

I ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO DO FUTURO

DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADE E DIVERSIDADE

D598

Direito, gênero, sexualidade e diversidade [Recurso eletrônico on-line] organização I Encontro Nacional de Direito do Futuro: Escola Superior Dom Helder Câmara – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa, Helen Cristina de Almeida Silva e João Sergio dos Santos Soares Pereira – Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-936-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Os desafios do humanismo na era digital.

1. Direito do Futuro. 2. Humanismo. 3. Era digital. I. I Encontro Nacional de Direito do Futuro (1:2024 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



I ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO DO FUTURO

DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADE E DIVERSIDADE

Apresentação

O Encontro Nacional de Direito do Futuro, realizado nos dias 20 e 21 de junho de 2024 em formato híbrido, constitui-se, já em sua primeira edição, como um dos maiores eventos científicos de Direito do Brasil. O evento gerou números impressionantes: 374 pesquisas aprovadas, que foram produzidas por 502 pesquisadores. Além do Distrito Federal, 19 estados da federação brasileira estiveram representados, quais sejam, Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe, São Paulo e Tocantins.

A condução dos 29 grupos de trabalho do evento, que geraram uma coletânea de igual número de livros que ora são apresentados à comunidade científica nacional, contou com a valiosa colaboração de 69 professoras e professores universitários de todo o país. Esses livros são compostos pelos trabalhos que passaram pelo rigoroso processo double blind peer review (avaliação cega por pares) dentro da plataforma CONPEDI. A coletânea contém o que há de mais recente e relevante em termos de discussão acadêmica sobre as perspectivas dos principais ramos do Direito.

Tamanho sucesso não seria possível sem o apoio institucional de entidades como o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), a Universidade do Estado do Amazonas (UEA), o Mestrado Profissional em Direito e Inovação da Universidade Católica de Pernambuco (PPGDI/UNICAP), o Programa RECAJ-UFGM – Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a Comissão de Direito e Inteligência Artificial da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, o Grupo de Pesquisa em Direito, Políticas Públicas e Tecnologia Digital da Faculdade de Direito de Franca e as entidades estudantis da UFGM: o Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP) e o Centro Acadêmico de Ciências do Estado (CACE).

Os painéis temáticos do congresso contaram com a presença de renomados especialistas do Direito nacional. A abertura foi realizada pelo professor Edgar Gastón Jacobs Flores Filho e pela professora Lorena Muniz de Castro e Lage, que discorreram sobre o tema “Educação jurídica do futuro”. O professor Caio Lara conduziu o debate. No segundo e derradeiro dia, no painel “O Judiciário e a Advocacia do futuro”, participaram o juiz Rodrigo Martins Faria,

os servidores do TJMG Priscila Sousa e Guilherme Chiodi, além da advogada e professora Camila Soares. O debate contou com a mediação da professora Helen Cristina de Almeida Silva. Houve, ainda, no encerramento, a emocionante apresentação da pesquisa intitulada “Construindo um ambiente de saúde acessível: abordagens para respeitar os direitos dos pacientes surdos no futuro”, que foi realizada pelo graduando Gabriel Otávio Rocha Benfica em Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS). Ele foi auxiliado por seus intérpretes Beatriz Diniz e Daniel Nonato.

A coletânea produzida a partir do evento e que agora é tornada pública tem um inegável valor científico. Seu objetivo é contribuir para a ciência jurídica e promover o aprofundamento da relação entre graduação e pós-graduação, seguindo as diretrizes oficiais da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Além disso, busca-se formar novos pesquisadores nas mais diversas áreas do Direito, considerando a participação expressiva de estudantes de graduação nas atividades.

A Escola Superior Dom Helder Câmara, promotora desse evento que entra definitivamente no calendário científico nacional, é ligada à Rede Internacional de Educação dos Jesuítas, da Companhia de Jesus – Ordem Religiosa da Igreja Católica, fundada por Santo Inácio de Loyola em 1540. Atualmente, tal rede tem aproximadamente três milhões de estudantes, com 2.700 escolas, 850 colégios e 209 universidades presentes em todos os continentes. Mantida pela Fundação Movimento Direito e Cidadania e criada em 1998, a Dom Helder dá continuidade a uma prática ético-social, por meio de atividades de promoção humana, da defesa dos direitos fundamentais, da construção feliz e esperançosa de uma cultura da paz e da justiça.

A Dom Helder mantém um consolidado Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Ambiental e Sustentabilidade, que é referência no país, com entradas nos níveis de mestrado, doutorado e pós-doutorado. Mantém revistas científicas, como a Veredas do Direito (Qualis A1), focada em Direito Ambiental, e a Dom Helder Revista de Direito, que recentemente recebeu o conceito Qualis A3.

Expressamos nossos agradecimentos a todos os pesquisadores por sua inestimável contribuição e desejamos a todos uma leitura excelente e proveitosa!

Belo Horizonte-MG, 29 de julho de 2024.

Prof. Dr. Paulo Umberto Stumpf – Reitor da ESDHC

Prof. Dr. Franclim Jorge Sobral de Brito – Vice-Reitor e Pró-Reitor de Graduação da ESDHC

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – Pró-Reitor de Pesquisa da ESDHC

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO LEGISLATIVO PELO STF OU ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO JUDICIÁRIO?

LA CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOFOBIA Y LA TRANSFOBIA: ¿USURPACIÓN DE COMPETENCIA LEGISLATIVA POR PARTE DEL STF O ACCIÓN LEGÍTIMA DEL PODER JUDICIAL?

Vinicius Da Costa Gomes

Resumo

O STF decidiu pela possibilidade de aplicação da lei 7.716/89 para punir as condutas homotransfóbicas. A decisão foi alvo de polêmicas diante da polarização política relacionada aos costumes. Além disso, os debates sobre a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal e as críticas ao STF permearam o tema. Mas, houve usurpação de competência do Legislativo? A pesquisa irá demonstrar, analisando a decisão na ADO 26, que não houve abuso de poder ou ativismo judicial ilegítimo. Para tal, irá tratar da tripartição de poderes, dos fundamentos da decisão e da interpretação do termo racismo segundo a jurisprudência do STF.

Palavras-chave: Racismo, Interpretação, Homotransfobia

Abstract/Resumen/Résumé

El STF decidió sobre la posibilidad de aplicar la ley 7.716/89 para sancionar las conductas homotransfóbicas. La decisión fue objeto de controversia debido a la polarización política. Además, los debates sobre la despenalización de la posesión de drogas para consumo personal y las críticas al STF permearon el tema. Pero, ¿hubo usurpación de los poderes Legislativos? La investigación demostrará, analizando la decisión en ADO 26, que no hubo abuso de poder ni activismo judicial ilegítimo. Para ello, abordará la tripartición de poderes, el fundamento de la decisión y la interpretación del término racismo según la jurisprudencia del STF

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Racismo, Interpretación, Homotransfobia

1. INTRODUÇÃO:

O plenário do STF decidiu pela possibilidade de aplicação da lei nº. 7.716/89 (lei do racismo) para punir as condutas homofóbicas e transfóbicas. A corte decidiu no âmbito de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que até que sobrevenha lei do Congresso implementando os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, as condutas homofóbicas e transfóbicas que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/89, já que traduzem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social.

A decisão da corte ocorreu em 13/06/19, contudo, diversas críticas foram proferidas após a decisão¹. O senador Marcos Rogério, por exemplo, afirmou que a decisão, equivocadamente, criminaliza a opinião e iguala a noção de raça à orientação sexual e à identidade de gênero². O parlamentar citou ainda que já existiam projetos sobre o tema no Congresso: o PL 3032/19 que qualifica o homicídio e majora o de lesão corporal quando praticados em razão de comportamento sexual e o PL 672/19 que inclui na lei 7.716/19 os crimes de discriminação ou preconceitos de orientação sexual ou de identidade de gênero.

Apesar da decisão ser de 2019 o tema permaneceu em debate, diante de sua polêmica e, possivelmente, diante da polarização política relacionada aos costumes. Além disso, os debates sobre a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal (RE 635.659/SP – O STF já formou maioria decidindo a favor da descriminalização - 5 votos a 1 – 25/08/23)³ corroboram com as críticas à atuação ativa do STF. Algumas pesquisas realizadas no decorrer dos últimos anos indicam que realmente há desconfiança sobre a atuação do STF. A AtlasIntel, por exemplo, entrevistou 2,2 mil pessoas entre 10/1/23 e 11/1/23 sobre a confiabilidade na corte⁴.

¹ Diversos parlamentares e bancadas do Congresso efetuaram críticas a decisão do STF, exemplos: < <https://www.camara.leg.br/tv/561174-pastor-eurico-critica-decisao-do-stf-sobre-criminalizacao-da-homofobia/> ; https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/criminalizacao-da-homofobia-senado/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=dinamico&gad_source=1&gclid=CjwKCAjwr7ayBhAPEiwA6EIGxO-S66VyJ9qaVPNMUxJhlCWtAjGUNrxB9gzmjbnllyyq4BOxsn22DhoCKOoQAvD_BwE >. Acessado em 20/05/24.

² Acessado em 20/05/24 no endereço: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/17/marcos-rogerio-critica-decisao-do-stf-que-criminaliza-homofobia-no-brasil>>

³ O artigo irá analisar principalmente o voto do ministro Gilmar Mendes que foi o relator do RE. Acessado em 07/09/23 no site: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145> >

⁴ A pesquisa completa foi acessada a partir do site de notícias que encomendou a apuração ao instituto. Ressalta-se que o site tem o link do arquivo da pesquisa completa e esse foi o utilizado no artigo. Acessado em 06/09/23 no site: < <https://www.jota.info/stf/do-supremo/brasileiros-estao-rachados-em-relacao-a-confianca-no-stf-diz-pesquisa-atlasintel-jota-13012023> >

Há um empate técnico entre a parcela de brasileiros que confiam e a que desconfiam do STF: 44,9% dizem confiar na corte e 44,8% afirmam não confiar (os 11% restantes não têm opinião formada sobre o tribunal). A pesquisa da Datafolha de 2021 já indicava críticas a essa corte⁵. A pesquisa reuniu 2.556 pessoas em 183 municípios de todo o Brasil⁶ e foi realizada entre 27 e 28 de julho de 2021. A análise indicou que 23% dos entrevistados entendem que o STF realizou um trabalho bom ou ótimo e 33% que o trabalho foi ruim ou péssimo. Entre os dias 13 e 16 de dezembro de 2021, os índices eram de 23% para bom ou ótimo e 34% para ruim ou péssimo. Demonstra-se, portanto, que realmente há críticas à atuação da corte (GOMES, p.147 a 159).

Atualmente, o tema voltou ao debate com a decisão do STF no MI 4733 de 22/08/23 em que se confirmou que a inclusão dos crimes de homofobia e transfobia também se aplicam a interpretação do crime de injúria racial⁷. Assim como a decisão anterior, ocorreram diversas críticas de parlamentares, candidatos e de setores da sociedade. Necessário ressaltar que os parlamentares são eleitos, desta forma, em muitas situações se pronunciam para atingir as suas bases eleitorais. Contudo, há um aspecto que sempre surge nesses debates: realmente há invasão de competência? Quais são os limites da atuação? O STF legislou? A pesquisa pertence à vertente jurídico-sociológica, já que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Ela se fundamenta na necessidade de se repensar o papel das funções estatais e do controle de constitucionalidade para adequá-la a Democracia. Trata-se de pesquisa interdisciplinar nas áreas da Filosofia do Direito, Direito Constitucional e Penal. Têm-se como dado primário da pesquisa a decisão do STF e como fontes secundárias os livros da doutrina. Utilizou-se o exame qualitativo das fontes de dados é a análise de conteúdo.

2. STF E LEGISLATIVO: Os limites e os freios e contrapesos

As críticas indicam uma possível invasão do STF nas competências do Legislativo com a afirmação de que a corte estaria legislando sobre o assunto. Neste sentido as críticas se alinham a ideia de que existira uma usurpação do Judiciário de uma função do Legislativo e que eventual decisão do Judiciário seria verdadeira ofensa a tripartição de poderes se caracterizando como um ativismo judicial ilegítimo. Desta forma, necessário primeiro analisar as competências do Legislativo e do Judiciário.

⁵ Acessado em 06/09/23 no site: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/07/datafolha-stf-tem-33-de-reprovacao-e-23-de-aprovacao.shtml>>

⁶ A pesquisa tem índice de confiança de 95%. A margem de erro é de dois pontos percentuais, para mais ou para menos.

⁷ Acessado em 22/05/24 em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur486936/false>>

Inicialmente, salienta-se que a tripartição de poderes prevista na Constituição não pressupõe uma absoluta separação das funções do Legislativo, Executivo e Judiciário. O texto constitucional traz um rol de competências típicas dessas funções, mas também estabelece funções atípicas. Além disso, como o nome “freios e contrapesos” demonstra, há verdadeira autonomia dos entes e também mecanismos de influências para evitar o abuso de poder (para manter a autonomia e independência) (GOMES, p.147 a 159). Bernardo Fernandes explica que a lógica constitucional é de que “apenas poder limita poder”, assim cada órgão tem de cumprir a sua função essencial e atuar para impedir que o outro abuse de sua competência. Desta forma, não há somente uma racionalização da atividade estatal, mas sim, verdadeira preocupação pela manutenção da democracia (FERNANDES, p. 338 a 342).

O Legislativo tem como funções típicas inovar no ordenamento jurídico (legislar) e fiscalizar os demais poderes⁸. A função de fiscalizar os demais poderes já demonstra a ideia de influência de um poder no outro (“contrapesar”) (ex: impeachment; veto; etc). O Judiciário, por sua vez, tem como função resolver os conflitos (solucionar o caso concreto). Além disso, o texto constitucional trouxe a competência de verificar a compatibilidade das normas com a Constituição (controle de constitucionalidade). Ou seja, trouxe um mecanismo de “poder limitando poder”.

Além disso, há a ideia de um freio e contrapeso de um Poder sobre o outro. Compete ao Legislativo inovar no ordenamento e ao Judiciário resolver os conflitos advindos da aplicação dessa norma, logo, o Judiciário está limitado pelos limites criados pelo legislador. No entanto, a função de verificar se as normas criadas são compatíveis com a Constituição cabe ao Judiciário, logo, o legislador está limitado pela Constituição e cabe ao Judiciário efetuar essa proteção. Conclui-se que há um freio ao Judiciário, julgar conforme as normas postas pelo Legislativo. Entretanto, há um contrapeso, cabe ao Judiciário avaliar se essas normas são compatíveis com a Constituição. O Legislativo por sua vez tem o poder de inovar no ordenamento jurídico, mas está limitado pela CR/88 e o Judiciário fiscaliza essa atuação (GOMES, p.147 a 159).

Constata-se então que a inclusão do crime de homofobia traz as seguintes possibilidades: 1) cabe ao Legislativo criar tipos penais, contudo, esse poder não é ilimitado, já

⁸ O termo Poder é criticado pela doutrina constitucional acertadamente, já que só há um poder uno. O indicado seria utilizar os termos funções estatais e não poderes. Contudo, como o nome “Poder” é utilizado cotidianamente e o artigo busca trazer informações a juristas e leigos sobre o tema, optou-se pela utilização do termo Poder para se referir ao Legislativo, Executivo e Judiciário.

que ele deve ser balizado pelos limites previstos no texto constitucional; 2) O Judiciário não pode interferir em todos os aspectos, já que ele não inova no ordenamento, sendo assim, a competência dele se restringe a analisar a compatibilidade entre a norma e o texto constitucional. Depreende-se que para verificar se há invasão de competências ou não, se torna necessário verificar qual o debate envolvido na decisão proferida pelo STF.

2. A INCLUSÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NA LEI DE RACISMO

A ADO 26/DF solicitava o reconhecimento da omissão legislativa diante da não inclusão das condutas homofóbicas e transfóbicas conforme determinação dos mandados de criminalização dos inc. XLI e XLII do art. 5º da CR/88⁹. Os principais argumentos da petição eram: 1) existência de mandados de criminalização na CR/88; 2) Omissão do Congresso em punir as condutas; 3) Aplicação da Lei nº 7.716/89 enquanto não se edita uma lei específica, já que o conceito de racismo é amplo, não se limitado a uma definição biológica¹⁰.

A corte concordou com o pedido e decidiu que: 1) reconheceu a mora inconstitucional do Congresso na implementação de legislação para cumprir o mandado de incriminação dos inc. XLI e XLII do art. 5º da CR/88, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; 4) cientificou o Congresso em cumprimento aos arts. 103, § 2º, da CR/88 e 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; 5) concedeu interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia, já que: 5.1) as essas práticas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo STF do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 5.2) tais comportamentos ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; 6) declarar que os efeitos da interpretação conforme somente se aplicarão a partir do julgamento¹¹.

⁹ Os dispositivos afirmam que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”

¹⁰ STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

¹¹ STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

Resumidamente, o STF trouxe os seguintes fundamentos: 1) Ausência de proteção estatal a condutas homofóbicas e transfóbicas; 2) Existência de dever imposto pela CR/88 ao Congresso para que se crie normas de punição das condutas discriminatórias; 3) Descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva de comportamento atribuído ao Parlamento; 4) A ADO é instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas e por ela há possibilidade do reconhecimento da omissão; 5) O mero apelo ao legislador não tem sido eficaz para solucionar a omissão; 6) Interpretar não significa legislar, portanto, não se está usurpando a competência do CN; 7) Racismo é um conceito aberto que abrange preconceitos contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero; 8) Atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo; 9) Cabe ao STF adotar a interpretação conforme o texto constitucional; 10) Não se trata de analogia; 11) A decisão não ofende à liberdade religiosa; 12) Trata-se do exercício da função contra majoritária do STF¹².

A defesa da não inclusão, por sua vez, se baseava nos seguintes argumentos: 1) Ausência de previsão expressa na Lei nº 7.716/89 da punição dessas condutas; 2) utilização de analogia proibida na doutrina penal; 3) Invasão de competência pelo STF, já que não cabe ao Judiciário criminalizar condutas, mas sim ao Congresso; 3) adoção de política-criminal que implicaria em uma ineficácia da decisão e, inclusive, em uma possível perpetuação da discriminação.

3. A APLICAÇÃO DA LEI 7.716/89 AS CONDUTAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS: Usurpação de competência ou atuação legítima?

3.1 A (IN)EXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA:

Como visto anteriormente, é do STF a competência constitucional de exercer o controle de constitucionalidade. O controle é a análise da compatibilidade entre as normas e a Constituição para garantir a supremacia constitucional (FERNANDES, 2020, p. 1810). Portanto, inicialmente, não há qualquer invasão de competência, já que a corte tem exatamente essa finalidade, verificar a compatibilidade constitucional.

A pergunta poderia permanecer, se a dúvida fosse pela atuação positiva do STF, ou seja, é competência de a corte efetuar o controle, mas ela pode resolver eventual omissão inconstitucional? A resposta permanece, a CR/88 traz como competência do STF o controle de

¹² STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

constitucionalidade para o exercício da atividade legislativa negativa, a confirmação da existência de um preceito fundamental e para correção da omissão inconstitucional. A ADO visa garantir esse aspecto da competência do STF, já que busca declarar a inconstitucionalidade de uma inação dos Poderes Públicos em não tornar efetiva lei ou ato normativo (art. 102, I, “a” da CR/88). Ela trata de um conflito entre a omissão legislativa e a necessidade dessa atuação normativa para viabilizar os direitos da CR/88 (FERNANDES, p. 1941).

Ressalta-se ainda que o STF exerce um papel contra majoritário. A Constituição traz os limites para a atuação dos governantes e governados quando traz os direitos fundamentais, limita os poderes e organiza o Estado. Desta forma, ela traz limite a tudo e a todos. Há uma preocupação evidente de evitar o abuso de poder da maioria, já que a democracia pressupõe a vontade da maioria preservados os direitos das minorias. Para isso cria-se o controle de constitucionalidade, já que ele busca evitar que a maioria abuse de poder sobre a minoria. Desta forma, cabe ao STF decidir protegendo a Constituição que, por sua vez, protege as minorias. Conclui-se que a corte agiu dentro de suas competências constitucionais.

3.2 INTERPRETAÇÃO CONFORME À CR/88 E O CONCEITO DE RACISMO:

Um aspecto interessante da decisão e que ajuda a entender o tema é o conceito de racismo. Racismo é uma palavra que admite interpretação, já que cientificamente não existem diferentes raças, mas somente uma, o *homo sapiens*. Assim, não há que se falar, por exemplo, em raça negra e branca. Na decisão a corte explicou que essa interpretação foi consolidada no principal hard case sobre o tema, a decisão do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), como se vê da ementa:

(...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) STF. Plenário. HC 82424, Relator p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, julgado em 17/09/2003 (grifo nosso).

Nota-se que o STF decidiu que se incluiria no termo racismo os atos contra judeus admitindo assim que a palavra deveria ser lida em seu conceito social. Desta forma, entende-se que o conceito de racismo não se adstringe somente a aspectos biológicos, mas sim a aspectos sociais. A partir dessa explicação, pode-se concluir facilmente que o STF não legislou ou utilizou de analogia no caso concreto, mas sim fez uma leitura do termo racismo segundo as decisões da própria corte. O STF fez uma interpretação conforme a Constituição para incluir

no termo racismo as condutas homofóbicas e transfóbicas, já que o termo tem um conceito social e não biológico.

4. CONCLUSÃO: HÁ USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA OU ELA É LEGÍTIMA?

Conclui-se que a decisão do STF não invadiu as competências do Legislativo e, portanto, não se trata de ativismo judicial ilegítimo. A corte atuou dentro de suas competências de proteger a Constituição e os grupos minoritários de eventuais abusos de poder da maioria. Nesse sentido, quando ela interpreta o termo racismo a partir de um conceito social, ela apenas exerce o seu papel de proteger os grupos minoritários. Verifica-se a corte exerceu adequadamente o seu papel contra majoritário, já que buscou concretizar as determinações constitucionais de criminalizar a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e de condenar a prática do racismo. Nos dizeres de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia e Diogo Bacha e Silva a função do Judiciário é exercer um papel contra majoritário, ou seja, exercer um papel de proteção aos direitos fundamentais vistos como trunfos contra a maioria e uma imperiosa necessidade de incluir as minorias políticas. Os autores concluem que a violação aos direitos fundamentais assume as mais diversas formas e uma delas é a omissão inconstitucional ou uma desconstitucionalização através do incumprimento das normas constitucionais. Concluem ainda que o papel do Judiciário é o cumprimento da Constituição e a consolidação do Estado Democrático de Direito¹³. Conclui-se, então, que não houve usurpação, mas sim exercício legítimo da proteção das minorias, conforme ditames constitucionais.

5. REFERÊNCIAS

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 12. ed. rev., atual, e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GOMES, V. C. Descriminalização de drogas: afinal é competência do STF ou do legislativo? In: Direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Ed. Santo Ângelo: Metrics, 2023, p. 147-159.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional - 15.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹³ Acessado em 20/05/24 no endereço: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>>