

## O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA FUNÇÃO DE EQUIPARAR A HOMOFOBIA E A TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO

João Pedro de Aquino Sgró<sup>1</sup>  
Daniela Botelho<sup>2</sup>  
Renato Marcelo Resgala Júnior<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente estudo surge na crescente judicialização das mais diversas questões, sejam elas políticas, sociais ou morais. A população LGBTQIA+ está à margem da sociedade, sendo constante vítima de extremas e constantes violações, logo, diante da ausência de políticas de segurança ao grupo e a baixa efetivação dos princípios fundamentais surge a discussão a respeito da omissão legislativa ao elaborar leis mais rígidas de proteção à essa comunidade. O ascendente protagonismo do Poder Judiciário se torna frequente diante da inércia do Poder Legislativo e, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, houve o fortalecimento jurisdicional constitucional para tornar eficaz princípios e fundamentos que possam vir a ser negligenciado pelo Poder Público. O Controle de Constitucionalidade surge, dessa forma, como medida de contenção e evidenciamento dos distúrbios constitucionais, enquanto o ativismo judicial está associado a uma participação mais intensa e ampla do Poder Judiciário. Esse estudo busca evidenciar a função do controle de constitucionalidade ao equiparar a homofobia ao crime de racismo. A decisão do STF que criminalizou a homofobia e a transfobia no Brasil foi um importante marco na luta pelos direitos LGBTQIA+. A decisão reconheceu que a homofobia e a transfobia são formas de discriminação e violência que violam a dignidade da pessoa humana. A decisão foi resultado de uma ADO proposta pelo PPS, que questionava a omissão do Poder Legislativo em regulamentar o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal. O STF entendeu que a omissão do Legislativo era inconstitucional e, por isso, criminalizou a homofobia e a transfobia. Os argumentos contrários à criminalização da homofobia e da transfobia são relevantes e merecem ser considerados. Por fim, a decisão do STF foi um importante avanço na luta pelos direitos LGBTQIA+, e é importante que o Poder Legislativo aprove leis e políticas públicas que promovam a inclusão e a equidade social para essa população.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Homofobia. Direito Constitucional. Direito Penal.

<sup>1</sup>Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito pela UNIRENATOR. Acadêmico do curso Tecnólogo em Segurança Pública pela Estácio. Técnico em Química pelo Instituto Federal Fluminense Campus Itaperuna.

<sup>2</sup>Advogada. Professora do Centro Universitário Redentor (UniRedentor) em Itaperuna/RJ e do Centro Universitário São José de Itaperuna/RJ. Graduada em Licenciatura Letras/Literatura pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. Bacharel em Direito pela Faculdade Redentor.

<sup>3</sup>Professor Doutor, em Sociologia Política -UENF-RJ; Docente do Centro Universitário Redentor Itaperuna.

## I. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o papel do controle de constitucionalidade, que por meio da ADO nº 26/DF, equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo. Esta pesquisa visa, portanto, mostrar como o controle de constitucionalidade pode ser importante e ao mesmo tempo perigoso no papel de criminalizar a homofobia diante dos questionamentos sociais e da omissão do Poder Legislativo.

A sigla LGBT representa um conjunto de identidades de gênero e orientações sexuais: Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros. No decorrer do tempo, a sigla tem evoluído para incorporar outras identidades, como assexuais, intersexuais e pessoas não binárias, sendo referida, entre outras variações, como LGBTQIA+. Em resumo, ser LGBTQIA+ significa pertencer a uma comunidade diversa e multifacetada de indivíduos que não se enquadram nas normas tradicionais de orientação sexual e identidade de gênero, incluindo a autoidentificação como lésbica, gay, bissexual, transgênero, queer, intersexual, assexual ou em outras identidades relacionadas. A sigla, bem como seus símbolos associados, tem sido adotada como um símbolo de orgulho e luta pelos direitos e reconhecimento dessas pessoas. Orgulho que significa, em essência, falta de vergonha de ser quem é. Vergonha essa a qual foi imposta pela sociedade a essa comunidade por séculos.

4350

Mesmo com avanços nas últimas décadas, a comunidade ainda tem enfrentado desafios e diferentes formas de discriminação, preconceito e violência. Sendo assim, a luta pela igualdade de direitos e pela aceitação social certamente continua sendo uma pauta importante na busca por uma sociedade mais inclusiva e respeitosa.

A homofobia refere-se à discriminação, hostilidade ou preconceito contra pessoas devido a sua orientação sexual. Por meio do ativismo judicial e da revisão judicial, os tribunais têm desempenhado um papel importante no combate a esse problema, reconhecendo a homofobia como uma forma inaceitável de discriminação e aplicando medidas para proteger os direitos das pessoas LGBTQIA+.

O controle de constitucionalidade desempenha um papel vital no direito constitucional e penal, sendo um processo pelo qual os tribunais examinam leis e atos de autoridade pública para verificar se são constitucionais. Desta forma, a fiscalização da constitucionalidade é uma garantia de que os direitos básicos dos cidadãos serão respeitados.

As diversas formas de ofensa à população LGBTQIA+ são graves violações aos fundamentos constitucionais. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XLI prevê a punição de qualquer forma de discriminação atentatória aos direitos fundamentais. Em face da norma de eficácia limitada, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF em conjunto com o Mandado de Injunção nº 4733, ambos com intenção de sanar a mora legislativa e realizar o controle difuso e concentrado de constitucionalidade com finalidade de viabilizar a aplicação do direito.

Este artigo tem como objetivo discutir os riscos e as oportunidades do controle de constitucionalidade, a partir da análise do caso da criminalização da homofobia no Brasil. Para tanto, serão apresentados os principais argumentos em favor e contra o controle de constitucionalidade, bem como a trajetória da criminalização da homofobia no Brasil. O objetivo geral do trabalho é evidenciar a função do controle de constitucionalidade ao equiparar a homofobia ao crime de racismo. Já os objetivos específicos são: visualizar o cenário de homofobia e transfobia no Brasil, investigar os objetivos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF e Mandado de Injunção (MI) 4.733/DF e verificar a legalidade do controle de constitucionalidade e seu papel na criminalização da homotransfobia.

4351

A metodologia do artigo científico é a revisão bibliográfica, que envolve a realização de uma pesquisa em diferentes fontes, tais como artigos científicos, livros, teses e dissertações, para identificar e analisar os estudos que já foram realizados sobre um determinado tema. Utilizou-se uma abordagem metodológica ampla e diversificada com fundamentos em diversas fontes acadêmicas. Para isso utilizou-se revistas jurídicas, artigos científicos e monografias e outras fontes relevantes. Por meio de publicações especializadas, jurisprudências, debates doutrinários e discussões acadêmicas relevantes no campo do direito. Outras fontes acadêmicas relevantes como livros, teses, dissertações, relatórios governamentais e documentos oficiais, periódicos jurídicos, as monografias, os artigos acadêmicos para basear a pesquisa em evidências sólidas e contribuições acadêmicas relevantes.

## 2. O CENÁRIO DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NO BRASIL

De acordo com Araújo (2018, p. 63), até os anos 80 grande parte dos direitos das minorias eram inviabilizados e reprimidos por outros grupos sociais, como os grupos religiosos.

Ademais, até meados dos anos 50 os não era comum ambientes sociais como bares, boates e locais para consumo da população LGBTQIA+.

A partir dos anos 70 houve um verdadeiro crescimento dos ambientes de convívio da população LGBTQIA+, proporcionando maior conhecimento de suas identidades. Entretanto, a repressão e censura sofrida pelos espaços públicos de consumo homossexual eram constantes por parte do governo, principalmente em boates e saunas de regiões de São Paulo e Rio de Janeiro de acordo com Araújo (ARAÚJO, 2018, p. 71).

O movimento pelos direitos LGBTQIA+ obteve avanços importantes, como a descriminalização da homossexualidade em vários países, a legalização do casamento igualitário, a adoção de leis antidiscriminatórias e a promoção de políticas de inclusão. Organizações internacionais como as Nações Unidas e a União Europeia têm desempenhado um papel fundamental na defesa dos direitos LGBTQ+ e na promoção da igualdade.

No entanto, apesar desse progresso, muitos desafios permanecem. Muitas pessoas LGBTQIA+ ainda enfrentam discriminação, violência e exclusão social em diferentes partes do mundo. Em alguns países, leis repressivas e atitudes negativas em relação à comunidade LGBTQIA+ ainda estão presentes, levando a violações dos direitos humanos.

Para exemplificar, há um estudo sobre a violência homofóbica realizada pelo Grupo Gay 4352 da Bahia (GGB), organização brasileira de defesa dos direitos LGBTQIA+, publica anualmente um relatório sobre a violência homofóbica no país. O último relatório publicado era de 2020 e registrava 237 assassinatos de pessoas LGBTQ+ no Brasil. No entanto, é importante ressaltar que esses números podem estar subestimados, pois nem todos os casos são registrados.

Já o Disque 100, serviço nacional de denúncia de violações de direitos humanos, tem registrado aumento de casos de violência e discriminação contra a comunidade LGBTQIA+. Em 2020, foram registradas 2.300 denúncias de crimes de ódio motivados por orientação sexual ou identidade de gênero. Em 2019, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicou uma pesquisa nacional que revelou altos índices de violência contra a população LGBT no Brasil. Segundo a pesquisa, 62,8% das pessoas LGBTQIA+ sofreram agressão verbal, 25,8% agressão física e 8,9% foram vítimas de violência sexual.

A Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) publica anualmente um dossiê que aborda os assassinatos e a violência direcionada a pessoas trans no Brasil. O último dossiê divulgado foi referente a 2020 e registrou 175 assassinatos de pessoas trans.

O governo brasileiro não realiza estudos suficientes sobre violência. Bahia e Conceição (2019, p. 633) constataram que o único relatório oficial sobre o tema foi elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, mas esse órgão foi extinto em 2016. Além disso, os dados sobre violência são coletados por pessoas e instituições privadas, o que é preocupante, pois demonstra a inércia do governo na coleta de estatísticas. Essas estatísticas são essenciais para mapear a violência e elaborar políticas públicas. Sem dados oficiais, é difícil pressionar o Legislativo para que trate do tema com urgência. A Maria Berenice Dias (2011, p. 197) escreveu:

A única forma de a população LGBT assegurar as garantias e prerrogativas consagradas na Constituição Federal foi buscar o Poder Judiciário. O legislador se acovarda na hora de assegurar direitos à minoria alvo de tanta discriminação.

Esconde-se em motivos de natureza religiosa, mas certamente se omite por temor de ser rotulado de homossexual, ou, quem sabe, por medo de comprometer sua reeleição.

Mas ninguém pode ficar à mercê de um Poder Legislativo inerte e preconceituoso que se nega a cumprir o seu mister: editar leis que deem efetividade aos comandos constitucionais. Basta lembrar que data do ano de 1995 o primeiro Projeto de Lei que, tal qual um punhado de tantos outros, vagam pelas Casas Legislativas sem nunca terem sido levados à votação. A maioria deles acaba arquivada. Nem mesmo o que criminaliza a homofobia consegue ser aprovado.”

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por avanços sociais importantíssimos, entretanto alguns grupos sociais como o LGBTQIA+ encontram dificuldades em ter seus direitos garantidos por meio do âmbito jurídico como aponta Araújo (ARAÚJO, 2018, p. 39). 4353

A criminalização da homofobia no Brasil foi um importante marco na luta pelos direitos LGBTQIA+. Em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a discriminação e o preconceito contra pessoas LGBTQIA+ devem ser enquadrados como crimes de racismo até que o Congresso Nacional aprove uma lei específica para o tema (STF, ADO26/DF).

A decisão do STF foi resultado de uma ação movida pelo Partido Popular Socialista (PPS), que questionou a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria. O julgamento durou dois dias e contou com a participação de mais de 20 entidades, entre elas a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) (STF, ADO26/DF).

### **3. OBJETIVOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO(ADO) 26/DF E MANDADO DE INJUNÇÃO(MI) 4.733/DF**

De acordo com Padilha (2022), “Os remédios constitucionais são instrumentos destinados a assegurar o gozo dos direitos violados ou em vias de serem violados ou

simplesmente não atendidos.”. Os remédios constitucionais são instrumentos essenciais para a proteção dos direitos fundamentais. Eles permitem que os indivíduos e os grupos sociais defendam seus direitos perante o Poder Judiciário, mesmo em casos de violação ou ameaça de violação.

Para Padilha (2022), as garantias constitucionais que recebem o nome de remédios constitucionais são: habeas corpus (art. 5.º, LXVIII), mandado de segurança individual (art. 5.º, LXIX), mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), mandado de injunção (art. 5.º, LXXI), habeas data (art. 5.º, LXXII) e ação popular (art. 5.º, LXXIII).

O mandado de injunção, segundo Padilha (2022, p. 303), é um instrumento de defesa dos direitos fundamentais que permite que qualquer pessoa ou entidade que tenha interesse na efetivação de um direito previsto na Constituição ajuíze uma ação judicial contra o Poder Público, para que este cumpra sua obrigação de regulamentar a norma. O mandado de injunção é um instrumento importante para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, pois permite que as pessoas e os grupos sociais possam defender seus direitos perante o Poder Judiciário, mesmo em casos de omissão do Estado.

O controle de constitucionalidade pode ser preventivo e repressivo. O controle preventivo é o mecanismo que permite verificar a constitucionalidade de uma norma antes de sua entrada em vigor. No Brasil, o controle preventivo é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Poder Executivo exerce o controle preventivo por meio do veto presidencial. O veto é um poder de rejeição que o Presidente da República possui sobre projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional. O veto presidencial pode ser total ou parcial. No caso de veto total, o projeto de lei é totalmente rejeitado e não entra em vigor. No caso de veto parcial, o projeto de lei é aprovado com as alterações propostas pelo Presidente da República (JÚNIOR, 2023, p. 48)

O controle repressivo é o mecanismo que permite verificar a constitucionalidade de uma norma após sua entrada em vigor. No Brasil, o controle repressivo é exercido pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário exerce o controle repressivo por meio de diversos mecanismos, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. (JÚNIOR, 2023, p. 48)

O controle repressivo é exercido pelo Poder Judiciário, comportando duas espécies difuso, aberto, via de exceção ou defesa; e concentrado, fechado, via de ação. O controle de

constitucionalidade difuso é uma forma de controle de normas pelo Poder Judiciário, que ocorre incidentalmente, no âmbito de um processo judicial concreto. Nesse tipo de controle, qualquer juiz ou tribunal, ao analisar um caso concreto, pode verificar a inconstitucionalidade de uma norma, arguida pela parte como meio de defesa. A declaração de inconstitucionalidade produz efeitos inter partes, ou seja, apenas entre as partes do processo. (JÚNIOR, 2023, p. 49)

O controle de constitucionalidade concentrado é uma forma de controle de normas pelo Poder Judiciário, que ocorre por meio de uma ação própria, cujo objeto é obter a invalidade da lei ou ato normativo. No controle difuso, a inconstitucionalidade é verificada incidentalmente, no âmbito de um processo judicial concreto. Já no controle concentrado, a inconstitucionalidade é verificada em tese, por meio de uma ação própria. Nesse tipo de controle, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos erga omnes, ou seja, para todos. (JÚNIOR, 2023, p. 69)

O controle concentrado da constitucionalidade é realizado por meio das seguintes ações contempladas no texto constitucional (BRASIL, 1988): ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a), ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine; EC n. 3/93), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

4355

A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento de controle de constitucionalidade que permite que o Poder Judiciário declare a inconstitucionalidade de uma norma constitucional que não foi regulamentada pelo Poder Público. A ação tem cabimento quando o Poder Público, por inércia ou abstinência, deixa de editar a legislação necessária para a plena eficácia da norma constitucional. A Lei nº 12.063/2009 regulamentou a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tornando mais célere e eficaz o controle de constitucionalidade por omissão (JÚNIOR, 2023, p. 98,99)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) visa obter a criminalização da homofobia e transfobia em crimes de violência ou ofensa em situações coletivas ou individuais, acentuando, que o crime de homofobia viola o direito a liberdades fundamentais presentes no art 5º da Constituição Federal. Os pedidos propostos no ADO nº 26/DF são de equiparar o crime de homotransfobia ao crime de racismo já que ambos são crimes de preconceito que aumentam a segregação de

grupos sociais e, portanto, não se pode hierarquizar os crimes de preconceito tornando suas penas diferentes e sim equivalentes entre si (STF, ADO26/DF).

Segundo Bolwerk e Gomes (2022; p. 9,11), o Mandando de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão propostas demonstram que o objeto principal das demandas é o reconhecimento da mora legislativa para produzir a norma legal responsável por criminalizar a conduta de homofobia e transfobia no Brasil.

Para Alves (2021; p.28,29), o princípio da vedação da proteção deficiente surge na necessidade do Estado de empregar medidas para proteção dos bens jurídicos de forma adequada. Para Mendes (2009; p. 1.076), existe a omissão absoluta quando o legislador não exerce a força normativa reclamada, ou seja, se abstém da pertinência legislativa que é sua função. Já a omissão parcial surge quando a norma atende de forma insuficiente o preceito constitucional. Logo, a Carta Magna outorga poderes ao Legislativo para sanar todas as lacunas referentes às formas de discriminação, sendo sua prerrogativa primária a função de criar normas. Entretanto, o Poder Legislativo não exerceu suas prerrogativas e não assegurou um Estado de bem-estar social, diante do grave cenário de homofobia e transfobia vivenciados no país.

Os bens jurídicos essenciais são aqueles que estão diretamente relacionados aos direitos 4356 e garantias fundamentais, consagrados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos. Eles são essenciais para a pacificação e a otimização da vida em sociedade, pois colocam a pessoa como protagonista do ordenamento jurídico. (JUNIOR, LIMA. 2020; p. 180, 181). Segundo Lima e Dias Júnior (2020; p. 181):

Salientamos que os bens jurídicos essenciais seriam aqueles com adstrição direta, ou pelo menos indireta, a direitos e garantias fundamentais, em respeito aos valores consagrados constitucionalmente, sobretudo, no plano de proteção internacional de direitos humanos, consubstanciando pontos de pacificação e de otimização da vida em sociedade, colocando a pessoa como protagonista do ordenamento jurídico.

Deste modo, é evidente que o Legislador descumpriu seu dever jurídico, vinculado por mandamento constitucional, ao ignorar seu dever de agir como legitimado para limitar as condutas delituosas de homofobia e transfobia.

O Art. 5, XXXIX, da CRFB/88, define que é necessário que exista lei que criminalize uma conduta e estabeleça a penalidade e essa lei deve ser anterior a conduta criminosa



(BRASIL, 1998). Os princípios da reserva legal e da legalidade impedem que o STF supra a lacuna deixada pelo Poder Legislativo.

Para Sousa e Bahia (2023, p. 135), o controle de constitucionalidade surge como resultado da omissão institucional:

Esquecem, contudo, que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê mecanismos para o enfrentamento da “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, a saber: o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que autorizam o Poder Judiciário a afastar a omissão inconstitucional e/ou inconvenção, sem que, com isso, infrinja a reserva legal. Além disso, há técnicas interpretativas estudadas pela hermenêutica constitucional – como a interpretação conforme a Constituição – que possibilitam ao STF dar aplicação constitucional aos comandos normativos.

A própria Constituição, em vista de que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º) e considerando que a omissão legislativa pode significar violação dos mesmos, cria duas ações para não os deixar ao livre-arbítrio do legislador: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O primeiro remédio do processo constitucional concreto (controle difuso) destina-se à satisfação de direitos e liberdades fundamentais ou mesmo prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania (mais estrito). O segundo instrumento do controle abstrato de constitucionalidade tem como objeto qualquer norma constitucional que dependa 4357 de regulamentação.

O princípio da proporcionalidade é um princípio jurídico que tem duas vertentes: a inibitória e a impositiva. A vertente inibitória impede que o poder público invada as liberdades individuais, especialmente os direitos de primeira geração. A vertente impositiva obriga o poder público a proteger os bens jurídicos essenciais à vida coletiva, através de medidas concretas, sejam no aspecto material, legislativo ou judicial.

Daniel Sarmiento explica que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos negativos, mas também possuem uma dimensão objetiva. Isso significa que eles tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos. A partir dessa concepção, surgiu a ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. Esse subprincípio da proporcionalidade proíbe que o Estado seja omissivo ou atue de forma deficiente na proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, aborda Daniel Sarmiento:

A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os

direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais – mesmo os de matriz liberal – que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente. (...)

Assim, quando o Estado abster-se, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreceria a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental o objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: (a) se sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo; e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sobre o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). (SARMENTO, 2013, p. 167-168).

O princípio da proporcionalidade é um princípio jurídico que tem duas vertentes: a inibitória e a impositiva. A vertente inibitória impede que o poder público invada as liberdades individuais, especialmente os direitos de primeira geração. A vertente impositiva obriga o poder público a proteger os bens jurídicos essenciais à vida coletiva, como a vida, a liberdade, a dignidade, a propriedade, a saúde, a família, a cultura, a democracia e o meio ambiente (SARMENTO, 2013, p. 167-168).

Vale ressaltar que a ADO surge na necessidade de sanar uma omissão de elaborar norma de eficácia limitada. A norma de eficácia de limitada necessita de legislação complementar para que tenha aplicabilidade jurídica, o que ressalta a grave necessidade de sua elaboração. Além disso, a Constituição Federal define em seu artigo 103, parágrafo 2º, que declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das medidas cabíveis, ou seja, o poder Legislativo não pode se escusar da sua competência de legislar mesmo que a ADO 26/DF tenha equiparado o homotransfobia ao crime de racismo.

4358

#### 4. LEGALIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEU PAPEL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

A ADO nº 26/DF foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) com o objetivo de que fossem criminalizadas, em especial, as condutas de homofobia e transfobia em todas suas maneiras, sejam elas ofensas, homicídio, agressões, e também as discriminações que ocorrem pela orientação sexual e identidade de gênero de um indivíduo ou grupo. Os fundamentos e

argumentos utilizados foram que a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero enquadram-se no conceito jurídico-constitucional do racismo, e além disso, atenta contra liberdade fundamental prevista na CRFB de 1988 (STF, ADO 26/DF).

Para o PPS (2013, p. 28) “todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente à outra”. Na sua petição inicial, o PPS narra que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo nível que se utiliza na Lei do Racismo, já que não se pode hierarquizar as formas de preconceito (STF, ADO 26/DF).

Para Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade por omissão ocorre na impossibilidade de compatibilizar a conduta omissa, negativa, por parte do Legislativo e uma conduta explicitamente requerida pela CRFB. Como resposta a necessidade de preencher a lacuna deixada pelo poder público, surge a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A ADO nº 26/DF pretendia que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a inércia do legislativo e grave violação pela ausência da lei que criminalizasse a homofobia e a transfobia, como estabelece o artigo 50, inciso LXI, da CRFB/88. Foi pedido na inicial que um prazo fosse estabelecido para a proposta da norma criminalizadora e que enquanto tal norma não fosse criada que o STF tipificasse as condutas como crimes (STF, ADO 26/DF). 4359

Em junho de 2019, o tribunal conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF, declarou a existência de omissão legislativa e notificou o congresso Nacional para que editasse a norma criminalizadora, conforme o artigo 103, parágrafo 2º, a CRFB/88 a interpretação conforme a CRBF e criminalizou as condutas de homofobia e transfobia em toda forma de manifestação com fundamento no artigo 5, incisos XLI e XLII, da CRFB/88 (STF, ADO 26/DF).

Os efeitos da decisão do STF somente serão aplicados a partir do julgamento. O ministro Marco Aurélio foi voto vencido, pois entendeu que o julgamento deveria ser improcedente, os ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski foram votos vencidos e decidiram por julgar parcialmente procedente a ação.

Além disso, o racismo, segundo a tese abordada na ação, se projeta em aspectos biológicos e fenotípicas, mas também no aspecto históricos cultural e na desigualdade social, utilizado como meio de dominação política, inferiorização social e negação de alteridade e

dignidade de pessoas que pertencem a um grupo social vulnerável (STF, ADO 26/DF). A decisão define ainda, que a criminalização não restringira o exercício da liberdade religiosa:

Obviamente, a proteção constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários. (ADO/26-DF. Rel. Min. Celso de Mello, p.47)

O ativismo judicial pode ser entendido como uma prática na qual o Poder Judiciário assume um papel ativo na formulação de políticas públicas, a partir de interpretações inovadoras da Constituição e de outras leis. Embora seja uma prática controversa, o ativismo judicial pode trazer importantes avanços em questões sociais e de direitos humanos, como é o caso da criminalização da homofobia no Brasil (MELLO, 2008)

Por outro lado, o ativismo judicial também pode gerar riscos e desafios para a democracia e para a separação de poderes. Entre os principais argumentos contrários ao ativismo judicial, destacam-se: a falta de legitimidade democrática dos juízes para criar políticas públicas; o risco de judicialização excessiva de questões políticas; e a possibilidade de usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário (MOREIRA, 2021).

No entanto, a criminalização da homofobia não é suficiente para acabar com a violência e a discriminação contra pessoas LGBTQIA+ no país. Há muitos desafios a serem enfrentados,<sup>4360</sup> como a falta de políticas públicas que garantam o acesso aos direitos básicos para essa população. Além disso, ainda existe uma cultura de ódio e intolerância que precisa ser combatida, por meio de ações educativas e de conscientização (MOREIRA, 2021).

Um dos principais desdobramentos da criminalização da homofobia foi a ampliação da visibilidade e do debate público sobre os direitos LGBTQIA+. A partir da decisão do STF, houve um aumento na participação de pessoas LGBTQIA+ na política e na sociedade civil, bem como uma maior sensibilização da população em geral para as questões relacionadas à diversidade sexual e de gênero (JORDAO, 2020, p.10).

No entanto, a criminalização da homofobia também gerou críticas e questionamentos em relação à atuação do Poder Judiciário. Alguns argumentam que a decisão do STF invadiu a esfera de competência do Legislativo, ao criar uma nova lei sem a aprovação do Congresso Nacional. Além disso, há preocupações em relação ao uso excessivo do ativismo judicial, que

pode colocar em risco a separação de poderes e a legitimidade democrática das instituições (JORDAO, 2020, p.10)

Para enfrentar esses desafios é importante que a sociedade civil, o Legislativo e o Poder Judiciário atuem de forma conjunta, buscando construir políticas públicas que garantam a proteção e a promoção dos direitos LGBTQIA+. É fundamental que sejam realizadas ações de combate à discriminação e à violência contra pessoas LGBTQIA+, bem como iniciativas educativas que promovam a cultura da diversidade e do respeito às diferenças (JUNIOR, 2021)

Ademais, para Luiz Roberto Barroso a judicialização está ligada ao ativismo judicial, já que há a dedução subjetiva o objetiva para as decisões do judiciário, enquanto o ativismo judicial é um método proativo de expansão da forma de interpretar a Constituição. Ele evidencia a utilização do ativismo judicial em situações em que há omissão do legislativo em contra partida dos anseios sociais e a efetivação de seus direitos (BARROSO, 2012, p. 25)

Barroso descreve as formas no qual o ativismo judicial pode se manifestar, a primeira conduta: aplicação direta da constituição a situações no qual não há sua efetiva aplicação, não necessita da manifestação do legislador ordinário; segunda conduta: possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos do legislador ordinário com base na violação da constituição; terceira conduta: versando em matéria de políticas públicas pode conduzir ou 4361 abster o poder público em algumas medidas (BARROSO, 2012, p. 26).

Para Feitosa (2022, p.115), a criminalização da homofobia e transfobia pelo Mandado de Injunção nº 4.733 foi viabilizado após, em essência, ao alterar informalmente o sentido da expressão racismo, que está fundamentado no artigo 5º, inciso XLII, CF/88. Deste modo, segundo ele, ao se modificar o sentido do termo racismo estabeleceu-se uma ponte para que se superasse o princípio da legalidade em sentido estrito e o princípio da reserva legal em matéria penal

O princípio da legalidade e da reserva da lei, mesmo que fundamentais para o estabelecimento de um regime democrático de direito estável, são insuficientes para fixarem e garantirem amplamente as liberdades e direitos fundamentais. Deste modo, as condutas comissivas e omissivas do Estado em dissonância com os direitos e liberdades fundamentais, as condutas evidenciam a necessidade da atuação estatal para garantir a estabilidade e ordem constitucional (DIAS JÚNIOR LIMA, 2020, p. 187).

O Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, em seu voto, aborda a mutação constitucional do conceito jurisprudencial de racismo, que é o primordial argumento que viabilizou a interpretação da homofobia como gênero do racismo (BRASIL, 2019, p. 79). O STF reconheceu a mutação constitucional jurisprudencial no caso Ellwanger (HC nº 82.424), ampliando o conceito de racismo como definido na íntegra do acórdão do ADO 26/DF (BRASIL, 2019, p. 97- 99; 122):

No paradigmático Caso Ellwanger , o STF fixou o entendimento de que “o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas”. Diante desse conceito, encampado por esta Corte, a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+.

O tratamento desigual entre homofobia e racismo é mais grave violação ao princípio da igualdade, pois são condutas igualmente reprováveis e discriminatórias que devem ser equiparadas no tratamento jurídico (BRASIL, 2019, p. 72-73). Defendeu-se que a homofobia e a transfobia sejam enquadradas nos tipos penais previstos na Lei nº 7.716, até o surgimento de uma lei específica. (BRASIL, 2019, p. 154-158). Além de que a equiparação com os tipos penais presente na lei de racismo não agridem o princípio da legalidade no sentido estrito, por meio da interpretação conforme a constituição (BRASIL, 2019, p. 161-163; 168).

4362

Entretanto, foram levantados argumentos contrários a aplicação e equiparação da homotransfobia ao crime de racismo no Acórdão da ADO nº 26/DF, a Constituição não confere um direito constitucional subjetivo à criminalização da homofobia ou transfobia para que seja justificado a inércia institucional do legislativo, pois, mesmo no atual cenário de violência contra a população LGBTQIA+, não é viável reconhecer a tipificação de uma conduta sem a lei em sentido formal, conforme estabelece o princípio da legalidade no seu sentido estrito no art. 5º, XXXIX, da CF (BRASIL, 2019, p. 233; 235; 273-275).

Ademais, a garantia fundamental da anterioridade da lei penal estrita e a proibição da analogia *in malam partem* são pautadas como critérios obrigatórios para a criminalização e tipificação de qualquer conduta no sentido formal. A competência absoluta para legislar é do Congresso Nacional, como fundamenta o artigo 22, inciso I da CRFB/88. Deste modo, alterar os delitos por meio da interpretação judicial fragiliza o alcance do tipo e da lei penal, assim

como manifestaria uma afronta a separação de poderes e o do dever de legislar (BRASIL, 2019, p. 115; 275-276).

O reconhecimento de que os preceitos legais são taxativos rejeita a ampliação do conteúdo proibido pelo crime de racismo. Deste modo, é inviável enquadrar a homofobia e a transfobia na perspectiva ontológica-constitucional de racismo. Além disso, foi apontado que não se deve confundir o sentido jurídico da palavra "punirá" (gênero) com "criminalizará" (espécie) no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal. Isso significa que, inexitem outras formas de cumprir o comando constitucional se não a tipificação penal (BRASIL, 2019, p. 276; 278).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a criminalização da homofobia tenha sido uma importante conquista para a comunidade LGBTQ+ no Brasil, ainda há muitos desafios a serem enfrentados. Um dos principais desafios é o combate à violência e à discriminação contra pessoas LGBTQIA+, que continuam sendo frequentes no país. A criminalização da homofobia no Brasil, determinada pelo Supremo Tribunal Federal em 2019, foi um importante avanço para a proteção dos direitos LGBTQIA+. A decisão do STF determinou que a discriminação e o preconceito contra pessoas <sup>4363</sup> LGBTQIA+ devem ser enquadrados como crimes de racismo, até que o Congresso Nacional aprove uma lei específica para o tema.

O controle de constitucionalidade é um instrumento essencial para a proteção dos direitos fundamentais, pois permite que os tribunais examinem leis e atos de autoridade pública para verificar se são constitucionais. Desta forma, a fiscalização da constitucionalidade é uma garantia de que os direitos básicos dos cidadãos serão respeitados.

No caso da criminalização da homofobia no Brasil, o controle de constitucionalidade foi utilizado para suprir a omissão do Poder Legislativo em legislar sobre o tema. A decisão do STF foi um importante marco na luta pelos direitos LGBTQIA+, pois representou o reconhecimento da homofobia e da transfobia como formas de discriminação atentatórias à dignidade da pessoa humana.

A decisão do STF foi resultado de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS). A ADO questionava a omissão do Poder Legislativo em regulamentar o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, que

estabelece que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais."

O STF entendeu que a omissão do Poder Legislativo era inconstitucional, pois violava o princípio da proibição da proteção deficiente. Esse princípio estabelece que o Estado deve adotar medidas adequadas para proteger os direitos fundamentais, mesmo que não haja previsão legal específica.

A decisão do STF foi importante para garantir a proteção dos direitos LGBTQIA+ no Brasil. A criminalização da homofobia e da transfobia é um importante instrumento para combater a violência e a discriminação contra essa população. Além disso, trouxe alguns desafios, como a necessidade de definir os conceitos de homofobia e transfobia e de estabelecer as penas aplicáveis a esses crimes.

Existem os principais argumentos contra a equiparação da homofobia ao crime de racismo que fragiliza a decisão tomada pelo STF em 2019. Segundo alguns doutrinadores, a Constituição Federal não confere um direito constitucional subjetivo à criminalização dessas condutas. A garantia fundamental da anterioridade da lei penal estrita e a proibição da analogia in malam partem são critérios obrigatórios para a criminalização de qualquer conduta. A competência absoluta para legislar é do Congresso Nacional, e alterar os delitos por meio da 4364 interpretação judicial fragiliza o alcance do tipo e da lei penal. O reconhecimento de que os preceitos legais são taxativos rejeita a ampliação do conteúdo proibido pelo crime de racismo. Além que é importante garantir que a criminalização da homofobia e da transfobia não seja utilizada para reprimir a liberdade de expressão e de manifestação.

A criminalização da homofobia no Brasil, embora um passo importante para a proteção dos direitos LGBTQIA+, ainda enfrenta desafios e resistências. É necessário um esforço contínuo para a conscientização da sociedade sobre a importância do respeito à diversidade e combate à discriminação, além de medidas concretas para a implementação da lei.

## REFERÊNCIAS

ADO Nº 26, de 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em 05/03/2023.

ALVES DE LIMA, R.; BRITO MENDONÇA DIAS JÚNIOR, E. INDICATIVOS OU MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO. **Revista Fronteiras**



**Interdisciplinares do Direito**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 176–207, 2020. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/176>. Acesso em: 17 out. 2023.

AMARO DE SOUSA, J. M.; MELO FRANCO DE MORAES BAHIA, A. G. Diálogo entre cortes: complementaridade do SIDH na proteção institucional das pessoas LGBTI+. **Revista do Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 119–139, 2023. DOI: 10.5433/1980-511X.2023v18n2p119. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/43467>. Acesso em: 5 nov. 2023.

ARAÚJO, Tatiana Sada Jordão. **O Papel Do Poder Judiciário No Reconhecimento De Direitos Da População LGBT**. Niterói. 2018.

Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Disponível em: <http://antrabrasil.org/dossie-2020/>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

BAHIA, Alexandre; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. **Os números da transfobia no Brasil: a omissão inconstitucional do país em tratar do problema**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Transgêneros*. Brasília: Zakarewicz, 2019. p. 629-640.

BARROSO, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Rio de Janeiro. (SYN)THESIS, v. 5, n. 1. 2012

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 01 nov. 2021. 4365

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4.733**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 mai. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15317569925&ext=.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424/RS**. Relator: Ministro Maurício Corrêa, 19 de março de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator Min. Edson Fachin. Portal STF. Processos. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em 01 nov. 2021.

COSTA, Marisa; MADEIRA, Lúvia. **Ativismo Judicial e Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil: Balanço dos Primeiros 20 Anos da Nova República**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 178, p. 109-127, abr./jun. 2008.

**Disque 100.** Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/lgbti/noticias/violencia-lgbti-quebrando-o-silencio>>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

FERREIRA, Maria Carolina. **Criminalização da Homofobia no Brasil: Avanços e Desafios.** Revista de Direito, v. 10, n. 18, p. 21-37, jan./jun. 2018.

Feitosa, Gabriel Bezerra. **MANDADO DE INJUNÇÃO, MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA /** Gabriel Bezerra Feitosa. - 2022

**Grupo Gay da Bahia (GGB).** Disponível em: <<http://grupogaydabahia.com.br/>>. Acesso em: 20 de maio de 2023

ONU. Human Rights Watch. (2020). **World Report 2020: Events of 2019.** Retrieved from <https://www.hrw.org/world-report/2020>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

**Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).** Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9262/1/IPS\\_qd\\_2448.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9262/1/IPS_qd_2448.pdf)>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

JORDÃO PORTILHO, Grazielle; GONÇALVES, Me. Jonas Rodrigo; BARBOSA CALDAS, Paulo Gustavo. **O Ativismo Judicial Do Supremo Tribunal Federal Na Criminalização Da Homofobia E Transfobia (ADO 26/DF).** Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros. v. 11, n. 40, p. 04-15, mar. 2020.

Disponível em: 4366  
<http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183>. Acesso em: 05/06/2020.

JUNIOR, Jeriel Vieira. **O Julgamento da ADO 26 e MI 4733 como Reflexo do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal - Análise da Possível Violação ao Princípio da Separação dos Poderes.** Curitiba. 2021.

JÚNIOR, Paulo Hamilton S. **Direito processual constitucional.** São Paulo : Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 978655599626. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655599626/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES, J. L. T.; SANTOS, J. C. S. S. dos; ORNELAS, G. C.; FELIX, V. de O. **Resenha do artigo intitulado “O ativismo judicial do supremo tribunal federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF)”** . Revista Processus Multidisciplinar, [S. l.], v. 4, n. 7, p. 329-333, 2023. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/926>. Acesso em: 5 maio. 2023.

MELLO, Marco Aurélio. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** In: \_\_\_\_\_. Direito Constitucional e Processo. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Felipe Natil Martins. **O STF e a criminalização da homotransfobia:** uma análise argumentativa sobre a ADO 26. Disponível em <https://sbdp.org.br/publication/o-stf-e-a-criminalizacao-da-homotransfobia-uma-analise-argumentativa-sobre-a-ado-26/>. Acesso em 27 out. 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional.** São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

PAMPLONA, Karina. **Criminalização da Homofobia no Brasil: Análise da Lei nº 13.840/2019.** Revista de Direito da Cidade, v. 11, n. 2, p. 359-383, ago. 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. **O Ativismo Judicial E A Democracia Do Ponto De Vista Do Indivíduo: A Questão Das Relações De União Homoafetiva.** Revista de Direito Brasileira. 2019.