

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS
APLICADAS
CÂMPUS GOIÁS CURSO DE DIREITO

MATEUS NUNES VIGILATO DE FREITAS

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O STF: análise da efetivação do precedente vinculante da ADO 26 pela via da reclamação

Cidade de Goiás
2023



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): **Mateus Nunes Vigilato de Freitas**

Título do trabalho: **“A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O STF: ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE DA ADO 26 PELA VIA DA RECLAMAÇÃO”**

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento [x] SIM [] NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(à)(s) autor(a)(es)(as) e ao(à) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **BRUNA PINOTTI GARCIA, Professora do Magistério Superior**, em 24/02/2023, às 15:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Mateus Nunes Vigilato De Freitas, Discente**, em 24/02/2023, às 16:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3522569** e o código CRC **760E11B6**.

Referência: Processo nº 23070.007866/2023-18

SEI nº 3522569

MATEUS NUNES VIGILATO DE FREITAS

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O STF: análise da efetivação do precedente vinculante da ADO 26 pela via da reclamação

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás – Câmpus Goiás .

Orientador: Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia.

Cidade de Goiás
2023

Freitas, Mateus Nunes Vigilato de
A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E O STF: análise da
efetivação do precedente vinculante da ADO 26 pela via da reclamação
[manuscrito] / Mateus Nunes Vigilato de Freitas. – 2023.
LXII, 62 f.: il

Orientador: Profa. Dra. Bruna Pinotti Garcia.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade
Federal de Goiás, Direito, Cidade de Goiás, 2023.

Inclui siglas.

1. Reclamação. 2. Precedentes vinculantes. 3. Criminalização da
LGBTfobia. 4. Direitos LGBTQI+. I. Garcia, Bruna Pinotti, orient. II.
Título

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos **dezesesseis dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e vinte e três**, iniciou-se a sessão pública de defesa do trabalho de conclusão de curso (TCC) intitulado “**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGTBFOBIA E O STF: ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE DA ADO 26 PELA VIA DA RECLAMAÇÃO**”, de autoria de **Mateus Nunes Vigilato de Freitas**, do curso de **Direito**, da Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas da UFG. Os trabalhos foram instalados pela **professora Bruna Pinotti Garcia (UAECSA/UFG)** com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: **Cleuton César Ripol de Freitas (UAECSA/UFG)** e **Talita Tatiana Dias Rampin (FD/UnB)**.

Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do(a) estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora considerou o TCC **aprovado, com louvor e distinção**.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **BRUNA PINOTTI GARCIA, Professora do Magistério Superior**, em 24/02/2023, às 15:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Talita Tatiana Dias Rampin, Usuário Externo**, em 24/02/2023, às 16:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Cleuton César Ripol De Freitas, Professor do Magistério Superior**, em 24/02/2023, às 20:23, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3522566** e o código CRC **B90846B9**.

Dedico este trabalho à comunidade LGBTQI+, em especial pessoas
transexuais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Federal de Goiás por todo aprendizado, conhecimento técnico e humanizado. De igual modo, agradeço ao Programa de Educação Tutorial, PET Vila Boa, por proporcionar amadurecimento e experiências enriquecedoras. Agradeço também a minha orientadora Bruna Pinotti pelo companheirismo e ensinamentos.

Sou grato a Deus, por me sustentar na caminhada até aqui. Agradeço aos meus pais, José e Edna, por serem base para minha jornada. Agradeço aos meus avós, Helena, José, Aurora, Luciano, por moldarem minha formação. Agradeço a minha família por sempre me apoiar. Agradeço aos amigos que estiveram comigo nessa jornada, em especial Lisa, Ludmila e Luana.

“Você nunca tem completamente seus direitos, individualmente, até que todos tenham direitos” — Marsha P. Johnson

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar a efetivação do precedente vinculante proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 através do instituto da reclamação. Enquanto problema de pesquisa, pretende-se perquirir a aplicação deste mecanismo processual em caso de descumprimento do precedente de observação obrigatória. Indaga-se o que mudou após a criminalização da LGBTfobia pelo Poder Judiciário. Com este trabalho buscamos destacar a perpetuação da ineficácia de direitos da população LGBTQI+, bem como analisar o sistema de precedentes e o instituto da reclamação, enquanto mecanismo hábil a efetivar a criminalização da LGBTfobia. No primeiro capítulo realizamos uma digressão histórica e identificamos a atual situação dos direitos da população LGBTQI+. Ainda neste capítulo observamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a homotransfobia no Brasil. O segundo capítulo se debruçou sobre premissas da jurisdição e sistema de precedentes vinculantes. Por fim, observou-se as origens, hipóteses de cabimento, e especificidades da reclamação. No terceiro capítulo analisamos a aplicação do precedente da criminalização da LGBTfobia no âmbito do Supremo, por meio do instituto da reclamação. Esta pesquisa utilizou-se de revisão bibliográfica e pesquisa na jurisprudência brasileira. Por fim, concluiu-se que a reclamação se mostra uma ferramenta útil, adicional e complementar ao ordenamento jurídico, para possibilitar a repressão da homofobia. Há jurisprudência no Supremo Tribunal Federal reforçando o precedente, ainda que nem sempre por meio da reclamação, o que endossa a estabilidade do mesmo.

Palavras-chave: Reclamação; Precedentes vinculantes; Criminalização da LGBTfobia
Direitos LGBTQI+.

ABSTRACT

The object of the present research is the analysis of the effectiveness of binding precedent delivered in the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) 26 through the Complaint institute. As a research problem, it is intended to investigate the application of this procedural mechanism in case of non-compliance with the mandatory observation precedent. It is wondered what has changed afterwards the criminalization of the LGBTphobia by the Judiciary. This research seeks to highlight the perpetuation of the ineffectiveness of the rights of the LGBTQI+ community, as well as to analyze the system of precedents and the Complaint institute, whilst an adroit mechanism to implement the criminalization of LGBTphobia. In the first chapter it was realized a historical digression and identified the current situation of the rights of the LGBTQI+ community. Also, it was observed the jurisprudence by the Federal Supreme Court (STF) concerning to the homotransphobia in Brazil. The second chapter focused on premises of the jurisdiction and system of binding precedents in the Civil Procedure Code (CPC)/15. Finally, it was observed the origins, hypothesis of approach, and specificities of the complaint. In the third chapter, it was analyzed the application of the precedent of the criminalization of LGBTphobia within the scope of STF, through the complaint institute. This research utilized a bibliographic review and research in brazilian jurisprudence. At last, it was concluded that the complaint could be an useful, additional and complementary instrument, to enable the repression of homophobia. There is jurisprudence in the STF reinforcing the precedent, although not always through the complaint, which endorses its stability.

Key-words: Complaint; Binding Precedent; Criminalization of the LGBTphobia; LGBTQI+ Rights.

LISTA DE SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANTRA - Associação Nacional de Travestis e Transexuais)
ABGLT - Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CID - Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
DF – Distrito Federal
DJe – Diário de Justiça Eletrônico
HC - Habeas Corpus
MI - Mandado de Injunção
Min. – Ministro
MP – Ministério Público
ONU - Organização das Nações Unidas
OEA - Organização dos Estados Americanos
OMS - Organização Mundial da Saúde
PIC – Procedimento Investigatório Criminal
PGR – Procuradoria-Geral da República
Rel. – Relator
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RJ – Rio de Janeiro
RS – Rio Grande do Sul
Rcl – Reclamação
SC – Santa Catarina

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 - RACISMO ESTRUTURAL, HOMOTRANSFOBIA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	18
1.1 O quadro de violações dos direitos da população LGBT no Brasil e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	18
1.2 A criminalização da LGBTfobia: julgamento da ADO 26 e MI 4733.	23
CAPITULO 2 – RECLAMAÇÃO E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL.	27
2.1 Premissas da jurisdição	27
2.2 Sistema de precedentes: evolução dos precedentes vinculantes e o CPC/15.....	29
2.3 Precedentes proferidos em sede de controle de constitucionalidade no âmbito do STF	31
2.4 Origens e hipóteses de cabimento da Reclamação Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro	33
2.5 Peculiaridades da reclamação	37
CAPÍTULO 3 – APLICAÇÃO DO PRECEDENTE DE CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA	40
3.1 A criminalização da LGBTfobia: julgamento da ADO 26 e MI 4733.	40
3.2 Reclamações acerca do descumprimento do precedente da ADO 26	40
3.2.1 Caso 1 - Reclamação 36.742: GL Events Ehxibitions LTDA. x Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	41
3.2.2 Caso 2 - Reclamação 39.093: Eduardo Jose Ferreira Senna x Juíza de direito do 1º Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.....	46
3.2.3 Caso 3: Reclamação 36.248. Alexandre Silveira Filho X Juiz De Direito Da Vara Da Fazenda Pública De Araçatuba.	50
3.3 Aplicação e respeito do precedente da criminalização da LGBTfobia por vias diversas.....	52
CONCLUSÃO.	54
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Em que pese a Constituição Federal estabeleça diretrizes de respeito e vedação a todas as formas de discriminação, existem minorias que são permanentemente perseguidas, como é o caso da população LGBT (sigla que representa lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, travestis e transexuais)¹.

Ao constatar graves ofensas aos direitos fundamentais dessa população, em decorrência de irrazoável lapso temporal à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização (inércia do legislativo), o Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26, determinou que as condutas homofóbicas e transfóbicas, 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 aos preceitos de incriminação definidos na Lei n. 7.716 de 1989.

Uma vez que essa decisão possui status de precedente vinculante, por ter sido proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, há a transcendência da *ratio decidendi* desse julgamento aos órgãos administrativos e jurisdicionais do país. Ademais, passa a comunidade LGBT a possuir mais um instrumento jurídico para efetivação de seus direitos: a reclamação.

O presente trabalho é voltado a uma análise da efetivação do precedente vinculante proferido na ADO 26 através do instituto da Reclamação. Enquanto problema de pesquisa, pretende-se perquirir a aplicação deste mecanismo processual em caso de descumprimento do precedente de observação obrigatória. Indaga-se o que mudou após a criminalização da LGBTfobia pelo Poder Judiciário em termos jurídicos e práticos.

Com este trabalho buscou-se destacar a perpetuação da ineficácia de direitos da população LGBT, objetivando a compreensão da necessidade do posicionamento ativo do Estado para amenizar o impasse.

Também se buscou com esta pesquisa analisar o sistema de precedentes adotado no Brasil, bem como as origens e hipóteses de cabimento da Reclamação, enquanto mecanismo hábil a efetivar a criminalização da LGBTfobia.

¹ Por ocasião da I Conferência Nacional GLBT (gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), passou-se a adotar oficialmente a sigla LGBT.

Para desenvolvimento da pesquisa, serão analisados casos concretos em que houve descumprimento do precedente e o instituto da Reclamação foi acionado.

Além de observar a ampliação de mecanismos processuais, considerados como avanços na estrutura jurídica, na proteção dessa população, pretende-se observar possível homotransfobia estrutural no Poder Judiciário, quando da análise de decisões reclamadas.

No primeiro capítulo realizar-se-á uma digressão histórica e até se identificar a atual situação dos direitos da população LGBT. Ainda neste capítulo será observada a atuação do Poder Judiciário na mitigação da homotransfobia no Brasil, a jurisprudência da corte, em especial a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, pela qual ficou criminalizada a homotransfobia.

O segundo capítulo é responsável por, além apontar as premissas fundamentais da jurisdição aplicáveis ao tema, fazer uma análise do sistema de precedentes instituído no Brasil, os precedentes vinculantes no CPC/15, e a natureza dos precedentes proferidos em sede de controle de constitucionalidade no âmbito do STF. Por fim, estudar-se-á as origens, hipóteses de cabimento, e peculiaridades da Reclamação no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto mecanismo hábil à efetivação de precedentes vinculantes.

O terceiro e último capítulo se debruçará sobre a aplicação do precedente da criminalização da LGBTfobia no âmbito do STF, por meio do instituto da Reclamação. Assim, serão analisadas reclamações provenientes do descumprimento do precedente proferido na ADO 26. Em seguida, casos em que houve observância e aplicação fiel do precedente serão apresentados.

Para o desenvolvimento do trabalho, metodologias diversas serão utilizadas. Como fonte principal, adotar-se-á por objeto a revisão bibliográfica, observando a conclusão dos autores, a partir de um material já elaborado, e uma pesquisa na jurisprudência brasileira, analisando a ADO 26 – criminaliza a homofobia e transfobia e as equipara ao crime de racismo –, as Reclamações 36.248, 36.741, e 39.093, bem como outras decisões pertinentes ao tema.

O referencial teórico do presente trabalho é constituído por obras teóricas, teses, artigos e doutrinadores do direito, que analisam tanto o aspecto dogmático dos mecanismos processuais - como Fredie Didier Júnior (2019), Daniel

Amorim de Assumpção Neves (2019) -, e constitucionais – Sarlet, Mitidiero, Marinoni (2020). Nessa perspectiva, o marco teórico desta pesquisa é a constitucionalização do processo civil. As análises, neste diapasão, serão feitas à luz do pensamento de Zaffaroni e Batista (2011).

Tal pesquisa se justifica pelas normas constitucionais acerca da isonomia de todos, repúdio a homotransfobia e a outras garantias, que, porém são habitualmente infringidas. Também fundamenta esta pesquisa os Princípios de Yogyakarta, na busca pela aplicação internacional de direitos humanos à população LGBT+.

Malgrado, os direitos fundamentais se proponham a garantir igualdade a todos, é percebido na sociedade atual, uma estigmatização da população LGBT, fundada no Brasil no sistema colonial e vigente até hoje, daí a relevância do tema para a sociedade.

As justificativas deste trabalho podem ser divididas em sociais e jurídicas. Assim, traçamos o impacto acadêmico e prático a ser alcançado pela presente pesquisa. A observância do que mudou a partir da criminalização da LGBTfobia em 2019 permite difundir no ordenamento jurídico e na prática social que o instituto da Reclamação veio a contribuir na construção de direitos da comunidade.

Em contrapartida analisar uma possível resistência em aplicar o precedente pode evidenciar que estigmas sociais estão, ainda, instalados dentro do Judiciário, como o conservadorismo e homotransfobia.

O panorãma a ser traçado neste trabalho busca contribuir para a legitimação da construção histórica dos Direitos LGBT, observando o potencial dos mecanismos jurídicos (como a Reclamação) para findar o impasse, ao passo que observa sérias limitações práticas e sociais do ordenamento.

O presente trabalho contribuirá em estabelecer a situação atual da efetivação de precedentes vinculantes e analisar as especificidades do precedente que criminalizou a LGBTfobia.

Este trabalho tem pauta, ainda, perante a Estratégia Nacional do Poder Judiciário e a Agenda 2030 da ONU (Organização das Nações Unidas). A pesquisa legitimará os macrodesafios: “Garantia dos Direitos Fundamentais”, “Consolidação do sistema de precedentes obrigatórios”, “Aperfeiçoamento da gestão de pessoas”. Tal análise proporcionará também um direcionamento das metas nacionais a serem instituídas, monitoradas e avaliadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Uma observação importante. A sigla LGBTQIAP+ se refere às pessoas que se identificam, respectivamente, como lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, travestis e transexuais, queer, intersexuais, assexuais e pansexuais. O sinal de adição representa as diversas outras formas de identidade de gênero e de orientação sexual. Ao longo do trabalho utilizaremos por vezes esta expressão, bem como simplesmente a expressão LGBT. O emprego destas expressões não busca conferir exclusões ou restrições à sigla.

CAPÍTULO 1 - RACISMO ESTRUTURAL, HOMOTRANSFOBIA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1.1 O quadro de violações dos direitos da população LGBT no Brasil e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O presente capítulo será responsável por fazer uma digressão histórica, identificar a atual situação dos direitos da população LGBT e observar a importância da atuação do Poder Judiciário para a mitigação da homotransfobia no Brasil.

Quijano (2005), em uma análise da colonização, aponta que os vícios decorrentes desse processo influenciaram expressivamente as relações de poder e o ordenamento jurídico pátrio. Nesse cenário, nota-se uma estigmatização da heterogeneidade da nação brasileira; sob o recorte étnico, social, moral, e ideológico tem-se a marginalização de determinados grupos sociais. Por corolário, estabeleceu-se alvos sociais amplamente estereotipados, rotulados e perseguidos. (ZAFFARONI; BATISTA, 2011)

Registraram-se, entre 2008 e 2016, 868 (oitocentos e sessenta e oito) homicídios de travestis e transexuais no Brasil. Tal violência é reflexo do contexto do colonialismo, da escravidão, do autoritarismo, da alta vulnerabilidade de transexuais à prostituição e da falha do Estado em prevenir e investigar esses crimes. (EUROPE, 2016)

Segundo o dossiê de mortes violentas contra LGBTI+ no Brasil, produzido por Acontece Arte e Política LGBTI+, ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), e ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos)(2022), entre os anos de 2000 e 2021, 5.362 (cinco mil e trezentas e sessenta e duas) pessoas foram mortas por decorrência do preconceito e intolerância à população LGBT. Segundo o estudo, apenas em 2021, 316 (trezentas e dezesseis) mortes de pessoas LGBTI+ foram registradas. (ACONTECE, ANTRA, ABGLT, 2022)

Para que se demonstre a crueldade, registramos, em números de vítimas, entre as causas das mortes violentas no ano de 2021: esfaqueamento (91), por arma

de fogo (83), espancamento (20), asfixia (10), queimadura (7), apedrejamento (3), pauladas (3), entre outros. (ACONTECE, ANTRA, ABGLT, 2022)

Segundo a pesquisa, dois segmentos da população LGBT representam mais de 90% das mortes em 2021. Conforme os dados, homens gays, representam 45,89% (quarenta e cinco inteiros e oitenta e nove centésimos por cento) das mortes (145); travestis e mulheres trans, somam 44,62% (quarenta e quatro inteiros e sessenta e dois centésimos por cento) dos casos (141 mortes). (ACONTECE, ANTRA, ABGLT, 2022)

O perfil das vítimas constitui uma categoria de análise essencial ao estudo das mortes violentas de LGBTI+ no Brasil, especialmente quando buscamos compreender a diversidade de dinâmicas e práticas socioespaciais vivenciadas por essa população. Travestis e mulheres transexuais, por exemplo, têm sido alvo preferencial de ataques em espaços públicos, ao mesmo tempo que sua exclusão social é marcada por obstáculos de diferentes naturezas, como a dificuldade de acesso à educação formal e ao mercado formal de trabalho, assim como a falta de oportunidades em função da condição de travestilidade e transexualidade dessas pessoas. (ACONTECE, ANTRA, ABGLT, 2022)

Ao lado do contexto generalizado de violência, a marginalização da população LGBT é fruto de um esforço para manutenção de locais sociais estabelecidos historicamente por meio de repressão. Tal conjuntura fora observada pelo Ministro relator Edson Fachin em seu voto na ADI 5.543.

A aversão exagerada à alteridade, quer decorra de orientação sexual ou de manifestação de identidade de gênero, não raro deságua em sua negação e, no extremo, em tentativas, por vezes tristemente bem sucedidas de sua aniquilação existencial, impedindo-se de se ser quem se é [...]. É impossível, assim, ignorar a violência física e simbólica a que diariamente se encontra submetida a população LGBT em nosso País. [...]. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020)

Nesse sentido, a intolerância se intensifica quando grupos “desclassificados” (termo empregado por Zaffaroni e Batista (2011) para se referir a grupos historicamente selecionados pela programação criminalizante) se propõem a ocupar espaços que não os seus, de marginalidade social (ZAFFARONI, BATISTA, 2011). Sendo perceptível o quadro generalizado de violência e intolerância, constatado está que o problema existe e persiste na sociedade brasileira. Diante do exposto, nota-se

um déficit histórico de proteção, igualdade e respeito à sexualidade e ao gênero dos indivíduos que fogem do padrão cis e heteronormativo².

Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), alcançar a proteção desse grupo envolve, essencialmente, a criação e o fortalecimento de mecanismos voltados ao atendimento dessas pessoas, além de políticas e projetos para promover seus direitos, incluindo a mudança cultural por meio de uma educação inclusiva de perspectiva diversificada de gênero. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2021)

Sob a ótica internacional, merece menção os Princípios de Yogyakarta (princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero), que reconhecem no âmbito internacional as violações sistematizadas à população LGBT e estabelecem de forma ampla normas de Direitos Humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. O documento elaborado por iniciativa da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, apesar de não oficializado e internalizado no Brasil, já foi alvo de menção expressa em documentos internacionais assinados pelo país.³

Ainda em âmbito internacional, convém mencionar que em 1990 a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da sua relação de doenças, a Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID). Nessa perspectiva, destaca-se que malgrado haja decorrido mais de trinta anos desde então, o estigma ainda não foi superado.

Em observância ao recorte temático proposto, vamos nos ater a observar a relação do arcabouço jurídico brasileiro com a proteção da população LGBT. Assim, observar potenciais avanços e por que meios ocorreram tais reconhecimentos.

² As pessoas cisgênero são aquelas que se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo e que se encontram nas fronteiras convencionais culturalmente construídas sobre o tema. As pessoas transgênero são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo biológico, incluindo-se entre as últimas os transexuais, indivíduos que se reconhecem no gênero oposto a seu sexo biológico. Quanto à orientação sexual, são heterossexuais os que se atraem afetiva e sexualmente pelo gênero oposto; homossexuais, os que se atraem pelo mesmo gênero; bissexuais, os que se atraem por ambos os gêneros etc. (DIVERSIDADES STF, 2020, p. 25)

³ Em 2008, quando apresentou na Assembleia Geral da OEA o projeto de resolução AG/RES 2435 (XXXVIII-O/08): “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”.

Há de se mencionar que a Constituição Federal de 1988 representou um marco na proteção dessa minoria, haja vista que proporcionou a positivação de direitos fundamentais e a instituição de mandados de coibição de todas as formas de discriminação. Assim, os fundamentos, direitos e garantias individuais, e objetivos da República Federativa, quando sistematicamente interpretados buscam a proteção efetiva da população LGBT.

Ocorre que, conforme anteriormente apresentado, há uma inefetividade de direitos da população LGBT. Tal situação está ligada, de acordo com Lassale (2000), aos fatores reais de poder, o que justifica a mora legislativa para edição de lei protetiva (mais de 30 no caso da criminalização da homofobia), a discriminação social e a violência exacerbada. O autor mencionado relaciona as forças das disposições constitucionais a uma simples folha de papel (LASSALE, 2000). Todavia, em pese seja perceptível simetria entre o descrito por Lassale e a realidade, tal corrente deve ser ponderada.

Contrariamente ao autor retro citado, Konrad Hesse (1991), em “A Força normativa da Constituição” afirma que, uma vez promulgada, a Constituição ordena e irradia sobre todo o ordenamento, na ordem política e social, para moldá-las conforme suas diretrizes. Assim, em razão da força coercitiva da Carta Magna, esta se torna uma referência, um parâmetro dotado de supremacia hierárquica, que rege e alcança a todos.

Parece-nos mais prudente visão de Hesse. Embora se reconheça a ineficácia de direitos da população LGBT na prática, não se pode olvidar que a Constituição possui força normativa, que ostenta mecanismos coercitivos para a efetivação de suas normas, e destina-se a findar a síndrome da ineficácia dos direitos fundamentais.

Apontamos que existe uma verossimilhança da realidade com a teoria de Lassale. Todavia, pontuamos que pela força da Constituição de 1988, diversos paradigmas estão sendo desconstruídos – ressalte-se o gerúndio, a sociedade brasileira ainda está longe de eliminar o problema.

As previsões constitucionais, e em especial os direitos fundamentais e os princípios fundamentais da República, segundo Alexandre de Moraes, não são enunciados teóricos somente, desprovidos de coercibilidade jurídica. Em verdade, a Constituição detém supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, e suas previsões devem servir de princípios

informadores obrigatórios na atuação do poder público, no âmbito de todos os Poderes de Estado. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Em se tratando de reconhecimento de direitos, estes foram paulatinamente conquistados. Ressalta-se, ainda, que tais reconhecimentos ocorreram expressivamente pelo Poder Judiciário. A seguir algumas importantes decisões do STF sobre o tema.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em 2011, reconheceu-se legitimidade à união estável para casais do mesmo sexo. Para tanto, argumentou-se que o artigo 3º, IV, da CF/88 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

Por meio da ADPF 291, julgada em 2015, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgada em 2016, declarou-se a não recepção das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” contidas no art. 235 do Código Penal Militar pela Constituição Federal de 1988. Na fundamentação, expôs-se que o uso destas expressões de forma pejorativa não se coadunava com o direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Entendeu-se então ser uma “manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados”. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, julgada em 2019, reconheceu o direito de ser possível a alteração de nome e gênero no registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Nesse sentido, a população trans pode alterar o prenome e gênero no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização, e autorização judicial para tanto.

Vale mencionar também a decisão proferida na ADI 5.543, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgada em 2020, que entendeu que a exclusão de grupos de pessoas da possibilidade de doar sangue “deve ser vista com atenção redobrada, devendo sempre ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa (razões públicas enfim)” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020). Em seu voto, o Min. Relator assim pontuou:

[...] A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Outrossim, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, julgados em 2019, foi criminalizada a homofobia. Trata-se, pois, de equiparação do ato de intolerância ao crime de racismo, que será a frente analisado.

1.2 A criminalização da LGBTfobia: julgamento da ADO 26 e MI 4733.

De início, importa mencionar uma decisão do STF em 2014 onde se buscou a aplicação da Lei n. 7.716/89 a uma discriminação homofóbica, em que se entendeu pelo não cabimento da norma e conseqüente reconhecimento da atipicidade da conduta. A fundamentação se pautou na ausência de previsão legal nesse sentido, em observância ao princípio da anterioridade penal. A decisão veiculada no Informativo 754 assim se pronunciou: “Proferir manifestação de natureza discriminatória em relação aos homossexuais não configura o crime do art. 20 da Lei n.º 7.716/86, sendo conduta atípica”. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014)

Pela fundamentação a seguir exposta, este entendimento mudou.

O constituinte originário previu mecanismos para garantir um efetivo combate à síndrome da ineficácia dos direitos fundamentais. Um destes mecanismos é o controle de constitucionalidade, que analisa a conformação de uma norma ou a falta desta com a Constituição Federal de 1988. Diante do recorte proposto para o trabalho, passa-se à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26).

Tal ação, ajuizada em 2013, teve por finalidade a obtenção da criminalidade específica de todas as formas de homofobia e transfobia, ofensas, agressões físicas, homicídios, e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero. A fundamentação se deu com base em:

(...) ser a criminalização específica decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às

discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

A ação se deu em face do estado generalizado de violações aos direitos da população LGBT. Não se admite no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos na teoria, a proteção falha, esta deve ser integral e proporcional à necessidade.

Em verdade, a violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado a efetividade de seus direitos um conto utópico. A população LGBT vislumbra seus direitos extremamente comprometidos à luz da realidade brasileira violenta.

Para o reconhecimento do Estado de mora constitucional, inerente ao uso da via do controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão, é imprescindível a contradição entre a determinação constitucional e a falta de uma conduta positiva do poder público ou sua inércia total ou parcial. (FERRAZ, 1986)

O artigo 5º, XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais –, lembrado no voto de Alexandre de Moraes, é claro ao prever a coibição de práticas discriminatórias. Os artigos 1º, II e III, e 3º, I e IV da Constituição Federal, enquanto fundamentos (cidadania; dignidade da pessoa humana) e objetivos da República Federativa do Brasil (construir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), devem funcionar como parâmetros para aplicação do ordenamento jurídico como um todo.

Em sua participação na modalidade Amicus Curie, o Grupo Gay da Bahia, declara que o “Estado Democrático de Direito só se concretiza e mostra sua força quanto mais se respeitam e se possibilita o exercício dos direitos básicos, a convivência pacífica em sociedade”. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Diante do quadro de violações sistematizadas aos direitos dessa parcela social, há de se reconhecer inércia do Estado em protegê-la. O ministro supracitado, Alexandre de Moraes, classificou, deste modo, a existência da conduta negativa do Legislativo pela não punição dos atos atentatórios à orientação sexual e à identidade de gênero. Nessa toada, inexistente razão constitucional para que se olvide da edição de normas protetivas de grupos vulneráveis (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). Ademais, considerando que entre a promulgação da Constituição Federal e o

juízo da ADO 26 se passaram mais de trinta anos, resta evidente a omissão legislativa.

Em outro voto, ressaltou-se o aspecto histórico da questão. O Ministro Relator Celso de Mello fez uma digressão temporal para concluir que, na história nacional, as práticas sociais e os registros da violência engendram a banalidade do mal homofóbico e transfóbico (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). Ressaltou o aumento da violência nos últimos anos, lembrou que o país é primeiro colocado na lista mundial dos países que mais matam pessoas transgêneros. (EUROPE, 2016)

A par dos argumentos acima sintetizados, importa destacar o entendimento adotado pela corte de que as práticas homo e transfóbicas se inserem numa dimensão social de racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem 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 (...) (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Pela maioria dos membros, equiparou-se os atos de homotransfobia a espécies do gênero racismo, aplicando-se as disposições da Lei n. 7.716/89.

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 (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Em decorrência da mora legislativa, que ficou reconhecida na decisão, recorreu-se à analogia ao racismo, uma vez que se ajusta ao conceito de atos de discriminação

e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão. Ao discorrer sobre o tema, Sarlet, Mitidiero, Marinoni (2020, p. 805), entendem que:

[...] o STF empreendeu um esforço hermenêutico no sentido de aplicar o princípio geral da igualdade mediante uma interpretação sistemática, articulando igualdade, proibição de discriminação de qualquer natureza, com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso se está também reafirmando a dimensão material do princípio e direito de igualdade no contexto de um direito antidiscriminatório.

Uma vez que o foco desta pesquisa é observar a efetivação dessa decisão, a criminalização da LGBTfobia, passemos então a observar os mecanismos processuais em nosso ordenamento jurídico para possibilitar tal ampliação de proteção à minoria: o sistema de precedentes e a Reclamação.

CAPITULO 2 – RECLAMAÇÃO E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL.

2.1 Premissas da jurisdição

Neste capítulo trabalharemos a evolução, e construção daquilo que se entende pela aplicabilidade de precedentes vinculantes. Para tanto, é imprescindível a contextualização de temas relacionados que influem na compreensão do objeto proposto na pesquisa. Nesse sentido, importa tecer comentários acerca dos princípios aplicáveis, do que vem a ser o conceito de jurisdição, de precedentes vinculantes e do instituto da reclamação constitucional.

Começemos introduzindo jurisdição. Conceito extremamente pertinente é o desenvolvido pelo professor Fredie Didier Júnior (2019):

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/ protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Este conceito fixa balizas para toda a discussão a seguir percorrida, tais características delineadas são fundamentais para que seja aplicável o sistema de precedentes. Primeiramente, é imprescindível que o julgador investido de jurisdição seja um terceiro imparcial, estranho ao conflito e desinteressado deste (característica da heterocomposição e da substitutividade). Ademais, tal atividade expressa inevitabilidade e imperatividade ante as questões colocadas em julgamento; logo, por tal característica de sujeição, as partes terão, independentemente das suas vontades, que cumprir o decidido. Por conseguinte, quando submetidas à jurisdição estatal, ainda que não concordem com a decisão, as partes a terão de cumprir, em outras palavras não poderão evitar que a autoridade da decisão seja imposta sobre sua esfera jurídica. (DIDIER, 2019)

Ainda destrinchando o conceito, há de se observar que a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88) importa não apenas no reconhecimento do direito, como também na sua efetivação. Nesse sentido, há de se mencionar as possibilidades de atuação enquanto reconhecimento (conhecimento), efetivação (execução) e proteção (segurança/ inibição/ cautelar) (DIDIER, 2019). Assim, a jurisdição pode ser entendida como “técnica de tutela de direitos mediante um processo” (DIDIER, p. 198,

2019). Depreende-se daí a função, poder-dever, de se amparar direitos. Essa premissa é imprescindível para o desenvolver do trabalho, uma análise da efetivação de direitos fundamentais a partir de decisões judiciais.

Vale mencionar também que “a jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição” (DIDIER, p. 200, 2019). Portanto, as irresignações, manifestações de inconformidade, e tentativas de reversão da situação somente se procedem por intermédio da própria jurisdição. Tal apontamento se aplica tanto aos recursos processuais como à Reclamação. Em que pese tal abordagem seja aprofundada a frente, convém aqui relacionar que quando uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade é desrespeitada, será por meio da jurisdição, por uma ferramenta específica (Reclamação Constitucional), que se fará o controle da decisão discordante.

Outra característica fundamental da jurisdição é a sua aptidão para gerar coisa julgada. Didier (2019) fala na possibilidade de tornar-se indiscutível e imutável, uma verdadeira definitividade.

Para fechar este conceito, mais um ponto deve ser abordado: a jurisdição como atividade de criação normativa. Mais do que uma operação dedutiva do texto legal, a jurisdição age em verdadeira construção, no caso concreto, de uma norma jurídica. Didier (2019, p. 194) ensina que uma postura mais ativa do juiz deve ser observada para que se encontre na norma geral uma “solução que esteja em conformidade com as disposições e normas constitucionais, mormente com os direitos fundamentais”. O supramencionado autor explica que essa individualização normativa vem exteriorizada na parte que fundamenta o dispositivo do pronunciamento, consistindo na aplicação da norma legal conformada às disposições constitucionais (DIDIER, 2019). Daqui se extrai a *ratio decidendi* (razão de decidir), compreendendo a norma jurídica criada diante do caso concreto que fundamenta a decisão.

(...) criatividade jurisdicional se revela em duas dimensões: cria-se a regra jurídica do caso concreto (extraível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele (que se extrai da fundamentação da decisão) (p. 197, DIDIER, 2019).

Logo, deve-se sedimentar o raciocínio de que a construção dessa norma individual é uma das formas de manifestação da jurisdição e, em alguns casos, tal

norma transcende os fundamentos usados à nível de norma geral. Ao comentar sobre o processo jurisdicional, Didier explica:

Sucede que ele não produz apenas a norma jurídica do caso concreto, como se costumava imaginar. O processo jurisdicional também serve como modo de produção da norma jurídica geral construída a partir do exame de um caso concreto, que serve como padrão decisório para a solução de casos futuros semelhantes. (DIDIER, 2019, p. 198)

Essa visão moderna do processo jurisdicional é a base para que se entenda o sistema de precedentes adotados no Brasil.

Por fim, tal entendimento deve ainda ser analisado concomitantemente à relação de complementariedade entre o direito material e processual. Tem-se que o processo possui o papel de, no caso concreto, trazer efetividade às normas constitucionais, materiais e processuais. Observa-se, desse modo, o processo enquanto instrumento da efetivação do direito material. Didier (2019) explica esse fenômeno sob o nome de relação circular entre o direito material e processual. De fato, a sentença, é aquilo que ao fim da instrução processual se converte, cumprindo o papel do direito adjetivo, na aplicação do direito substantivo ou material.

2.2 Sistema de precedentes: evolução dos precedentes vinculantes e o CPC/15

Com atenção aos pontos acima delineados, em que a jurisdição – com todas as suas características – tem aptidão para, no caso concreto, criar normas jurídicas, cabe analisar os casos em que a decisão proferida regulará não somente o caso concreto em pauta, mas também casos futuros semelhantes. São os chamados precedentes judiciais.

Para discussão do tema é necessário que se remeta às raízes do sistema da *civil law* e *common law*, para chegarmos ao sistema adotado no Brasil.

Ao passo que o sistema da *civil law* possui origem romano-germânica, o sistema da *common law* possui raízes anglo-saxônicas. Não obstante ambos os sistemas busquem soluções para justiça e segurança jurídica, o sistema da *civil law* tem por principal característica priorizar a codificação dogmática, com um forte processo legislativo, enquanto o sistema da *common law* se ampara especialmente sobre precedentes e sobre jurisprudência. (PERES, 2019)

Conquanto exista tal diferenciação entre os sistemas, essa discussão possui hoje menos relevância tendo em vista a fusão e aplicação de técnicas de um e outro sistema. Atualmente, conforme ensina Didier (2019), o Brasil adota um sistema peculiar, que interage com ferramentas que flertam com ambos os sistemas, uma verdadeira miscigenação.

Desde o Brasil colônia, o ordenamento aplicado teve suas bases fundadas sobre o sistema da *civil law*. Apesar disso, já em 1973, quando instituído Código de Processo Civil, havia previsão do instituto dos precedentes judiciais. Este movimento de introdução de técnicas tipicamente do sistema da *common law* se fortaleceu ainda mais em 2015, pela edição do vigente Código de Processo Civil. (PERES, 2019)

O artigo 926 do CPC prevê que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Eis a premissa que guia o sistema de precedentes.

Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e obrigatórios, sendo eles: a) o dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; e d) o dever de coerência. Todos eles são decorrência de um conjunto de normas constitucionais: dever de motivação, princípio do contraditório, princípio da igualdade e segurança jurídica. (DIDIER, 2017, p. 136)

“Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido” (NEVES, 2019, p. 1.385). Por tal premissa, tem-se que todas as decisões têm potencial para se tornarem precedentes, desde que sirvam de fundamento para a resolução de casos futuros. Todavia, há de se reconhecer a existência da figura de um precedente qualificado no ordenamento brasileiro, chamado precedente vinculante. O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou uma sistemática entendida por Daniel Amorim de Assumpção Neves (2019) como julgamentos predestinados a serem precedentes.

A diferença primordial de um precedente e um precedente vinculante está no fato de que aquele ostenta persuasão perante casos futuros, ao passo que este impõe obrigatoriedade de aplicação. “Enquanto os precedentes vinculantes são julgamentos que já nascem precedentes, os precedentes persuasivos se tornam precedentes a

partir do momento em que são utilizados para fundamentar outros julgamentos”. (NEVES, 2019, p. 1.401)

Tendo em mente este ponto, há de se mencionar que quando nos referimos a precedentes, o que fundamenta a decisão futura são os motivos determinantes do precedente. Nesse sentido, aponta-se enquanto elementos constitutivos internos de um precedente a *ratio decidendi* e a *obiter dicta*. A *ratio decidendi*, razão de decidir, também conhecida na jurisprudência como motivos determinantes, é a alma do precedente, é este componente que vincula. A *obiter dicta* por outro lado, são os fundamentos que não vincularão, isto é, são fundamentos jurídicos prescindíveis ao resultado do caso.

Para encerrar este tópico cabe resumir que os precedentes podem decorrer da aplicação eventual de decisões proferidas (tal aplicação quando reiterada e consistente é chamada jurisprudência); e podem decorrer da aplicação obrigatória (vinculante).

2.3 Precedentes proferidos em sede de controle de constitucionalidade no âmbito do STF

Conforme já explanado, os precedentes vinculantes são dotados de obrigatoriedade, a serem observados pelos juízes. São eles, segundo o artigo 927 do CPC: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Todavia, dentro do rol de precedentes vinculantes cabe ressaltar uma subdivisão entre suas espécies criada pelo legislador: o cabimento de reclamação para efetivação de alguns tipos de precedentes. Neves (2019) critica tal disposição, uma vez que essa previsão cria tratamentos díspares entre as hipóteses de precedentes vinculantes, ou seja, ficam algumas hipóteses guarnecidas pelo instituto da Reclamação Constitucional e outras não:

Juridicamente não tenho dúvidas a respeito de suas eficácias vinculantes, mas se a parte deve recorrer da decisão que a desrespeita da mesma forma que recorreria de qualquer outra decisão com a qual não concorde, no plano prático eficácia vinculante está seriamente comprometida. Trata-se de uma eficácia vinculante jurídica com eficácia apenas persuasiva no plano prático. (p. 1.400)

A par da crítica apresentada, a relevância de tal aspecto é entender os efeitos dessa opção legislativa. Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, quando desrespeitados não são protegidos pelo ajuizamento da Reclamação. (NEVES, 2019)

Em relação ao precedente proferido no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, caberá o ajuizamento da Reclamação quando de seu desrespeito, desde que haja o prévio exaurimento das instâncias ordinárias. Tal constrição tende a impedir a supressão de instâncias e acaba cerceando o acesso ao instituto da Reclamação. (NEVES, 2019)

Por fim, os precedentes frutos do controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante, incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas quando desrespeitados são amparados pelo instituto da Reclamação Constitucional. Percebe-se uma maior preocupação do legislador pátrio em impor a aplicação destes últimos precedentes.

Acerca dos precedentes proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por deterem a eficácia *erga omnes* por natureza, cabe apontar alguns aspectos:

[...] d) O efeito vinculante constitucional é uma força obrigatória qualificada que obriga o Poder Judiciário e a Administração Pública a observar as decisões do controle concentrado, cujo desacato possibilita o acesso direto à Corte Suprema por meio de um mecanismo executivo próprio – a reclamação – sem ter que passar pelas instâncias recursais. e) O efeito vinculante constitucional é anexo ou acessório da eficácia *erga omnes*, obrigando o respeito do que foi efetivamente decidido (declarado) na decisão do controle abstrato de constitucionalidade, sob pena de cabimento da reclamação com base no inciso II do art. 988, CPC/2015. f) O CPC/2015 busca recepcionar um modelo processual embasado em precedentes e no dever de manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente. Diante dessas novas circunstâncias, o efeito vinculante constitucional é também uma eficácia anexa da força obrigatória dos precedentes oriundos do controle concentrado que, em caso de inobservância, poderão ser garantidos por meio da reclamação com base no inciso III do art. 988, CPC/2015. g) A força vinculante constitucional não se estende aos outros precedentes previstos no

art. 988, inciso IV e §5º, inciso II do CPC/2015. Apenas o precedente do controle concentrado é que obriga a Administração Pública a adotá-lo no seu cotidiano e que permite o acesso per saltum aos Tribunais Superiores. h) A força vinculante constitucional atingirá o Poder Judiciário e a Administração Pública. Não incidirá diretamente sobre o Poder Legislativo quando no exercício de sua atividade típica, mas incidirá quando no desempenho de atividades administrativas, sendo possível a oposição de reclamação neste último caso. (JULIÃO, 2018)

A Reclamação será objeto de tópico a parte. Tal instituto busca dar efetividade a um precedente desrespeitado. Todas as premissas até então apresentadas servem para proclamar que a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (criminalização da LGBTfobia) tem sua aplicação/ efetivação tutelada pela reclamação constitucional, uma vez que é fruto de controle concentrado de constitucionalidade.

2.4 Origens e hipóteses de cabimento da Reclamação Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro

Conquanto exista certa divergência, a natureza jurídica da reclamação constitucional é de ação autônoma de impugnação conforme classifica Didier (2019). Neves (2019) ainda ensina que não há como negar o caráter jurisdicional dessa ação, em que pese houvesse divergência se seria atividade meramente administrativa ou, ainda, direito de petição.

Ademais, não há que se confundir o instituto em estudo com os recursos e incidentes processuais, visto que a reclamação constitui uma ação autônoma. Algumas características desta que a torna incompatível com os outros conceitos mencionados são: não constar no rol de recursos (rol taxativo), previsão de competência originária dos tribunais, prescindibilidade de interesse recursal (embora possa estar presente no caso), e inexistência de prazo para sua interposição. (NEVES, 2019)

Inicialmente a previsão do instituto na Constituição Federal de 1988, artigo 102, inciso I, alínea “l”, e artigo 105, inciso I, alínea “f”, determinava a garantia a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 surge a previsão da súmula vinculante, com conseqüente previsão de ajuizamento de reclamação constitucional

em caso de descumprimento da súmula vinculante, tanto por órgãos do Judiciário quanto pela Administração Pública, previsão do artigo 103-A, § 3º.

Além do cabimento para preservação da competência dos tribunais superiores e de garantia da autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes – hipóteses trazidas na própria Constituição Federal de 1988 –, o Código de Processo Civil alargou em 2015 as hipóteses de cabimento. Assim, o rol previsto no artigo 988 prevê o cabimento para I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Apesar de não constar topograficamente neste rol, há também cabimento de reclamação, de acordo com o artigo 988, §5º, II, para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Diante de tal rol, vale mencionar que dois princípios são protegidos pela Reclamação: do juiz natural e da tutela jurisdicional satisfativa. (JULIÃO, 2018)

Caso haja inobservância da competência sobre matéria que deva ser submetida a análise de Tribunal, há hipótese para que se reclame a este órgão, que teve sua competência usurpada (para preservar a competência do tribunal). Nesse sentido, o objetivo desta hipótese é evitar que um órgão jurisdicional inferior usurpe a competência dos tribunais. (JULIÃO, 2018)

Outra situação é aquela em que um juiz de primeiro grau, ao conhecer matéria de sua competência, deixa de aplicar precedente vinculante ou, ainda, o contraria (JULIÃO, 2018). Esta hipótese de cabimento, para garantir a autoridade das decisões, é manejada quando há inconformidade das partes com a decisão. Neves (2019) ensina que a afronta deve ocorrer especificamente contra decisão determinada, não bastando o mero desrespeito à jurisprudência consolidada; deve-se observar o rol de precedentes vinculantes.

Acerca do cabimento da Reclamação, há de se pontuar que as hipóteses de preservação da competência do tribunal e a garantia da autoridade das decisões do

tribunal são aplicáveis a todos os Tribunais do país, inclusive os Tribunais de Justiça Estaduais. (SCHWERZ, 2018)

O código ainda prevê o cabimento da Reclamação para garantir a observância de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Cabe mencionar que são espécies do controle concentrado de constitucionalidade a Ação Direta de Inconstitucionalidade; a Ação Declaratória de Constitucionalidade; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Uma vez que os efeitos do controle concentrado são *erga omnes*, não podem os juízes nem as autoridades administrativas, ao enfrentarem incidentalmente matérias sobre as questões constitucionais, olvidarem da decisão proferida pelo Supremo.

Nestes casos, de descumprimento de precedente proferido em controle concentrado, o entendimento fixado na Reclamação 6.735 pelo STF é de que deve haver uma vinculação direta entre o precedente proferido em sede de controle concentrado e a decisão reclamada. (NEVES, 2019)

Em seu estudo dedicado ao instituto em questão, ao comentar sobre o que se tornou a Reclamação após o CPC, Julião (2018) demonstra que o cabimento da ação está vinculado à estrita aderência a *rationes decidendi*:

[...] a partir do novo Código, a finalidade de efetivação dos comandos judiciais e a cognição limitada são transferidas também para a aplicação das *rationes decidendi*, como forma de auxiliar na estabilização da jurisprudência. Consequentemente, o raciocínio empregado é o mesmo: cabe a parte demonstrar a ocorrência do desacato de um dos precedentes previstos no art. 988 e, caso configurado, o tribunal tomará as medidas necessárias para colocar fim ao ato transgressor. Qualquer discussão que fuja desse juízo representa a tentativa de rediscutir o precedente, ou de inovar o ordenamento, não sendo a reclamação o meio hábil para tanto. Deve existir o que a jurisprudência convencionou chamar de estrita aderência entre o ato impugnado e o precedente desacatado. (JULIÃO, 2018, p. 92)

Nessa perspectiva, nota-se desde já que a reclamação exige para seu cabimento uma subsunção lógica entre o caso concreto e a *ratio decidendi* do precedente. Importa então mencionar pressupostos que dão contorno ao referido instituto:

[...] os limites cognitivos da via reclamationária pressupõem uma análise dos precedentes sob três ângulos: retrospectivo, a fim de verificar a preexistência de um precedente; estático, para perquirir no caso concreto se houve o desacato nos limites da matéria discutida no paradigma, sem inová-lo; e

conservador, com o escopo de manter a estabilidade do entendimento a partir da vinculação e aplicação da ratio decidendi. (JULIÃO, 2018, p. 92)

Em relação à aplicação indevida da tese jurídica de súmula vinculante ou controle concentrado ou sua não aplicação, cabe mencionar que se a autoridade responsável pelo ato for administrativa, deve antes de ajuizar a reclamação, esgotar as vias administrativas. Caso seja judicial, a reclamação não substitui ou impede a via recursal. (NEVES, 2019)

É também hipótese de cabimento a Reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Estes institutos, que possuem procedimentos próprios e buscam dar estabilidade e uniformidade à jurisprudência. Tal previsão legal de cabimento busca promover respeito à eficácia vinculante dos padrões decisórios estipulados.

Por fim, há de se mencionar outra hipótese de cabimento, mas que se encontra fora do rol do artigo 988 do CPC, por descuido do legislador. Isto pois, apesar de não constar do rol do artigo 988, é possível, através de um raciocínio lógico, concluir que é possível se ajuizar reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias, conforme o artigo 988, §5º, II. (NEVES, 2019)

Por “esgotamento das instâncias ordinárias” o legislador aparentemente pretendeu afastar o cabimento de reclamação constitucional contra sentença que desrespeita precedente fixado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo. (NEVES, 2019, p. 1.532)

Nesse sentido, existindo recurso cabível, deve deste o interessado se utilizar. Somente após esgotar as instâncias ordinárias será possível ajuizamento da reclamação.

Sobre o instituto em pauta, cabe abrir um parêntese sobre nomenclatura. Em que pese sejam empregados os termos “reclamação” e “reclamação constitucional” como sinônimos, existe entendimento de que a expressão “reclamação constitucional” somente deve ser aplicada para hipóteses previstas na Constituição Federal (preservação da competência dos tribunais superiores e de garantia da autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes).

2.5 Peculiaridades da reclamação

Uma característica que chama a atenção, em decorrência da competência para julgamento das reclamações ser dos Tribunais (de segundo grau e de superposição), é o alcance de instâncias superiores imediatamente em um lapso temporal curtíssimo. Por tal circunstância existiu certa divergência se a Reclamação não caracterizaria supressão de instância, o que se rechaça. Ademais, uma vez que não se pretende substituir ou prejudicar a via recursal instituiu-se um rol restritivo de cabimento.

Apresentada a natureza jurídica do instituto e demonstrados os casos em que é cabível o ajuizamento, importa adentrar em uma questão que integra o problema central desta pesquisa. Indaga-se se a reclamação é instrumento fundamental para a aplicação de precedentes vinculantes, com assertiva operacionalidade e eficácia.

Em primeiro plano, cumpre lembrar que nem todos os precedentes vinculantes, quando violados, possibilitam o ajuizamento da reclamação. Assim, há que se condicionar a pergunta somente aos precedentes vinculantes que preveem o cabimento do instituto da reclamação quando da sua violação.

Feita tal consideração, para classificar o instituto como instrumento fundamental à aplicação dos precedentes, importa elencar as repercussões provenientes da Reclamação constitucional. Quando do seu julgamento, a reclamação pode resultar em cassação da decisão ou determinação da medida adequada, a depender da hipótese de cabimento.

Especificamente em relação à violação do precedente vinculante proveniente de controle concentrado de constitucionalidade, Neves (2019) entende que o tratamento aplicável é o mesmo dado ao do inciso II do artigo 988 (preservar autoridade das decisões), assim, a procedência da reclamação implicará a cassação da decisão impugnada.

Tal efeito (cassação) não tem por consequência a reforma/ proferimento de nova decisão pelo Tribunal, ou determinação para que o responsável pelo ato impugnado emita outra decisão no lugar. Ainda assim, é indubitável que este mecanismo autônomo de impugnação possui consequência rígida.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido o instituto como uma espécie de *writ* que não se submete ao princípio da indisponibilidade, com

possibilidade de desistência. A Reclamação 3.177 cristaliza este entendimento. Nesta toada, parece a Corte entender que se trata de uma proteção mais voltada a direitos subjetivos. Tal cognição, todavia, não frustra o papel a ser desempenhado pela reclamação. Entende-se, portanto que sua aplicação estaria mais relacionada ao respeito da competência e autoridade das decisões, do que as normas constitucionais e materiais em si. Tal interpretação, em verdade, está em consonância às origens do instituto, que se destina a potencializar a efetividade do precedente. (JULIÃO, 2018)

De fato, o Supremo Tribunal Federal tem sido extremamente técnico na análise das Reclamações, sendo perceptível uma reprodução deste comportamento em reclamações para Tribunais de Justiça. O entendimento adotado pelos julgadores possui um viés mais tecnicista, apegado às questões de competência e autoridade da decisão.

Logo, há de se ponderar, portanto, que embora seja possível a utilização da reclamação constitucional, este mecanismo tem sido aplicado de forma comedida. Com esta consideração, podemos precisar uma mitigação da operacionalidade e eficácia do precedente violado. A disponibilidade (no sentido técnico) da ação em pauta transparece um caráter mais privado à relação, sem observar a necessidade de aplicação no caso concreto da tutela de direitos fundamentais.

Em que pese tal posicionamento, é inegável que o instituto expanda a eficácia do precedente. A operacionalidade também não fica inapta, mas exige um manejo adequado. “As atribuições do Poder Judiciário são potencializadas a medida em que são disponibilizados meios para garantir a efetividade de suas decisões e de sua competência em situações concretas” (JULIÃO, 2018, p. 59). Nesse viés, observando o papel desempenhado pela reclamação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se um instrumento legítimo para a aplicação de precedentes vinculantes.

Além do papel clássico desempenhado pela reclamação, a atual jurisprudência do STF tem entendido a reclamação como instrumento de revisão dos precedentes vinculantes (PIMENTA, SILVA, 2022). Nesse sentido, importa salientar que a interpretação mais recente do STF tem dado contornos ao instituto no sentido de ser instrumento de (re)interpretação de seus próprios julgados.

A reclamação, ação genuinamente brasileira, teve, desde o início, a finalidade precípua de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões

dos tribunais. No entanto, em razão da recente implementação, no ordenamento jurídico pátrio, de um modelo de precedentes vinculantes, referida ação passou também a assumir o importante papel de assegurar a correta aplicação prospectiva da ratio decidendi das decisões paradigmas (o que já ficou expressamente previsto no novo Código de Processo Civil de 2015, por meio dos incisos III e IV do § 1º de seu art. 988), além de evitar o engessamento do direito, ao viabilizar a revisão de entendimento anteriormente consolidado (função que, ainda que não esteja prevista expressamente na legislação, tem sido reconhecida na jurisprudência mais recente da Corte Suprema brasileira). (PIMENTA, SILVA, 2022, p. 20)

Ademais, a reclamação também tem sido usada como meio de impugnação das decisões das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis. Diante da falta de mecanismo processual adequado para controle da aplicação da lei federal pelos Juizados, o STF entendeu no RE 571.572 pela admissão da reclamação, enquanto não há meio mais adequado. (CÂMARA, 2020)

Mais dois aspectos acerca da reclamação merecem menção. O primeiro está no § 5º do artigo 988 do CPC, que determina ser inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada. Assim, em se tratando de processo em curso, apesar de não possuir prazo para ajuizar a reclamação, esta deve ser proposta antes do trânsito em julgado.

Outro ponto a se destacar, previsto no § 6º do artigo 988 do CPC, é que a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação. De tal modo, destaca-se ser a ação realmente independente da via recursal.

CAPÍTULO 3 – APLICAÇÃO DO PRECEDENTE DE CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA

3.1 A efetivação do precedente: notas introdutórias

O ponto de partida do presente capítulo é a decisão da criminalização da LGBTfobia, precedente proferido pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ADO 26 e MI 4733. Cumpre analisar a aplicação do referido precedente pela jurisprudência do Supremo. E ainda, observar diante de descumprimentos, a efetivação do referido precedente vinculante.

Em que pese não se constitua o foco do capítulo, apresentaremos ainda julgados em que se cumpre com a devida diligência o precedente da ADO 26, em uma verdadeira atenção ao sistema de precedentes, o que demonstra os efeitos práticos positivos da criminalização da LGBTfobia no campo processual.

3.2 Reclamações fundadas no descumprimento do precedente da ADO 26

Diante do recorte proposto para a pesquisa, cumpre observar a repercussão desta decisão. Em consonância ao exposto no trabalho, em caso de desrespeito a precedente vinculante proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade cabe Reclamação.

Insta salientar que tal instituto é viável quando do descumprimento não só por autoridade judicial, mas também pela administração Pública. Em que pese tal cabimento, esta pesquisa analisará apenas descumprimento por autoridades judiciais do referido precedente.

Vale mencionar que o órgão julgador de tais casos será o Supremo Tribunal Federal, por ser esta a corte a qual proferiu a decisão (precedente vinculante) descumprida.

Logo, o roteiro a se seguir é o seguinte: primeiramente, identificar situação enquadrada como homofobia/ crimes equiparados ao racismo. Em sequência,

observar não aplicação por expressa violação ao precedente pela autoridade judicial, e por fim, averiguar se há efetivação do precedente proferido na ADO 26.

3.2.1 Caso 1 - Reclamação 36.742: GL Events Ehxibitions LTDA. x Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

GL Events Ehxibitions Ltda. (organizadora da Bienal do Livro do Rio de Janeiro 2019) ajuizou reclamação constitucional em face de decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ocorre que, nos autos da Suspensão nº 0056881-31.2019.8.19.0000, o Presidente do TJRJ suspendeu os efeitos de decisão de Desembargador do mesmo Tribunal que concedera medida liminar em Mandado de Segurança para compelir a Prefeitura do Rio de Janeiro a se abster de buscar e apreender obras em função do seu conteúdo, especialmente atinentes a temas ligados a homotransexualidade. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

A decisão reclamada, que permitiu a fiscalização e apreensão pelo Município do Rio de Janeiro de livros comercializados na Bienal, pautou-se inicialmente por conflito com os “princípios morais”.

O ato judicial também fundamentou a restrição à comercialização da obra nos artigos 78 (As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo) e 79 (As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil [...] deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família) do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a seguinte narrativa:

Em se tratando de obras de super-heróis, atrativa ao público infanto-juvenil, que aborda o tema da homossexualidade, é mister que os pais sejam devidamente alertados, com a finalidade de acessarem previamente informações a respeito do teor das publicações disponíveis no livre comércio, antes de decidirem se aquele texto se adequa ou não à sua visão de como educar seus filhos. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2019)

Assim, a decisão perpassa aspectos da aplicação dos direitos fundamentais, com abrangência da criminalização da LGBTfobia, e também a liberdade de expressão e a censura prévia. A discussão se concentra sobre os “limites da ação estatal em promover o controle do conteúdo veiculado em obras artísticas,

considerando tanto a garantia constitucional de liberdade de expressão, manifestação e pensamento (art. 5º, inciso IX, da CF/88)” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Ao lecionar sobre o tema, Sarlet, Mitidiero, Marinoni (2020), expõem que o direito à liberdade de expressão possui posição de vantagem quando ponderado com outros bens fundamentais, uma vez que possui relevância para democracia e pluralismo político.

Os citados autores elencam, todavia, que em algumas situações esse direito pode ser limitado. Em verdade, nenhum direito fundamental é absoluto. Devem ser, pois, ponderados no caso concreto, já que a aplicação de princípios, diferentemente de regras, implica a relativização de um em detrimento do outro naquele caso concreto específico, sem que se negue a existência de nenhum deles. (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2020)

Uma das situações em que se admite a limitação da liberdade de expressão é por ocasião do disposto no Estatuto da Criança e Adolescente.

De qualquer modo, considerando a prioridade absoluta assegurada pela Constituição Federal aos interesses e direitos das crianças e dos adolescentes e o fato de inexistir direito de caráter absoluto, há que levar a sério a possibilidade de se limitar, mediante lei e observados, com todo o rigor, os critérios da proporcionalidade e salvaguarda do núcleo essencial, a liberdade de expressão ao nível do controle posterior, sem que tal restrição, motivada por força de conflito com outros direitos fundamentais de alta densidade axiológica, venha a configurar a hipótese de censura prévia, esta, sim, categoricamente vedada. Ainda no caso da limitação da liberdade de expressão por conta da salvaguarda de direitos das crianças e adolescentes, verifica-se que o STF tem admitido restrições legais à liberdade de expressão, como, por exemplo, a proibição de divulgação de nome ou fotografia de adolescente infrator, mas no âmbito de uma ponderação pautada pela proporcionalidade, coibindo, portanto, excessos na intervenção na liberdade de expressão. (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2020)

Assim, nota-se que a restrição a liberdade de veiculação de conteúdo nestes casos ocorre de forma restrita, e geralmente com controle posterior. A censura prévia é vedada. (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2020)

Em verdade, o caso da Rcl 36.742 não se adequa a nenhuma das disposições que justificam a relativização da liberdade de expressão. O presente discurso se constitui mero argumento jurídico eivados dos vícios da homotransfobia.

A obra “Vingadores: A Cruzada das Crianças” (FIGURA 1), que contém um beijo entre dois personagens do gênero masculino (FIGURA 2), tornou-se alvo pelo seu conteúdo atingir “princípios morais”.

FIGURA 1 – Capa - “Vingadores: A Cruzada das Crianças”



FONTE: Graphic Novels Marvel Ed. 76. Vingadores - A Cruzada Das Crianças

FIGURA 2 – Página de “A Cruzada das Crianças”, Amor entre Wiccano e Hulkling



FONTE: Graphic Novels Marvel Ed. 76 Vingadores - A Cruzada Das Crianças

A interpretação aplicada pelo Presidente do TJRJ configura prática LGBTfóbica, comportamento passível de ajuizamento de reclamação, pelo fato de que, no mesmo evento em que se vendeu a obra “Vingadores: A Cruzada das Crianças”, considerada conflitante com “princípios morais”, outros produtos com conteúdo de mesma natureza, mas com casais heterossexuais, não foram considerados inconvenientes. Dispôs o Ministro Gilmar Mendes em decisão:

O entendimento de que a veiculação de imagens homoafetivas é “não corriqueiro” ou “avesso ao campo semântico de histórias de ficção” reproduz um viés de anormalidade e discriminação que é atribuído às relações homossexuais. Tal interpretação revela-se totalmente incompatível com o texto constitucional e com a jurisprudência desta Suprema Corte, na medida em que diminui e menospreza a dignidade humana e o direito à autodeterminação individual (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Ao passo que o senhor Presidente do TJRJ suspende decisão que impedia o recolhimento de material pelo simples conteúdo (tema ligado a homotranssexualidade) acaba por reproduzir uma prática LGBTfóbica.

Estabelecidas tais premissas acerca do caso concreto, importa então analisar a questão procedimental atinente ao objeto proposto.

O fundamento da ação foi a afronta aos entendimentos fixados no disposto na ADPF 130, rel. Min. Ayres Britto, DJe 6.11.2009, na ADI 4277 e na ADPF 132, rel. Min. Ayres Britto, DJe 13.10.2011, bem como na ADO 26, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13.6.2019.

Configurada a postura judicial em desrespeito ao disposto nos precedentes vinculantes apresentados ajuizou-se a reclamação. Como efeito prático da ação resultou-se, ainda em sede de liminar, a determinação para que a administração municipal:

(i) abstenha-se de apreender qualquer livro exposto na Feira Bienal do Livro, e em especial a publicação “Vingadores: A Cruzada das Crianças” e (ii) abstenha-se de cassar o alvará de funcionamento da Bienal do Livro (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Logo, vale destacar enquanto consequências práticas, a imposição de obrigações negativas (de não fazer), com fulcro nos requisitos da tutela de urgência (*fumus boni jure e periculum in mora*).

Importa observar outro aspecto dessa ação: a celeridade. De acordo com o sítio do Supremo, a petição inicial (nº 53950) da Rcl 36.742 foi recebida em 08/09/2019, às 01:56:50, autuada em 08/09/2019 às 08:37:24 e distribuída às 08:40:00 do mesmo dia.

Ainda em 08/09/2019 houve decisão em sede de tutela de urgência a deferir liminar para suspender a decisão proferida pela autoridade coatora (Presidente do TJRJ). Embargos de Declaração foram opostos no mesmo dia, 08/09/2019, às 17:57:16.

Em 09/09/2019 o Min. Relator Gilmar Mendes proferiu despacho em atenção aos procedimentos do CPC. Determinou-se a requisição de informações à autoridade reclamada (art. 989, I, CPC); a citação da interessada para, querendo, apresentar contestação (art. 989, III, CPC); vista dos autos à Procuradoria-Geral da República pelo prazo de 5 dias (art. 991, CPC).

Em 18/09/2019 houve petição protocolada por *amicus curiae*. Após apresentação de informações e contestação, houve decisão em 28 de novembro de 2019.

Em síntese, o Min. Relator registrou que se verificou que a Suspensão de Liminar 0056683-91.2019.8.19.0000 fora arquivada em 15/10/2019, bem como que o

MS 0056681- 31.2019.S.19.0000 foi julgado extinto sem resolução do mérito em virtude da perda superveniente do interesse processual em 26/09/2019. Por corolário julgou prejudicada a reclamação, fundamentando-se na perda superveniente do objeto (RISTF, art. 21, IX).

Nesse contexto, observa-se uma atuação judicial célere. Em menos de 24h houve liminar com vistas a efetivar o precedente. Conforme já abordado nesta pesquisa, eis um ponto bastante peculiar do instituto da Reclamação Constitucional, a agilidade em que a demanda chega ao órgão prolator do precedente.

Outro aspecto a ser ressaltado neste caso é a consequência prática da reclamação. Conforme já abordado, os efeitos práticos previstos no art. 992 do CPC envolvem a possibilidade de cassação da decisão exorbitante ou determinação da medida adequada à solução da controvérsia. No caso em tela, observando que os autos que continham a decisão reclamada já haviam sido arquivados em 15/09/2019, não se materializou nenhuma outra medida prática para além das já ventiladas na liminar. Tal situação também deve ser analisada sob as nuances deste caso concreto, já que todo o imbróglio envolvia um evento literário cuja duração não ultrapassava uma semana (entre 30 de agosto e 08 de setembro).

Em que pese o mecanismo aplicado não tenha sido o rito padrão previsto no Código, houve a proteção do precedente. Em verdade, a medida liminar conferida teve por efeito prático a mesma consequência que teria a decisão procedente, já que o próprio juízo reclamado não insistiu na prática e arquivou os autos.

Logo, afirma-se que o precedente vinculante violado fora amparado pelo instituto da reclamação constitucional no caso em tela.

3.2.2 Caso 2 - Reclamação 39.093: Eduardo Jose Ferreira Senna x Juíza de direito do 1º Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

A Reclamação 39.093 foi ajuizada por Eduardo José Ferreira Senna contra decisão proferida pela juíza de direito do 1º Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que indeferiu o requerimento do reclamante, em persecução penal (autos sob o número 0002666-68.2020.8.19.0001), de reconhecimento da adequação típica da conduta do suposto autor do fato ao tipo derivado do artigo 140, § 3º, do Código Penal.

Em síntese dos fatos, consta nos autos que após passar com as rodas de um carrinho de mudanças sobre as patas dos cachorros quando a vítima com eles passeava, o réu, após ter chamada sua atenção, direcionou à vítima palavras de desqualificação e xingamentos homofóbicos.

Por tais fatos lavrou-se Termo Circunstanciado de Ocorrência e a autoridade policial adequou a conduta do suposto autor ao tipo penal do artigo 140 do CP, caput, (injúria simples, com pena de detenção, de um a seis meses, ou multa - injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro). Esta também foi a capitulação entendida pelo 1º Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital do TJRJ.

Todavia, a vítima restou inconformada com tal situação, visto que o CP previa à época especificamente previsão de injúria qualificada por elementos de discriminação (pena de reclusão de um a três anos – se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou pessoa com deficiência).

Em termos práticos, a tipificação por injúria simples significa que o processamento da infração tramitaria sob o rito sumaríssimo (Juizado Especial Criminal), com todos os institutos despenalizadores dele decorrentes, ao passo que a capitulação na forma qualificada, com pena maior, representa que o processamento deveria tramitar em vara criminal comum.

A vítima então se manifestou no sentido de que a tipificação da conduta do suposto autor à injúria simples (artigo 140, caput, CP) é equivocada, tendo em vista que o fato possui uma circunstância qualificadora, requerendo o processamento pelo ilícito derivado, o §3º mesmo artigo. Conforme fundamentação do reclamante, a não tipificação na forma qualificada representa exclusão da proteção contra os atos atentatórios honra subjetiva em razão da orientação sexual. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Sob a ótica processual, consolidou sua tese na violação do precedente vinculante proferido na ADO 26 e MI 4.733. Argumentou ainda que entendimento reclamado viola a dignidade humana e o “princípio constitucional da proporcionalidade, em sua vertente da vedação da proteção deficiente” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Em resumo, o reclamante propôs uma interpretação que abarcasse o §3º, do artigo 140 do CP (injúria qualificada pela discriminação), ao passo que a autoridade

que proferiu a decisão reclamada entendeu pela competência do Juizado em atenção à vedação da analogia em *in malam partem* no direito penal, e por consequência a não aplicação da qualificadora do art. 140, § 3º, do CP aos crimes de injúria motivados por fatores atinentes à orientação sexual. Convém pontuar ainda que o parecer ministerial no âmbito do primeiro grau endossou esta tese.

Vale ressaltar, nesse ínterim, que a decisão proferida em sede de controle concentrado que criminalizou as condutas homofóbicas reais ou supostas equiparou os atos aos crimes insculpidos na Lei n. 7.716/89. Sendo assim, não houve menção expressa no julgamento da ADO 26 quanto a conduta da injúria preconceituosa, mas a punição nos termos da Lei n. 7.716/89. De tal circunstância, porém, não se olvidou o reclamante, vejamos.

[...] embora não se desconheça que as ações constitucionais acima, no julgamento das quais ocorreu a fixação da tese supramencionada, versaram sobre a Lei nº. 7.716/89 (Lei do Racismo), as razões que fundamentaram a caracterização da circunstância “orientação sexual” como elementar típica do crime de racismo se estendem ao crime de injúria qualificada pelo preconceito, em virtude da transcendência dos motivos que a determinaram. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Convém fazer um breve apontamento sobre o direito penal, visto que esta discussão é importante para que se compreenda a hipótese de não aplicação.

Cleber Masson (2018), em seus apontamentos sobre a analogia *in malam partem*, ensina que a aplicação ao caso omissivo de uma lei, semelhante ao caso, prejudicial ao réu não é admitida no direito brasileiro. Esse posicionamento se coaduna ao entendimento fixado pelo STJ no REsp 956.876/RS, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes:

Não cabe ao julgador aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição a outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou; não se pode, por analogia, criar sanção que o sistema legal não haja determinado, sob pena de violação do princípio da reserva legal. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007)

Ademais, vale mencionar que, no passado, o STF possuía entendimento bastante parecido. No Inquérito nº 3590 – decisão já apresentada neste trabalho – a corte, em observância ao princípio da anterioridade penal, não permitiu a aplicação por analogia de lei penal para proteção da população LGBT.

Expostos tais pontos, importa observar o atual posicionamento do STF acerca do tema da criminalização da homotransfobia. Posicionamento este julgado em sede de controle concentrado, e por conseguinte, de observação obrigatória por todos os órgãos jurisdicionais.

Para a corte, o contexto de violações sistematizadas dos direitos da população LGBT, associada à omissão legislativa e por constituírem os ataques motivados por orientação sexual ou à identidade de gênero expressões do racismo contemporâneo, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n. 7.716, de 08/01/1989.

Sobre a aplicação do precedente em casos fora da Lei n. 7.716/89, o próprio julgado da ADO 26 apontou ser também cabível a situação da homotransfobia para fins da qualificadora na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I).

O reclamante pugnou, em sede liminar, o deferimento do pedido para o processamento e julgamento do processo em uma das Varas Criminais da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. Pediu ainda no mérito, a cassação da decisão do juízo do 1º Juizado Especial Criminal que indeferiu o requerimento do reclamante (reconhecimento da prática do delito previsto no art. 140, § 3º, do CP) e o declínio de competência do 1º Juizado Especial Criminal da Capital do TJRJ para a Vara Criminal competente. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

A petição inicial foi recebida pelo sistema em 05/02/2020, às 13:05:13, distribuída ao Min. Ricardo Lewandowski, e levados a conclusão no mesmo dia. Em 10/02/2020 houve protocolo de petição. Em 20/02/2020 houve decisão monocrática concedendo parcialmente liminar.

Por intermédio desta decisão liminar houve suspensão procedimento criminal 0002666-68.2020.8.19.0001, em trâmite no 1º Juizado Especial Criminal da Capital/RJ, até o julgamento final da ação. E ainda, solicitação de informações à autoridade reclamada, e a determinação para que se ouça a Procuradoria-Geral da República quanto ao mérito da reclamação.

Em 17/03/2020 juntou-se manifestação da PGR. Em 24/04/2020 houve o julgamento procedente em parte da reclamação, para efetivar o precedente vinculante proferido na ADO 26. A decisão transitou em julgado em 13/05/2020, sem interposição de quaisquer recursos.

Ressalta-se a análise feita pela Procuradoria-Geral da República em seu parecer, no sentido de que “a discussão sobre a subsunção normativa da conduta penalmente punível está restrita à incidência ou não da qualificadora prevista pelo art. 140, § 3º, do CP, em razão da abrangência do conceito de ‘homofobia’ pelo conceito legal de racismo” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020). Nesse sentido, observou, em atenção aos fundamentos da própria ADO 26, ser possível a aplicação do art. 140, § 3º, do CP, tendo em vista que a “aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém traduz expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Em sua decisão final, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski julgou parcialmente procedente a reclamação, estabelecendo a “remessa do Procedimento Criminal 0002666-68.2020.8.19.0001, em trâmite no 1º Juizado Especial Criminal da Capital/RJ, a uma das varas criminais competente para processar e julgar o suposto autor dos fatos” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Em sua fundamentação o Ministro fez uma digressão na jurisprudência da corte e reafirmou o compromisso com a efetivação da proteção da população LGBT. Ao mencionar decisões anteriores demonstrou-se que a prática homotransfóbica está inserida num conceito de racismo social, devendo, portanto, enquadrar tais práticas à previsão da injúria qualificada pelo preconceito racial. Citou ademais, conforme manifestação do parecer da PGR, que o fato de não ter sido afirmado expressamente na ADO 26 a extensão à injúria racial, não significou excluir tal aplicação, pelos motivos acima expostos.

Sobre o aspecto da celeridade, nota-se que 15 dias se passaram entre a petição inicial e a medida liminar. Para o julgamento de mérito, contado do ajuizamento, foram necessárias 11 semanas (79 dias). Tal lapso temporal, se comparado ao prazo para julgamento de outras ações, como o próprio Recurso Extraordinário, é curto.

Do ponto de vista da efetividade, a decisão foi capaz de reverter a interpretação equivocada dada pelo Juizado, a fim de garantir a aplicação e autoridade do precedente proferido na ADO 26.

3.2.3 Caso 3: Reclamação 36.248. Alexandre Silveira Filho X Juiz De Direito Da Vara Da Fazenda Pública De Araçatuba.

De início cabe ressaltar que neste caso não houve resolução de mérito por perda superveniente do objeto. Em que pese tal contexto, é válido o estudo do caso para que se possa observar a Reclamação Constitucional enquanto instrumento viável para efetivação do precedente da ADO 26.

A reclamação constitucional em tela foi ajuizada por Alexandre Silveira Filho em face do juiz da Vara da Fazenda Pública de Araçatuba, São Paulo, que proferiu decisão em ação declaratória de fato jurídico relevante (autos nº 1006208-23.2019.8.26.0032), em que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito por estar prescrita a pretensão de reintegração no cargo de Policial Militar.

Em síntese, o ex-policial militar Alexandre Silveira fora demitido por suposta transgressão militar de natureza grave, em 04/08/2004. Todavia, com intuito de reintegração ao cargo público, por intermédio da anulação do ato de demissão no Judiciário, o ex-policial ajuizou ação declaratória com o objetivo de produzir provas para instruir futura ação desconstitutiva do ato administrativo que o demitiu. Tal ação declaratória, contudo, fora ajuizada após do prazo prescricional quinquenal.

Por tal circunstância, ocorrência da prescrição quinquenal, o juiz da Vara da Fazenda Pública de Araçatuba entendeu prescrita a ação, julgando esta extinta sem resolução do mérito. Em interpretação diametralmente oposta, o reclamante pugna pelo reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão, “por não se tratar de reintegração em cargo público, mas de ação declaratória de prova nova de homofobia” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

De tal ato judicial foram interpostas uma apelação e a presente reclamação.

Ocorre que em sede de contrarrazões da apelação, veiculou-se tese acolhida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: a incompetência absoluta do juízo *a quo*. Sendo assim, além da anulação da sentença, determinou-se a remessa do caso à Justiça Militar Estadual.

Diante deste panorama, importa observar alguns aspectos da Reclamação. Primeiramente, sobre o lapso temporal para julgamento, tem-se que entre o protocolo da petição inicial da reclamação (06/08/2019) e a decisão que reconheceu a perda superveniente do objeto (03/07/2020), houve considerável decurso do tempo, quase um ano.

O mérito da questão, que não foi julgado por questões processuais, alegava a imprescritibilidade da pretensão, por se tratar de ação declaratória de prova nova de

homofobia. Tal alegação, de impossível antecipação do entendimento do julgador, seria responsável, caso julgada procedente, por garantir a força vinculante da decisão proferida na ADO 26.

Nesse sentido, em que pese a limitação desta análise, há de se reconhecer que a Reclamação Constitucional se mostrou ser uma ferramenta de possível conformação das decisões de primeiro grau ao precedente vinculante. Tal análise é endossada por Julião (2020), quando afirma ser a Reclamação, em verdade um instituto potencializador da decisão (precedente) proferida.

3.3 Aplicação e respeito do precedente da criminalização da LGBTfobia por vias diversas

Para arrematar o capítulo convém apontar dois julgados para demonstrar a aplicação, respeito e observância do precedente da criminalização da LGBTfobia por vias variadas.

A par dos casos já analisados em que, de fato ou supostamente, houve descumprimento do precedente proferido na ADO 26, e a utilização do mecanismo da reclamação para efetivação, parece adequado apresentar outra perspectiva.

Cabe, de início, pontuar que os casos a seguir descritos representam verdadeiras aplicações do sistema de precedentes, o que demonstra os efeitos práticos positivos da criminalização da LGBTfobia no campo processual.

Primeiramente vamos apontar o posicionamento apresentado pela 3ª Seção, do Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência 191.970-RS, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 14/12/2022.

Trata-se, pois, de um julgado no qual há a reafirmação do precedente vinculante por mecanismos diversos da Reclamação Constitucional. Vamos ao contexto fático. Após uma aula de artes ministrada para turma do 9º ano do ensino fundamental, em 24/08/2021, em que se reproduziu um videoclipe da música “Etérea”, do cantor Criolo, que aborda a temática LGBT, o prefeito da cidade gravou um vídeo não concordando com aquilo, atribuindo o termo “viadagem”. Dias depois o mesmo prefeito afirmou a demissão do professor, e ainda, concedeu entrevista a uma rádio. Ao explicar a expressão empregada o chefe do executivo afirmou: “É uma viadagem mesmo! É isso mesmo [...]. Pelo amor de Deus, tem que parar com essa viadagem na sala de aula.

Por tais falas o Ministério Público Estadual requereu a instauração de Procedimento Investigatório Criminal (PIC) ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O TJ, porém, declinou competência à Justiça Federal. Aduziu em sua argumentação que a prática se deu pela internet, com acesso por número indeterminado de pessoas, e de qualquer localidade do planeta.

O Tribunal Regional Federal da 4ª região, por entender se a competência da Justiça Estadual suscitou Conflito de Competência negativo. A previsão constitucional do artigo 105, I, “d”, prevê a competência do STJ para dirimir o conflito.

A tese fixada pelo Tribunal Superior foi de que, por corolário à abrangência internacional, é de competência da Justiça Federal a competência para “processar e julgar o conteúdo de falas de suposto cunho homofóbico divulgadas na internet, em perfis abertos da rede social *Facebook* e na plataforma de compartilhamento de vídeos *YouTube*”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022)

No caso em tela, a tipificação da conduta do prefeito se subsumiu ao descrito no artigo 20 da Lei n. 7.716/89: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. [...] § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa”.

Assim, nota-se que, malgrado o conflito de competência, a instauração de procedimento investigatório criminal (PIC) pelo Ministério Público Estadual com fulcro na Lei n. 7.716/89 demonstra obediência ao precedente vinculante da ADO 26.

Outro julgado que também demonstra aplicação do precedente vinculante da ADO 26 é o Habeas Corpus 154.248 do Distrito Federal. A decisão proferida pelo STF reafirma a tese de que a homotransfobia se apresenta em um contexto de racismo na sua dimensão social. Eis a ementa do interessante acórdão proferido:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder. Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação

de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível.

Nesta ótica, entendeu o órgão pela extensão da imprescritibilidade da injúria racial à injúria preconceituosa motiva pela LGBTfobia. Por corolário, essa decisão reconheceu não só a imprescritibilidade, mas também a inafiançabilidade destes delitos, por interpretação lógica do artigo 5º, XLII, CF/88.

CONCLUSÃO

Quijano (2005), em uma análise da colonização, aponta que os vícios decorrentes desse processo influenciaram expressivamente as relações de poder e o ordenamento jurídico pátrio. Nesse cenário, nota-se uma estigmatização da heterogeneidade da nação brasileira; sob o recorte étnico, social, moral, e ideológico nota-se a marginalização de determinados grupos sociais.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na proteção dessa minoria, haja vista que proporcionou a positivação de direitos fundamentais e a instituição de mandados de coibição de todas as formas de discriminação.

Apesar das garantias constitucionais, os dados coletados pelo dossiê de mortes violentas contra LGBTI+ no Brasil, produzido por Acontece, ANTRA e ABGLT (2022) e pelo instituto Europe (2016) demonstram um país marcado pela violência, crueldade e intolerância. Apenas em 2021, 316 (trezentos e dezesseis) mortes de pessoas LGBTI+ foram registradas. (ACONTECE, ANTRA, ABGLT, 2022)

O Supremo Tribunal Federal, guardião da CF/88, tem mantido forte jurisprudência no sentido de reconhecimento e proteção de direitos à população LGBT, especialmente com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Cita-se a ADI 4277, ADPF 132, MI 4733, ADO 26, ADPF 291 e ADI 5.543, como importantes decisões pelas quais a igualdade de direitos e dignidade da comunidade foram demandadas.

Na ADO 26, que criminalizou a LGBTfobia, fixou-se a tese de que, até que sobrevenha legislação sobre o tema, as condutas homotransfóbicas, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se aos preceitos definidos na Lei n. 7.716/1989.

O sistema de precedentes adotado no Brasil institui precedentes vinculantes, que devem ser respeitados. De acordo com o artigo 926 do CPC, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. A técnica adotada prevê que algumas decisões da jurisprudência são observância obrigatória, nos termos do artigo 927 do mesmo Código. Nestes casos há o que se chama de precedente vinculante, visto que sujeita necessariamente o comportamento dos juízes à decisão precedente. (NEVES, 2019)

Alguns precedentes vinculantes, quando desrespeitados, permitem o ajuizamento da reclamação. Pelo que se depreende da opção legislativa empregada, apesar de todas as espécies de precedentes insculpidas no artigo 927 do CPC serem vinculantes, existe certa diferença na proteção e aplicação forçada entre as espécies.

Apenas algumas hipóteses de precedentes vinculantes, quando desrespeitados, permitem o ajuizamento da reclamação. São eles: os precedentes frutos do controle concentrado de constitucionalidade, da súmula vinculante, do incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas. E, ainda, quando do desrespeito do precedente proferido no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, caberá o ajuizamento da Reclamação, desde que haja o prévio exaurimento das instâncias ordinárias. (NEVES, 2019)

A decisão proferida na ADO 26 é precedente vinculante. Considerando que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é espécie do gênero controle concentrado de constitucionalidade, a *ratio decidendi* aplicada extravasa o caso concreto, tornando-se decisão de observância obrigatória. Assim, ao julgar procedente a referida ação, a criminalização da LGBTfobia ficou assegurada em

âmbito nacional, de aplicação por todos os juízos, instâncias judiciais e pela administração pública.

Cabe reclamação para assegurar a aplicação da ADO 26. Conforme já mencionado, em alguns casos, o legislador previu possibilidade de se ajuizar reclamação para efetivar precedentes vinculantes, este é o caso da ADO 26.

A reclamação é ação autônoma de impugnação, de natureza judicial (DIDIER, 2019). Tal ação dá concretude aos princípios do juiz natural e da tutela jurisdicional satisfativa (JULIÃO, 2018). Quando do seu ajuizamento, o resultado prático decorrente é a cassação da decisão ou determinação da medida adequada para efetivação do precedente violado.

Diante da questão problema do trabalho, que é verificar quão fundamental é o instituto da Reclamação para aplicação do precedente vinculante proferido na ADO 26, observou-se que muitas vezes a Corte tem efetivado a decisão por meio de sua jurisprudência, não necessariamente por intermédio da reclamação.

Tal panorama se mostra possível, haja vista que o precedente proferido na ADO 26 é de natureza vinculante. O mecanismo da reclamação somente será acionado em caso de descumprimento. Dentre decisões que reforçam o precedente, cabe destacar o HC 154.248/ DF, que entendeu ser a injúria racial manifestação de prática racista e, portanto, imprescritível, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal. Esta interpretação abarcou também a LGBTfobia, nos termos da tese fixada na ADO 26.

Além disso, faz-se necessário ponderar a pequena quantidade de Reclamações Constitucionais sobre o tema. Considerando que o precedente em pauta foi julgado em 2019, resta demonstrado o pequeno lapso temporal de aplicação da decisão. Outro fator ao qual deve a análise se atentar é que, em termos práticos, não é possível relacionar a efetivação do precedente por meio da reclamação às próprias discriminações da sociedade, uma vez que não há relação proporcionalmente direta. O que se tem são os dados mais recentes que demonstram que a sociedade não deixou de ser homotransfóbica.

Em uma análise detida sobre as informações colhidas por este trabalho, pode-se perceber a presença da homofobia estrutural dentro do Poder Judiciário, quando da análise das Reclamações 36.741 e 39.093. Em verdade, as interpretações adotadas por estes juízos reclamados reproduzem práticas homotransfóbicas. Porém, não é

possível generalizar tal afirmação ao Poder Judiciário, nem sequer aos juízos de primeiro ou segundo grau. Há um resultado inconclusivo no tocante a este aspecto, por inexistir uma pluralidade de processos capaz de se permitir tal afirmação. A resistência em aplicar o precedente representa que o problema existe, porém não há como se afirmar que existe um quadro generalizado dentro do Poder.

O Conflito de Competência 191.970-RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, aponta a observância do precedente pelo Tribunal Superior, e inclusive pelo Ministério Público Estadual de Santa Catarina. Tal julgado exemplifica verdadeira mudança do ordenamento após a criminalização da homotransfobia em 2019.

O instituto da reclamação constitucional é uma ferramenta útil, visto que é adequado à efetivação da ADO 26. Tal instrumento potencializa o precedente. Destaca-se que tal instituto possui algumas especificidades e entraves para seu cabimento, como é o caso da estrita aderência entre o ato impugnado e o precedente desacatado. Todavia, quando preenchidos os pressupostos, a reclamação se mostra hábil a auxiliar na estabilização da jurisprudência. (JULIÃO, 2019)

O Supremo Tribunal Federal não tem se manifestado de forma tímida para a reafirmação do precedente vinculante fixado na ADO 26. Tal atuação, entretanto, não é protagonizada pelo instrumento da reclamação. Essa situação resulta dos poucos ajuizamentos de Reclamações.

Sendo assim, a reclamação se mostra uma ferramenta útil, adicional e complementar ao ordenamento jurídico para possibilitar a repressão da homotransfobia.

Há jurisprudência na Corte que vem reforçando o precedente, ainda que nem sempre por meio da reclamação, o que endossa a estabilidade do mesmo, consolidando no Brasil a criminalização da homofobia enquanto figura típica de racismo estrutural.

REFERÊNCIAS

ACONTECE, ANTRA, ABGLT. Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil. Dossiê 2021. Florianópolis, SC. 2022. p. 72. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2022/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2021-ACONTECE-ANTRA-ABGLT-1.pdf>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 36.742. RECLTE.(S) GL EVENTS EHXIBITIONS LTDA.. RECLDO.(A/S) PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Brasília, RJ, 08 de setembro de 2019. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília: Dje, 12 set. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5768538>. Acesso em: 23 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 39.093. RECLTE.(S) EDUARDO JOSE FERREIRA SENNA.. RECLDO.(A/S) JUÍZA DE DIREITO DO 1º JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, RJ, 24 de abril de 2020. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília: Dje, 28 abr. 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5850842>. Acesso em: 23 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 36.248. RECLTE.(S) ALEXANDRE SILVEIRA FILHO. RECLDO.(A/S) JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE ARAÇATUBA. Relator: MIN. ROSA WEBER. Brasília, SP, 30 de junho de 2020. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília: Dje, 03 jul. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5744905>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 956.876, Resp - Quinta Turma. RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO. RECORRIDO: JORGE ALBERTO DE MONTIGNY. Relator: MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Brasília, RS, 23 de agosto de 2007. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília: Dje, 10 set. 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 154.248. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 28 de outubro de 2021. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília: Dje, 17 nov. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em: 09 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 191.970. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, RS, 14 de dezembro de 2022. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília: Dje, 19 dez. 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 21 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, ADO. Relator Min Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 17 set. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733, MI. Relator Min Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 17 set. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, Adi. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de março de 2019. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3590, Inq. Relator: Marco Aurélio, DF, 12 de agosto de 2014. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4352153>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, Adi. Relator: Ayres Britto, DF, 05 de maio de 2011. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872> Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Adi. Relator: Ayres Britto, DF, 05 de maio de 2011. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291, Adi. Relator: Roberto Barroso, DF, 28 de outubro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4462545>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, Adi. Relator: Edson Fachin, DF, 11 de maio de 2020. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.542, ADI. Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 08 de maio de 2020. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 15 jan. 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A Reclamação Como Meio de Impugnação das Decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis. Revista ANNEP de Direito Processual, vol 1, n. 2, Art 29, 2020. <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i2.29>. Disponível em: <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/29>. Acesso em: 20 dez. 2022.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 21. Ed. – Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017.

EUROPE, Transgender. TMM annual report 2016: 2,190 murders are only the tip of the iceberg – An introduction to the Trans Murder Monitoring project. 14. ed. Europe: Tvt Publication Series, 2016. 28 p. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 23, nº 89, p. 49, jan./mar. 1986

FREIRE PIMENTA, J. R. .; SILVA, J. C. de O. A Reclamação como Instrumento de Revisão dos Precedentes Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Direito Público, [S. l.], vol. 19, n. 101, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i101.6067. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6067>. Acesso em: 20 jan. 2023.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: editora safE, 1991.

HEINBERG, Allan. CHEUNG, Jim. Vingadores - A Cruzada Das Crianças. Graphic Novels Marvel Ed. 76

JULIÃO, Gustavo Lyrio. Reclamação: do comando judicial aos precedentes. 2018. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/10412>. Acesso em: 12 set. 2022.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000. 29 p.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral – vol. 1. 12 ed. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense São Paulo: MÉTODO, 2018. ISBN 987-85-309-7930-0.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único – 12. Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. 1.824 p. ISBN 978-85-442-3191-3.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos/ Inter-American Commission on Human Rights. Situação dos direitos humanos no Brasil : Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos. p. ; cm. (OAS. Documentos oficiais ; OEA/Ser.L/V/II) ISBN 978-0-8270-7176-6

PERES, Maurílio Manoel Gomes Ferreira. TÉCNICAS DE JULGAMENTO ANTECIPADO POR UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: O VISLUMBRE DA ECONOMIA PROCESSUAL OU APENAS MAIS UM INSTRUMENTO INEFICAZ? / Maurílio Manoel Gomes Ferreira PERES. - 2019. LX, 60 f.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: QUIJANO, Anibal. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. p. 117-142. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sursur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

SCHWERZ, Stela Marlene. A RECLAMAÇÃO NOS TRIBUNAIS LOCAIS: PROCEDIMENTO, CONTORNOS E PERSPECTIVAS. Paraná: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Edição Especial - Ano 3 - Número 1, maio 2018. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_6.pdf. Acesso em: 19 jan. 2023.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 660 p.