



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**ANA KARENAYNA GUEDES VALENTE**

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: LEGITIMIDADE E  
POSSIBILIDADE POR MEIO DA ADO 26/DF?**

**FORTALEZA  
2020**

ANA KARENLYNA GUEDES VALENTE

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: LEGITIMIDADE E  
POSSIBILIDADE POR MEIO DA ADO 26/DF?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito à obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

FORTALEZA  
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

V249c Valente, Ana Karenyna Guedes.

Criminalização da homofobia no Brasil: legitimidade e possibilidade por meio da ADO  
26/DF? / Ana Karenyna Guedes Valente. – 2020.

50 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,  
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2020.

Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

1. Criminalização da homofobia. 2. Legitimidade. 3. Possibilidade jurídica. I. Título.

CDD 340

---

ANA KARENLYNA GUEDES VALENTE

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: LEGITIMIDADE E  
POSSIBILIDADE POR MEIO DA ADO 26/DF?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito à obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

Aprovada em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Alex Xavier Santiago da Silva  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Avanilde e César Valente.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por me conceder o dom de estar viva e apta para estudar e aprender cada dia mais.

Aos meus pais, Avanilde e César Valente, por prestarem todo suporte financeiro necessário à minha educação, desde o ensino básico até o superior, inclusive sacrificando sonhos próprios para que eu realizasse os meus. Agradeço também pelo suporte emocional, além de todo amor e carinho desde o momento do meu nascimento. Nem um dia sequer precisei de algo mais do que já tinha sido dado por eles.

Às minhas irmãs, Kamylla e Karol, por compartilharem a infância, adolescência e um pouco da vida adulta comigo, me ensinando a dividir, a ter paciência e principalmente ter perseverança.

À minha companheira de vida, Suélen Martins, por ter me erguido na vida quando eu já não enxergava mais saída. Ela trouxe luz, paz, calmaria, além de me mostrar os benefícios de ter foco na vida. Com ela, não falta motivação e vontade de vencer, pois só assim poderemos lutar contra as injustiças do mundo, incluindo a homofobia. Obrigada pela paciência enquanto eu estava redigindo este trabalho.

Ao meu amigo, Rafael Pereira, pois ter encontrado esse rapaz na faculdade foi o que me permitiu concluir a graduação. Conhecemos-nos no sétimo semestre, e ele me proporcionou não só caronas, mas muitas risadas, desabafos, além de ter me ajudado a fazer outros amigos. Obrigada Rafael, sem suas motivações eu nunca teria finalizado este trabalho. Amizades como a sua valem ouro.

Às minhas colegas do Tribunal de Contas do Estado, por me mostrarem o ambiente de trabalho mais sadio que já estive, além de terem proporcionado a mim muitos ensinamentos, diversões também, por terem me escutado em muitas situações, inclusive em relação a esta monografia e por me proporcionarem bem estar e muita autoestima durante os meses que lá estagiei. Com certeza, inesquecível.

Às minhas amigas e ao amigo do colégio, Lara, Carla, Nara, Karine, Camilla, Beatriz e Leon, por me inspirarem sempre. Nem todo mundo tem o privilégio de ter amigos tão focados, determinados, inteligentes, lidos e viajados. Obrigada pela influência positiva em minha vida.

Ao meu amigo, Ricardo, que desde o início dividiu comigo a experiência de estudar na UFC. Minha faculdade teria sido muito mais difícil sem a nossa amizade.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para o meu crescimento pessoal, que culminou na elaboração deste trabalho.

“Em um mundo onde somos ensinadas desde pequenas a competir entre nós e nos dedicarmos aos homens, amar outra mulher é revolucionário.”  
(AUTORA DESCONHECIDA)

## **RESUMO**

Em virtude dos altos números relativos à violência contra a comunidade LGBT, além da recente decisão do STF na ADO 26/DF, criminalizando a homofobia, este trabalho de monografia visa estudar a legitimidade desta criminalização perante o ordenamento jurídico e a necessidade social, além de analisar a possibilidade de tipificação de uma nova conduta por meio de uma decisão judicial. Para tal, amplo estudo bibliográfico, por meio de jurisprudências, legislações, artigos e livros relacionados ao tema foram essenciais. Inicialmente, conceitos primordiais para entendimento da homofobia são apresentados, como identidade de gênero e orientação sexual. Em seguida, são abordados os fatores que legitimam a criminalização da homofobia, como disposições constitucionais, similaridade com outros tipos penais já existentes relacionados com formas de discriminação e a necessidade social. Por fim, explora-se a historiografia da homofobia no Brasil, passando por tentativas de criminaliza-la, até a tipificação ocorrida por meio de decisão do STF na ADO 26/DF.

**Palavras-chave:** Criminalização da homofobia. Legitimidade. Possibilidade jurídica.

## **ABSTRACT**

In view of the high numbers of violent crimes against the LGBT community and the recent decision of the STF in ADO 26/DF that criminalizes homophobia, this monograph work aims to study the legitimacy of this criminalization given the legal system and social need. Besides that, it also analyzes the possibility of typifying a new conduct by means of a judicial decision. To achieve this, a wide bibliographic study, through jurisprudence, legislation, articles and books related to the theme were essential. First, this monograph presents the fundamental concepts for understanding homophobia, such as gender identity and sexual orientation. Then, it addresses the factors that legitimize the criminalization of homophobia, such as the constitutional provisions, the similarity with other existing criminal types of discrimination and the social need for criminalization. Finally, it explores the historiography of homophobia in Brazil, going through attempts to criminalize it, until the typification occurred by decision of the STF in ADO 26/DF.

**Keywords:** Criminalization of homophobia. Legitimacy. Legal possibility.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

|      |   |
|------|---|
| ADI  | Ação Direta de Inconstitucionalidade                              |
| ADO  | Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão                  |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental                |
| DF   | Distrito Federal  |
| HC   | Habeas Corpus   |
| LGBT | Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros |
| STF  | Supremo Tribunal Federal  |

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>13</b> |
| <b>2 HOMOFOBIA: CONCEITO E ABRANGÊNCIA .....</b>   | <b>15</b> |
| <b>2.1 Conceitos preliminares fundamentais.....</b>  | <b>15</b> |
| <b>2.1.1 <i>Identidade de gênero</i> .....</b>   | <b>15</b> |
| <b>2.1.1 <i>Orientação sexual</i>.....</b>   | <b>17</b> |
| <b>2.2 Homofobia em sentido amplo .....</b>  | <b>17</b> |
| <b>3 FATORES QUE LEGITIMAM A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA .....</b>   | <b>20</b> |
| <b>3.1 Disposições constitucionais .....</b>   | <b>20</b> |
| <b>3.1.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>.....</b>   | <b>21</b> |
| <b>3.1.2 <i>Direito à igualdade</i> .....</b>  | <b>22</b> |
| <b>3.1.3 <i>Direito à liberdade e à autonomia privada</i> .....</b>  | <b>23</b> |
| <b>3.2 Convergência com tipos penais existentes .....</b>  | <b>25</b> |
| <b>3.3 Necessidade social .....</b>  | <b>26</b> |
| <b>4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>                                       | <b>28</b> |
| <b>4.1 Historiografia .....</b>  | <b>28</b> |
| <b>4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF .....</b>  | <b>30</b> |
| <b>4.2.1 <i>Separação dos poderes do Estado, princípio contramajoritário e justiça constitucional</i>.....</b>       | <b>33</b> |
| <b>4.2.2 <i>Princípio da legalidade e proibição da analogia in malam partem no direito penal brasileiro</i>.....</b> | <b>37</b> |
| <b>4.2.3 <i>Análise da decisão do STF na ADO 26/DF</i>.....</b>  | <b>38</b> |
| <b>5 CONCLUSÃO .....</b>   | <b>43</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>46</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O Relatório 2018 do Grupo Gay da Bahia compilou dados sobre a população LGBT morta no Brasil, verificando que a cada vinte horas um indivíduo pertencente a esta comunidade é assassinado ou comete suicídio, em detrimento da violência decorrente de discriminação ou preconceito em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero.

Diante dos inúmeros casos de violência contra a população LGBT no país, a possibilidade de criminalização da homofobia torna-se assunto de extrema relevância. A temática se mostrou ainda mais pertinente após a decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio da ADO 26/DF, diante de verdadeira inércia do Congresso Nacional, de enquadrar condutas preconceituosas relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero na lei de racismo.

Desse modo, perante o cenário acima descrito, mostra-se pertinente analisar a possibilidade de criminalização da homofobia, analisando a forma como o Supremo Tribunal Federal lidou com a questão na ADO 26/DF, frente à necessidade do Estado em garantir a liberdade sexual dos indivíduos.

Portanto, indaga-se: é possível enquadrar as condutas discriminatórias em razão da orientação sexual e da identidade de gênero no crime de racismo com o fito de garantir a vida, a liberdade sexual e a dignidade dos indivíduos?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar a possibilidade jurídica e a legitimidade da criminalização da homofobia no Brasil e verificar a viabilidade dessa tipificação por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26/DF.

Para tanto, foram traçados os seguintes objetivos específicos: conceituar os termos importantes para o entendimento da orientação sexual e da identidade de gênero, essenciais para a compreensão do que é a homofobia; analisar os fatores que legitimam a possível criminalização da homofobia no Brasil, como os princípios e garantias constitucionais e as similaridades com o crime de racismo e outras formas de discriminação já previstas em lei; investigar a homofobia no Brasil, além das tentativas de criminalização dessa conduta no país, na perspectiva histórico/jurídica; estudar o princípio da legalidade e a proibição da analogia *in malam partem*, como balizadores da tipificação de condutas por meio de decisão judicial e, por fim, examinar a decisão do STF que enquadra condutas

discriminatórias em razão da orientação sexual e da identidade de gênero no crime de racismo.

Parte-se da hipótese de que a homofobia deve ser criminalizada para garantir a vida, liberdade sexual e a dignidade dos indivíduos, porém não por meio de ativismo do STF, e sim pelo processo legislativo constitucionalmente adequado.

Assim, para testar a hipótese apresentada, realiza-se uma pesquisa de finalidade básica estratégica, com objetivo descritivo e exploratório realizada com procedimentos bibliográficos e documentais.

No primeiro capítulo, os conceitos são apresentados para facilitar a compreensão da temática discutida, além de ser apresentada a abrangência que o termo homofobia terá neste trabalho, não só tratando da violência contra homossexuais propriamente ditos, e sim contra todo indivíduo que não está dentro dos padrões heteronormativos.

No segundo capítulo, analisa-se a possibilidade de criminalização da homofobia, apontando as garantias constitucionais que podem legitimar esta ação, e também a similaridades com condutas discriminatórias que já estão tipificadas em lei.

No terceiro capítulo, estuda-se a trajetória da homofobia no Brasil, incluindo tentativas prévias de criminalização dessa conduta. Além disso, o princípio da legalidade e a proibição da analogia *in malam partem* são analisados para compreensão de barreiras que o próprio ordenamento jurídico impõe para que condutas sejam tipificadas estritamente por meio de lei. Por fim, examina-se a decisão do STF na ADO 26/DF, frente à inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria e também à necessidade Estatal de garantir a liberdade sexual dos seus indivíduos, verificando se a medida é ideal e capaz para atingir este objetivo.

Enfim, conclui-se com a confirmação da hipótese, apontando que a criminalização da homofobia é necessária, porém deve passar pelo trâmite do legislativo, com o fito de proteger a estabilidade e a ordem jurídica vigente, além de garantir de forma mais segura e concreta os direitos da população LGBT.

## 2 HOMOFOBIA: CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Homofobia é o vocábulo utilizado para indicar “preconceito contra homossexuais ou contra pessoas que não se identificam como heterossexuais”. (HOMOFOBIA, 2020). Dessa forma, para o completo entendimento da palavra, necessita-se da cognição de outros termos pertinentes à compreensão da sexualidade humana.

Ressalta-se que a identidade de gênero e a orientação sexual permeiam a sexualidade dos seres humanos, e apesar de não a explicarem por inteiro, facilitam o domínio sobre esta matéria. Ocorre que essas palavras são muitas vezes utilizadas em contextos errôneos, sendo confundido entre si as suas definições e mostrando a necessidade, portanto, de serem expostos corretamente seus respectivos conceitos.

Ademais, além da conceituação da homofobia, também importa esclarecer sua abrangência, pois, apesar de estritamente significar preconceito contra homossexuais, também é a expressão utilizado para se tratar da discriminação sofrida por toda a população LGBT ou por quem rompe com os padrões de gênero socialmente preestabelecidos.

### 2.1 Conceitos preliminares fundamentais

Antes de entender o conceito de homofobia, sua abrangência e história em relação à sociedade brasileira e seu respectivo ordenamento jurídico, é preciso conceituar termos fundamentais para o entendimento desta matéria, como identidade de gênero e orientação sexual.

#### 2.1.1 *Identidade de gênero*

Um sexo, feminino ou masculino, é atribuído ao ser humano no momento de seu nascimento, determinado a partir de certas características anatômicas relacionadas ao sistema reprodutor humano. Pode o indivíduo, no entanto, no decorrer dos anos, não se identificar com o sexo que lhe foi atribuído.

Dessa forma, a identidade sexual irá divergir da identidade de gênero, sendo esta a forma como o próprio indivíduo se percebe em relação ao seu gênero. Muito

embora certas condutas sejam culturalmente transmitidas e ensinadas de acordo com o sexo determinado no momento do nascimento, muitas pessoas não se adequam a essas polarizações, rompendo com o padrão estabelecido. De acordo com Jesus (2012, p. 15-16):

Transexual – termo genérico que caracteriza a pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído quando do seu nascimento. (...) Homem transexual – pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como homem. (...) Mulher transexual – pessoa que reivindica o reconhecimento social e legal como mulher.

Em oposição à diferenciação biológica, o gênero não é atribuído ao indivíduo por meio da análise de suas características anatômicas. É, no entanto, uma construção social e psicológica, em que o indivíduo absorve os padrões de comportamento adequados para si, de acordo com o contexto em que se insere.

Desse modo, tem-se a diferenciação da World Health Organization (2017, tradução nossa): “Sexo refere-se às características biológicas e físicas que definem homens e mulheres. Gênero refere-se aos papéis socialmente construídos, comportamentos, atividades e atributos que são considerados pela sociedade apropriados para homens e mulheres”.<sup>1</sup>

O sexo, portanto, difere o macho da fêmea, enquanto gênero distingue padrões masculinos e femininos. Desse modo, na sociedade dita heteronormativa, o indivíduo macho possui características masculinas e a fêmea, femininas. Assim, pode-se imaginar que algumas pessoas se adaptam mais e outras menos a essas categorizações, existindo, então, quem seja do sexo masculino e possua atributos femininos e vice-versa.

Nesse sentido, para Butler (1990, p. 24), essa distinção quebra os paradigmas biológicos, visto que, apesar do sexo ser fixo e determinado no nascimento, por métodos da biologia, o gênero é construído, portanto independe do sexo e apresenta-se com maior fluidez e dinamicidade.

A identidade de gênero, portanto, permite ao indivíduo fazer uma autoafirmação sobre seu gênero, de forma independente do sexo que lhe foi atribuído no momento do nascimento.

<sup>1</sup>“Sex refers to the biological and physiological characteristics that define men and women. Gender refers to the socially constructed roles, behaviours, activities, and attributes that a given society considers appropriate for men and women.”

### **2.1.1 Orientação sexual**

Já a orientação sexual não abrange as discussões a respeito de sexo e gênero, posto que trata da atração sexual e afetividade, e não de identificação com o próprio corpo. Sendo assim, para Jesus (2012, p. 15), quem possui atração por indivíduos do gênero oposto ao qual se identifica é dito heterossexual. O homossexual é aquele que se atrai por indivíduos do mesmo gênero. Por fim, o bissexual se sente atraído por ambos os gêneros, em igual ou em diferentes proporções.

Percebe-se, portanto, que não se deve confundir o gênero do qual o indivíduo se identifica com a sua orientação sexual, posto que abrangem aspectos diferentes do ser humano. Assim, um sujeito que não se identifica com o gênero atribuído no nascimento, pode ser homo, hétero ou bisexual, tal como quem possui gênero e sexo biológicos convergentes.

Ao analisar esses termos, nota-se que se referem às nuances da sexualidade e da mentalidade humana, sendo, pois, pertinente entendê-los para melhor compreender a humanidade, visto que dela fazem parte. Desse modo, mostra-se importante respeitar e garantir a liberdade das pessoas em se expressarem sexualmente conforme suas identidades próprias, com o fito de promover a felicidade e o bem-estar individual.

### **2.2 Homofobia em sentido amplo**

Na lição de Junqueira (2012, p. 3), o vocábulo homofobia é criação de George Weinberg para definir sentimentos e condutas negativas para com homossexuais e com a homossexualidade em si.

No mesmo sentido, conceitua Borrillo (2010, p.13):

Do mesmo modo que a xenofobia, o racismo ou o antissemitismo, a homofobia é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irredutível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos.

A partir dessas definições, a homofobia seria forma de inferiorização e discriminação apenas para com os homossexuais propriamente ditos, ou seja, pessoas que se relacionam com outras de mesmo gênero.

Para Rios (2007, p. 31), a homofobia possui dois vieses que facilitam a

compreensão de sua origem: o primeiro diz respeito às raízes subjetivas, em que as condutas negativas são oriundas de medos e aversões provenientes dos indivíduos por si mesmos. Já o segundo aborda a questão social; dessa maneira, a homofobia é vista como um fenômeno enraizado na sociedade, construído diariamente, e refletido na cultura e política, haja vista o padrão heteronormativo adotado pela sociedade brasileira.

Nesse diapasão, para Borrillo (2010, p. 16), o padrão cultural estabelecido de heterossexualidade reflete não só nas questões de orientação sexual, mas também nas de identidade de gênero. Isso porque os padrões heteronormativos não só determinam a heterossexualidade como a única sexualidade normal e aceita, mas também definem os comportamentos apropriados para os indivíduos de cada sexo biológico. A mulher, a fêmea, portanto, deve ter comportamentos femininos, ao passo de que o homem, o macho, deve ter comportamentos masculinos.

Ademais, Borrillo (2010, p. 26-27) entende pertinente classificar a homofobia em geral e específica, sendo a primeira aquela correspondente à discriminação oriunda de raízes estruturais da sociedade, em que as vítimas são quaisquer pessoas que rompam com os padrões de sexo e gênero culturalmente determinados. Já a homofobia específica seria a discriminação apenas com os homossexuais propriamente ditos, ou seja, gays ou lésbicas.

Seguindo, portanto, a ideia de que a homofobia é consequência do heterossexismo, observa-se a definição de Borrillo (2010, p. 17): "A homofobia é o medo de que a valorização dessa identidade seja reconhecida; ela se manifesta, entre outros aspectos, pela angústia de ver desaparecer a fronteira e a hierarquia da ordem heterossexual".

Nesse diapasão, a homofobia abrange não só os indivíduos homossexuais, mas todos aqueles que fazem parte da comunidade LGBT, visto que pessoas bissexuais, transexuais, travestis, entre outros, também rompem com os papéis sociais de gênero, portanto sofrem com a homofobia no sentido geral.

Nesta pesquisa, para efeitos de melhor compreensão da matéria, o termo homofobia será usado no seu sentido mais amplo, qual seja o que indica o problema como social e estrutural, mostrando-se como uma verdadeira expressão do heterossexismo.

Abrangerá, nesse sentido, as condutas negativas e a violência para com a população LGBT, não só os homossexuais, visto que os demais indivíduos dessa

comunidade também não se submetem aos padrões sexuais e de gênero preestabelecidos na sociedade brasileira.

### **3 FATORES QUE LEGITIMAM A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao apresentar, em seu texto, diversos direitos e garantias, chamados de direitos fundamentais. Esses direitos transparecem valores tais como igualdade e liberdade, expondo uma maior valoração do indivíduo frente ao Estado e à coletividade.

Nesse sentido, os grupos minoritários, no decorrer dos quase trinta e dois anos desde a promulgação da Carta Magna, adquiriram maior expressão política e social, acarretando, muitas vezes, em mudanças legislativas para promover a ação estatal em prol de salvaguardar os indivíduos pertencentes a essas minorias, baseadas em valores constitucionais. Isso porque a Constituição dispõe, expressamente, como objetivo da República, a promoção do bem estar de todos, bem como desaprova e coíbe qualquer forma de discriminação.

O feminicídio, por exemplo, foi tipificado em 2015, por meio da lei nº 13.104/2015, com o fito de ampliar a proteção das mulheres, ao qualificar o homicídio cometido contra as mesmas em razão do gênero. Medida esta tomada em razão do expressivo histórico de vítimas dessa modalidade criminosa no Brasil.

Ao criminalizar a conduta, espera-se que haja diminuição de sua ocorrência, em razão das penas aplicadas a quem cometê-la. Nesse esteio, a criminalização da homofobia pode vir a calhar como forma de combate ao preconceito em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero.

#### **3.1 Disposições constitucionais**

A Constituição Federal de 1988 foi considerada um marco para a democracia e garantia dos direitos fundamentais no Brasil. Nas palavras de Sarlet (2016, p. 250): "No que diz com o seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade [...]".

O compromisso garantista da Carta Magna vigente já se mostra no preâmbulo, como se pode destacar:

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias [...]

Percebe-se, portanto, que há uma preocupação em salvaguardar os direitos fundamentais, por meio de garantias constitucionais. Isso se deve primordialmente ao fato de a Lei Maior ter sido editada em um momento de transição entre o Regime Ditatorial Militar e a almejada redemocratização do Brasil. (SARLET, 2016).

Em relação às minorias sociais, como são os indivíduos pertencentes à comunidade LGBT, a Constituição teve fundamental importância para a proteção e garantia de vida digna. Nas palavras de Sarmento e Souza Neto (2012, p.149-150):

Além dos direitos universais, a Constituição também voltou os seus olhos para a proteção dos sujeitos em situação de maior vulnerabilidade, instituindo normas voltadas à defesa de mulheres, consumidores, crianças e adolescentes, idosos, indígenas, afrodescendentes, quilombolas, pessoas com deficiência e presidiários. Ela não se contentou com a proclamação retórica da igualdade formal, direcionando-se também à promoção da igualdade material, sem prejuízo da preocupação com o reconhecimento e com o respeito à diferença. Nesse sentido, tratou-se da primeira de nossas constituições a contemplar alguma abertura para o multiculturalismo, ao incumbir-se da proteção das diferentes identidades culturais e étnicas que compõem a Nação brasileira (e.g., arts. 215, 216, 231 e art. 68 do ADCT).

No corpo da Constituição, há disposição expressa dessas garantias, por exemplo, o artigo 5º, inciso XLI: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". O texto é claro ao estabelecer a proibição de qualquer forma de discriminação, sendo contraditório, portanto, a homofobia não estar inserida nesse rol de condutas possivelmente coibidas.

Depreende-se, pois, princípios e direitos constitucionais, como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e autonomia privada, que em seus respectivos significados, possuem a finalidade de promover a todas as pessoas uma vida digna, sobretudo aos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários.

### **3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana encontra-se no título I, da Constituição Federal de 1988, onde estão elencados os demais princípios que fundamentam a República Federativa do Brasil. Desse modo, podemos concluir que o referido princípio não é apenas mera norma, mas também valor, atuando como guia, orientando o sentido dos demais direitos e garantias presentes no texto constitucional.

Em consonância, estão as palavras de Novelino (2016, p. 251):

Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o **valor constitucional supremo** e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular.

Ainda sob a lição do mesmo doutrinador (2016, p. 252-253), observa-se que a dignidade, como princípio fundamental, obriga o Estado a respeitar, proteger e promover a existência digna de todos os indivíduos. É necessário, portanto, ações diretas e concretas do Poder Público como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Assim leciona o Ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento da ADO 26/DF (STF, ADO 26):

[...] o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido quando o Estado, muitas vezes influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar a grupos minoritários, como os integrantes da comunidade LGBT, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícito [...]

Em outro momento, o Ministro assim dispõe (STF, ADO 26):

Sempre que um modelo de pensamento, fundado na exploração da ignorância e do preconceito, põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados, adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente.

Tratando-se da comunidade LGBT, é dever do Estado, nesse sentido, asseverar não somente a existência dessas pessoas, mas, sobretudo, uma existência digna. Em um cenário como o brasileiro, marcado pela perseguição à minoria composta por homossexuais e outros indivíduos que rompem o padrão heterossexual, a criminalização de atos atentatórios à vida desses indivíduos é forma de garantir-lhes sua existência digna, conforme orienta o princípio fundamental constitucionalmente posto.

### **3.1.2 Direito à igualdade**

O Direito à Igualdade está disposto no caput do art. 5º da Constituição

Federal de 1988, inserido no capítulo I do Título II, tratando dos direitos e garantias fundamentais. Possui dois aspectos destacados pela doutrina: formal e material.

A igualdade formal consiste na isonomia perante a lei, ou seja, aqueles que se encontram em um mesmo patamar ou categoria devem ser tratados sem distinções legais. Já a igualdade material corresponde a uma igualdade de fato, não apenas de direito. Desse modo, legitima o tratamento desigual como forma de equilibrar as relações sociais, e consequentemente diminuir as desigualdades sociais. (SARLET, 2016).

Percebe-se, portanto, que a criminalização da homofobia corrobora com a ideia central do direito à igualdade, tendo em vista ser ato estatal com possibilidade de diminuir o tratamento desigual para com as pessoas LGBT. Nesse sentido está a lição de Appio (2008, p. 197):

A proteção da igualdade entre as pessoas no Brasil pressupõe que o Estado garantirá o acesso indiscriminado aos seus bens e serviços, bem como não fixará distinções que não encontrem amparo em critérios racionais e em metas públicas, também podendo promover ações afirmativas. Do mesmo modo, dispõe que o Estado intervirá de forma ativa - na via legislativa ou executiva - para evitar qualquer discriminação entre as pessoas [...]

Tratar a homofobia na esfera do direito penal, a princípio, não proporciona de imediato igualdade à população LGBT, que é direito de todos os indivíduos. Colabora, no entanto, para uma mudança cultural, visto que os atos discriminatórios e violentos serão motivo para punição, eventualmente prisão. Ora, se uma conduta é criminalizada e os sujeitos são punidos, esta tende, com o passar dos anos, a ser considerada errada e injusta.

### **3.1.3 Direito à liberdade e à autonomia privada**

A liberdade confere aos indivíduos o direito de determinar suas expressões e atitudes, desde que não interfira na vida e direitos dos outros. Para Sarmento (2005, p.186):

Deve caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas [...]

Sendo, portanto, detentores da liberdade, as pessoas possuem capacidade e legitimidade para decidir sobre assuntos referentes à sua própria vida privada. A

orientação sexual, por exemplo, deve ser objeto de análise íntima, cabendo apenas a opinião e vontade do próprio indivíduo, sem interferências externas, estatais ou não.

Apesar de possuírem liberdade perante o Estado para discernir sobre estilo de vida, sexualidade e diversos outros assuntos, os membros de grupos minoritários (negros, homossexuais, mulheres) ainda são vítimas de perseguições e discursos discriminatórios. Nesse caso, a liberdade jurídica não se mostra suficiente, sendo necessário que o Poder Público interfira, como forma de equilibrar as forças opostas, e garantir a esses indivíduos existência digna. (SARMENTO, 2005).

A edição de uma lei com fito de punir agressores e perseguidores de um grupo minoritário mostra-se condizente, portanto, com a garantia da liberdade e autodeterminação que o Estado deve promover aos membros de sua nação.

Muito se discute, porém, se a criminalização da homofobia, como forma de garantia da liberdade sexual da população LGBT, acarretaria no cerceamento da liberdade de expressão de grupos religiosos que condenam e consideram pecaminosas as condutas homoafetivas de forma ampla, inclusive dos indivíduos que, embora não sejam homossexuais, rompem com os padrões de gênero estabelecidos culturalmente e, principalmente, dentro dos conceitos da religião.

Para Bomfim (2011, p. 93), a Constituição Federal concede direitos e garantias a todos, sendo, pois, sujeitos usufruïntes da liberdade tanto a comunidade LGBT, quanto os religiosos, não existindo direito de um que seja maior que o do outro.

A criminalização da homofobia não pode vir a restringir a liberdade de expressão dos religiosos. Tampouco podem os grupos crentes utilizarem de sua fé para justificar atos de discriminação e violência para com homossexuais, transexuais, travestis e pessoas que infringem padrões de gênero de maneira geral.

Desse modo, os líderes cristãos podem proferir em seus cultos que a homossexualidade e a ideologia de gênero são condutas pecaminosas e contrárias à moral religiosa, mas não podem incentivar o ódio por parte dos fiéis, por meio de palavras ofensivas, violentas e de rejeição. (OLIVEIRA, 2011, p. 237 – 238 apud Bomfim, 2011, p. 96).

Fato é que a Constituição Cidadã objetiva promover direitos de forma ampla aos indivíduos, sem conferir mais privilégios a uns em detrimento de outros. Desse modo, a criminalização de condutas homofóbicas, com a manutenção da liberdade

de expressão religiosa, com suas devidas limitações, é pertinente para o gerenciamento do conflito entre os dois grupos e para a promoção do direito à liberdade para ambos, conforme os valores constitucionais postos.

### **3.2 Convergência com tipos penais existentes**

Visto que a Constituição Federal promulgada em 1988 apresenta, em seu texto, diversos dispositivos que fomentam a promoção da dignidade da pessoa humana, bem como bem estar social e combate a toda forma de discriminação e preconceito, percebe-se que há necessidade de edição de leis infraconstitucionais que garantam a efetividade da Constituição.

Nesses termos, em 05 de janeiro de 1989, foi decretada a lei de número 7.716, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Interessante salientar a nova redação do artigo 1º, ocorrida em 1997, acrescentando também a discriminação em razão de etnia, religião ou procedência nacional para ser abrangida pela lei.

Este texto normativo surgiu, a priori, para dar aplicabilidade prática ao inciso XLII do artigo 5º da Carta Magna que assim dispõe: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Com a mudança ocorrida em 1997, o rol de espécies de preconceitos punidos criminalmente com força na Lei nº 7.716/89 aumentou, alcançando outras formas de discriminação, como as decorrentes de etnia, religião e procedência nacional, o que é coerente com o inciso XLI do artigo 5º da Carta Política brasileira, que assim informa: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Apesar da maior abrangência da lei trazida pela sua alteração, outras formas de discriminação e preconceito ainda não estavam sendo contempladas, acarretando em não observância plena do texto constitucional, visto que o supracitado artigo é verdadeiro mandado constitucional de criminalização. Observa-se, nesse sentido, trecho do acórdão da decisão do HC 104.410/RS:

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENais. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista

os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

Observa-se, portanto, os ideais constitucionais de combate a qualquer forma de discriminação ou preconceito, inclusive com mandado de criminalização dessas condutas. Isto, conjugado com o histórico de racismo e opressão para com o povo negro, herança do passado escravocrata brasileiro, culminou na edição de uma lei própria para criminalizar condutas racistas.

Dessa forma, também seria prudente a tipificação da homofobia, pois, além de ser condizente com o texto constitucional, também se apresenta tal qual o racismo, como um problema da sociedade brasileira, nesse caso, herança da moral cristã.

Nesse esteio, a lei de número 13.104/2015 alterou o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como qualificadora do homicídio. Feminicídio consiste, segundo o texto da própria lei, no homicídio contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, ou seja, a motivação para o crime é algo que está intrínseco na vítima, no caso, o fato de ser mulher.

Da mesma forma, a homossexualidade, a bissexualidade ou a transexualidade são características intrínsecas ao indivíduo homo, bi ou transexual, por exemplo. Por isso, a proteção estatal a partir de edição de leis que criminalizem a homotransfobia é cabível e necessária.

### **3.3 Necessidade social**

Há dificuldade em apresentar dados que caracterizem a violência homofóbica no Brasil, posto que o Governo Federal não disponibiliza relatórios com números oficiais. Dessa maneira, é imprescindível observar o trabalho feito pelas organizações não governamentais, como o Grupo Gay da Bahia, fundado em 1980 com o fito de defender os direitos humanos dos homossexuais no Brasil.

O Relatório 2018 da referida organização compilou dados sobre a população LGBT morta no Brasil, verificando que 420 pessoas morreram vítimas de homofobia

no ano de 2018: 320 homicídios (76%) e 100 suicídios (24%). Isso significa que a cada vinte horas um indivíduo LGBT é assassinado ou comete suicídio em decorrência do preconceito sofrido.

Ademais, o dossiê LGBT+ 2018, elaborado com dados do Governo do Rio de Janeiro, apresenta o número de 431 (quatrocentos e trinta e uma) vítimas de homofobia no referido estado. Salienta, ainda, que essa forma de violência é subnotificada, em razão, por exemplo, do medo das vítimas em expor sua sexualidade e também de ser novamente violentada pelos próprios agentes de segurança pública. Mesmo com todos os casos de homofobia não sendo denunciados como deveriam os números ainda se mostram preocupantes.

No cenário internacional, a organização não governamental *Transgender Europe* executa o projeto *Trans Murder Monitoring* (TMM) que sistematiza os assassinatos de pessoas transexuais ao redor do planeta. De acordo com o relatório elaborado em 2016, o Brasil apresentou 868 casos de assassinatos de indivíduos transexuais entre janeiro de 2008 e junho de 2016, sendo o país com mais casos de homicídios desse gênero.

Diante dos dados apresentados, percebe-se a população LGBT brasileira sofre com violência motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, reflexo da homofobia enraizada na sociedade. Sendo assim, a necessidade social de medidas estatais para coibir essa prática, incluindo a criminalização da conduta, mostra-se urgente e cabível no atual cenário brasileiro.

## **4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Até o presente momento, não há lei no Brasil que tipifique como crime a homofobia. Em 2001, a deputada Iara Bernardi apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5003/41, conhecido como Lei Anti-Homofobia, haja vista tratar sobre a criminalização de condutas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.

Ao ser aprovado pela Câmara, o referido projeto de lei chegou ao Senado Federal em 2006 com a nomenclatura Projeto de Lei nº 122, porém foi arquivado por força do parágrafo primeiro do artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal, que dispõe sobre o arquivamento automático das proposições que tramitam no Senado há duas legislaturas. Isso significa que o projeto sequer foi votado, mesmo após o decurso de oito anos.

No ano de 2019, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO nº 26/DF - decidiu pela interpretação ampla do termo racismo, entendendo a homofobia como forma de racismo social, e assim o enquadrando-a entre os crimes previstos na Lei nº 7.716/1989.

Por força de uma decisão judicial, portanto, a homofobia foi tipificada no Brasil, tornando-se uma conduta criminosa, passível de punição pelas forças estatais, assim como os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

### **4.1 Historiografia**

Ao tratar da historiografia da criminalização da homofobia no Brasil, é importante conhecer o panorama da própria homossexualidade e das raízes do preconceito para com os indivíduos LGBT.

No entendimento de Pretes e Vianna (2008), as condutas relativas à homossexualidade, ou seja, as que se encontravam fora do padrão heteronormativo, no Brasil, após a chegada dos portugueses, tornaram-se alvo de discriminação e perseguição, visto que a moral vigente era orientada pela religião cristã trazida de Portugal, que considerava qualquer ato sexual com fins não reprodutivos como pecaminoso.

Além dos valores religiosos, as leis aplicadas no Brasil eram provenientes da legislação portuguesa, visto que, por ser uma Colônia, estava sob o domínio da Coroa. Desse modo, vingaram no país as chamadas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, até a chegada da realeza de Portugal no Rio de Janeiro, em 1815, e a consequente proclamação de independência, em 1822. Ressalta-se que as leis eram influenciadas pela moral cristã, haja vista a proximidade entre a Igreja e o Estado.

A ideia de que condutas sexuais não reprodutivas eram pecaminosas durou até meados do século XIX, quando passaram a ser consideradas patológicas. Assim afirmam Pretes e Vianna (2008, p.320):

É justamente com a junção destes dois momentos que dá início em meados do século XIX a movimentação discursiva sobre as causas das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. O que antes era entendido como um pecado, um vício moral, um ato criminoso e que tinha suas raízes no desvio social e moral, agora toma forma de desvio psíquico e/ou biológico. Aquilo que antes era entendido como um vício moral e social, e que era de responsabilidade da religião e do direito, encontra-se nos séculos XIX e XX sob responsabilidade da psiquiatria, psicologia e medicina.

Seguindo, portanto, um lento processo de separação entre a Igreja Católica e o Estado Brasileiro, o código criminal de 1830, o primeiro brasileiro, deixou de tipificar as condutas sexuais não reprodutivas, descriminalizando-as. (RIOS, 2001)

Tratando-se de proteção à comunidade LGBT, o ordenamento jurídico permaneceu omisso por muitos anos. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 mostrou-se como um grande marco para a garantia do direito de diversas minorias, inclusive dessa. Intitulada de Constituição Cidadã (SARLET, 2016), é orientada pela promoção da dignidade da pessoa humana. Na lição de Branco (2012, p. 154-155):

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos.

Posteriormente, em harmonia com a orientação contida no texto constitucional, o Projeto de Lei nº 5003/41 foi apresentado à Câmara dos Deputados pela então deputada Iara Bernardi. O objetivo era coibir a discriminação de pessoas em virtude de sua orientação sexual. Após aprovação da redação final na Câmara dos Deputados, o projeto foi enviado ao Senado Federal, onde permaneceu por oito anos sem ter sido votado, acarretando em seu arquivamento.

O próximo marco para os direitos das pessoas LGBT veio com a decisão

conjunta do STF na ADI nº 4277 e na ADPF nº 132, que conferiu às relações homoafetivas a caracterização como entidade familiar e jurídica. Embora a medida seja um avanço para essa minoria, posto que garante seus direitos e legitimiza as relações não heterossexuais, ela se restringe à esfera civil, portanto não trata das condutas homofóbicas e como devem ser punidas.

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO 26/DF, proposta pelo Partido Popular Socialista, com relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja tese consistia em abranger a homofobia como forma de racismo, tornando-a, assim, conduta criminosa, prevista na lei nº 7.716/1989.

Em junho de 2019, o Tribunal Pleno conheceu parcialmente, por unanimidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em questão, decidindo por enquadrar as diversas formas de homofobia como espécie do gênero racismo, culminando na criminalização da homofobia no Brasil por meio de uma decisão judicial.

#### **4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**

A decisão da ADO 26/DF se deu no dia 13 de junho de 2019, pelo Plenário do STF. Importante ressaltar que o julgamento desta ação foi feito em conjunto com o Mandado de Injunção 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, haja vista o pedido em comum: reconhecer a mora do Congresso Nacional em apreciar projetos de lei e, consequentemente, legislar a respeito da criminalização de condutas homofóbicas.

A decisão do pleno, no supracitado caso, foi no sentido de reconhecer a omissão legislativa da parte do Congresso Nacional. Assim está disposto no acórdão:

- a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; b) declarar, *em consequência*, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, *qualquer que seja a forma de sua manifestação*, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até

que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; [...]

Nota-se, portanto, que a omissão legislativa por parte dos órgãos legislativos federais foi reconhecida, além de ter sido classificada como inconstitucional. Reconhecendo, portanto, essa inconstitucionalidade, o STF decidiu por enquadrar a homofobia nos tipos penais existentes na Lei nº 7.716/89, defendendo a tese de que essa forma de discriminação pode ser considerada como uma faceta do racismo social.

O argumento a respeito do significado de racismo social foi consolidado pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424/RS. Nesse processo, discutia-se a possibilidade de prescrição de um crime em razão de antisemitismo, com a alegação de que práticas discriminatórias contra judeus não constituem racismo, haja vista não existir a raça judia.

O STF decidiu, no entanto, por seguir a tese do significado abrangente do termo racismo, negando, portanto, o habeas corpus. Nesse sentido, está o trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa (STF, HC 82.424):

A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.  
[...]

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

Percebe-se que, de acordo com essa linha de raciocínio, o racismo não se limita apenas à discriminação para com o povo negro, mas também possui uma faceta social, que abrange as formas de preconceito originadas a partir de relações

de intolerância entre grupos humanos distintos.

No julgamento da ADO 26/DF, tese similar foi fixada, assim disposto no acórdão:

3. 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 [...]

A homofobia, de acordo com a supracitada tese, é expressão do chamado racismo social. Sendo, pois, uma faceta do racismo, a homofobia passa a ser considerada como um crime, assim como os crimes elencados na Lei nº 7.716/89, que tipifica os atos preconceituosos e discriminatórios em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

No mesmo sentido, assim consta no voto do ministro Celso de Mello, relator da ação aqui estudada:

[...] a noção de racismo – *para efeito de configuração típica* dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, *ao contrário*, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, *inclusive*, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

[...]

A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo *torna-se ainda mais acentuada* se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação *orientada pelo preconceito* e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada.

Importa salientar que, apesar da tese estabelecida pelo Supremo Tribunal, de entendimento da homofobia como espécie do gênero racismo, ocorreu criminalização de uma conduta por meio de uma decisão judicial, o que proporciona o questionamento a respeito das atribuições do Poder Judiciário dentro do sistema de separação dos três poderes estatais, e também a respeito de questões como princípio da legalidade e proibição da analogia *in malam partem* no ordenamento

jurídico brasileiro.

#### **4.2.1 Separação dos poderes do Estado, princípio contramajoritário e justiça constitucional**

O constitucionalismo contemporâneo ocidental é marcado pela tripartição clássica de Montesquieu dos Poderes Estatais, possuindo uma função estatal típica cada um. (MELLO, 2010). Nessa acepção, os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário exercem, respectivamente, as funções legiferante, administrativa e jurisdicional, além de configurarem-se como expressão da soberania estatal. (CARVALHO FILHO, 2018).

Na República Federativa do Brasil os três poderes estão constitucionalmente postos no artigo 2º: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.".

Embora pareça um sistema rígido, a Constituição brasileira estabelece para cada Poder, além de suas funções típicas, atribuições atípicas, dada a complexidade da realidade social, que exige a flexibilização do exercício dessas funções.

A separação das funções em poderes distintos independentes e harmônicos entre si, como consta na Carta Política, tem como finalidade evitar abusos e arbitrariedades provenientes da concentração de poder. Nesse sentido está a lição de Novelino (2016, p. 249):

A *independência* entre os poderes tem por finalidade estabelecer um sistema de "freios e contrapesos" para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A *harmonia*, por sua vez, exterioriza-se no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

De acordo com o Princípio da Separação de Poderes, a atividade legiferante é exercida tipicamente pelo Poder Legislativo. Este é composto por representantes do povo, democraticamente eleitos. Logo, as leis vigentes, que passaram por todo o processo legislativo, são legítimas, pois foram editadas por quem o povo escolheu para tal. Expressam, portanto, a opinião e a vontade popular.

Nessa perspectiva, as leis atenderão aos interesses da maioria, pois esta é capaz de escolher, em eleições democráticas, os legisladores. Ocorre que nem sempre os interesses majoritários são capazes de proteger todos os indivíduos e atender suas necessidades, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha concedido a todos os direitos fundamentais.

Sendo, pois, representantes da maioria, pode o Poder Legislativo ser omissos e falhar na atuação voltada para interesses das minorias. Diante dessa situação, questiona-se a atuação do judiciário, no exercício da função contramajoritária, para garantia dos interesses de grupos minoritários. Nesse sentido está a lição de Barroso e Mello (2019, p. 327):

Por fim, grupos minoritários não encontram voz nas instâncias majoritárias e são titulares de direitos constitucionais, não sendo realista esperar que seus direitos sejam contemplados pelo legislador em um contexto de sub-representação nas instâncias políticas.

Com o fito de superar omissões legislativas e de evitar a supremacia de interesses majoritários, os tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, buscam soluções criativas, procurando o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça. (BARROSO; MELLO, 2019).

A separação de poderes no Brasil, no entanto, não se configura como um sistema rígido, ou seja, não retrata que um dado Poder é limitado a exercer apenas sua função típica. As normas constitucionais brasileiras, inclusive, atribuem funções atípicas a esses poderes, revelando a flexibilidade do sistema tripartite. Como exemplo, tem-se o artigo 52, inciso I da Carta Magna:

Art. 52. compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

Destaca-se a atribuição feita pelos constituintes ao Senado Federal, órgão tipicamente Legislativo, de processar e julgar, ou seja, função jurisdicional, os chefes máximos do Poder Executivo nacional. Esse exercício atípico da jurisdição por órgão essencialmente legiferante é expressão da flexibilização do Princípio da Separação dos Poderes.

Dessa forma, questiona-se o limite da criatividade e inovação trazida pelo Judiciário ao proferir decisões como no caso da ADO 26/DF, em que existe tipificação de conduta, em nome da proteção de uma minoria, haja vista não ser atribuído constitucionalmente a este Poder a função legiferante.

Ocorre que, sendo o Poder Legislativo eleito pelo voto da maioria, pode ocorrer que a composição do Congresso Nacional reflita os interesses e demandas de apenas uma parcela populacional, em detrimento dos demais. Essa situação é contrária ao movimento constitucionalista contemporâneo, que busca garantir os

direitos fundamentais, protegendo o indivíduo dos interesses do soberano.

Em busca de reverter essa conjuntura oposta às finalidades da Carta Magna, o judiciário brasileiro vem exercendo função contramajoritária ao resguardar os direitos individuais quando pleiteados por grupos minoritários que sofrem as consequências da omissão legislativa, configurando o que é chamado de judicialização constitucional.

O termo judicialização constitucional corresponde à análise e decisão de questões sócio-políticas por meio do Poder Judiciário, apesar de essas demandas, a priori, serem matérias pertinentes ao Legislativo. Barcellos (2011, p. 9) assim afirma:

A judicialização da política e das relações sociais no Brasil é um fenômeno que pode ser considerado recente, entrevendo o fato de a Constituição de 1988 ter dado ao Poder Judiciário um papel proeminente na consolidação da democracia e na concretização de direitos fundamentais, inclusive mediante instrumentos processuais específicos.

Para exemplificar, tem-se o direito à saúde, indubitavelmente posto na Constituição, porém distante de ser usufruído plenamente por grande parcela da população. Diante disso, para obtenção de serviços de saúde e tratamentos, os indivíduos pleiteiam, por meio de Mandado de Segurança, ao Judiciário, alegando direito líquido e certo não amparado por Habeas Corpus, conforme é requisitado para impetração do remédio constitucional supracitado.

O Poder Judiciário, portanto, ao receber essas demandas, não pode apenas alegar que a matéria é alheia às suas competências, ignorando o pedido feito e a injustiça decorrente do não exercício pleno de um direito existente e do qual o indivíduo é possuidor.

Dessa forma, diante de omissões legislativas ou injustiças causadas por atos de má gestão do Executivo, e, principalmente, de demandas levadas aos tribunais pelos cidadãos, não pode o Judiciário se eximir de cumprir sua função e de buscar o alcance máximo dos efeitos das normas constitucionais. (BARROSO, 2009).

O aumento deste fenômeno no Brasil se deu, segundo Barroso (2009, p. 19-20), por três motivos: o primeiro diz respeito à recente abertura política, resultante da transição entre o regime ditatorial militar (que durou de 1964 até 1985) e a democracia, marcada pela Constituição Federal promulgada em 1988. O segundo motivo é o fato da Carta Magna brasileira ser um documento extenso, abrangendo seu conteúdo diversas matérias, criando muitos direitos, que poderão ser pleiteados judicialmente pelos sujeitos que os possuem. Por fim, o terceiro trata do controle de

constitucionalidade brasileiro, bastante abrangente, e que permite o controle direto, ou seja, matérias podem ser levadas em tese, não como fato concreto, para análise pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, portanto, que a judicialização é consequência da conjuntura do país e do contexto em que se insere o ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, é ferramenta do Poder Judiciário para atingir a plenitude do texto constitucional.

Em contraponto à judicialização constitucional, tem-se o que é chamado de ativismo judicial, que consiste na atuação do judiciário de forma mais abrangente e agressiva perante outras forças políticas. (CAMPOS, 2012). Assemelha-se ao fenômeno da judicialização constitucional, inclusive tendo como um das causas o advento da Constituição Federal de 1988, haja vista a positivação dos direitos individuais em seu texto.

Diverge, no entanto, em relação à escolha. Ocorre que na judicialização, o juiz é chamado a decidir sobre uma causa da qual a parte possui uma pretensão, e, caso esta seja legítima, deve ser alcançada pelo requerente. Já no ativismo judicial, tem-se uma vontade de interpretar o texto constitucional de forma mais expansiva, geralmente em razão de omissão legislativa, existente pela distância entre a sociedade e o Poder Legislativo. (Barroso, 2009). Ainda na lição do mesmo autor (2009, p. 22):

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Desse modo, o ativismo caracteriza-se como uma manifestação da força política do judiciário, enquanto a judicialização constitucional decorre da própria atividade do juiz, que, ao ser provocado, concede os direitos, caso existentes, a quem os possua, dentro dos limites do pedido formulado.

Sendo assim, resta saber se a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da ADO 26/DF configura-se como expressão da judicialização constitucional ou do ativismo judicial. Para tanto, é importante analisar ainda os princípios de direito penal da legalidade e da reserva legal, além da proibição da analogia *in malam partem*, que ajudarão a compreender os limites estabelecidos em lei para atuação da Corte nesse referido caso.

#### **4.2.2 Princípio da legalidade e proibição da analogia in malam partem no direito penal brasileiro**

O princípio da legalidade está consagrado tanto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, quanto no artigo 1º do Código Penal. Assim está escrito na Carta Política brasileira: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

De acordo com o supracitado princípio, portanto, apenas a lei pode incriminar uma conduta e, consequentemente, determinar a pena para quem descumpra o disposto. Ademais, é preciso que as condutas incriminadas sejam exatas e claras. (BITENCOURT, 2012).

Este princípio possui estreita relação com o Estado Democrático de Direito, visto que por meio dele fica estabelecida a supremacia da lei sobre todos, mitigando o poder do soberano. (GRECO, 2014). Dessa forma, o princípio mostra-se útil para o estabelecimento de regras claras, das quais todos estão submetidos, provocando nos indivíduos a sensação de segurança jurídica e igualdade.

Nesse mesmo sentido, está a lição de Bonavides (2016, p.121):

O princípio de legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se que em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

A existência de uma punição estatal sem a prévia lei definidora do crime e sem a cominação legal, exigidas pelo princípio da legalidade revela uma faceta arbitrária do Estado, e não democrática, não devendo, portanto, se falar em direito penal. (PASCHOAL, 2015).

Observa-se que em diversas doutrinas o princípio da legalidade é tido como bastante importante para o direito penal e para a democracia. A partir desse princípio, é extraída a necessidade de edição de leis para criminalização de condutas. Significa dizer que é preciso haver o processo legislativo adequado para que se possam inserir novos crimes no ordenamento jurídico brasileiro.

Tratando-se de matéria penal, de competência legislativa privativa da União, ou seja, de responsabilidade do Poder Legislativo Federal, conforme o artigo 22 da

Constituição Federal, a lei ordinária é a espécie normativa adequada. A criação de um novo tipo penal incriminador, então, por tratar de matéria penal, precisará obedecer ao rito de uma lei ordinária, que envolve deliberação parlamentar nas duas Casas Legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Essa ritualística é coerente com o princípio democrático estabelecido na constituição brasileira, haja vista exigir a aprovação pelo Congresso Nacional, órgão legislativo representante do povo e das unidades federativas. Sendo assim, os crimes serão definidos conforme a vontade representada do povo, fortalecendo a democracia e evitando uma possível arbitrariedade estatal.

Em relação à decisão da ADO 26/DF, o Supremo Tribunal Federal, diante de omissão legislativa por parte do Congresso Nacional, utilizou da analogia para corrigir esta lacuna, tornando crime uma conduta não antes tipificada em lei, conflitando com o princípio da legalidade.

Importante ressaltar que o STF, mesmo sendo o órgão máximo do Poder Judiciário, possui certo poder legiferante, derivado da sua atuação em casos de lacunas e omissões na lei, como forma de integração da lei penal. Ocorre que, tratando-se de matéria penal, a aplicação da analogia nunca pode ser para o malefício do réu.

Nesse entendimento, leciona Greco (2014, p. 48):

Quando se inicia o estudo da analogia em direito penal, devemos partir da seguinte premissa: é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc.

Sendo assim, o recurso utilizado pelo STF diante de omissão legislativa por parte do Poder Legislativo em criminalizar a homofobia foi a *analogia in malam partem*, haja vista a decisão acarretar na aplicação temporária da Lei nº 7.716/89 para as situações que envolvam condutas homofóbicas, como atitudes odiosas em virtude da orientação sexual ou da identidade de gênero, ocorrendo, portanto, tipificação de uma nova conduta, ou seja, ampliação do conteúdo dos tipos penais incriminadores, por ato diferente de lei propriamente dita, como exige o princípio da legalidade.

#### **4.2.3 Análise da decisão do STF na ADO 26/DF**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista com o objetivo primeiro de obter o reconhecimento formal da existência de situação de omissão constitucional por parte do Poder Legislativo, em relação à criminalização de condutas homofóbicas.

Há, também, o pedido para que a Lei nº 7.716/89 abranja as situações de homofobia, visto que estas seriam uma faceta do racismo, entendido em seu sentido social, dando, portanto, maior aplicabilidade ao mandamento constitucional de criminalização de toda e qualquer atitude discriminatória disposto no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal.

Para que se possa declarar, de fato, uma omissão constitucional, não é suficiente qualquer omissão legislativa, mas sim as omissões decorrentes de normas constitucionais que possuam caráter mandatório. (MORAES, 2018). No caso da ADO 26/DF, a norma em questão é o inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, já mencionado, que possui verdadeiro mandado constitucional de criminalização de condutas discriminatórias.

Além da imposição constitucional, é necessário também que exista a inérgia por parte do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria para que se configure a mora legislativa. É o que leciona o Ministro Alexandre de Moraes no julgamento da referida ação (STF, ADO 26):

O cabimento da ADO está vinculado diretamente à omissão do Poder Público em atender expressa determinação constitucional de atuação do Poder Público, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. Exatamente, nessa conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissão configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão.

Em relação à criminalização da homofobia, como analisado na ADO 26/DF, ocorreu, de fato, uma omissão constitucional, posto que, não só há expresso mandamento na Constituição Federal para que se criminalize toda forma de discriminação, inclusive relativo a condutas homofóbicas, disposto no já mencionado inciso XLI do artigo 5º da Carta Política, como também há inérgia do Poder Legislativo em legislar tal matéria.

Essa inérgia é verificada quando se analisa as tramitações do Projeto de Lei nº 5003/41, apresentado à Câmara dos Deputados pela deputada federal, na época, Iara Bernardi. Como visto anteriormente neste trabalho, o referido Projeto, ao ter seu texto aprovado pela Câmara, foi enviado ao Senado, onde foi arquivado, após oito

anos sem deliberação parlamentar.

Fica evidente a falta de compromisso do Poder Legislativo Federal em legislar conforme mandamento presente na Carta Política brasileira, configurando-se, portanto, a mora legislativa inconstitucional. Nesse sentido, assim dispôs a Procuradoria-Geral da República, em relatório nos autos da ADO 26/DF: “Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*.”.

Dessa forma, o Pleno do STF decidiu, na ADO 26/DF, pelo reconhecimento formal do estado de mora legislativa inconstitucional. Ademais, acordaram em cientificar o Congresso Nacional para que adote as providências necessárias, conforme disposto no artigo 103, parágrafo segundo da Carta Magna.

Em relação ao pedido de enquadramento dos casos de homofobia como forma de racismo, entendido em sua expressão social, que é conduta criminosa, visto que está tipificado na Lei nº 7.716/89, o Pleno decidiu por essa solução, para resolver a ausência de lei que criminalize a homofobia, responsável pela mora constitucional.

Consoante acordado pelo STF foi dada interpretação conforme a Constituição para que a homofobia fosse enquadrada como faceta do racismo. A tese proposta pelo Relator Ministro Celso de Mello afirma que, cientificamente, raças humanas não existem, sendo o racismo, pois, uma forma de discriminação em que um grupo dominante, por meio de opressão política e ideológica, ameaça e agride minorias, não por estas compartilharem certos atributos físicos em comum, mas por pertencerem a grupos subjugados e pertencentes a camadas sociais inferiores, na visão do agressor.

Isso significa que o racismo é reflexo das desigualdades e das estruturas opressoras presentes na sociedade. Assim o Relator Ministro Celso de Mello dispõe em seu voto no julgamento da ADO 26/DF (STF, ADO 26):

A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.

O referido Ministro, portanto, sustenta a ideia de que, para enquadrar a homofobia como forma de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89, apenas houve

interpretação conforme a Constituição do termo raça, para um significado social e abrangente, respeitando, pois, o princípio da legalidade e não configurando analogia *in malam partem*. Esta foi a tese acordada pelo Pleno do STF no julgamento da ADO 26/DF.

Embora essa tenha sido a tese acordada, ainda há o que se discutir em relação ao suposto conflito com o princípio da legalidade e, consequentemente, ocorrências de analogia *in malam partem*. Esta discussão, inclusive, existiu no próprio Plenário do STF, visto que a decisão, nesse ponto, não foi unânime, e sim por maioria.

O Ministro Ricardo Lewandowski assim leciona em seu voto no julgamento da ADO 26/DF (STF, ADO 26):

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.

Em relação à Lei nº 7.716, observa-se que seu artigo primeiro dispõe de forma taxativa quais são as formas de discriminação ali tipificadas, não estando presente entre elas a homofobia. O Ministro Ricardo Lewandowski, inclusive, em seu voto, mencionou o Inquérito 3590, em que, por unanimidade, a Primeira turma do STF rejeitou a denúncia contra o deputado federal Marco Feliciano, em razão de suposta discriminação contra homossexuais. O julgado teve a seguinte ementa:

**TIPO PENAL - DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO - ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 - ALCANCE.** O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual.

Dessa forma, é sensato afirmar que, tratando-se de matéria de direito penal, deve prevalecer o princípio da legalidade, ou seja, apenas a lei em sentido estrito pode tipificar novas condutas.

Uma decisão judicial que permita que uma lei criminal passe a abranger, portanto, passe a criminalizar novos comportamentos, não antes explícito no texto daquela lei, está entrando em conflito com o princípio da legalidade, e permitindo a ocorrência de analogia *in malam partem*, não permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Salienta-se que uma decisão desse gênero é capaz de trazer insegurança

jurídica e afetar a estabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, visto que entra em conflito com princípios básicos e causa desequilíbrio entre os três poderes estatais constitucionalmente estabelecidos.

A observância de que a criminalização da homofobia por meio de decisão judicial do STF na ADO 26/DF é inadequada, posto que confronta o princípio da legalidade, pela utilização de analogia *in malam partem*, não significa, imediatamente, que as condutas discriminatórias com indivíduos pertencentes à minoria LGBT não devem ser reguladas como questão de direito penal.

Como ressaltado no capítulo anterior, há diversos fatores que legitimam a criminalização da homofobia, desde a necessidade social, refletida em números que representam a violência sofrida pela população LGBT, até o próprio ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a Constituição Federal apresenta, em seu texto, diversos direitos e garantias fundamentais, que permitem ao indivíduo ter autonomia de sua vida privada.

Dessa forma, ressalta-se a necessidade de ação do Poder Legislativo para que ocorra criminalização das condutas discriminatórias decorrentes da orientação sexual ou identidade de gênero, sendo esta a forma prevista pela Carta Magna brasileira para criação de novos tipos penais.

Estando os atos atentatórios à comunidade LGBT tipificados em lei, há maior garantia de proteção desta comunidade, e também da segurança e estabilidade do ordenamento jurídico brasileiro.

## 5 CONCLUSÃO

No período de início da pesquisa, a criminalização da homofobia apresentava-se como tema pertinente para estudo e pesquisa, haja vista as inúmeras situações de violência sofrida pela população LGBT, expondo a necessidade de atuação por parte do Estado para garantir proteção a estes indivíduos. Ademais, a temática escolhida é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se a decisão do STF na ADO 26/DF, em 13 de junho de 2016.

Portanto, faz-se necessário relembrar o objetivo geral desta pesquisa, qual seja analisar a legitimidade da criminalização da homofobia no Brasil, bem como verificar a possibilidade jurídica por meio de uma decisão judicial, como ocorreu na supracitada ação.

Conforme analisado no trabalho, a tipificação das condutas discriminatórias em razão de orientação sexual ou identidade de gênero é cabível dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, legítimo perante as normas do país. A possibilidade de ocorrer por meio de uma decisão judicial, no entanto, apresenta-se como contrária ao texto normativo.

Para obter esta conclusão, a pesquisa iniciou com a conceituação de termos importantes para a compreensão do vocábulo homofobia, para que seja possível identificar as vítimas desta forma de discriminação. Desta forma, concluiu-se que todas as pessoas que estão fora dos padrões heteronormativos socialmente postos podem sofrer homofobia, abrangendo esta, portanto, todos os indivíduos pertencentes à comunidade LGBT, não só os homossexuais propriamente ditos.

No segundo capítulo, o objetivo era identificar os fatores que legitimam a criminalização da homofobia, ou seja, verificar o amparo jurídico, normativo e social para tal. Foi observado, portanto, a existência de disposições constitucionais que apresentam a viabilidade dessa criminalização, como o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, que é verdadeiro mandamento constitucional de criminalização de qualquer forma de discriminação.

Ademais, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da autonomia privada dão respaldo constitucional para medidas efetivas do Estado em prol da proteção dos indivíduos da comunidade LGBT, inclusive com a tipificação da homofobia, para coibir esta violência.

Além disso, a homofobia é convergente com outras formas de discriminação que já estão tipificados em lei, conforme ordena a constituição, mostrando a pertinência da criminalização de todas as formas de preconceito, incluindo os decorrente de orientação sexual ou identidade de gênero. Por fim, a necessidade social também se mostra como fator que legitima a criminalização da homofobia, tendo em vista os altos números de mortos decorrentes desta forma de violência no Brasil.

No terceiro capítulo, foi apontada a historiografia da homofobia no Brasil, mostrando suas raízes históricas, desde a chegada dos portugueses, o que revela uma violência estrutural para com a comunidade LGBT. Desta forma, a atuação estatal mostra-se importante para reparar esta injustiça. Assim, houve tentativa de criminalização desta conduta pela via legislativa, por meio do Projeto de Lei nº 5003/41, porém este foi arquivado no Senado Federal, após oito anos sem ser votado.

A criminalização da homofobia só veio a ocorrer por meio da decisão do STF na ADO/26, ou seja, por intermédio de uma decisão judicial. Ocorre que ao analisar o princípio da legalidade, disposto tanto no Código Penal, como na Constituição Federal, verifica-se que a criminalização de condutas só pode ocorrer estritamente por meio de lei.

O STF, quando da decisão da ADO 26/DF, alegou não estar tipificando uma nova conduta, e sim utilizando de interpretação conforme a constituição para o termo racismo, sendo entendido em seu sentido amplo, ou seja, racismo social, do qual a homofobia está inserida.

Em detrimento da justificativa alegada, dada às devidas vêrias, permanece o fato de que uma conduta não antes objeto de persecução penal, agora o é, revelando que há sim mudança no ordenamento e tipificação de uma nova ação, a homofobia. Desta forma, observa-se que ocorreu analogia *in malam partem* na decisão do STF na ADO 26/DF, pois a Lei nº 7.716 deverá abranger também a homofobia, que não está presente em seu texto.

Dessa forma, confirma-se a hipótese de que a homofobia deve ser criminalizada para garantir a vida, liberdade sexual e a dignidade dos indivíduos, em razão de necessidade social, além de fundamentos constitucionais, porém não por meio de ativismo do STF, e sim pelo processo legislativo constitucionalmente adequado, não só para resguardar a estabilidade do ordenamento e a segurança

jurídica, mas também para garantir, de forma efetiva, concreta e absoluta perante as normas brasileiras, o direito à liberdade sexual dos indivíduos da comunidade LGBT.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**. Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1222/1147>>. Acesso em: 28 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**. Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais - Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 295-334, 2019. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Papel-criativo-dos-tribunais.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2020.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 18, p. 71 - 103, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/259/252>> Acesso em: 22 maio 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 01 junho 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-)

2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 01 junho 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 110.474/2015/DF. Brasília: Ministério Público Federal, 15 junho 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Regimento Interno**: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/21632?sequencia=1#diario>>. Acesso em: 10 junho 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADO 26 DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13/06/2019. Publicado: Dje 28/06/2019. Voto Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADO 26 DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13/06/2019. Publicado: Dje 28/06/2019. Voto Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Inquérito 3590 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 12/08/2014. Publicado: Dje 12/09/2014. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25263452/inquerito-inq-3590-df-stf>>. Acesso em: 27 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Acórdão. HC 104.410/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 06/03/2012. Publicado: Dje 27/03/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 22 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADO 26 DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13/06/2019. Publicado: Dje 28/06/2019. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. ADO 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13/06/2019. Publicado: Dje 28/06/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>>. Acesso em: 15 abril 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão HC 82.424/RS. Relator

originário: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Presidente Maurício Corrêa. Julgamento: 17/09/2003. Publicado: Dje 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 27 maio 2020.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <<https://cadernoselivros.files.wordpress.com/2017/04/butler-problemasdegenero-ocr.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <[http://www.bdtd.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4219](http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4219)>. Acesso em: 28 maio 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRUPO GAY DA BAHIA. **População LGBT morta no Brasil**. Relatório 2018. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2020.

HOMOFOBIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/homofobia/>>. Acesso em: 04 março 2020.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Dossiê LGBT+ 2018**: ano base 2017. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <[http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp\\_imagens/uploads/DossieLGBT2018.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/DossieLGBT2018.pdf)>. Acesso em 25 maio 2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Brasília: Autor, 2012. E-book. Disponível em: <[https://issuu.com/jaquelineljesus/docs/orienta\\_\\_es\\_popula\\_\\_o\\_trans](https://issuu.com/jaquelineljesus/docs/orienta__es_popula__o_trans)>. Acesso em: 21 maio 2020.

JUNQUEIRA, R. D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 1, n. 01, 27 nov. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256>>. Acesso em: 24 setembro 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Manole, 2015.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaque**, v. 1, p. 313-392, 2007. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/historia-da-criminalizacao-da-homossexualidade-no-brasil-da-sodomia-ao-homossexualismo-tc3balio-l-vianna.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2020.

RIOS, Roger R. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. **Revista Direito e Democracia**, v. 2, n.2, p. 383-408, 2001. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2410/1645>>. Acesso em: 26 maio 2020.

\_\_\_\_\_. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: POCAHY, Fernando (organizador). **Rompendo o silêncio**: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuances, 2007.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, a. 4, n. 14, p. 167 - 217, 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 22 maio 2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2012. E-pub. Disponível em: <[https://www.academia.edu/18517817/Cl%C3%A1udio\\_P.\\_S.\\_Neto\\_e\\_Daniel\\_Sarmento\\_-\\_Direito\\_constitucional-\\_teoria\\_hist%C3%B3ria\\_e\\_m%C3%A9todos\\_de\\_trabalho\\_PDF](https://www.academia.edu/18517817/Cl%C3%A1udio_P._S._Neto_e_Daniel_Sarmento_-_Direito_constitucional-_teoria_hist%C3%B3ria_e_m%C3%A9todos_de_trabalho_PDF)>. Acesso em: 21 maio 2020.

TRANSGENDER EUROPE. **Trans Murder Monitoring annual report 2016**. TvT publication series v. 14. Berlim, 2016. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>. Acesso em: 09 março 2020.

WHO. World Health Organization. **Gender, women and health**. Disponível em:

<<https://web.archive.org/web/20170130022356/http://apps.who.int/gender/whatisgender/en/>>. Acesso em: 17 setembro 2019.