



## **OMISSÕES RECONHECIDAMENTE INCONSTITUCIONAIS E O DEVER DE PROTEÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADO 26**

### **ACKNOWLEDGED UNCONSTITUTIONAL OMISSIONS AND THE DUTY TO PROTECT: AN ANALYSIS FROM ADO 26**

Fernando Roberto Schnorr Alves <sup>1</sup>

Letícia Joana Müller <sup>2</sup>

#### **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, por maioria dos votos, cujo relator foi o Min. Celso de Mello, reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a garantir proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+ e criminalizou a homofobia e a transfobia, equiparando-a as espécies do gênero racismo (por meio da interpretação conforme a Constituição), nos diversos tipos penais definidos na Lei n.º 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma. Um dos fundamentos utilizados para essa decisão de procedência foi o dever de proteção, que tem como objetivo assegurar os direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Doutorando no Programa da Pós-Graduação em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC, na área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre no Programa da Pós-Graduação em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC, na área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduado em Direito Público na Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos". E-mail: fernadorsalves@hotmail.com

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: leticiajoana@mx2.unisc.br



O presente estudo objetiva identificar a maneira que o dever de proteção contribui para a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal quanto a sua função de suprir omissões reconhecidamente inconstitucionais. Nestes termos, tomando-se por base a análise da ADO 26/DF, indaga-se: de que modo o dever de proteção contribui para a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal quanto a sua função de suprir omissões reconhecidamente inconstitucionais? No intuito de responder a esse questionamento, utiliza-se o método de abordagem indutivo e de procedimento analítico, buscando-se analisar brevemente os argumentos trazidos na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mais alta instância do poder judiciário brasileiro.

## 2. O DEVER DE PROTEÇÃO E A ADO 26

A teoria do “dever de proteção”, de origem alemã, tem como objetivo assegurar os direitos fundamentais, tendo sido desenvolvida pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão). O dever de proteção (*Schutzverantwortung*) impõe que a inconstitucionalidade pode ser derivada da proteção insuficiente de um direito, tanto quanto da proteção de um bem jurídico em demasia. Em outras palavras, ela pode ser decorrente de uma omissão do Estado, assim como de uma proteção positiva desproporcional ao que se quer proteger. (STRECK, 2014, p. 307-310). Neste conceito, inclui-se o processo penal, tanto em relação ao direito material quanto a parte processual.

Destaca-se que “[...] há um espaço aberto para que seja definida a melhor forma de ser cumprido o direito, desde que tal opção leve em conta a adequação entre os meios utilizados para se alcançar o fim pretendido” (LEAL; VARGAS, 2022, p. 232). Nota-se que é necessário proporcionalidade na tomada de decisão, já que o uso irrestrito do dever de proteção pode também ocasionar uma desproporcionalidade, lesionando outro direito fundamental diferente do que se está tentando proteger.

Nesse sentido, Mendes (1999) afirma que os direitos fundamentais, como princípios objetivos, legitimam a concepção que obriga o Estado a ir além de observar os direitos de qualquer indivíduo, protegendo-o de suas investidas em face de seus



direitos e liberdades (enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também tendo a obrigação de protegê-lo contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

No caso da ADO 26/DF, em que houve a criminalização da homofobia, constatou-se que “inobservado o dever de proteção, vêm sendo geradas graves lesões a direitos fundamentais dessa parcela social, como a integridade física e psicológica, ou mesmo sua vida.” (BRASIL, 2019, p. 22). Desse modo, visando cumprir o dever de proteção, foi decidido por maioria dos votos, que o artigo 20 da Lei n.º 7.716/1989, que criminalizava o racismo, seria estendido também para a tipificação dos atos de homofobia e transfobia (BRASIL, 2019).

Veja-se que o STF procura criar balizas para a sua atuação, para demonstrar a sua contenção para não invadir a competência de outros Poderes, ao passo que aponta a impossibilidade de criar novos tipos penais, ou ainda tipificar a conduta por analogia (*in malam partem*). Contudo, no presente caso, deixa claro que sua conclusão decorre de interpretação conforme a Constituição do termo racismo, ao passo que expande o seu conceito na legislação, inovando na concepção de um racismo social, incluindo outras formas de discriminação que não exclusivamente a racial. Isso acarreta significativa mudança social, uma vez que interfere na política criminal.

Sua atuação é manifestamente decorrente da sua função contramajoritária, visto a necessidade de se atenuar os riscos de uma tirania das majorias eventuais, motivo pelo qual a jurisdição constitucional está a serviço da democracia, sendo essencial para o equilíbrio e independência entre os Poderes (LEAL; MAAS, 2020, p. 29).

A não tipificação dos crimes de homofobia e transfobia, além de expor os grupos minoritários à violência social, suscita desvio de comando constitucional, configurando justa causa legitimadora da intervenção do Poder Judiciário. Isso porque, em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, extrai-se a teoria do dever de proteção e o caráter vinculante da proibição de proteção insuficiente, exigindo a correção por meio da jurisdição constitucional, prevalecendo o direito fundamental contra excessos da maioria ou suas omissões.



### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta maneira, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal deve suprir omissões reconhecidamente inconstitucionais, em vista do dever de proteção (*Schutzverantwortung*). Percebe-se que a teoria do dever de proteção contribui para a legitimidade da jurisdição constitucional, uma vez que aquela decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, impondo uma atuação estatal na proteção de direitos fundamentais inclusive no plano horizontal (ou seja, protegendo indivíduos de violações no âmbito de relações entre indivíduos).

Portanto, conclui-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal desempenha importante papel na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente no caso da proteção do direito das minorias, considerando sua atuação muitas vezes contramajoritária na sua função de suprir omissões e excessos das maiorias quando reconhecidamente inconstitucionais. Logo, a decisão da ADO 26 exemplifica o uso da teoria do dever de proteção para legitimação da atuação judicial do Tribunal Constitucional na política criminal, reforçando o Estado Democrático de Direito e a primazia da Constituição.

**Palavras-chave:** ADO 26. Dever de proteção. Limites da atuação. Supremo Tribunal Federal.

**Keywords:** ADO 26. Duty of protection. Limits of action. Supreme Court.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO [...].** Requerente: Partido Popular Socialista. Intimado: Congresso Nacional, Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2022.



LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “**Dever de proteção estatal**”, “**proibição de proteção insuficiente**” e **controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. A doutrina das “categorias suspeitas” e a noção de “escrutínio estrito” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise da ação direta de inconstitucionalidade 5.543/DF (doação de sangue por homossexuais). **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 27, n. 1, p. 216-239, jan./abr. 2022. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2283>>. Acesso em: 4 de maio de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 2, n. 13, jun. 1999.

STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXX, p. 303-345, 2004. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituaolnolusstreck.pdf>. Acesso em: 4 de maio de 2022.