malam partem (em prejuízo do réu) no direito brasileiro, sob o método de análise dedutivo e da revisão bibliográfica, a fim de obter uma conclusão lógica sobre a teoria aplicada através de estudos já realizados na égide da problemática.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalização; Jurisdição Constitucional; Homofobia; Transfobia.

ABSTRACT

This study aims to present, based on the analysis of the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) nº 26, as well as the Writ of Injunction (MI) nº 4733 by the Constitutional Court, its legitimacy as guardian of the rights and guarantees fundamental rights of a minority group, such as the LGBTQIAP+ population, in order to overcome the omission of the Legislative Power regarding the protection of diffuse and collective interests and the dignity of the human person, based on such carelessness through the theory of the social fact, of the sociologist Émile Durkheim. Next, the criticism of judicial activism that is used by the Federal Supreme Court when equating the crimes of homophobia and transphobia with the crime of racism will be analyzed, as well as the prohibition of the analogy in malam partem (to the detriment of the defendant) in Brazilian law, under the method of deductive analysis and bibliographic review, in order to obtain a logical conclusion on the theory applied through studies already carried out in the aegis of the problem.

KEYWORDS: Criminalization; Constitutional Jurisdiction; Homophobia; Transphobia.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar sob a égide da Constituição Federal de 1988, a atuação do Supremo Tribunal Federal ao equiparar os crimes de homofobia e transfobia ao crime de racismo (Lei nº 7.716/1989), bem como a tendência de atuação do Poder Judiciário ante a inércia do Poder Legislativo para com o tema e a comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais, Transgêneros, Queer, Intersexo, Assexuais, Pansexuais e mais (LGBTQIAP+).

Para tratar da criminalização da homofobia, se faz necessária uma futura análise dos conceitos elementares da sexualidade humana, sendo composta pela orientação sexual e de identidade de gênero.

Promulgada em 1988, a Constituição Federal da República adotou como eixo principal e princípio-matriz a dignidade da pessoa humana, garantia constitucional de todos os direitos invocados e nela contidos. Sendo a facilitadora para a defesa de direitos fundamentais, as garantias constitucionais são efetivamente concretizadas através de mecanismos que fazem este “caminho” entre as garantias e direitos fundamentais até o cidadão. No tema analisado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ou simplesmente ADO) — um dos vários e imprescindíveis controles abstratos de constitucionalidade; e o Mandado de Injunção (MI), também conhecido como um dos cinco remédios constitucionais, juntamente com o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança e a ação popular.

O presente estudo se debruçará sobre o principal estudo de Émile Durkheim, através de sua base teórica, sob a ótica da Teoria do Fato Social, a fim de expender através da percepção do indivíduo, este que é condicionado por realidades sociais as quais limitam as atitudes aceitas pela sociedade.

Não só isso, mas também buscar entender, bem como relacionar, com base nas características da Teoria do Fato Social (generalidade, exterioridade e a coercitividade) a estagnação e inatividade dos poderes, e principalmente do Legislativo para com a população LGBTQIAP+, a partir do princípio de que tudo aquilo que é socialmente ignorado, tende-se a

ser continuamente ignorado através da característica da coercitividade, que por sua própria natureza, tem o poder de impor, num reiterado cenário, os padrões culturais, religiosos e sociais aos integrantes daquela coletividade.

Destarte, há que se questionar e embasar todo o trabalho aqui desenvolvido nas seguintes perguntas de pesquisa: houve violação da vedação da analogia in malam partem (lex stricta) quando o STF decidiu criminalizar os crimes de homofobia e transfobia?

Para toda a fundamentação do presente trabalho, seguido da introdução, o segundo capítulo tratará da metodologia empregada no presente estudo, apontando o meio pelo qual os dados aqui utilizados foram tratados e aplicados.

Por sua vez, o terceiro capítulo discutirá a necessidade da criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Constituição Federal de 1988, sobretudo em relação a proteção das minorias, trazendo um breve introito e abordagem da sexualidade humana, bem como para principalmente explicar a atuação do Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário em casos de controle de Constitucionalidade.

O quinto capítulo debruçará o assunto a sociologia clássica através da aplicação prática da teoria do fato social do sociólogo Émile Durkheim junto a problemática da violência contra a comunidade LGBTQIAP+ ao longo dos anos, bem como tal discussão evoluiu e qual a situação atual no Brasil, principalmente em relação a retirada da homossexualidade da lista de doenças mentais pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

2. METODOLOGIA

Insta salientar que o método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, que consiste numa abordagem racionalista, na qual postula que a razão é o único caminho para o conhecimento real, através da adoção de uma cadeia de raciocínio. De acordo com o entendimento clássico, o método dedutivo é aquele que parte da generalidade, que, por conseguinte, descende-se ao particular, a partir de princípios, teorias ou leis consideradas verdadeiras e cientificamente comprovadas (e indiscutíveis), com a aplicação de casos particulares, lastreados na lógica.

“Parte dos princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.” (GIL, 2008, p. 9). O método de abordagem dedutivo é adequado a utilização por transmitir maior precisão ao tema em análise, já que, parte do estudo de teorias gerais para se chegar a propostas específicas visando respeitar garantias fundamentais e a proteção da dignidade humana, complementando essencialmente toda a construção do presente estudo. Dedutivo, pois, buscará encontrar uma conclusão válida e, no final, através do raciocínio lógico, o desfecho argumentativo através da Teoria do Fato Social, da problemática envolvendo o aparente conflito de competências entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, e por fim, resposta à pergunta de pesquisa.

Este somado na análise revisão bibliográfica, que é uma revisão de literatura que fornece uma análise crítica, ampla e detalhada das tendências atuais em um determinado campo do conhecimento, tendo como centro a pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial atenção ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, bem como do Mandado de Injunção (MI) nº 4733. O caráter normativo e documental do presente trabalho deu-se principalmente pelo uso das leis e da Constituição Federal de 1988, sendo que o intuito maior da pesquisa é analisar o tema e seus impactos dentro do Direito e da sociedade no Brasil, podendo chegar à conclusão acerca da inércia do poder legislativo brasileiro em relação as pautas LGBTQIAP+, lastreando este comportamento através do estudo do fato social, de Durkheim.

3. A NECESSIDADE DA PROTEÇÃO DAS MINORIAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Análise da necessidade de criminalização da homofobia passa pela compreensão dos conceitos de orientação sexual e de identidade de gênero, que são elementos da sexualidade humana. Conforme leciona Rios (2001, p. 90-91), A sexualidade compõe a identidade da pessoa humana e representa uma “[...] dimensão fundamental da constituição

da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade”.

Daniel Borillo (2010, p. 23) esclarece que a orientação sexual é apenas um elemento da sexualidade enquanto complexo de comportamentos referentes à pulsão sexual e à sua concretização. O autor leciona que a homossexualidade é a atração sexual dirigida para pessoas do mesmo sexo, que a heterossexualidade consiste na atração pelo sexo oposto e que há ainda a bissexualidade, na qual o sexo do parceiro é indiferente.

Por sua vez, a identidade de gênero corresponde, de acordo com os chamados Princípios de Yogyakarta:

A experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, p. 10).

O art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 proíbe todas as formas de discriminação, dentre elas as decorrentes de orientação sexual e/ou de identidade de gênero, na medida em que estabelece no rol de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção “[...] do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, ao tratar da proibição de discriminação, Roger Raupp Rios (2010, p. 715) leciona que o conceito de proibição da discriminação sexual abrange diversas situações, como tratamento desfavorável dado ao heterossexual em razão do seu sexo biológico e gênero, ao homossexual em decorrência da sua orientação sexual e ao travesti ou transexual em razão de sua identidade de gênero.

Destarte, assim como veremos adiante, o STF em julgar outros casos, já deixou claro que o reconhecimento do direito à autodeterminação de gênero seja feito pelo próprio indivíduo, como expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade,

abarcado no poder fundamental de qualquer pessoa humana, sendo dever do Poder Público ser reconhecido (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto).

O princípio da não discriminação mencionado alhures, consagra-se como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, contrapõe-se, todavia, à realidade social, considerando que o preconceito e a discriminação em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero são praticados de forma recorrente, em virtude da ausência de proteção eficiente do Estado no que diz respeito à população LGBT.

Segundo Daniel Borillo (2010, p. 36), a homofobia consiste na:

Hostilidade geral, psicológica e social, em relação àqueles de que se supõe que desejam indivíduos de seu próprio sexo ou tenham práticas sexuais com eles. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel determinado por seu sexo biológico. Construção ideológica consistente na promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e extrai dela consequências políticas.

Tanto é que se torna incontroverso tal objetivo fundamental, pois já foi formalmente recepcionado pelo Brasil em seu ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678/1992 (BRASIL, 1992), ou simplesmente Pacto de San José da Costa Rica, e reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que dentre outros, fomenta o direito à identidade de gênero e à orientação sexual como indispensável e conseqüente dever estatal de proteção.

Em razão dessa inércia do Poder Legislativo, foram propostos o Mandado de Injunção nº 4733 (MI nº 4733) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26), pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT – e pelo Partido Popular Socialista – PPS –, respectivamente.

Num primeiro momento, apresenta-se o princípio da separação dos poderes, ou “tripartição dos poderes”, apresentadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua famosa obra *Política*, onde o filósofo apresenta a ideia de três poderes distintos consistentes em editar e criar normas gerais e reguladoras da sociedade, a serem observadas e seguidas por

todos (Poder Legislativo), a de aplicar as referidas normas à realidade, concretizando-as naqueles que são subordinados à elas (Poder Executivo), e, por fim a função de julgamento, com o objetivo de dirimir e pacificar conflitos oriundos da execução e concretização de tais normas (Poder Judiciário).

Entretanto, é através de Montesquieu, em seu estudo desenvolvido na obra “O Espírito das Leis” (“*L’Esprit des Lois*”) que referido princípio tripartite se efetiva e toma forma, sendo constado na Constituição Federal de 1988 por intermédio de seu p^o art. 2^o, fulcrado na independência e harmonia dos órgãos do poder político.

Considerando a máxima de que deverá haver harmonia entre os Poderes, há a necessidade de invocar outro princípio quase sobremaneira como consequência lógica: o Princípio de Freios e Contrapesos. Segundo Novelino (2018, p. 159), esse princípio pode ser conceituado como a repartição equilibrada dos poderes entre os diferentes órgãos é feita de modo com que nenhum deles possa ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição Federal sem ser contido pelos demais.

Dessa forma, apesar de haver expressa independência entre os poderes, dentro de um contexto interno, é imprescindível garantir que nenhum deles extrapolem os limites constitucionais e democráticos. Daí se concretiza a teoria tripartite que também é adotada no Brasil, onde nacionalmente, o poder Executivo é ocupado pelo Presidente da República, Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais; o poder Legislativo, dividido entre a Câmara dos Deputados e Senado Federal, o primeiro representando os anseios do povo e o segundo exprimindo os interesses dos Estados enquanto Unidades da Federação, se incorporam através dos Senadores, Deputados Estaduais e Vereadores, sendo esse último no âmbito municipal.

4. A TEORIA DO FATO SOCIAL SEGUNDO DURKHEIM E SUA APLICABILIDADE FACE ÀS CONDUITAS VIOLENTAS À COMUNIDADE LGBTQIAP+

O Sociólogo Émile Durkheim foi responsável por dar à sociologia um status científico através do uso de padrões rigorosos e objetivos do método investigativo em seu trabalho. Durkheim acreditava que existem fenômenos na sociedade que nenhuma outra ciência estudou – os chamados Fatos Sociais. Para Durkheim (2007, p. 13):

É fato social toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independentemente de suas manifestações individuais.

Considerado como o “pai da Sociologia”, Durkheim é também considerado por muitos estudiosos que foi através do estudo dele que se deu um sentido e método próprio à sociologia, bem como um objeto de pesquisa específico. Para ele, o estudo da sociologia deve-se respaldar em fatos sociais concretos, palpáveis, *sui generis*, estudando a formação e as características das instituições sociais. Segundo o sociólogo, quando se desempenhava a tarefa de cidadão, seja como marido, irmão, patrão ou empregado, se executava os compromissos que foram anteriormente assumidos, cumpriam-se deveres já definidos que não eram intrínsecos da pessoa, mas sim do direito e dos costumes. Isso ocorreria ainda que eles estivessem de acordo com os sentimentos próprios e que se sentisse interiormente a realidade deles, pois em suma, não foi o cidadão quem os fez, mas o recebeu pela educação (DURKHEIM, 2007).

Para o sociólogo, o Fato Social vem muito antes do próprio indivíduo, sendo que este não pode ser considerado que fora criado por ele, mas sim pela sociedade em geral na qual se está inserido, onde esta pessoa viveria. Durante o desenvolvimento de sua teoria, Durkheim estabeleceu que haveria não apenas um único Fato Social, mas sim dois tipos: sendo os normais, que parte da premissa de um desenvolvimento social, uma fase positiva do ponto de vista sociológico; e os patológicos.

O fato social patológico está relacionado com a desestabilização da ordem social. O crime, aparentemente de caráter patológico, em verdade se trata de um fato social normal,

pois uma sociedade sem crime é impossível. O crime seria, portanto, necessário e útil, visto que é inerente às condições da vida social, na medida em que produz a evolução da consciência moral e do direito da sociedade. Entretanto, quando o crime atingir níveis capazes de desestabilizar a ordem social terá o caráter patológico (DURKHEIM, 2007).

Diferentemente da ciência filosófica, que estabeleceu como base de suas pesquisas, a saber, o método dedutivo do conhecimento, partindo da ideia de interpretar a sociedade com base em pressupostos da natureza humana, seja no pensamento de Adam Smith (natureza egoísta do homem) ou ainda Marx (visão da história da sociedade circular sobre a luta de classes); para Durkheim, a abordagem conceitual era incorreta em sua essência, pois essas deduções não são cientificamente válidas, ou seja, ele as vê como meras crenças baseadas no conceito da natureza humana.

No que se tange à comunidade LGBTQIAP+, a fim de relacionar a teoria do sociólogo, tem-se historicamente as inúmeras formas de discriminação, perseguição e transgressão de direitos, tornando de forma inegável que, desde os primórdios da humanidade os homossexuais foram (e são) diariamente vítimas desse enalço da coletividade. Nesta conjuntura, tendo a vida em sociedade, para Émile Durkheim, essas características só existem na coletividade, diferenciando-se em cada uma delas, e com base nesse raciocínio, infere-se que os fatos sociais têm como essência a própria sociedade, onde por meio desta são responsáveis por reiterar a realidade da vida coletiva, mesmo agindo na consciência individual (MUSSE, 2011).

Tal teoria também como parte da sociologia jurídica parte da distinção entre a comunidade como organização compreensiva da vida em comum e o direito propriamente dito como uma parte dela, já que o objeto da sociologia jurídica é a relação entre mecanismos de ordenação do direito e da comunidade, bem como a relação entre o direito e outros setores de ordem social.

Dessa forma, Durkheim a teoria desenvolvida pelo sociólogo baseia-se na anomia e na origem de uma profunda análise e revisão da criminologia como base de pesquisa das

causas da criminalidade. Sendo que quando são ultrapassados determinados limites o fenômeno do desvio (ou anomia) torna-se negativo para a existência e o desenvolvimento de uma estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde seu valor. Por consequência é incontroversa a representação do crime como fenômeno patológico: se existe um fato cujo caráter patológico parece incontestável, é o crime. Todos os criminólogos estão de acordo com esse ponto.” Por outro lado, observa Durkheim, encontramos o fenômeno criminal em todo tipo de sociedade: “não existe nenhuma na qual não exista uma criminalidade”.

A discriminação das pessoas LGBTQIAP+ torna-se tão evidente que, partindo da lógica que aborda tal pesquisa, constata-se que resta evidente que todo e cada indivíduo pertence a um grupo minoritário, seja pelo seu gênero, sexualidade, identidade sexual, raça, etnia, religião, cor, pensamento entre tantas outras características subjetivas, podendo por elas a própria vítima da discriminação e preconceito. Destarte, demonstra-se desmotivador para o agente caso conseguisse ver a si mesmo como vítima de uma ação própria, fruto de um surreal preconceito. Tal problemática é evidenciada e reverberada através da obra *A condição humana*, da autora e filósofa alemã Hannah Arendt (Arendt, 2007, p. 188), *in verbis*:

Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar necessidades imediatas e idênticas.

A *contrario sensu*, ou seja, o fato inversamente relacionado ao cenário trágico anteriormente mencionado de violência de gênero e sexualidade, insta salientar que também é possível verificar que ao longo dos anos, não obstante tais discriminações, os diversos direitos usurpados foram, de forma gradativa, sendo conquistados. E como marco ímpar dessas conquistas, tem-se o reconhecimento das datas de 17 de maio de 1990 e do dia 28 de junho de 1969, que são consecutivamente identificados como dia Internacional de Combate à homofobia e dia do Orgulho LGBTI (REIS *et al*, 2018).

Sendo o dia 17 de maio de 1990 marcado internacionalmente como a data em que a Organização Mundial da Saúde excluiu e deixou de considerar a homossexualidade como um distúrbio mental e efetivamente passou a reconhecer a homossexualidade e a diversidade sexual como intrínsecas da natureza humana. E o dia 28 de junho de 1969 a data de comemoração do Orgulho LGBTQIAP+, pois foi neste dia o marco da revolta e da discussão dos direitos da comunidade em um bar tipicamente LGBT em Nova York, no mesmo ano e, segundo QUEIROZ (2020):

Naquele dia, as pessoas que frequentavam o bar Stonewall Inn, até hoje um local de frequência de gays, lésbicas e trans, reagiram a uma série de batidas policiais que eram realizadas ali com frequência. O levante contra a perseguição da polícia às pessoas LGBTI durou mais duas noites e, no ano seguinte, resultou na 1ª parada do orgulho LGBTI, realizada no 1º de julho de 1970, para lembrar o episódio. Hoje, as Paradas do Orgulho LGBT acontecem em quase todos os países do mundo e em muitas cidades do Brasil ao longo do ano.

Dessa forma, a ideia de doença e o uso de medidas como tratamentos médicos tornou-se arcaica e equivocada, já que ainda que somente em 1990 a OMS tenha retirado a homossexualidade da lista de doenças da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), o Conselho Federal de Medicina deixou de reconhecer a homossexualidade como transtorno (ou desvio mental) já no ano de 1985, demonstrando assim uma mudança no pensamento e comportamento da sociedade brasileira para com a comunidade, perfazendo a teoria final do fato social de Durkheim – onde a coletividade muda sua forma de agir, e não somente o indivíduo nela inserido. Complementa acerca do assunto em seu manual, VECCHIATTI, 2012, p. 94:

(...) a Organização Mundial da Saúde entende que a homossexualidade e a bissexualidade não constituem doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero, conforme se infere na seguinte afirmação por ela proferida: “A orientação sexual por si não deve ser vista como um transtorno”, na medida em que os estudos realizados não foram capazes de comprovar qualquer patologia inerente à homossexualidade e à conjugalidade homoafetiva. Isso só vem provar que a ciência médica mundial considera a homossexualidade como uma das livres manifestações

da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade, não constituindo nenhuma delas, por si só, uma doença nem nada do gênero.

5. O JULGAMENTO DAS AÇÕES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECONHECIMENTO DA INERTIA DELIBERANDI DO PODER LEGISLATIVO

Adentrando ao conceito jurídico da problemática, é sabido que o Brasil adota o princípio da legalidade, ou mera legalidade, e a legalidade escrita, sendo que neste diapasão, a primeira é aplicada tão somente aos juízes, aos quais prescrevem e deles emanam a aplicação das leis tais como são formadas, sendo, portanto, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ou seja, ADO é uma espécie de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, onde se tem o objetivo de declarar a inconstitucionalidade de um ato omissivo (ou a própria omissão em sua natureza), que prejudicam uma norma se tornar efetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Segundo LENZA, 2013:

Como efeito principal da decisão de uma ADO, o Pretório Excelso reconhece a mora e dá ciência ao poder competente recomendando que supra a omissão. A Lei no 12.063/09, que regulamenta este tipo de Ação, estabelece prazo de 30 dias para que órgãos administrativos supram a mora. Porém, para o Poder Legislativo, não há prazo na Constituição, nem mesmo na norma infraconstitucional, para que este supra a mora estabelecida pelo STF.

Conforme exposto alhures, a corte suprema, através do Relator do caso o Ministro Celso de Mello, julgou inteiramente procedente a ação proposta pelo PPS (Partido Popular Socialista) não somente para reconhecer a mora do legislador, em não editar lei específica para criminalizar os atos considerados como transfóbicos e homofóbicos, mas também reconheceu que a Lei do Racismo (Lei 7.716/89) já incorporava os atos e preconceitos homotransfóbicos em seus artigos, sendo de rigor e por lógica, sua aplicação para casos análogos.

O relator do caso frisou em seu relatório que a Constituição Federal em seu inciso XLI, é clara em garantir a punição legislativa de caráter discriminatório e atentatório aos direitos e liberdades fundamentais, combinado com o art. 5º, inciso XLII do mesmo

dispositivo, gera o próprio direito e a garantia do direito à liberdade de autodesenvolvimento, revelando-se fundamentos jurídicos suficientemente adequados ao combate da homotransfobia. O entendimento do Ministro e então relator Gilmar Mendes aduz que:

“é pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudocientíficas. (*Omissis*). Historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudocientífico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros”. STF, HC nº 82.424-2/RS, voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 3-4.

Apesar do reconhecimento da mora do Poder Legislativo, um dos pedidos que lastreavam a exordial balizava também na indenização em caráter de danos morais, ou ainda danos causados a terceiros, sendo que não foi acolhido e afastado para o caso, pois em um controle normativo abstrato como a ADO, o controle normativo é abstrato e, portanto, dependem da comprovação do dano (e sua extensão) e o nexo de causalidade na propositura da ação competente. Destarte, o pedido contido na exordial da ADO foi acolhido de forma parcial e o mérito julgado parcialmente procedente, tendo formalizado, por derradeiro, a seguinte ementa:

“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." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO no 26, rel. Min. Celso de Mello, grifos meus.

Ora, entende-se por analogia "*in malam partem*" pela proibição do emprego da analogia em desfavor do réu, ou seja, quando o sujeito é prejudicado pela sua aplicação e, portanto, não é permitida dentro do âmbito do Direito Penal. Ao estender e tipificar atos discriminatórios contra a comunidade LGBTQIA+ na Lei 7.716/89 (Lei do Racismo), o Supremo Tribunal Federal "preencheu", dentro de seus limites constitucionais estabelecidos em nossa Carta Magna, a lacuna legislativa existente, até ulterior tipificação em lei própria e específica, a ser elaborada pelo Poder Legislativo.

Até lá, é necessário reconhecer que a *inertia deliberandi*, ou seja, a mora do legislativo em legislar sobre algo evidente, seja ele urgente ou não em uma sociedade democrática, enseja, pois, a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o que é corroborado por Mendes, onde aduz que "o processo de controle abstrato de omissão (ADO) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis" (MENDES, 2012, p. 1329), sua necessidade de aplicação no Direito justifica-se através da brilhante colocação de MENDES, 2012, p.1333:

Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de constitucionalidade em apreço.

Entretanto, esbarra-se aqui em outro problema, no que se tange a fixação de um prazo para que o legislador efetivamente apreciasse os fatos e deliberasse para a criação de uma Lei específica – conforme positivado em nossa Constituição Federal de 1988, cujo artigo 103, § 2º, *in verbis*:

“Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, **em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias**”. - Grifos nossos.

Cumprido questionar, portanto, se a analogia e interpretação extensiva do referido dispositivo constitucional permite a fixação de prazo limite também para a atividade legislativa, ou se somente o Poder Legislativo poderia reconhecer e estabelecer seu próprio prazo deliberativo. Como já é cediço, a *inertia deliberandi* enseja a declaração de inconstitucionalidade por omissão, imputando aos membros das casas legislativas brasileiras, majoritariamente conservadora, a responsabilidade que, por pura ideologia de seu espectro político, bem como convicções pessoais, se esquivam da aprovação de um projeto de lei de imprescindível tutela do Estado, principalmente quando a pauta é a criminalização da homofobia e da transfobia, já que muitas vezes falamos em um Direito Penal mínimo, resultando na clara necessidade desse assunto ser debatido dentro e fora das casas legislativas.

CONCLUSÃO

Por derradeiro, há de se explicar que através da teoria do fato social, de Durkheim, tudo o que é reiterado em uma sociedade, tende a ser seguido por todos, bem como a maneira de agir e pensar é influenciada por forças externas que moldam o comportamento de uma determinada sociedade, obrigando os indivíduos ali inseridos a se adaptarem à realidade, ainda que injusta e discriminatória para algumas minorias. E sendo assim, todo o conjunto

desses hábitos praticados pelas pessoas, suas maneiras de agir e pensar, seus hábitos e crenças, também influenciam na consciência coletiva e, portanto, nas suas ações, que podem da mesma forma serem consideradas um fato social.

Por muitos anos, a comunidade LGBTQIAP+ foi (e ainda é) discriminada pela sociedade, sendo que materializa-se e comprova-se a ocorrência dos fatos sociais, seja pela generalidade, ou seja, afeta a sociedade como um todo; seja pela exterioridade, que caracteriza o processo de aprendizagem que cada pessoa passa, desde seu nascimento, às normas, regras e padrões já estabelecidos pela sociedade em que irá ser inserida; e por fim, a coercitividade, atuando como uma força sobre aqueles que estão inseridos a agirem e moldarem seu pensamento ainda que de forma forçada, porém inconsciente, o que já é de praxe e preestabelecido.

O Brasil, como parte de sua formação enquanto sociedade democrática e republicana, passou por diversas transformações nos âmbitos sociais e econômicos, influenciado pela religião e o conservadorismo. Como fruto dessa moldagem socioeconômica, tudo se refletiu na coletividade brasileira, inclusive no parlamento as ideias conservadoras. Por conseguinte, tudo o que segundo era considerado anormal ou recebido com estranheza – assim como a comunidade LGBTQIAP+, continuava a ser marginalizada e esquecida pelos representantes do povo.

Analisou-se aqui, importantes institutos utilizados para o controle de constitucionalidade. Dessa forma, o desfecho da ação reconheceu a mora do Legislativo, sendo no âmbito do Direito Penal incriminador, somente o Parlamento poderá exclusivamente aprovar crimes e penas. Entretanto, em caráter de exceção, o Poder Judiciário poderá atuar pela tutela dos interesses difusos e coletivos através dos chamados remédios constitucionais, sendo que o analisado no presente trabalho foi a ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) e o Mandado de Injunção.

Conforme observado, o polêmico tema da criminalização da homofobia e transfobia esbarra no posicionamento da reserva legal penal e da separação dos três poderes, sendo que

há espaço, principalmente com o julgamento da ADO e do MI, para que certas normas constitucionais atuem de forma mais branda e maleável, permitindo em uma realidade fática, moldar preceitos como proteção, liberdade, igualdade e segurança. Portanto, conclui-se que não houve aplicação da analogia in malam partem, tão somente seja a atuação judicial para sanar, ainda que de forma excepcional, as lacunas legislativas que possibilitasse, ao menos em um primeiro momento, a tutela das pessoas LGBTQIAP+ no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALÉCIO, S. M. dos S.; MOTTA, I. D. da. DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E POLÍTICAS PÚBLICAS: MAPEAMENTO DOS PERÍODICOS CIENTÍFICOS JURÍDICOS BRASILEIROS QUALIFICADOS. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 152–172, 2023.

ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 127.

AUAD, O. J.; CATALANI, O. H. B.; LIMA, R. C. de. OS PRECEDENTES “DESVIO DE FINALIDADE” E “CONFUSÃO PATRIMONIAL” NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: : VISÃO SISTÊMICO-CONSTITUCIONAL DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA . **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 41–60, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DOU, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. **ADO no 26**, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe. 27.11.2006. p.6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO no 26, rel. Min. Celso de Mello.

CAVALCANTE BUHATEM FERNANDES, J. V.; BRUZACA, R. D. O INSTITUTO JURÍDICO DA POSSE E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONFERIDA AOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS COLETIVOS NA COMARCA DE SÃO JOSÉ DE RIBAMAR/MA. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, 2023.

CORRÊA PAVESI LARA, F.; SILVA AMARO, M. A MULTIPARENTALIDADE E SEUS REFLEXOS NO INSTITUTO DOS ALIMENTOS. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 61–88, 2023.

COUTINHO BECKER, E. M. .; GOMES RODRIGUES FERMENTÃO, C. A. A ADI 4275 DO STF ACENDEU UM FAROL NA PENUMBRA DA DOR DO CONSTRANGIMENTO PELO PRECONCEITO E INTOLERÂNCIA, PARA BRILHAR O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA E DA PERSONALIDADE DOS TRANSEXUAIS. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 41–69, 2023.

DA SILVA GREGÓRIO, D. C.; VALENTE GIUBLIN TEIXEIRA, R. O RECONHECIMENTO DOS NOVOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NA PÓS-MODERNIDADE. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 111–133, 2023.

DE OLIVEIRA CAVALCANTI NETO, G.; FREIRE PIMENTEL, A. MECANISMOS DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVOS NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: : REFLEXÕES PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 89–110, 2023.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. 3a ed. São Paulo, SP: Martins Fontes. 2007. p. 165.

FERREIRA BRITO, V. H.; FACHIN, Z. A. PRIVACIDADE E SEGREDO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS MÉDICAS CONSENTIMENTO INFORMADO E A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 173–192, 2023.

FRIEDRICH, D. B.; LEITE, L. M. F.; GRAEFF, G. de S. AÇÕES AFIRMATIVAS DE GÊNERO NA ESFERA POLÍTICA: : UM BREVE RESGATE NA HISTÓRIA RECENTE DO BRASIL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 215–238, 2023.

MARINELLI, B.; TAMAOKI, F. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 154–174, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MOREIRA, M. C.; SIQUEIRA, D. P. O DECLÍNIO ÉTICO NA PÓS-MODERNIDADE: : ANÁLISE DO DISCURSO DE ÓDIO ONLINE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 104-127, 2023.

MUSSE, Ricardo. Émile Durkheim. **Fato Social e Divisão do Trabalho**, Ed. Ática, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: Ed. Ver., ampl. e atual. JusPodivm, 2018. p. 159.

NUNES, L. I.; BREGA FILHO, V. LIMITES AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS:: EMBASAMENTO CIENTÍFICO COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 1-22, 2023.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 10 jun. 2022.

QUEIROZ, Jandira. **28 de junho-Dia do Orgulho LGBTI. Blog Anistia**. Disponibilidade em: REIS, T, (Org). Manual de Comunicação LGBTI+. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI/Gaylatino, 2018.

REIS, Toni; et al. **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2. ed. Curitiba: GayLatino, 2018.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero: a Compreensão da Proibição Constitucional de Discriminação por Motivo de Sexo**. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.) Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 695-717.

RODRIGUES DE ALMEIDA, F.; LISANDRO DE OLIVEIRA, E. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO:: ANÁLISE DO HC598886/SC NOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

PARANÁ ENTRE JANEIRO DE 2022 A JULHO DE 2022. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 1–40, 2023.

SALES, I. C.; LEHFELD, L. de S.; SILVA, J. B. POLÍTICA PÚBLICA AMBIENTAL E A NECESSIDADE DO MONITORAMENTO:: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PROGRAMA MUNICÍPIO VERDEAZUL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 23–40, 2023.

SANTANA, Esther. **FATO SOCIAL: Uma força externa que determina as ações praticadas pelos indivíduos.** Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/sociologia/fato-social>. Acesso em: 10 jun. 2022.

SANTOS, C. L. dos; SCHMIDT, J. P. JUVENTUDES, ELEIÇÕES E PARTIDOS POLÍTICOS: : SUB-REPRESENTAÇÃO DE JOVENS NAS ELEIÇÕES DE 2010, 2014 E 2018. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 128–151, 2023.

TAMAOKI, F.; ARAÚJO LIBER, G. H. OS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 134–153, 2023.

TORRES TEIXEIRA, S.; GONDIM CHAVES REGIS, L. A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA DECISÃO MONOCRÁTICA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AP 969/DF À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 193–214, 2023.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012, p.94.