

**DIÁLOGO ENTRE CORTES:
COMPLEMENTARIDADE DO SIDH NA
PROTEÇÃO INSTITUCIONAL DAS PESSOAS
LGBTI⁺**

DIALOGUE BETWEEN CUTS: COMPLEMENTARITY
OF THE ISHR IN THE INSTITUTIONAL PROTECTION
OF LGBTI⁺ PEOPLE

João Matheus Amaro de Sousa*

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia**

*Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: matheusamaro15@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7530486832086965>
E-mail: matheusamaro15@gmail.com

**Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Prof. Adjunto na UFOP e IBMEC-BH. E-mail: alexandre@ufop.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2877462978948032>
E-mail: alexandre@ufop.edu.br

Como citar: SOUSA, João Matheus Amaro de. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Diálogo entre cortes: complementaridade do SIDH na proteção institucional das pessoas LGBTI⁺. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 119-139, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.119. ISSN: 1980-511X

Resumo: A combinação da omissão legislativa em implementar o mandamento constitucional e convencional de criminalização da homotransfobia com a conjuntura de violência às pessoas LGBTI⁺ ou identificadas como tal ensejaram o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF e do Mandado de Injunção n. 4733. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a causa, decidiu por reconhecer a omissão inconstitucional e determinou a aplicação da Lei n. 7.716/89, assim como do art. 121, §2º, I, do Código Penal. Assim, a pesquisa tem como objetivo geral analisar a essencialidade da interação entre os diversos órgãos do sistema interamericano para a efetiva proteção institucional das minorias ou dos grupos em situação de vulnerabilidade sexual. Para testar a hipótese, desenvolve-se pesquisa bibliográfica e documental e do método hipotético-dedutivo. Chega-se à conclusão de que a construção do conceito de racismo foi o caminho dialógico e interpretativo para “criminalizar” a prática discriminatória homotransfóbica.

Palavras-chave: criminalização da homotransfobia; omissão inconstitucional; função contramajoritária; diálogo interjurisdicional; sistema interamericano.

Abstract: The combination of the legislative omission to implement the constitutional and conventional command to criminalize homotransphobia with the conjuncture of violence against

LGBTI+ people or those identified as such gave rise to the filing of the Direct Action of Unconstitutionality for Omission n. 26 / DF and Injunction Order no. 4733. The Supreme Federal Court, when considering the case, decided to recognize the unconstitutional omission and determined the application of Law no. 7.716 / 89, as well as art. 121, §2º, I, of the Penal Code. Thus, the research has the general objective of analyzing the essentiality of the interaction between the various organs of the inter-American system for the effective institutional protection of minorities or groups in situations of sexual vulnerability. To test the hypothesis, bibliographical and documentary research and the hypothetical-deductive method are developed. It is concluded that the construction of the concept of racism was the dialogical and interpretative way to “criminalize” the homotransphobic discriminatory practice.

Keywords: criminalization of homotransphobia; unconstitutional omission; countermajoritarian function; inter-jurisdictional dialogue; inter-american system.

INTRODUÇÃO

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS) e o Mandado de Injunção (MI.) n. 4733, impetrado pela ABGLT, relatado pelo Min. Edson Fachin, diante do contexto de inúmeras violações aos direitos das pessoas LGBTI⁺ (ou percebidas como pertencentes a tal minoria), agravada pelo estado de mora legislativa. Determinou o guardião da Constituição que as condutas homofóbicas e transfóbicas, até que sobrevenha lei editada pelo Congresso Nacional implementando o comando constitucional constante nos incisos XVI e XVII do art. 5º da CRFB/88, se adéquam ao tipo penal disposto na Lei n. 7.716/89 (lei do racismo) e na hipótese de homicídio doloso, à circunstância que qualifica o crime por motivo torpe (art. 121, §2º, inciso I, parte final do Código Penal brasileiro). O ato decisório, entretanto, não restringe ou alcança o exercício da liberdade religiosa, salvo se suas manifestações configurarem discurso de ódio.

O objetivo geral do texto consiste em analisar o papel criativo/interpretativo desempenhado pelo Poder Judiciário na ADO. n. 26/DF e no MI. n. 4733 para assegurar o respeito aos direitos humanos e/ou fundamentais do indivíduo pertencente ao grupo LGBTI⁺ à luz do diálogo interjurisdicional, na espécie, a interação entre os juízes ou os tribunais nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH). Ergue-se como hipótese principal que a existência, para além de dispositivos constitucionais, de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no âmbito internacional destinados a criminalizar a prática discriminatória em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, implica que seu não cumprimento precisa ser apontado e resolvido, não sendo o caso de se falar em omissão justificada por “reserva legal”, já que, inclusive, o sistema jurídico constitucional contempla instrumentos aptos a combater/tratar da patologia denominada síndrome da inefetividade da norma constitucional. Para desvendar a veracidade da hipótese desenvolve-se a pesquisa.

No que concerne aos aspectos metodológicos, usa-se como parâmetro classificatório da pesquisa científica as obras de Marconi e Lakatos (2017), bem como de Henriques e Medeiros (2017) de modo que coletados os dados, estes foram selecionados, organizados, comparados entre si e interpretados. Destarte, classifica-se a pesquisa: a) quanto ao objeto, como exploratória e descritiva à medida que, respectivamente, se pretendeu desenvolver, modificar e esclarecer conceitos e ideias; descrever as características principais de uma população ou fenômeno e estabelecer relações entre as variáveis; b) quanto à abordagem, como qualitativa ao objetivar oferecer a maior riqueza de dados, focalizando a realidade de forma contextualizada e complexa. Já no que atine ao método, como hipotético-dedutiva, pois busca pôr em teste de falseamento das hipóteses, resultando em refutação ou confirmação; c) quanto ao procedimento, como bibliográfica por basear em livros e trabalhos científicos, documental por analisar documentos provenientes de diversas instituições.

O artigo foi assim estruturado: 1º) identificação do grupo LGBTI⁺; 2º) cenário de violações a direitos fundamentais das pessoas LGBTI⁺ e a necessidade de reconhecimento do estado de mora

legislativa; 3º) entre o ativismo judicial e a função contramajoritária do STF – reflexão sobre a construção jurídico-constitucional do conceito de racismo e a aplicação da Lei n. 7.716/89 no caso da homotransfobia; 4º) diálogo entre a Corte-IDH e o STF para a proteção jurídica das pessoas LGBTI+.

1 IDENTIFICAÇÃO DO GRUPO LGBTI+: MINORIAS OU PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE?

Reconhecemos que os conceitos de minoria e grupos em situação de vulnerabilidade, malgrado a existência de proximidade semântica, são distintos em função das suas peculiaridades. Defini-los é tarefa complexa à proporção que conforme a definição é construída determinados indivíduos, titulares de direitos humanos, podem ser excluídos de políticas públicas destinadas aos respectivos grupos. Além disso, ao contrário do que se imagina, a vulnerabilidade não caracteriza nenhum e nem outro, em verdade transita entre os integrantes dessas categorias.

A complexidade na definição destes grupos, contudo, não tem o condão de obstar a discussão. Ao revés a impulsiona dada a necessidade de o Estado identificar os membros desses grupos para promover a igualdade material a partir do tratamento diferenciado. Daí o caráter fundamental da análise da identificação de as pessoas LGBTI+ – lésbica, gay, bissexual, transexual e intersexual – se enquadrarem em minoria ou em grupo em situação de vulnerabilidade. Importante saber que cada letra da mencionada sigla reclama atitudes estatais específicas.

Isso quer dizer que a reivindicação pela proteção institucional em face das violações de direitos fundamentais, humanos, dentre outros se diversifica segundo a orientação sexual, o gênero, a identidade sexual e a expressão de gênero da pessoa natural. Assim, o Estado tem o dever fundamental de atuar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o que inclui o respeito às diferenças, bem como adoção de ações afirmativas. A criação de direito e a proteção dos interesses das pessoas LGBTI+, destarte, revelam-se imperativos à medida que envolvem partes vulneráveis e a privação desses direitos só aumenta a vulnerabilidade (GILSON, 2011, p. 309).

Há pessoas que são vulneráveis *prima face*, outras que se tornam devido a circunstâncias específicas. Nesse sentido, Rogers e Ballantyne (2008, p. 32) destacam que a vulnerabilidade se subdivide em duas ordens: intrínseca e extrínseca. Enquanto aquela relativa a características do próprio indivíduo ou da população, por exemplo – deficiência intelectual, doença mental, extremos de idades ou doenças graves; esta resulta de causas externas, como a falta do poder econômico, a carência de recursos, a pobreza e/ou a falta de escolaridade. Tal falta de poder pode acarretar a negação de direitos sociais e políticos a certos grupos. Inserem-se nesse grupo de vulneráveis extrínsecos as pessoas sujeitas à discriminação institucionalizada em razão da raça, do sexo, da idade e do gênero.

Para além dessa compreensão, Gilson (2011) considera a vulnerabilidade inerente a todos os seres humanos e não somente a alguns. Conceitua-a tanto como estado fundamental ao possibilitar

outras condições quanto como estado potencial ao enquadrar como condição de abertura a afetar e a ser afetado. Deste modo, entender apenas sua propriedade negativa é impreciso, senão injusto, pois representaria fechamento ao conhecimento de aspectos da existência que são desconfortáveis, inconvenientes para os indivíduos. Esse fechamento denominado invulnerabilidade decorrente da ignorância voluntária é central para outras formas de opressão e ignorância. Pode inclusive ser utilizado como instrumento que permite maior vulnerabilidade epistêmica dentro de uma comunidade. Com efeito, é preciso conhecer a condição humana vulnerável para impedir novas vulnerabilidades.

Se a vulnerabilidade permeia todos os seres humanos, o que caracteriza a minoria e o grupo em situação de vulnerabilidade? Tal a dificuldade em definir minorias causou demora na regulação de direitos tão essenciais. Apesar de o Tratado de Westphalia de 1648 declarar a igualdade entre protestantes e católicos, de a Conferência de Paris de 1919 prever a igualdade perante a lei; somente com o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 houve importante salto na proteção das minorias étnicas, religiosas e linguísticas. Nem a própria Declaração dos Direitos do Homem de 1948 fazia menção expressa a esse tipo de direito (LOPES, 2008, p. 20).

Em 1977, Francesco Capotorti (1979)¹ define minoria a partir da junção de elementos: a) objetivos – um grupo numericamente inferior ao restante da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros gozem de características linguísticas, étnicas e religiosas; e b) subjetivo – a vontade de continuar pertencendo ao grupo de modo a preservar a cultura, as tradições, a religião ou o idioma. Ocorre que nem sempre o elemento objetivo numérico é suficiente para defini-la, já que, na África do Sul, os negros são maioria a despeito da vivência em regime de *apartheid*.

Por exclusão chega-se ao conceito de grupo em situação de vulnerabilidade, que consiste na pluralidade de indivíduos que, não necessariamente numericamente inferior, estão em posição não dominante na sociedade, dispersos no território do Estado, não apresentam caracteres linguísticos, étnicos e religiosos em comum; geralmente não conhecem seus direitos e desejam deixar de permanecer no agrupamento vulnerável.

Seguindo tais definições, percebe-se que as pessoas LGBTI⁺ não se amoldariam às minorias, mas sim aos grupos em situação de vulnerabilidade, já que ausente o referido elemento subjetivo e presente a posição de não dominância na sociedade. Este, no entanto, não é o entendimento constante nas petições iniciais da ADO. n. 26 e MI. n. 4733 ao considerarem tal sigla como minoria sexual. Ao encontro desse entender, Mércia Cardoso de Souza (2019, p. 203) defende que o conceito de minoria elaborado por Capotorti é clássico ao ser baseado em critérios quantitativos, por isso falho. Para a autora, na atualidade, a designação de minoria deve abarcar o sexo, o status socioeconômico, a orientação sexual, dentre outros processos de diferenciação social. Desse modo, gays, lésbicas etc. seriam minorias.

A supracitada autora, entretanto, não repele os demais elementos do conceito de minorias.

¹ Francesco Capotorti é ex-relator da subcomissão das Nações Unidas para a prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias.

Igualmente, não justifica racionalmente o porquê do não encaixilho das pessoas LGBTI⁺ em grupo em situação de vulnerabilidade. A mera alegação de o conceito ser clássico acompanhado do dinamismo das interações sociais na modernidade não autoriza invalidar a aceção de grupos minoritários de Capotorti.

A respeito desse dinamismo, Jubilut (2013, p. 16) afirma que os indivíduos não pertencentes às minorias nacionais (por exemplo, as pessoas em situação de rua, LGBTI⁺, mulheres e idosos), mas que estejam em posição de subjugação no que concerne à sociedade majoritária, devem receber o mesmo tratamento protetivo dado às minorias em função de suas peculiaridades. Essa visão reforça a noção da identidade das pessoas LGBTI⁺ como grupo em situação de vulnerabilidade, o que está em consonância com a conclusão do STF no julgamento da ADO. n. 26/DF e MI. n. 4733².

No próximo tópico será analisado o cenário de violações dos direitos dos membros deste grupo, assim chamado doravante, e a necessidade do STF reconhecer a omissão inconstitucional em editar lei incriminando a prática da homotransfobia para protegê-lo.

2 CENÁRIO DE VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS LGBTI⁺ E NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA LEGISLATIVA

No sistema jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) prevê, no seu art. 3º, inciso IV, que compõe objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988). Necessário para entender o sentido e o alcance da norma jurídica resultante deste processo interpretativo, ensina Friedrich Müller (2009, p. 203) que o intérprete relacione o texto normativo com a realidade em que se insere.

Pois bem, a sexualidade não está adstrita ao aspecto binário homem-mulher, uma vez que abarca toda uma construção social e cultural. Representa, pois, termo polissêmico atrelado ao sexo biológico, ao gênero e à orientação sexual. Enquanto o sexo se refere à presença de aparelho reprodutor e às demais características sexuais inerentes, o gênero consiste na forma de se comportar do indivíduo, na exteriorização de tal comportamento (expressão de gênero) e/ou no sentimento de pertencimento ao mesmo ou a outro gênero (identidade de gênero). Por sua vez, a orientação significa o interesse afetivo sexual por pessoa do mesmo, de diferente ou de qualquer gênero, classificado, respectivamente, como homossexual, heterossexual e bissexual (JESUS, 2012, p. 5-16).

Percebe-se, portanto, que o sexo encontra-se na esfera privada do ser humano, intimamente associado aos direitos de personalidade à medida que identifica o indivíduo. A esse respeito, Hannah

2 Como mostra Élide Séguin (2002, p. 13), não se pode hoje mais falar em minorias tendo em vista apenas critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Dessa forma, conclui: “[n]a prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou [...] a não nos atermos a diferença existente”. Ver também Bahia (2016).

Arendt (2007, p. 188-192) destaca que o indivíduo revela sua identidade através do discurso e da ação. Manifesta-se ao mundo humano plural. Essa pluralidade apresenta aspectos de igualdade e de diferença. Aquilo que permite a capacidade de compreender-se entre si ao tempo que exige do ser humano a ação e o discurso para ser compreendido. Com efeito, Ronald Dworkin (2005, p. 645) considera que a respeitabilidade à sexualidade do outro (moralidade sexual) é essencial para se viver com dignidade e para se desenvolver livremente a personalidade humana.

A autodeterminação sexual constitui direito materialmente fundamental, decorrente das seguintes normas de natureza principiológica expressas no texto constitucional: a proteção da dignidade da pessoa humana, a liberdade, a saúde, a igualdade e a vedação à discriminação em razão da identidade sexual (PEREIRA, 2019, p. 62-90). Por ser direito fundamental, há a necessidade de um sistema jurídico protetivo desse grupo em situação de vulnerabilidade contra as ações ou omissões discriminatórias.

Antes de adentrar nesse campo protetivo, faz-se imprescindível conceituar homofobia como a hostilidade geral, social ou psicológica contra a pessoa homossexual. Ou melhor, configura construção ideológica que almeja a inferiorização do homossexual em relação ao heterossexual (BORRILLO, 2001, p. 36). Por seu turno, a transfobia é a realização de ato hostil e/ou aversão contra transexual/transgênero/travesti.

Há, deste modo, associação direta entre a homotransfobia e a violência, compreendida não somente como a privação de direitos humanos fundamentais, mas também, como a redução da satisfação das necessidades básicas. Ela pode então ser classificada em três espécies: direta, estrutural e cultural. A primeira consiste em um evento visível, por exemplo, a violência física que resulte em lesão corporal ou morte. Já as diferenciações presentes na estrutura social, como as trocas cada vez mais desiguais, caracterizam a violência estrutural. A cultural, por fim, está relacionada ao aspecto simbólico da existência, materializado na linguagem, na religião, na ideologia, entre outros; alterando o utilitarismo moral (de incorreto para correto), ou mesmo disfarçando o ato violento, para que não seja percebido ou identificado como tal. Decerto, a violência cultural é apta a ensejar a violência estrutural e a direta (GALTUNG, 2016, p. 149-156).

A particularidade da homotransfobia refere-se, em primeiro lugar, ao alvo dessa violência: pessoas LGBTI³ ou identificadas como tal³ e, em, segundo, ao “modus operandi” – geralmente as agressões se dão com excesso de violência. São vítimas de violência por preconceito, entendido como fenômeno social e não como fato isolado, a despeito de o(s) ato(s) nem sempre ser assim caracterizado. Nesse sentido, o agressor, em regra, baseia-se no desejo de punir identidades, expressões, corpos ou comportamentos que diferem do padrão⁴ – sistema binário homem/mulher, por considerá-los ameaçadores da moral pública e da ordem social. Enxergam a agressão como forma de limpeza social, legitimada pela combinação da intolerância generalizada contra indivíduos que não seguem o padrão com a dominância, no mundo Ocidental, de princípios de

3 Nem todos que sofrem homotransfobia são pessoas LGBTI, uma vez que não importa tanto o como o indivíduo se reconhece, mas sim como ele é percebido por terceiros.

4 Há um padrão de pessoa imposto pelo Estado-nação tradicional, qual seja: homem, branco, cristão, europeu, cisgênero e heterossexual (BOMFIM; BAHIA, 2019, p. 4).

heteronormatividade, de hierarquia sexual etc. (OEA, 2015).

As pesquisas estatísticas em torno da violência contra o grupo LGBTI+ no Brasil, atualmente, são realizadas por Organizações Não-Governamentais (ONG's) a partir de informações coletadas nos noticiários e em depoimentos. Vive-se, portanto, uma carência de estudos de iniciativa governamental. A respeito disso, Bahia e Conceição (2019, p. 633) chamam a atenção para o fato de que o único relatório oficial sobre a temática foi confeccionado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos; órgão pertencente ao Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, foi extinto pela Medida Provisória n. 726/2016, de 12 de maio de 2016, convertida na Lei n. 13.341, de 29 de setembro de 2016. Fora isso, os dados são elaborados por pessoas e instituições desvinculadas do Poder Público, o que é preocupante, pois demonstra sua inércia na colheita de estatísticas. Esta que se revela essencial para mapear a violência, bem como para elaborar políticas públicas – se não há dados oficiais, como pressionar o Legislativo quanto à urgência de tratar do tema?

Reforça esse entendimento a questão da Corte-IDH, em 12 de março de 2020, ter condenado a República do Peru no caso *Azul Rojas Marín y otra* a implementar um sistema de coleta de dados relacionados à violência contra vulneráveis sexuais (CIDH, 2020, p. 78), todas as recomendações ali feitas pela Corte-IDH ao Peru se aplicam ao Brasil. Não obstante a inércia do Estado brasileiro, verifica-se que a discriminação homotransfóbica, oriunda sobremaneira da violência cultural, acarretou, em 2018, a morte de 420 pessoas. Desse total, contabilizam-se 320 homicídios e 100 suicídios. Segundo levantamento feito pelo Grupo Gay da Bahia: a “cada 20 horas um LGBT é barbaramente assassinado ou se suicida vítima da LGBTfobia, o que confirma o Brasil como campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais.” (MICHELS, 2019). Por outro lado, de acordo com o Instituto Datafolha (2018), 74% do eleitorado brasileiro acredita que a homossexualidade deve ser aceita por toda a sociedade, o que mostra um grave problema na democracia representativa: afinal, quem a maioria dos parlamentares representa?

Esse cenário de violações retrata, apesar da existência de comando constitucional⁵ determinando a criminalização da homofobia e da transfobia, a resistência do legislador em repudiá-las mediante a edição de lei penal incriminadora. O motivo dessa inércia legislativa deve-se, dentre outros, ao receio de desagradar o eleitorado e, com isso, perder votos que podem gerar o insucesso no processo eleitoral.

Além dos comandos constitucionais, diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário apontam para a imprescindibilidade da proteção institucional das pessoas LGBTI+. Dentre eles, a Convenção n. 111 da OIT; a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas e Discriminação Racial; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; e a Convenção sobre Direitos das Crianças (BOMFIM; BAHIA, 2019).

Essa resistência do legislador é comprovada por dois fatos. O primeiro deles alude ao arquivamento, em 26 de dezembro de 2014, do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.

5 Art. 1º, inciso III; art. 3º, incisos I e IV; art. 4º, inciso II; art. 5º, incisos XLI e XLII etc., todos da CRFB/88.

122/2006, que propusera alteração da Lei n. 7.716/89, do Código Penal e da CLT para criminalizar a homofobia e a transfobia. O segundo versa acerca da demora injustificada da análise da matéria, desde 14 de fevereiro de 2019, pela relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Projeto de Lei do Senado n. 515/2017, que define como crime o preconceito ou a discriminação de gênero, sexo, orientação sexual etc.

Nesse contexto, instado a se manifestar por intermédio do Mandado de Injunção (MI) n. 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 13 de junho de 2019, a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em elaborar lei incriminadora da homotransfobia, em cumprimento ao exposto no art. 5º, incisos XLI e XLII da CRFB/88.

Na oportunidade, em sede de controle de constitucionalidade abstrato, decidiu que, até o advento de lei específica, as condutas homotransfóbicas se enquadrariam na Lei n. 7.716/1989, por entender (desde o julgamento do HC. n. 82.424) que o conceito de racismo alcança a negação da dignidade da pessoa humana, sobremaneira, de grupos vulneráveis, enquanto os casos de homicídios seriam qualificados por motivo torpe (BAHIA, 2006).

Reconhecida a omissão inconstitucional, indaga-se se a aplicação da Lei n. 7.716/1989 como forma de punir, na esfera criminal, o agente homofóbico e transfóbico pela prática de violações de direitos configuraria analogia *in malam partem*, lesando o primado da legalidade. Para responder tal pergunta, o tópico em sequência foi construído.

3 ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF: REFLEXÃO SOBRE A CONSTRUÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE RACISMO E A APLICAÇÃO DA LEI N. 7.716/89 NO CASO DA HOMOTRANSFOBIA

Esse julgamento conjunto da ADO. n. 26/DF e do MI. n. 4.733 tanto reconhecendo o estado de mora legislativa quanto determinando a aplicação da Lei n. 7.716/1989 para os casos de homofobia e transfobia recebeu críticas de juristas. Afirmam que o STF adentrou na esfera política (ativismo judicial⁶) e, com isso, infringiu o mandamento de convivência harmônica entre os poderes constituídos, além de desrespeitar o princípio da reserva legal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal”, previsto no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB/88 e no art. 1º do Decreto-lei n. 2.848/1940 – Código Penal. Ou seja, para os críticos, a Corte irregularmente legislou o que lhe falta legitimidade para tanto⁷.

Nesse sentido, Braga (2019, 153) entende que o tribunal teria recorrido ao emprego de analogia *in malam parte* ao elastecer o conceito de racismo de modo a inclui a homotransfobia e,

6 Fenômeno decorrente do protagonismo do Poder Judiciário ocasionado pelo neoconstitucionalismo. Sobre o tema, ver, e.g. Barroso (2011).

7 A falta de legitimidade da Corte é uma questão problema entre a democracia e o constitucionalismo. Cf. Cattoni (2017).

consequentemente, aplicar a Lei n. 7.716/1989. Esta lei, no seu art. 1º, estabeleceria explicitamente a incidência do tipo penal tão somente às condutas preconceituosas e discriminatórias em razão de cor, etnia, religião, procedência nacional ou raça; nada fala, contudo, sobre o ato discriminatório motivado pela orientação sexual, pela identidade de gênero e pela expressão de gênero.

A despeito de respeitar tal posicionamento crítico, este deve sucumbir, visto que fundado em visão estática e fragmentada do texto constitucional. Tal entendimento ignora não só o compromisso assumido pela República Federativa do Brasil em punir “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, inclusive a prática do racismo enquanto crime inafiançável e imprescritível, mas também os mecanismos constitucionais aptos a remediar a patologia denominada “síndrome da ineficácia das normas constitucionais”. Desse modo, para uma compreensão coesa que atenda ao preceito da unicidade da Constituição, necessário interpretar os arts. 2º e 5º, inciso XXXIX da CRFB/88 em conjunto com os incisos XLI, XLII, LXXI e §§1º e 2º do art. 5º, com o inciso IV do art. 3º, bem como com o §2º do art. 103 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

É a própria Constituição, em vista que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º) e considerando que a omissão legislativa pode significar violação dos mesmos, quem cria duas ações para não deixá-los ao livre-arbítrio do legislador: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. O primeiro remédio do processo constitucional concreto (controle difuso) destinado à satisfação de direitos e liberdades fundamentais ou mesmo prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania (mais estrito). O segundo instrumento do controle abstrato de constitucionalidade tem como objeto qualquer norma constitucional que dependa de regulamentação.

A eficácia das decisões varia de acordo com o processo subjetivo ou objetivo: respectivamente, efeitos *inter partes* e *erga omnes*. No entanto, os efeitos entre as decisões em sede de MI. e ADO. se aproximaram após o STF evoluir seu entendimento jurisprudencial de uma posição não-concretista⁸ para concretista geral⁹, por exemplo, no que atine ao direito de greve dos servidores públicos (CUNHA JÚNIOR, 2015). Empós dessa mudança, o legislador editou a Lei n. 13.300/2016, que no seu art. 8º consagra uma posição concretista intermediária do MI.: primeiro estabelece prazo razoável para que o impetrado edite a norma reguladora; não cumprido o estabelecido, determina as condições para o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados, ou as condições para o ajuizamento de ação autônoma objetivando exercê-los.

Mas como a ADO. se aproxima da MI. se o texto constitucional exclama que o STF, no controle concentrado de constitucionalidade, dará ciência ao Poder competente omisso ou, tratando-se de órgão administrativo, fixará o prazo de 30 dias para colmatar a omissão? Pois bem, a interpretação restritiva do art. 103, §2º da CRFB/88 pela qual a decisão em ADO. tem natureza meramente informativa significaria transformar um instrumento constitucional objetivo em instituto inócuo; assim como a simples imposição de prazo para suprir a omissão, desacompanhada

8 O papel da Corte é apenas cientificar a omissão legislativa ou administrativa ao órgão competente.

9 O STF não apenas reconhece a mora inconstitucional, mas também determina a norma a ser aplicável ao caso concreto (concretista individual) ou aos casos semelhantes (concretista geral).

de sanção ou solução alternativa, daria espaço ao descumprimento da ordem jurisdicional. Outro argumento que reforça a necessidade de interpretação expansiva do supracitado dispositivo é o fato de que mesmo em países que não admitem controle das omissões do Poder Público, reconhece-se a prerrogativa das Cortes Constitucionais de suprimir as lacunas a partir da técnica decisória de efeito concretista (SILVA; CUNHA JÚNIOR, 2018).

O STF, assim, desempenha papel relevante no exercício da jurisdição das liberdades à medida que protege as minorias e os grupos em situação de vulnerabilidade contra os excessos ou omissões da maioria de modo a assegurar a plenitude dos meios pelos quais exercem seus direitos fundamentais (CATTONI, 2017; MELLO FILHO, 2018). Negar a formulação de decisão com efeito concretista oriunda do Poder Judiciário viabilizaria a “[...] perpetuação dos riscos aos quais já se submete por longo tempo a população em virtude da inexistência da regulamentação exigida pelo Constituinte Originário.” (SILVA; CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 415).

Quanto à questão da analogia “in mala partem” é preciso ler a decisão e não fazer suposições. Mais de uma vez foi dito pelos Ministros que votaram favoravelmente à solução concretista que não se estava fazendo analogia (e nem interpretação extensiva) e, sim, se reconhecendo que, desde o julgamento do *HC*. n. 82.424 o racismo não estava vinculado apenas a questões fenotípicas, mas abrangia também uma faceta social (BAHIA, 2006). Aliás, vale ressaltar que da decisão se pode inferir que a lei fala em preconceito de “cor e raça”, o que quer dizer que são coisas diversas: o preconceito contra negros tem a ver com sua cor; já o conceito de “raça” – uma vez superada a ideia de que haveria diferentes “raças humanas” –, possui conteúdo socialmente preenchido, o que evidencia que seu sentido muda junto com as mudanças na sociedade (assim como qualquer significado muda mesmo permanecendo estático o significante), o que não é algo tão inovador no Direito Penal que, há décadas, trabalha com “normas penais em branco”.

Já que importante o desempenho jurisdicional da função contramajoritária para fazer valer os direitos fundamentais pendentes de regulamentação, Silva Filho e Jardim (2020, p. 156) entendem que o caminho a ser percorrido para evitar a ditadura da interpretação, ou melhor, o subjetivismo/decisionismo é recorrer à crítica hermenêutica com seus princípios de modo a investigar o sentido e o alcance das partituras normativas como forma de um “fechamento interpretativo”. Somada à utilização da crítica hermenêutica, a extensão dos efeitos das decisões em ADO./MI. dependerá dos seguintes critérios de avaliação, quais sejam: “(i) qual a norma constitucional parâmetro do controle e qual o valor do bem que ela tutela; (ii) por quanto tempo dura a omissão; (iii) qual o grau de generalidade da imposição; (iv) se há urgência na solução; (v) se há possibilidades materiais de observância da decisão.” (SILVA; CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 403).

Assim, ao confrontar tais critérios de avaliação com a ADO. n. 26/DF e com o MI. n. 4.733, observa-se que: a) a autodeterminação da identidade sexual apoiada na hermenêutica construtiva e emancipadora e com base em princípios fundamentais – como a liberdade, a igualdade, o pluralismo, a intimidade e a busca pela felicidade (MELLO FILHO, 2018) – acrescida da ordem constitucional de criminalizar a discriminação violadora de direitos fundamentais são os parâmetros superiores do controle cujo valor principal é a dignidade da pessoa humana; b) a

omissão inconstitucional tem sua duração iniciada desde a promulgação da CRFB/88, em 05 de outubro de 1988, posto que normas originárias os parâmetros; c) os princípios da dignidade da pessoa e da autodeterminação da identidade sexual apresentam textura aberta; d) a conjuntura de violências generalizadas, motivadas por preconceito ou discriminação às pessoas LGBTI+, ou aos indivíduos que são confundidos como membros desse grupo, demonstra a urgência em buscar solução; e) há complexo de instituições públicas e, com diálogo, privadas que possui aptidão para cumprir com a decisão do STF.

Diante dessa omissão do legislador em positivar a norma e do perigo de agravar a situação de violação dos direitos do referido grupo em situação de vulnerabilidade ou dos identificados como tal, o “Poder Judiciário surge como um dos meios principais de aplicabilidade dos direitos fundamentais, possibilitando sua concretude fática.” (SILVA FILHO; JARDIM, 2020, p.155). Com efeito, em 17 de setembro de 2003, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS (BRASIL, 2004), declarou que a construção jurídico-constitucional do conceito de racismo exige a conjugação de circunstâncias e fatores sociais, políticos e históricos que disciplinam sua formação e aplicação. Constitui, pois, o crime de racismo atentado contra os princípios nos quais se funda e se organiza a sociedade, orientada na convivência pacífica, na respeitabilidade e na dignidade. Essa forma de definir, decerto, guarda conexão direta com a teoria estruturante do direito.

Entretanto, em 12 de agosto de 2014, a Primeira Turma do STF, no julgamento do Inquérito n. 3.590/DF, desconsiderou o precedente (*Habeas Corpus* n. 82.424/RS), e deu interpretação literal ao art. 20 da Lei n. 7.716/86 para afastar a tipicidade da conduta discriminatória ou preconceituosa determinada pela orientação sexual da(s) vítima(s). Em outras palavras, excluiu a violência contra pessoas LGBTI+ da definição de raça, o que acarretou o impedimento da aplicação da lei de racismo devido à ausência de fato típico, por conseguinte, crime inexistente (BRASIL, 2014).

Somente em 13 de junho de 2019, em observância ao precedente (*Habeas Corpus* n. 82.424/RS), aos mandamentos constitucionais e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil; o STF, ao julgar a ADO. n. 26/DF e o MI. n. 4.733, adotou medida coerente com o sistema jurídico ao conceituar racismo a partir de sua dimensão social, para além do aspecto estritamente biológico e/ou fenótipo. Considerou, para tanto, a desigualdade, a dominação política, a negação da alteridade e a subjugação social. Com isso, concluiu que as pessoas LGTBI estão incluídas na acepção de racismo, visto que assumem uma posição não dominante na estrutura social e serem reputadas como diferentes, degradadas “[...] à condição de marginais do ordenamento jurídico, [expostas], em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito [...]” (BRASIL, 2019).

Ainda que não se reconhecessem os instrumentos que combatem a omissão inconstitucional, o ensinamento de Alexy (2008, p. 93-103) acerca da técnica do sopesamento seria argumento plausível para demonstrar a precedência, no caso concreto, da autodeterminação da identidade sexual¹⁰ sobre a impossibilidade de analogia *in malam partem* e a rígida separação dos poderes.

10 Expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, o que, para Silva Filho e Jardim (2020), apesar de não se confundir com a felicidade, é meio indispensável para alcançá-la. Ou seja, enquanto a dignidade é meio, a felicidade é fim.

Compartilha dessa ótica Ana Paula de Barcellos (2008, p. 75), ao autorizar o Poder Judiciário criar, *in concreto*, direitos subjetivos para aquele que seria atingido ou beneficiado pela produção dos efeitos do comando normativo. A isso denomina eficácia jurídica positiva ou simétrica dos enunciados normativos constitucionais.

Desse modo, a criminalização da LGBTI+fobia é legítima e representa a tentativa do Estado-juiz em mudar essa realidade (inércia do legislativo e cenário de violações aos direitos humanos da população LGBTI+), “[...] tutelando estes bens jurídicos no campo da no sentido de que somente se deve recorrer ao direito penal quando nenhum outro ramo do direito foi capaz de solucionar o problema, conforme preconizam o princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima.” (SENTONE; GIACOIA, 2020, p. 47).

Vista toda essa lógica argumentativa, o tópico 5 deste artigo enfrentará o tema referente ao diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o STF para proteção institucional mais efetiva direcionada às vítimas de homofobia e transfobia.

4 DIÁLOGO ENTRE A CORTE-IDH E O STF PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS PESSOAS LGBTI+

A escolha metodológica da necessidade de construção desse tópico se justifica devido à existência de problema comum, no mundo em geral e nas Américas em particular, qual seja: a violência discriminatória às pessoas LGBTI+. O enfrentamento dessa problemática pelo Estado soberano, com resultados oscilantes entre eficaz e ineficaz, precisa ser observado por outros países à medida que o diálogo permite o aprimoramento do sistema protetivo de direitos humanos. Enxergar, pois, a imperfeição e incompletude do sistema local é o primeiro passo para a prática do verbo *dialogar*, seguida do uso da experiência alheia na busca por eliminar falhas. Isso, juntamente com o consenso, constitui o caminho para fortalecer o sistema e a etapa fundamental no processo de criação de corpo normativo comum (patamar mínimo) entre Estados.

Esse diálogo se dá em três dimensões: 1) diálogo entre jurisdições constitucionais; 2) diálogo entre as jurisdições regionais (por exemplo, entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos); e 3) diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais (PIOVESAN, 2012, p. 72). Comporta ainda incrementar uma quarta dimensão, a saber – o diálogo entre os sistemas regional e global de direitos humanos. A despeito dessa variedade dimensional, opta-se pela terceira dimensão em vista o cerne da pesquisa a interação direta ou indireta do Supremo Tribunal Federal (STF)¹¹ com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH) especificamente a respeito da criminalização da homotransfobia ante a inércia estatal.

Inegável que a Corte-IDH, com base no *corpus iuris* interamericano, cria patrimônio

¹¹ Órgão jurisdicional máximo, no âmbito doméstico, a quem compete à guarda da Constituição, consoante o art. 102, *caput*, da CRFB/88.

jurídico mínimo comum entre os Estados americanos, contribuindo para a formação do entendimento, exarado em suas manifestações e jurisprudência, dos órgãos jurisdicionais singulares ou colegiados. Melhor dizer, destarte, que os magistrados nacionais, por meio do controle de convencionalidade, são juízes interamericanos em nível nacional, devendo honrar e fazer cumprir os atributos constantes na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (ALCALÁ, 2012). Há duas técnicas desse controle para Valeiro Mazzuoli (2018, p. 30): uma que considera exclusivamente o texto do tratado paradigma, em espécie o CADH; outra acresce a interpretação da Corte-IDH ao texto: não havendo pronunciamento da Corte regional, o juiz interno se transmuda em juiz internacional para julgar os casos sob sua jurisdição à luz dos princípios internacionais, mormente o princípio *pro homine* ou *pro persona*¹².

A segunda técnica de controle, entretanto, foi reconhecida pela Corte-IDH somente a partir de 2006 (MAZZUOLI, 2018, p. 34), uma vez que suas decisões gozam de efeito quase *erga omnes* à proporção que os Estados que não são parte na controvérsia são convidados a assumir a *ratio decidendi* em seu direito interno por receio de acarretar responsabilidade internacional do Estado em razão do juiz, enquanto agente público, deixar de aplicar a lei convencional (convenção somada à interpretação da Corte-IDH) que garanta direitos fundamentais (ALCALÁ, 2012, p. 144-148). Em verdade, não se trata propriamente de convite a seguir a *ratio decidend* da sentença da Corte-IDH, senão uma imposição, já que o ato de convidar pressupõe a voluntariedade e liberdade na escolha e o que se verifica é uma forma de coagir, ou seja, ocorre a internalização da decisão da Corte regional por medo de represálias – condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, por exemplo.

Ressalva-se, entretanto, que o juiz nacional pode até discordar do posicionamento da Corte-IDH ao julgar caso semelhante, desde que o faça razoavelmente, expondo os motivos pelos quais levaram a tal desacordo. Por lógico, faculta a supradestacada Corte reexaminar a matéria controversa se a demanda chegar à sua jurisdição ou ainda emitir nova decisão para assuntos semelhantes. Firma, assim, diálogo franco, leal e de boa-fé seja descendente (de cima para baixo) ou ascendente (de baixo para cima), mesmo que a Corte Interamericana ponha fim à discussão, vinculando os juízes e tribunais locais (ALCALÁ, 2012, p. 170) por ser a intérprete última da Convenção Americana.

Para além do exercício da competência contenciosa, a Corte-IDH desempenha função consultiva marcada pela colaboração com os órgãos domésticos na interpretação da CADH e na sugestão de como se deve usar corretamente o controle de convencionalidade. Percebe-se, com isso, que esse diálogo antecede o surgimento do conflito e tem como fim principal evitá-lo, daí a importância de recepcionar as opiniões consultivas. Essa recepção não é obrigatória, mas uma orientação emanada do intérprete por excelência do *corpus iuris* interamericano: uma vez não seguida o Estado poderá vir a ser condenado, caso nasça aquilo que o opinativo considera como violação aos direitos humanos e a Corte venha a ser questionada sobre essa transgressão. Tais opinativos “[...] não controlam propriamente a convencionalidade de qualquer norma

12 Ver também: Hitters (2009) e Saldanha e Vieira (2014).

interna, senão apenas demonstram (daí o sentido da expressão aferição) em que consiste essa inconvenção.” (MAZZUOLI, 2018, p. 48).

A respeito da interpretação acerca da identidade de gênero, a igualdade e a não discriminação a pessoas do mesmo sexo o Estado da Costa Rica provocou o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) para que se manifestasse, pelo seu órgão máximo no exercer da sua competência consultiva, sobre a questão. Em 24 de novembro de 2017, a Corte-IDH emitiu a Opinião Consultiva n. 24 pela qual afirma que a falta de consenso por alguns países no que concerne à obediência aos direitos inerentes às pessoas LGBTI+ não permite considerar “[...] como argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir as discriminações históricas e estruturais que este grupo de pessoas sofrem.” (CIDH, 2017, p. 42-43). A Corte chega a essa conclusão pois enxerga estar inserida na proibição geral de discriminação (prevista no instrumento interamericano) a negação e/ou restrição de direitos estabelecidos na CADH em razão da orientação sexual, da identidade de gênero etc. Com efeito, o STF, no julgamento da ADO. n. 26/MI. n. 4733, interpretou extensivamente¹³, de maneira expressa, o referido parecer opinativo para criminalizar a prática da homofobia e da transfobia. No diálogo interjurisdicional, devem ser considerados os casos apreciados pela Corte-IDH: *Atala Riffo y niñas VS. Chile; Duque VS. Colômbia; Flor Freire VS. Equador; Azul Rojas Marín e outra VS. Peru.*

O primeiro caso refere-se ao conflito em torno da guarda das três filhas M., V. e R., movido pelo pai das meninas em face da senhora Karen Atala Riffo. O tribunal chileno ao apreciar a causa atendeu ao pedido autoral por compreender que a orientação sexual da mãe e a convivência amorosa com pessoa do mesmo sexo eram prejudiciais ao desenvolvimento das crianças. Contudo, a Corte-IDH (CIDH, 2012, p. 2-3), instada a se pronunciar, condenou, em 24 de fevereiro de 2012, o Chile por violação a) ao direito à igualdade e a não discriminação; b) à igualdade perante a lei; c) à obrigação do respeito às garantias judiciais; d) à proteção à honra, à dignidade, à vida privada e à família.

No segundo, a Corte-IDH (CIDH, 2016a, p.21-22) proferiu, em 26 de fevereiro de 2016, sentença responsabilizando a Colômbia por discriminação, visto que esse Estado se recusou a conceder benefício previdenciário ao companheiro sobrevivente, senhor Ángel Alberto Duque, em função do relacionamento homoafetivo não encontrar amparo no art. 1º da Lei n. 54 de setembro de 2001. Duque conviveu como casal com J.O.J.G até 15 de setembro de 2001, data em que seu companheiro faleceu em decorrência da síndrome da imunodeficiência adquirida. Ou seja, a própria lei de regência praticava ato discriminatório.

No terceiro, a Corte Interamericana, em 31 de agosto de 2016, declarou a responsabilidade internacional do Equador por lesão a) ao direito à igualdade perante a lei e a proibição de discriminação, b) ao direito à honra e à dignidade e c) à garantia de imparcialidade. Tais lesões ocorreram no curso de processo disciplinar militar contra o senhor Homero Flor Freire por suposta prática de atos sexuais homossexuais dentro das instalações militares, que resultou na sua demissão.

13 Para Alcalá (2012) interpretação extensiva consiste no ato do juiz nacional atribuir sentido e alcance dos dispositivos da Convenção superior àqueles fixados na jurisprudência da Corte-IDH.

Porém, a punição por esse motivo “[...] constituyó un acto discriminatorio en la medida en que se basó en la aplicación al señor Flor Freire de normas internas que sancionaban de forma más gravosa los ‘actos homosexualismo’, en comparación con los actos sexuales no homosexuales”¹⁴ (CIDH, 2016b, p. 1).

Por fim, no último caso, a Corte-IDH (CIDH, 2020), em 12 de março de 2020, condenou o Estado do Peru pela transgressão do direito à vida privada, à liberdade, à integridade física, à igualdade e à não discriminação, decorrente da prática de atos de violências física, psicológica e sexual por agentes estatais em face da vítima detida arbitrariamente em 25 de fevereiro de 2008. Esses atos violentos ocorreram, sobretudo, quando identificaram a detenta como se fosse um homem e não como mulher transgênero. Por tal razão, além das indenizações pelos danos de ordem material e imaterial, a Corte deliberou por obrigar o Estado a ofertar gratuitamente tratamento médico, psicológico e psiquiátrico a Azul Rojas Marín.

Ao confrontar a jurisprudência da Corte-IDH (no exercer da sua função contenciosa e consultiva) atrelada à matéria de defesa aos direitos humanos do grupo LGBTI+ com a decisão prolatada pelo STF na ADO. n. 26/DF e no MI. n. 4733, classifica-se o diálogo mantido entre tribunal local e tribunal interamericano como corretivo e receptivo ao passo que, respectivamente: retificou a jurisprudência local com base na interpretação feita pela Corte interamericana quando condenou/sugeriu um Estado parte (Opinião Consultiva n. 24 e demais jurisprudência interamericana) e recepcionou a *ratio decidendi* extraída da condenação de outro Estado-parte com o objetivo de refrear responsabilização internacional (ao valer-se dos argumentos que a Corte utilizou para justificar sua decisão).

CONCLUSÃO

A despeito da condição de vulnerabilidade estar intrinsecamente ligada à natureza humana, as pessoas LGBTI+ são um grupo de indivíduos em que essa condição é potencializada seja pela marginalização ao convívio social, pela insignificante participação política, pelo costume predatório da sociedade, entre outros fatores de exclusão. Desse modo, seus direitos são periodicamente alvos de violações tanto pelos particulares quanto pelo Poder Público. No Brasil, esse cenário de transgressões agrava-se pela falta de dados estatísticos oficiais baseados em critérios científicos, tem-se tão só a contabilidade das ocorrências confeccionada por organizações não-governamentais. Não bastasse isso, políticas públicas de combate à discriminação em razão da orientação sexual, da identidade de gênero, dentre outras dimensões da sexualidade são negligenciadas.

A presença de comando constitucional (art. 5º, incisos XLI e XLII, art. 3º, IV, art. 4º, II e art. 1º, III da CRFB/88) e de documentos internacionais determinando a criminalização da homofobia e transfobia não fez com o que o Poder Legislativo, no exercício de sua atividade típica,

¹⁴ Tradução Livre: constitui um ato discriminatório à medida que se baseou na aplicação ao senhor Flor Freire de normas internas que sancionem de forma mais gravosa os atos de homossexualismo em comparação com os atos sexuais não homossexuais (CIDH, 2016b, p. 1).

editasse tipo penal ou outras normas infraconstitucionais protegendo esse grupo. Esse fato revela forma implícita de consentir do Estado brasileiro com tais práticas, com isso, contribui para o agravamento da situação. Portanto, as tentativas de normatizações encontram obstáculo na própria democracia enquanto governo da maioria e a atuação do Poder Judiciário na defesa dessas pessoas é encarada com olhar crítico por juristas, que petrificam rigidamente os princípios da separação de poderes, da legalidade, da anterioridade da norma penal.

Esquecem, contudo, que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê mecanismos para o enfrentamento da “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, a saber: o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que autorizam o Poder Judiciário a afastar a omissão inconstitucional e/ou inconvenção, sem que, com isso, infrinja a reserva legal. Além disso, há técnicas interpretativas estudadas pela hermenêutica constitucional – como a interpretação conforme a Constituição – que possibilitam ao STF dar aplicação constitucional aos comandos normativos. Esquivar-se dessa autorização (que muito mais é poder-dever, isto é, incumbência do que propriamente uma autorização/faculdade) representaria renunciar à sua função contramajoritária, conseqüentemente, viabilizaria a ditadura da maioria, ou melhor, o fortalecimento da posição de subcidadania do grupo LGBTI⁺ e a perpetuação de lesão aos direitos dos integrantes desse grupo em situação de vulnerabilidade.

Como problema comum – a violência às pessoas LGBTI⁺ – é imprescindível o diálogo interjurisdicional para o aprimoramento da rede protetiva de direitos humanos. Isso foi feito pela Suprema Corte no julgamento da ADO. n. 26/DF e MI. n. 4733 ao considerar não só expressamente a interpretação exarada pela Corte-IDH na Opinião Consultiva n. 24/2017, mas também implicitamente a jurisprudência interamericana. Ao mesmo tempo em que efetuou estas considerações, o STF inovou, atuando com tribunal interamericano nacional, ao determinar a aplicação da Lei n. 7.716/1989 para os atos de homotransfobia a partir da construção jurídico-constitucional-convencional do conceito de racismo.

Por conseguinte, o caminho interpretativo e dialógico percorrido pelo tribunal local mostrou-se como essencial para proteção institucional do mencionado grupo, assim como para estimular a convivência harmônica com a diversidade de modo a respeitar seus direitos humanos e/ou fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdicional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006-2011. **Revista do Curso de Direito**, São Luís, v. 2, n. 4, p. 131-203, dez. 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4473027>. Acesso em: 5 jun. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BAHIA, Alexandre. A função contramajoritária da Constituição Brasileira de 1988 em proteger minorias: estudo sobre ADInO n. 26. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (org.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Juruá: Curitiba, 2016. p. 371-400.

BAHIA, Alexandre. Anti-Semitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do ministro Celso de Mello no HC 82.424. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006. Disponível em: <http://abre.ai/bhRh>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BAHIA, Alexandre; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Os números da transfobia no Brasil: a omissão inconstitucional do país em tratar do problema. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Transgêneros**. Brasília: Zakarewicz, 2019. p. 629-640.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a lgbtifobia no Brasil. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 6, n. 1, p. 1-31, jun. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/249>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001.

BRAGA, Matheus Andrade. A legalidade penal em tempos de ativismo judicial: uma análise crítica da decisão do supremo tribunal federal no caso da homofobia. In: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz (org.). **Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira**. Fortaleza: Mucuripe, 2019. p. 141-158.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Inquérito n. 3.590/DF**. Disposto no artigo 20 da Lei n. 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual. Relator: Ministro Marcos Aurélio, 12 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes [...]. Relator: Ministro Celso de Mello, 28 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424/RS**. Publicação de livros: anti-semitismo. racismo. crime imprescritível. conceituação. abrangência constitucional. liberdade de expressão. limites. ordem denegada Relator: Ministro Maurício Corrêa, 19 de março de 2004.

BRASIL. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator min. Marco Aurélio. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Ano 158, n. 124, Brasília - DF, 1 jul. 2019.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities**. New York: United Nations, 1979.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião consultiva n. 24/2017**. Dispõe sobre a identidade de gênero, a igualdade e a não discriminação a pessoas do mesmo sexo. Washington, D.C: CIDH, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 24 de fevereiro de 2012**: caso Atala Riffo y niñas VS. Chile. Washington, D.C: CIDH, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 26 de fevereiro de 2016**: caso Duque VS. Colômbia. Washington, D.C: CIDH, 2016a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 31 de agosto de 2016**: caso Flor Freire vs. Equador. Washington, D.C: CIDH, 2016b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_315_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia de 12 de marzo de 2020**: caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú. Washington, D.C: CIDH, 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A evolução da posição do Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção no controle da inconstitucionalidade por omissão**. [S.l.]: Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163082882/a-evolucao-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-em-relacao-ao-mandado-de-injuncao-no-controle-da-inconstitucionalidade-por-omissao>. Acesso em: 2 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALTUNG, Johan. La violencia cultural, estructural y directa. *In*: INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS - IEE. Política y violencia: comprensión teórica y desarrollo en la acción colectiva. **Cuadernos de Estrategia**, Madrid, v. 5, n. 183, p.147-168, 2016. Disponível em: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_183.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

GILSON, Erinn. Vulnerability, ignorance, and oppression. **Hypatia**, New York, v. 26, n. 2, p. 308-332, 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23016548>. Acesso em: 14 out. 2019.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la corte interamericana de Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 7, n. 2, p. 109-128, 2009. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>

- INSTITUTO DATAFOLHA. **Eleições 2018**: opinião sobre temas diversos. [São Paulo]: Instituto Datafolha, out. 2018. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/10/29/9d1a93fe17726819d7088b03c0278862.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. 2. ed. Brasília: Jaqueline Gomes de Jesus, 2012.
- JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco (org.). **Direito à diferença**: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13-30.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p. 19-29, mar. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160330>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MELLO FILHO, José Celso de. O papel constitucional do Supremo Tribunal Federal na consolidação das liberdades fundamentais. *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias. **30 anos da Constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 477-494.
- MICHELS, Eduardo. **População LGBT morta no Brasil**. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2019. Relatório GGB 2018. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. .
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICOS. **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas**. São Paulo: OEA, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- PEREIRA, Rayssa Mosanio Duarte. **O direito fundamental à autodeterminação sexual**. 2019. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 67-93, jun. 2012. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf). Acesso em: 17 abr. 2020.
- ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. **Reciis**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 31-41, 8 dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.3395/reciis.v2i0.865>

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. **Libertas**, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/255>. Acesso em: 17 abr. 2020.

SÉGUIN, Éliida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SENTONE, Andressa Tanferri; GIACCOIA, Gilberto. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. **Revista Videre**, Dourados, v. 12, n. 24, p. 26-51, nov. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.30612/videre.v12i24.9651>

SILVA FILHO, Edson Viera da; JARDIM, Neymilson Carlos. A construção da busca da felicidade constitucional: da omissão do legislativo ao decisionismo do judiciário brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 22, n. 1, p. 133-161, jan./abr. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Liberdade_v.22_n.1.pdf. Acesso em: 17 abr. 2020.

SILVA, Gabriela Costa e; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do poder público. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 395-418, abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2018.v19i8.3173>

SOUZA, Mércia Cardoso de. Revisión del concepto de minorias: especial referencia a la doctrina y derecho brasileños. **Revista Internacional de Pensamiento Político**, Sevilla, v. 14, n. 1, p. 193-208, dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.46661/revintpensampolit.4776>

Recebido em: 21/04/2021

Aceito em: 03/02/2023