

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: A ATUAÇÃO DO JUIZ CONSTITUCIONAL

CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA: THE ACTION OF THE CONSTITUTIONAL JUDGE

Técio Ferreira da Ponte¹ (IC), Gabrielly Glenda Firmo Mouta¹ (IC), Renata Albuquerque Lima² (PQ)

1. Graduando em Direito, Universidade Estadual Vale do Acaraú, Sobral-CE
2. Doutora em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE

tecio43@gmail.com, gabriellyglenda@hotmail.com, realbuquerque@yahoo.com

Resumo

No contexto político-jurídico contemporâneo, vem sendo apresentado um debate no que se refere à atuação do juiz constitucional ao decidir pela criminalização ou não da homofobia e da transfobia, indagando-se quanto à existência de legitimidade do Poder Judiciário ao interferir e, até mesmo, inovar a ordem jurídica diante de uma situação de mérito político. Contudo, para a resolução dessa questão, requer-se a análise dos fatores que acarretam essa judicialização da política, quais sejam as influências do neoconstitucionalismo, as atribuições do Supremo Tribunal Federal previstas na atual Constituição e a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentares. Ademais, evidencia-se, ainda, o estabelecimento dos requisitos exigíveis na tomada de decisão pela implementação de política substantiva através da atividade jurisdicional, devendo estar presentes critérios de motivação, adequação e necessidade dessa política.

Palavras-chave: Criminalização da homofobia. Judicialização da política. Atuação dos juízes.

In the contemporary political-juridical context, a debate has been presented regarding the role of the constitutional judge in deciding whether or not to criminalize homophobia and transphobia, and inquire as to the existence of legitimacy of the Judiciary by interfering and even , to innovate the legal order before a situation of political merit. However, in order to solve this question, it is necessary to analyze the factors that lead to this judicialization of politics, namely the influence of neoconstitutionalism, the attributions of the Federal Supreme Court provided for in the current Constitution, and the crisis of representativeness and functionality of parliamentarians. In addition, it is also evident the establishment of the requirements required in the decision making by the implementation of substantive policy through the jurisdictional activity, and should be present criteria of motivation, adequacy and necessity of this policy.

Key-words: Criminalization of homophobia. Judicialization of politics. Performance of the judges.

Introdução

Atualmente, o contexto social brasileiro apresenta uma celeuma impetuosa no que se refere à proteção constitucional e legal das pessoas homossexuais e transexuais, mais especificamente no que tange à criminalização da homofobia e da transfobia. Tal discussão vem se tornando progressivamente mais acalorada em razão da autoafirmação das pessoas e grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros (LGBTs) que defendem esse ato, bem como da parcela moralmente conservadora da sociedade que repudiam o mesmo.

Diante disso, a criminalização da homofobia e da transfobia está sendo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 em conjunto com o Mandado de Injunção (MI) 4733, ambos julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A partir dessas ações, os órgãos legitimados que as apresentaram objetivam que o STF reconheça a inércia legislativa do Congresso Nacional quanto a criminalização da homofobia e da transfobia e enquadre como crime de racismo todo tipo de agressão verbal, física ou psicológica cometida contra uma pessoa LGBT até que o Poder Legislativo decida sobre o tema.

Entretanto, distanciando-se da análise do mérito da demanda, suscitam-se críticas quanto a ausência de legitimidade democrática por parte do Supremo para decidir a questão supracitada, pois esta é uma decisão política, logo somente seria admissível em um sistema no qual os juízes constitucionais fossem eleitos para mandatos fixo, isto é, no qual pudessem ser responsabilizados por seus erros, por meio de um controle regular da sociedade (APPIO, 2005). Dessa forma, ao atuar legislativamente, o Poder Judiciário estaria em desacordo com a teoria da separação dos poderes que possui fulcro constitucional no artigo 2º ao estabelecer que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2017, p. 09).

Isto posto, resta a indagação se há legitimidade na atuação jurisdicional ao dirimir questão não apreciada pelo Congresso ou se, de fato, o Judiciário age usurpando seus poderes através do ativismo político. Além disso, questionam-se quais razões levam o Poder Judiciário interferir e decidir quanto a discussões eminentemente políticas como a criminalização de atos de violência ou discriminação contra homossexuais e transexuais.

Metodologia

Trata-se de uma pesquisa básica com o intuito de analisar a legitimidade e as causas da atuação do juiz constitucional no âmbito decisório da criminalização da homofobia e da transfobia. Essa pesquisa teve embasamento na análise documental da legislação, tratando, principalmente, da Constituição Federal, bem como se utilizou de dados estatísticos que tratam dos índices de violência contra pessoa LGBT. Além disso, fez uso da revisão bibliográfica de obras de especialistas do ramo do direito constitucional e do direito processual constitucional, para que se estabeleça de início a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, suas causas e, em seguida, as exigências para a decisão fruto desta atuação.

Resultados e Discussão

A violência homofóbica apresenta, atualmente, massivo destaque midiático em razão dos seus índices se demonstrarem cada vez mais elevados, em 2017, por exemplo, foram registrados 445 assassinatos, ou seja, 102 a mais em relação ao ano de 2016 (GGB, 2017) e 2.608 denúncias foram recebidas por discriminação ou violência cometida contra pessoa LGBT pelo Disque 100 (FGV, 2017). Em contrapartida, outra parcela do corpo social entende que a consecução de direitos que tutelem exclusivamente os gêneros LGBTs fere a concepção moral e religiosa construída pelo setor tradicional da sociedade. Diante disso, fica evidente que a criminalização da homofobia é uma temática de âmbito amplamente social e política.

Dessa forma, a transferência da discussão e da decisão desse tema para o Supremo configura a existência da judicialização da política no presente caso, fenômeno que ocorre quando “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2008, p.03). Além disso, judicialização é um fenômeno típico dos Estados Sociais, visto que estes são marcadamente intervencionistas, de modo que em caso de omissão do Poder Legislativo, o juiz constitucional assume a função de implementar direitos sociais previstos constitucionalmente (COSTA, 2017).

Contudo, a judicialização não é um exercício deliberado da vontade política do juiz constitucional, ela é uma circunstância que advém do modelo constitucional adotado pelo Brasil, pois este fenômeno é previsto no artigo 102, inciso I, alínea “q” e no artigo 103, §2º da Constituição Federal de 1988. Neste é prevista a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que visa tornar efetiva a norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente omissor para a adoção das providências. Enquanto naquele, prenuncia-se o Mandado de Injunção (MI) que busca suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (MENDES, 2007).

No caso em tela, é patente o cabimento do pedido de criminalização da homofobia e da transfobia à ADO e ao MI, tendo em vista que os autores buscam a efetivação do mesmo em virtude da inércia do Legislativo no trato do assunto, pois a existência desta temática no Congresso ocorre apenas através do Projeto de Lei nº 122/2006, que foi arquivado. Além disso, vislumbram-se indícios de plausibilidade de acolhimento do pedido, pois a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 2017, p. 10) e há manifesta adequação entre violência por questão de gênero e o dispositivo constitucional citado. Portanto, o próprio ordenamento jurídico brasileiro legitima a atuação do juiz constitucional em contendas de mérito político com fito de implementar os princípios e valores constitucionais.

Esta legitimação da atuação do juiz constitucional ao exercer função que não seja precípua da sua natureza organizacional decorre da mitigação do princípio da legalidade que, com o advento do neoconstitucionalismo, instituiu novas atribuições ao Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais. Outrossim, essa judicialização da política se deve à crise

de representatividade e de funcionalidade do parlamentares em geral, que acarreta no deslocamento de poder da esfera do Legislativo para a instância jurisdicional.

Desse modo, o neoconstitucionalismo, modelo teórico de organização estatal desenvolvido atualmente, entende que a validade das normas deve ser considerada também pelo seu conteúdo, isto é, seu aspecto material e não apenas o formal. Nesse contexto, a Constituição busca assegurar o respeito aos princípios e direitos fundamentais estabelecidos. Para tanto, dentre outras atribuições, delega aos tribunais competência para produzir política substantiva por meio de aplicação de princípios e valores nela inseridos, implementando determinada política que, por sua omissão, viole, desproporcionalmente, algum direito fundamental ou social (COSTA, 2017).

Com isso, ocorre a mitigação do princípio da legalidade, pois o juiz passa de uma situação de mero aplicador da lei, para aplicador de princípios e normas constitucionais, de modo que, “nesse novo sistema de freios e contrapesos, o Judiciário atua ora equilibrando (mediante correção de atos), ora interferindo (criando obrigações ou colmatando a atividade legislativa)” (COSTA, 2017, p. 03), com o objetivo de encontrar a harmonia do sistema constitucional e efetivar as garantias dispostas na Constituição.

Ademais, para Barroso (2008, p. 09), a maior incidência da judicialização decorre que:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Via de regra, tais omissões se dão em razão dos próprios políticos preferirem, muitas vezes, que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões políticas polêmicas, sobre as quais exista desacordo moral razoável na sociedade, de modo a evitar o próprio desgaste. A partir de uma análise dos julgados do STF, nota-se a ocorrência desta manobra parlamentar em diversos casos, como: a demarcação de terras indígenas, a definição da possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, a definição do início de vida para fins de aborto, entre outros (STF, 2019).

Dessa maneira, notabiliza-se que a decisão sobre criminalização da homofobia e da transfobia é mais uma temática da qual os parlamentares optaram pela não deliberação, em razão de caracterizar um dissenso moral na sociedade, bem como pelo que é demonstrado nos extratos sociais dos representantes em relação aos representados, qual seja a baixa representação da comunidade LGBT (BARROSO, 2014). Em virtude dessa omissão, o tema foi transferido para análise, do âmbito constitucional, pelo Judiciário, que acaba fazendo as vezes de legislador.

No entanto, cabe ressaltar que a atuação do juiz constitucional ao colmatar as lacunas legislativas não ocorre de maneira discricionária e aos modos da sua manifestação volitiva, para Costa (2017, p. 17) “a decisão jurídica deve estar em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, de onde radica a sua legitimidade, de sorte que essa decisão pressupõe responsabilidade política”. Destarte, faz-se necessária as devidas fundamentações e

motivações, com diretriz constitucional, nas tomadas de decisões que instituem políticas substantivas.

Portanto, em caso de reconhecimento da omissão legislativa e estabelecimento de juízo interpretativo que inove o ordenamento jurídico quanto à criminalização da homofobia, deve-se observar as razões de justificativa, isto é, a observância da reserva de consistência que, para Moro (2001, p. 91) ocorre quando “se exige que o juiz demonstre o desacerto legislativo, que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando a solução mais adequada”. Ademais, o juiz deve verificar a adequação das normas à Constituição, avaliar a necessidade e adequação das políticas e as consequências de sua decisão no âmbito da governança pública.

Conclusão

A partir do que foi analisado, força rejeitar que os ministros do STF ao decidirem questões de ampla repercussão política, como a criminalização da violência contra pessoa LGBT, seja uma situação de supremacia do Poder Judiciário sobre o Legislativo, e que os mesmos agem discricionariamente usurpando a função precípua do Congresso Nacional. Ao contrário, o juiz constitucional age legitimamente com a pretensão de observar e garantir os ditames constitucionais e não almejando interferir na governabilidade do país.

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro, ao prever competência do STF para julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandados de Injunção, concede a atribuição de guardião da Constituição ao órgão supremo do Judiciário e, para tanto, este deve fazê-la valer, quanto aos direitos fundamentais e aos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outros Poderes. Com isso, a omissão do Legislativo, caracterizadora da sua crise de representatividade, gera uma desconformidade, se aproximando da abusividade, que legitima a atuação do Poder Judiciário.

Evidentemente, nem toda discussão política pode ser feita no âmbito jurisdicional, mas questões, ainda que de natureza política, que venham a ameaçar ou lesionar direitos são sujeitas a esse controle, como é o caso do debate quanto à violência homofóbica. Logo, eventual acolhimento da criminalização da homofobia, mesmo podendo configurar como atuação contramajoritária, este ato se dará a favor, e não contra a democracia, pois estará efetivando a vontade do legislador constituinte.

Finalmente, para que seja válida e em conformidade com a ordem jurídica, a legitimidade da atuação jurisdicional nesta questão citada deve ficar evidenciada através de uma decisão motivada, racionalmente justificável, e que analise previamente, com amparo no juízo de consistência, as consequências da implementação ou da não implementação de determinada política substantiva, bem como avaliar os requisitos de adequação e necessidade dessa política.

Referências

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In **Tratado de direito constitucional: constituição do século XXI**, vol 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 19 mar 2019.

COSTA, Inês Moreira da. **Judicializando a política: as novas atribuições do juiz constitucional**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/cbm2018/regulamentos/judicializando%20a%20politica.pdf>. Acesso em: 19 mar 2019.

FGV DAAP. **Disque 100: balanço 2017**. Brasília: FGV, 2017. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/disque100/balanco-2017-1>. Acesso em: 19 mar 2019.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Mortes violentas de LGBT no Brasil: relatório 2017**. Bahia: GGB, 2017. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>. Acesso em: 19 mar 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de jurisprudência**. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 19 mar 2019.

Agradecimentos

À Deus e à todos que contribuíram para a elaboração dessa pesquisa.