

# SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF

**A**ção Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em junho, declarou a existência de omissão inconstitucional do Congresso Nacional na não enunciação de conduta de homofobia e de transfobia como crime no Brasil. A decisão usou como fundamento a Lei do Racismo, nº 7.716/1989, que agora passa a disciplinar também as condutas discriminatórias à chamada comunidade LGBTI+.

Parece-nos que da tese enunciada pelo STF, o seguinte trecho guarda os critérios de composição da norma jurídica, digamos, principal ao debate: “Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação

definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989.”

Portanto, dada a ausência de norma jurídica expressa em lei, pela inércia do exercício de competência pelo Congresso Nacional, somada à presença de norma, com índole constitucional, de proteção de direitos individuais e tutela da dignidade da pessoa humana, nos textos dos incisos XLI e XLII da Carta da República, segundo os quais, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”; então, o intérprete constitucional pátrio, o STF, fixou como hipótese para (poder-se-ia chamar) crime de discriminação: “condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém”.

Eis um acontecimento de ingresso da linguagem da ciência do direito na linguagem do direito positivo. Isso porque, ausente texto de norma que classifique uma conduta como crime no ordenamento pátrio, mas, presente no debate jurídico a relevância da — ainda outra linguagem — força da realidade social de

## MARÍLIA BARROS XAVIER

» Advogada do escritório Vilela, Silva Gomes e Miranda

discriminação contra esse grupo de pessoas, dá-se a comunicação entre sistemas, entre ciência e pragmática.

Pela abertura semântica da interpretação do que seja discriminação, inclui-se sob a tutela já presente no ordenamento jurídico de combate ao racismo, também o combate “ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito” (como bem dito na tese do STF).

Cabe o registro de que o processo de

positivação de normas jurídicas gerais e abstratas — aquelas que valem para todos e precedem a aplicação aos casos concretos, como são as leis — deve ser lido sob a luz da doutrina do checks and balances ou freios e contrapesos, sendo certo que a atividade de um poder do Estado será limitada e complementada pela atuação dos outros dois poderes, dentro da clássica tripartição de poderes de Montesquieu. Daí a possibilidade de o Poder Judiciário deter competência para enunciação de normas na chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, inclusive, podendo ser acionado, a partir de fatos sociais, para fixação também de normas gerais e abstratas, como leis.

Para nós, anda bem a Corte Constitucional em posicionar-se sobre o tema, diante da ausência de norma jurídica e, por outro lado, da presença do cenário cultural que não deixa dúvidas sobre a relevância da proteção, em tais casos, da dignidade da pessoa humana — como se pretendeu promover. É a linguagem das ruas, dos noticiários, se fazendo presente na construção do sistema jurídico brasileiro e na realização dos princípios protegidos pela Constituição da República.