

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPÍ
BACHARELADO EM DIREITO

ANA PAULA NUNES PIRES
ANDRESSA BELARMINO RODRIGUES DA ROCHA
LEONARDO FERNANDES SILVA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: UMA ANÁLISE DA ADO N.º 26**

TERESINA
2022

ANA PAULA NUNES PIRES
ANDRESSA BELARMINO RODRIGUES DA ROCHA
LEONARDO FERNANDES SILVA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: UMA ANÁLISE DA ADO N.º 26**

Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Banca examinadora do Centro universitário UNINOVAFAPI como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Macell Cunha Leitão.

TERESINA

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

P667c

Pires, Ana Paula Nunes.

A Criminalização da homofobia pelo supremo Tribunal Federal: uma análise da ADO nº 26. Ana Paula Nunes Pires; Andressa Belarmino Rodrigues da Rocha; Leonardo Fernandes Silva – Teresina: Uninovafapi / Afya, 2022.

Artigo (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2022.

26. p.; il. 23cm.

Orientador (a): Prof. Dr. Macell Cunha Leitão. Centro Universitário UNINOVAFAPI, 2022.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Direitos Fundamentais. 3. Omissão inconstitucional. 4. Homofobia. 5. Criminalização. I. Título. II. Leitão, Macell Cunha.

CDD 342.16

Catálogo na publicação
Antonio Luis Fonseca Silva – CRB/1035
Francisco Renato Sampaio da Silva – CRB/1028

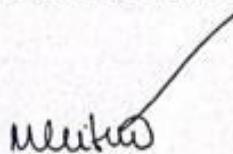
ANA PAULA NUNES PIRES
ANDRESSA BELARMINO RODRIGUES DA ROCHA
LEONARDO FERNANDES SILVA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: UMA ANÁLISE DA ADO Nº 26**

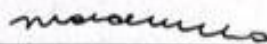
Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Banca
examinadora do Centro universitário UNINOVAFAPI como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de Aprovação 17 / 11 / 2022

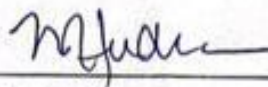
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Macell Cunha Leitão
Centro Universitário- UNINOVAFAPI



Prof. Dra. Joana de Moraes Souza Machado
Centro Universitário- UNINOVAFAPI



Prof. Dra. Marília Martins Soares de Andrade
Centro Universitário- UNINOVAFAPI

AGRADECIMENTOS

Sobretudo a Deus, pela oportunidade de poder acordar todos os dias e sair em busca dos nossos sonhos.

Ao centro universitário UNINOVAFAPI, esta casa incrível, que abriu as portas para nos receber e a todos os integrantes que fazem esta IES funcionar e ser uma instituição de qualidade e compromisso.

Aos queridos professores e professoras pelos ensinamentos e dedicação, que fazem deste, um corpo docente extremamente capacitado e idôneo.

Aos colegas, que são verdadeiros companheiros de jornada, por tudo que aprendemos, pelos laços que levaremos conosco.

E, claro, nosso orientador Macell Leitão, pela excelência ao desempenhar com tanto amor e dedicação a docência, pelo seu apoio e seus ensinamentos, sobretudo neste trabalho.

RESUMO

Os direitos fundamentais são importantes garantias resguardadas pela Constituição Federal de 1988, para concretização do Estado Democrático de Direito, preservando os objetivos fundamentais da República. Contudo, após 30 anos de imperatividade da CRFB/88 ainda restam insuficientes os direitos da comunidade LGBTI+, que sofre diariamente diversas violências. Assim, a Lei Maior estabeleceu a possibilidade de adoção das providências necessárias para concretização dos valores e fins constitucionais, em razão da omissão do poder legislativo, que se furtando de sua obrigação, manteve-se inerte frente a direitos de um grupo vulnerável. Dessa forma, o objetivo da pesquisa é analisar a participação mais ampla do Supremo Tribunal Federal na garantia dos direitos fundamentais. O método utilizado foi o dedutivo qualitativo, desenvolvido em seis etapas: delimitação do problema; busca e seleção dos estudos; extração dos estudos; avaliação crítica da bibliografia, síntese dos resultados e apresentação da revisão bibliográfica. A busca foi realizada nas bases de dados Scielo, BDTD, google acadêmico, periódicos UNIRIO, UFRN e UFC. Desta forma, constatou-se que o julgamento da ADO-26 é plenamente constitucional, pois está conforme a legislação, que dá ao STF competência para conhecê-la. Além disso, não se pode cercear os direitos à igualdade, à liberdade e a segurança de minorias sociais em razão da morosidade legislativa.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais. Omissão inconstitucional. Homofobia. Criminalização.

ABSTRACT

Fundamental rights are important guarantees safeguarded by the Federal Constitution of 1988, for the implementation of the Democratic State of Law, preserving the fundamental objectives of the Republic. However, after 30 years of imperative CRFB/88, there are still insufficient rights for the LGBTI+ community, which suffers daily from various forms of violence. Thus, the Major Law established the possibility of adopting the necessary measures to implement the constitutional values and purposes, due to the omission of the legislative power, which, evading its obligation, remained inert in the face of the rights of a vulnerable group. In this way, the objective of the research is to analyze the broader participation of the Federal Supreme Court in guaranteeing fundamental rights. The method used was the qualitative deductive, developed in six stages: delimitation of the problem; search and selection of studies; extraction of studies; critical evaluation of the bibliography, synthesis of results and presentation of the bibliographic review. The search was carried out in the Scielo, BDTD, academic google, UNIRIO, UFRN and UFC journals. In this way, it was found that the judgment of ADO-26 is fully constitutional, as it complies with the legislation, which gives the STF competence to know it. In addition, the rights to equality, freedom and security of social minorities cannot be curtailed due to legislative delays.

Keywords: Federal Supreme Court. Fundamental rights. Unconstitutional omission. Homophobia. Criminalization.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar a criminalização da homotransfobia consoante aos direitos fundamentais da população LGBTI+¹, analisando os argumentos elencados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26 (doravante ADO 26/DF) apreciada conjuntamente com o Mandado de Injunção nº 4733 (MI 4733/DF).

A importância da pesquisa se justifica porque a população LGBTI+ é uma comunidade marginalizada não apenas socialmente, mas juridicamente, assim no país em que a letalidade, a hostilização, a marginalização e a humilhação contrária a gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais aparentam ser triviais, a violência homotransfóbica no Brasil torna-se notória. Além disso, é importante entender a corporificação dada pelo STF ao criminalizar a homotransfobia.

Apesar das diversas tentativas desse grupo por meio do legislativo, como o projeto de lei n.º 5.003, criado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PT) do ano de 2001, arquivado pelo Senado no ano de 2019 (BRASIL, 2001), não foi possível concretizar normas primárias já estendidas a toda a população brasileira. Destarte, a mora do Congresso Nacional para coibir atos transfóbicos ou homofóbicos, fez com que grupos pertencentes a comunidade LGBTI+ recorressem a Suprema Corte, uma vez que em decorrência ao mandamento constitucional de suprir a omissão legislativa provocada pelo Parlamento

Contudo, nesse ínterim, surgiram, sob os mais diversos argumentos, questionamentos sobre a competência do STF para a criação de normas penais, entre eles estão, a ofensa ao princípio da legalidade, a caracterização da analogia *in malam partem*, inexistência de omissão constitucional, ampliação do sistema penal, insuficiência de legislação penal, mandados constitucionais, população LGBTQI+ como um grupo racializado e o direito penal mínimo.

A Carta Magna estabelece como um dos seus princípios fundamentais e objetivos da República a constituição de uma sociedade justa, livre e solidária, bem como promover

¹ A sigla LGBTI+ foi utilizada no presente trabalho para se referir a lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, transexuais e intersexuais, além de ser utilizado pela Associação brasileira de Lésbicas gays, bissexuais, transgêneros, transexuais (ABGLT), são os grupos já reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal

o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme se extrai do art. 3º, incisos I e IV da CRFB/88.

Assim, entende-se ser necessário o estudo da decisão da Suprema Corte, para ser analisado a pertinência da criação de matéria penal pelo poder judiciário, sob o sustentáculo da promoção de direitos fundamentais de vulneráveis.

Quanto a sistemática adotada, no primeiro capítulo será investigado os direitos humanos e fundamentais da população LGBTI+ junto aos princípios constitucionais. Em seguida será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO N° 26, os principais argumentos elencados pelos ministros e os contra-argumentos doutrinários que surgiram do entrave provocado pela criminalização.

No terceiro e último capítulo será exibido se houve a real necessidade da criação de atos normativos de criminalização pelo judiciário, arriscando usurpar funções de outros poderes em nome da proteção de direitos e garantias fundamentais.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBTI+

A sociedade passa por diversas alterações políticas, sociais e econômicas que exigem do direito transformações capazes de alterar a realidade social, concomitantemente, surge a necessidade de atender e compreender o aparecimento de “novos sujeitos de direito”.

A ONU, desde a sua criação, vem atuando com força de orientação normativa, em busca da promoção dos direitos humanos, editando formas de proteção internacional contra a discriminação atentatória. Após uma queixa histórica de violação dos direitos humanos na Austrália, que traziam em suas leis a criminalização das relações homoafetivas, conforme GORISCH o Comitê Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR), vinculado ao Conselho de Direitos Humanos declarou que leis que violem os direitos LGBT violam as leis de Direitos Humanos (GORISCH, 2014, p. 41).

No Brasil, sua primeira demonstração foi em 2011, na apresentação da Resolução denominada de “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero”. Essa foi a primeira Resolução de defesa dos direitos das pessoas LGBTI+ a ser aprovada pela ONU. Ela apoia-se em dois princípios fundamentais que sustentam o regime internacional de

direitos humanos: igualdade e não discriminação. Sustenta ainda Dirceu que o Brasil, possui aceitação e internalização dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, com mecanismos protetivos às pessoas LGBTI+, observadas em prerrogativas reconhecidas e positivadas nos capítulos da nossa constituição (SIRQUEIRA; APARECIDO, 2018, p.169).

Conforme Canotilho, (2003, p. 1.396), com a criação do Estado burguês, um dos direitos humanos mais guerreados foi o direito à liberdade, que por muito tempo foi conjecturado como um direito negativo, ou seja, um direito de defesa dos cidadãos contra o poder do Estado Soberano, contudo entende-se hodiernamente que todo direito negativo se reverte também de caráter positivo e vice-versa, assim também é dever do Estado proteger e constituir essas garantias.

Quando os Estados passaram a constitucionalizar os direitos humanos, houve a preocupação pelo constituinte que determinadas garantias alcançassem patamares de segurança, que mantivessem a sua força normativa, impedindo até mesmo o próprio Estado de retirar, em seu núcleo mínimo, o sentido dos direitos ali elencados, simultaneamente, também obrigou o poder público a torna-los concretos e assegurar a sua eficácia (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012 p. 249).

No direito brasileiro, os direitos fundamentais tiveram avanço na Constituição de 1988, estando dispostos no artigo 5º da CRFB/88, como um valor supremo, que visam dar a todos os cidadãos, de forma universal, garantias julgadas essenciais para uma vida digna. Com essa positivação constitucional dos direitos humanos, a sociedade passou a entender que certos direitos precisavam ser protegidos ao máximo para que fosse respeitado a dignidade da pessoa humana, sendo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012 p. 249).

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 90), conceitua os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas relativas às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, servem como orientação para a sociedade, sendo, por seu conteúdo e importância, inseridas no texto constitucional e dessa forma foram retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados.

Dessa maneira, os direitos fundamentais direcionam os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que devem cumprir, aplicando em leis e atuações sociais,

normas que criam direitos a prestações positivas estatais. Entretanto, esses direitos não são absolutos também podem ser limitados e restritos, mas como dito anteriormente, o seu núcleo deve ser preservado.

Transparecendo valores tais como igualdade e liberdade, expondo uma maior valoração do indivíduo frente ao Estado e à coletividade, diversos grupos minoritários, no decorrer dos 34 anos desde a promulgação da Constituição, foi possível constatar maiores expressões políticas e sociais dessa classe, objetivando salvaguardar os indivíduos pertencentes a essas comunidades. Assim conforme Silva, são objetivos importantes ao exercício da cidadania e à concretização do próprio ideal do Estado Democrático de Direito, haja vista a possibilidade do cidadão de promover o bem-estar de todos, bem como coibir qualquer forma de discriminação, promovida pelas autoridades que representam a ampliação da concretização dessa dignidade (SILVA, 2020, p. 95).

Entre os diversos direitos fundamentais discutidos no julgamento da ADO n.º 26, estão sendo guerreados principalmente aqueles estabelecidos no caput do Art. 5º da CRFB, como o direito a igualdade, liberdade e segurança (BRASIL, 2019).

O diferente provoca estranheza entre os indivíduos, pois é criado um ideário de um ser padrão, superior, tal estrutura gera uma lógica preconceituosa, pois cria mecanismos de exclusão e discriminação para os ímpares (SILVA, 2020, p. 125).

Como muito bem sublinha Adilson Moreira:

Isso torna necessário o reconhecimento das relações entre cidadania e identidade, pois o pleno exercício dos direitos fundamentais requer a conformação pessoal a papéis socialmente determinados. *Minorias sexuais argumentam que o exercício da liberdade individual pode ser restringido ou impedido em função do caráter normativo da heterossexualidade.* Além disso, a presunção de superioridade moral da heterossexualidade legitima discursos que pregam a inferioridade moral de homossexuais, motivo da discriminação sistemática e de comportamentos violentos contra esses indivíduos. (MOREIRA, 2016, grifo nosso).

O direito a igualdade, veio encartado na Constituição Federal em vários momentos, no preâmbulo, no art. 3º como um objetivo fundamental da República, no art. 5º como um direito fundamental, também se encontra na Declaração Universal de Direitos do Homem, esse instituto prevê uma igualdade de aptidões e o direito ao tratamento

idêntico pela lei, vedadas discriminações absurdas e arbitrárias, dessa forma nenhum indivíduo deve ser vítima de tratamento diferenciado em razão da sua sexualidade.

Entende-se no presente trabalho que a igualdade buscada na ADO n.º 26 é a igualdade material, discriminando de maneira positiva certos atores sociais, para poder ser alcançada a equidade, conforme estabelece Rawls (2002, p. 66): todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.

A liberdade sexual e a livre orientação sexual são direitos intrínsecos aos seres humanos, espécie do gênero liberdade. O indivíduo deve ter liberdade de demonstrar sua orientação sexual sem ser reprimido por um padrão heteronormativo majoritário. Assim, enquanto possuidores de vontades, sentimentos e razão, a liberdade sexual e a livre orientação de gênero não podem ser desvinculadas do ser, sob pena de violar outros diversos direitos como direito à identidade, do direito a ser quem é, esses em seu núcleo essencial. (RAMOS, 2014, p. 53)

O exercício da sexualidade é um direito fundamental, os atos de violência praticados contra a população LGBTI+, buscam cercear o livre exercício de sua sexualidade, através de diversas formas de violência como nos casos de assassinatos, agressões das mais diversas formas como, agressão verbal, estupro corretivo (VIANA, 2019, p. 71).

Tais direitos, segundo própria Ação constitucional, devem ser concretizados, conforme o disposto no art. 5º, XLI, da Constituição Federal, determinando a punição a qualquer ato atentatório dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, atos discriminatórios e violentos contra a população LGBTI+ atingem a livre orientação sexual e livre identidade de gênero, invocando assim, como descrito por Tavares, o “direito a legislação” que somente se faz presente quando também existir a previsão constitucional do dever estatal de criar normas legais (TAVARES, 2003, p. 196). Na espécie, a Constituição Federal positivou que: A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), inserindo assim mandados constitucionais, essas normas não são meras leis, mas impõe um dever de concretização estatal (BRASIL, 1988).

Constata-se, portanto, que a Constituição impõe a realização de fins e tarefas aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, não podendo esse se desviar de tais mandados, logo, o legislador não pode atuar de forma ilimitada na produção de leis penais e nem mesmo se omitir no dever de tutela penal, sob o risco de se ausente a tipificação da conduta como crime, estará o Poder Público – precisamente, o Poder Legislativo – a incorrer em violação ao dever de proteção eficiente de direitos fundamentais e/ou de bens jurídicos constitucionais (SCALCON, 2009, p. 16)

Não há regulamentação infraconstitucional dos direitos da população LGBTI+, apesar dos constantes entraves, não é a primeira vez que o STF garante os direitos fundamentais dessa minoria, como no julgamento da ADI n.º 4277 e a ADPF n.º 132, nos quais a Magna Corte reconheceu o direito ao estabelecimento de união estável dos homoafetivos. Importa dizer também que o Supremo Tribunal Federal vem paulatinamente tomando decisões que redistribuem o acesso a bens jurídicos escassos a grupos minoritários, como no tratamento jurídico dado à violência sofrida pela mulher dentro de um contexto familiar/conjugal, a discriminação positiva em relação à reserva de vagas para afrodescendentes nos concursos públicos federais, em sede do ADC 412, dessa forma observa-se que não só a comunidade LGBTI+, mas a maioria dos grupos minoritários enxergam o STF como um palco para discutir e lutar por direitos fundamentais(VIANA, 2019 p. 17).

Vale ressaltar que os diversos direitos conquistados pela comunidade LGBTI+ são provenientes de pautas jurídicas, como nos casos: na alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil sem necessidade de cirurgia ou de tratamento hormonal (para pessoas trans), na possibilidade de homens gays doarem sangue, apenas para citar alguns exemplos que reforçam a inércia do Poder Legislativo. As decisões do Supremo Tribunal Federal demonstram que a jurisprudência da corte se constrói para que os direitos inalcançados dos marginalizados, sejam reestabelecidos (VIANA, 2019, p. 17).

Essa conjuntura decorre de uma postura conservadora do Congresso Nacional, além de uma cultura social homofóbica, entretanto não deve ser uma justificativa para que persista a existência de uma massiva violação dos direitos da população LGBTI+, que segue sendo vilipendiada das mais diversas formas seja através da estigmatização, humilhação, exclusão social, e principalmente focado nesse trabalho a violência e negação de direitos, especialmente os Direitos Fundamentais (MEDEIROS, 2016, p.10).

Assim, conforme o devido papel do Estado em promover a concretização dos direitos fundamentais, como ensina Robert Alexy (1997, p. 484-500), uma das principais características dos direitos fundamentais é que eles possuem caráter vinculativo, isso significa dizer que são direitos que caso sejam lecionados é possível, que sejam reconhecidos pelos tribunais. Desse modo, no cenário brasileiro, onde a comunidade LGBTI+ sofre com a criminalização de atos atentatórios motivadas pela orientação sexual e de gênero, fez-se necessário recorrer ao poder judiciário, para que não só houvesse a proteção da população LGBTI+, mas também da própria Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, que exerce o papel de Guardiã da Constituição, é a instituição responsável por garantir a autoridade da norma constitucional. Assim, todos os direitos fundamentais previstos na Carta Magna devem ser protegidos pelo Tribunal.

De acordo com Barroso, o papel do Supremo Tribunal Federal como principal órgão do Poder Judiciário é o papel contramajoritário, que exerce o controle judicial de constitucionalidade e tem como base dois principais embasamentos: a proteção dos direitos fundamentais; e a proteção do equilíbrio democrático e da possibilidade de ampla participação política por parte da população (BARROSO, 2018, p. 231).

Dessa forma, é defendido por Moraes acerca do papel do Supremo Tribunal Federal de guardar a Constituição Federal:

Assim é preciso um órgão independente e imparcial para velar a observância da Constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o poder federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos de soberania. (MORAES, 2018, P.544).

Após uma discussão aprofundada o Supremo Tribunal Federal, determinou que a homofobia se torne crime no Brasil, e equiparou a prática da homofobia com o crime de racismo, decisão extremamente paradigmática, que envolve a separação dos poderes, competência legislativa, limites de atuação, decisão que passará a ser analisada de forma crítica para que tais pontos possam ser superados.

3. ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ADO n.º 26/DF interposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) em conjunto com o Mandado de Injunção nº4733, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), realizada no dia 13 de junho de 2019, pelo Plenário do STF tiveram o mesmo objetivo, reconhecer a mora do Congresso Nacional, da apreciação de leis que criminalizariam as condutas homofóbicas, assim como disposto no acordão, o reconhecimento da omissão legislativa por parte do Congresso Nacional.

A decisão da Suprema corte foi palco de diversos conflitos no sentido jurídico, inclusive no próprio julgamento, com entraves argumentativos do ministro Marco Aurélio e o restante da corte, principalmente no tocante ao que compete a Guarda Constitucional (BRASIL,2019).

Visando de tecer um posicionamento acerca da posição do Pretório Excelso, passaremos a analisar principalmente a decisão dos Ministros Celso de Mello, relator da ADO n.º 26 e do Ministro Marco Aurélio, vencido na Ação, bem como de forma complementar os argumentos suscitados pelos ministros, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski (BRASIL,2019a).

O voto do ministro relator Celso de Mello merece algumas considerações. Na construção da sua argumentação o relator retomou através da historização a posição na qual a população LGBTI+ ocupa na nação, o Brasil como colônia portuguesa era regido também por leis do colonizador que condenavam os relacionamentos homossexuais com punições degradantes e violentas, mas não somente as leis a religião também teve um forte impacto sob a visão da sociedade, com um tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório. (BRASIL, 2019a, p.35).

O Ministro Relator elencou 18 pontos que foram sendo desenvolvidos durante o seu voto, o primeiro, nega o reconhecimento do pedido de índole condenatória, fundado em alegada responsabilidade civil do Estado, em face da união, sob o fundamento de que a solução de situações jurídicas concretas ou individuais não se coaduna com o objetivo de controle de constitucionalidade, essa solicitação recebeu o mesmo entendimento dos demais ministros. (BRASIL, 2019, p. 60).

Quanto ao cabimento da peça se justifica, pois, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é cabível, conforme art. 103, parágrafo 2º da CRFB/88, para sanar problemas relativos à efetivação de direitos constitucionais devido

à inobservância do poder público. Além disso, o ministro Alexandre de Moraes prevê duas situações que explicam sua necessidade, sendo essas a existência de normas constitucionais de eficácia limitada e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade e deve haver também uma relação conflituosa entre a conduta positiva exigida pela lei maior e a conduta negativa do poder público omissa, afirmando a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 2019, p. 8).

Entre os pedidos reconhecidos está o de declaração da inércia estatal em editar diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima, os ministros alegaram que se passou muito tempo para que houvesse a formulação de uma resposta plausível, sob o fundamento do dever jurídico do Congresso Nacional, com base no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Lei Fundamental bem como o art. 22, inciso I, da Constituição, (BRASIL, 2019, p. 81). Complementa o Ministro relator que a mora legislativa não está configurada apenas pela inexistência de projetos de leis, mas também por proposições já veiculadas, desde que evidenciada a superação excessiva de prazo razoável. (BRASIL, 2019, p. 84).

Ademais, é análise da corte a competência do Supremo para o acolhimento da tese e sua posterior solução, conforme afirma o Ministro Luís Roberto Barroso, o poder legislativo é responsável primariamente pela criação de leis, contudo, quando o Congresso não atua em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, o papel do tribunal se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição, exercendo entre outros, mas no caso em apreço a função contramajoritária:

Contramajoritário: é o papel que a Corte exerce quando declara uma lei inconstitucional. É chamado contramajoritário porque um órgão cujos membros não são eleitos pode, em nome da Constituição, invalidar um ato legislativo votado pelo Congresso que, supostamente, representa a vontade da maioria (BRASIL, 2019, p. 14-15).

O Ministro Celso de Mello (2019a, p. 77) entendeu que a Constituição é dotada de bases impositivas claras de punição penal e, que os incisos XLI e XLII do art. 5º, são inequivocamente, mandados de incriminação que preconizam a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e o crime da prática de racismo, afirmou, com sustentação na jurisprudência brasileira e alemã, a possibilidade

do controle da atividade legislativa em matéria Penal, com observância à proibição de proteção insuficiente, devendo a intervenção estatal por meio do direito penal, ser direcionada pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, pelo princípio da reserva legal proporcional.

Ao ressaltar a violência contra os integrantes da comunidade LGBTI+, demonstrada por estatísticas e fatos noticiados na imprensa, o Min. Celso de Mello (2019a, p. 77), sinaliza para o entendimento referendado posteriormente, de que o quadro de violação a direitos humanos, caracterizado pela inferiorização das pessoas LGBTI+, são comportamentos racistas.

O Ministro Relator rejeitou também a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceber crimes em anômala posição de legislador positivo, por não dispor de atribuição legislativa, o entendimento foi seguido pelos demais ministros. Mas entendeu também que é possível a aplicação da interpretação conforme, a presente lide realizando a equiparação ao conceito de racismo, sendo possível a aplicação da Lei antirracismo aos atos discriminatórios contra a comunidade LGBTI+, concordam que o racismo não se limita ao seu sentido vernacular ou comum, segundo o qual apenas seriam vítimas de racismo as pessoas negras.

A corte destacou que a discriminação racial não está restrita ao conceito antropológico e biológico, mas sim possui um conceito mais abrangente de dimensão cultural e sociológica, uma vez que compreende a desigualdade, a subserviência social e a negação da alteridade, da dignidade e humanidade de grupos vulneráveis, inferiorizados e estigmatizados, quer socialmente, quer juridicamente, como a população LGBT(BRASIL, 2019, p. 116), dessa forma a corte entendeu pelo enquadramento da criminalização da homofobia ao crime de racismo, tipificando como uma conduta criminosa na Lei nº 7.716/89. Dando como interpretação que raças humanas não existem, pois todos são iguais perante a lei, e que o problema da discriminação reflete as desigualdades enfrentadas pelo país. Como dispõe voto do ministro Celso de Mello, no julgamento da ADO 26/DF:

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. (BRASIL, 2019a, P. 115).

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, vencidos no julgamento, afirmaram que os atos discriminatórios contra grupos LGBTI+ somente poderiam ser punidos por meio de leis específicas aprovadas pelo Poder Legislativo. Isso porque a elaboração de leis é função típica do Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário julgar. Logo, ao estender a Lei do Racismo para enquadrar atos discriminatórios contra a comunidade LGBTI+ em seu dispositivo, estaria o Supremo Tribunal Federal agindo fora de seus limites legais, (BRASIL, 2019, p.558).

Além disso, e decorrência do princípio da reserva legal, é indispensável a existência de lei para tornar viável a punição penal de determinada conduta, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos na promoção da segurança jurídica. Contudo, para o ministro Marco Aurélio a Lei do Racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos, os núcleos penais incriminadores da Lei 7.716/1989 – raça, cor, etnia, religião e procedência nacional – não contemplariam orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2019a).

No que tange a inconstitucionalidade por omissão e a inércia do poder público, o ministro relato traz ao julgamento mais uma razão de sua decisão ao afirmar que a Constituição impõe proteção penal à população LGBTI+. Dessa forma, entendeu que a Constituição é dotada de bases impositivas claras de punição penal e, que os incisos XLI e XLII do art. 5º, são, inequivocamente, mandados de incriminação que preconizam a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e o crime da prática de racismo. (BRASIL, 2019, p.77)

Quanto ao prazo para criação de lei específica, o Min. Celso de Mello advertiu que se o Legislativo, após ser cientificado de sua omissão pelo Supremo Tribunal Federal, deixasse de adotar as providências cabíveis no prazo estabelecido, estaria por legitimar a possibilidade da corte constitucional em formular solução jurisdicional para viabilizar a aplicação de norma constitucional de eficácia limitada, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia. Outrossim, apesar do ministro Celso de Mello, analisar ser razoável a duração de 12 meses para que o Congresso elaborasse uma lei, nenhum prazo foi definido. (BRASIL, 2019a, p. 16).

4. A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA CRIMINALIZAÇÃO

A Constituição Federal brasileira traz expressamente a vinculação dos três poderes do Estado à concretização dos direitos fundamentais, por uma ação com implementação de políticas públicas ou regulamentação normativa, assim conforme ensinamento de SANTOS (2015, p. 9): todos os poderes públicos são vinculados aos direitos fundamentais, no sentido de que não se tratam de simples programas ou carta de intenção, mas de normas revestidas de razoável efetividade. Desse modo, é evidente que a segregação e o não reconhecimento de orientações sexuais e identidades de gênero minoritárias viola a Constituição de 1988 e seu compromisso com o pluralismo e a inclusão.

Diante dos dados apresentados, há uma real necessidade em dar assistência a população LGBTI+, por medidas estatais que deve partir de todos os órgãos para coibir agressões e resguardar esses indivíduos. Conforme decisão do ministro Celso de Mello em dados apresentados pelo *amici curiae*:

Os dados estatísticos demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios (BRASIL, 2019a, p.72).

Conforme o princípio da separação dos poderes, a atividade da elaboração de normas é típica do Poder Legislativo. Este é composto por representantes do povo, democraticamente eleitos. Nessa perspectiva, as leis atenderão aos interesses da maioria, pois esta consegue escolher, em eleições democráticas, seus representantes. Todavia, nem sempre os interesses da maioria 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 (VALENTE, 2020, p. 33).

Assim, mesmo que representantes da maioria, pode o Poder Legislativo ser omissor e falhar na atuação voltada para interesses das minorias. Diante dessa situação, veicula-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.

Entendemos, portanto, que a liberdade e a igualdade por serem direitos de primeira geração, o mandamento constitucional do Art. 5º, §1º supostamente deveria ser automaticamente aplicado, contudo, em razão desses direitos reverterem-se também de caráter prestacional a discussão não pode ser simples como um não agir estatal. Desse modo, realizando a interpretação conforme, a Magna Corte efetivou o fundamento através dos dizeres do Sarlet (2012, p. 270), no sentido proposto por Alexy, existindo um mandamento de otimização, deve o aplicador do Direito e todos os órgãos estatais, quando em dúvida acerca do alcance do Direito Fundamental, dar-lhe a maior eficácia possível.

Dessa forma, deve o Estado, ainda que através do judiciário, intervir para proteger e tutelar esse direito, em face da necessidade de preservação da integridade de direitos e de liberdades fundamentais, notadamente de grupos vulneráveis, sob pena da inércia do Poder Público transgredir o princípio que veda a proteção deficiente.

Além disso, entendemos existir mandados constitucionais explícitos criminalizantes, quando houver o comprometimento dos direitos fundamentais, na decisão analisada o Supremo Tribunal Federal revela que o disposto no inciso XLI do art. 5º da Constituição veiculam mandados expressos de criminalização, que impõem ao Congresso Nacional, para efeito de seu integral adimplemento, a obrigação constitucional de editar legislação incriminadora de condutas, positivas ou negativas, cuja prática implique comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais. Corroborando nesse ponto de vista o voto do Ministro Celso de Mello que ampara essas duas linhas argumentativas:

Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma *indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional* – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República. (BRASIL, 2019a, p.77, grifo nosso)

No que tange aos mandamentos constitucionais punitivos, considerando os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em particular ao voto do relator, Min. Celso de Mello, na ADO n.º 26, pode-se verificar que a razão decisória foi fundamentada na

doutrina constitucional penal, em precedentes internacionais e em jurisprudência do próprio Supremo para se chegar à conclusão de que o art. 5º, inciso XLI, da Constituição configura-se como um mandado de criminalização, e não de mera punição sancionatória não penal, logo também não há novos bens sendo tutelados uma vez que a própria Constituição federal já reprovava tais atos (Brasil, 2019a).

Com base nesses mandamentos constitucionais e a omissão normativa do Legislativo, entendemos que o STF atuou dentro dos limites constitucionais. A própria Constituição da República ao dispor sobre inconstitucionalidade por omissão resultante do descumprimento, pelo Poder Público, de medida ou providência destinada a tornar efetiva norma constitucional impositiva do dever de legislar, formula solução vocacionada a suprir o estado de vácuo normativo, como se deduz da cláusula fundada no § 2º do seu art. 103 da CRFB/88. Além disso, a decisão do excelso pretório só passaria a ter validade com a publicação do acórdão, não infringindo a anterioridade da lei penal (Brasil, 2019).

Com a equiparação da homofobia ao crime de racismo, devemos analisar a conduta do Supremo Tribunal Federal que ao decidir pela criminalização da homotransfobia buscou superar a missão do poder legislativo e evitar a supremacia de interesses majoritários, procurando o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, exercendo na visão de autores como Luís Roberto Barroso uma função contramajoritária, ao passo que é conferido ao Judiciário para anular, invalidar ou confirmar ao ato dos outros poderes. Por isso, o Supremo Tribunal Federal utilizou a técnica da “interpretação conforme” define Tatiana Poltosi Dorneles, corresponde a um método hermenêutico [...] cujo o fim é garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento constitucional, devendo ser utilizada, sempre para dar a lei o sentido adequado da Constituição Federal. (DORNELES, 2006). Dessa forma, seria possível aplicação *in malam partem*, por já acharem-se compreendidos no crime de racismo. Além disso, o excelso pretório baseou a sua explanação conforme a orientação de noção social de racismo, consagrada no caso Ellwanger (HC 82.424 RS), onde foi enquadrado dentro do crime de racismo pela comunidade judaica, para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89, não sendo a primeira vez que o STF utiliza tais formas de criminalização.

Cumpramos salientar a criminalização da homofobia a luz do direito penal simbólico, segundo o fundador deste conceito Jakobs(2033, p. 98) a missão a ser perseguida é a tutela da integridade do ordenamento jurídico e da própria aplicação das normas, segundo

o mesmo o direito penal simbólico surge da necessidade de tutelar bens jurídicos que sofrem metamorfoses diariamente, como no caso da homotransfobia, mas não só esse o direito penal tem poder simbólico, pois exerce a sua coerção através da pena e assim como salientado por Zaffaroni e Pieranelli “esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 93).

O trabalho não pretende esgotar o tema, entendemos que a decisão do supremo era necessária não apenas para comunidade, mas para o próprio estado do direito, e que tal situação para efeitos mínimos deve obter a atuação dos três poderes, apenas a criminalização não corrobora para a diminuição dos casos, mas uma mudança profunda renegando a heteronormatividade, por meio de educação e de políticas públicas, mas ainda permanecendo fiel ao criar-se o tipo penal específico da homofobia, o Estado atribuiu a condição de sujeito de direitos aos que pertencem a este grupo minoritário.

Outrossim, a própria Constituição da República de 1988 também pretende a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, raça, idade ou qualquer outro tipo de discriminação, contudo, faz-se necessário uma lei específica, mas enquanto não elaboram, penaliza-se com a lei de racismo.

No que concerne à analogia *in malam partem*, não resta configurada, em seus termos seria a adoção de lei prejudicial ao réu, reguladora de caso semelhante, em caso de omissão do legislador quanto determinada conduta. Mas como em informa Paulo Iotti no caso não ouve analogia (equivalência de situações diferentes) mas sim a equiparação (interpretação literal do texto constitucional), já determinado por lei (VECCHIATTI, 2019).

Por fim, a legítima atuação do STF ao criminalizar a conduta por meio de decisão judicial, alegou-se afetar o princípio da legalidade, disposto tanto no Código penal, como na Constituição Federal, em que dispõe a criminalização de qualquer conduta por intermédio de lei e da máxima “não há crime sem lei anterior que o defina”. Contudo, tal fator foi superado no bojo da própria decisão, O STF não tipificou uma conduta, mas sim, utilizou-se de interpretação conforme para equiparar a situação em pauta ao racismo, conforme permissão constitucional, assim não surgindo um novo fato, uma vez que o racismo já existe, contudo, na evolução do entendimento do que é racismo, esse abarcou outras condutas não vistas como tais.

Em meio ao século XXI, a democracia esbelta transcorrida na Constituição Federal não passa de valorizações que não são usuais, mediante o poder político que se infere na sociedade. A falta da regulamentação do Poder Legislativo em editar normas e leis específicas é inadmissível, em uma democracia como a de hoje.

A Constituição possui uma evolução a ser entendida e compreendida, sendo que os três poderes representam as necessidades da sociedade e do povo, se os mesmos negligenciam e omitem suas responsabilidades, esta sociedade estará desamparada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto ao longo do presente trabalho, os Estados Democráticos de Direito destacam-se pelo reconhecimento do pluralismo, da diversidade, a heterogeneidade, não apenas como dados, mas como elementos essenciais, justamente para a constituição do Estado e para a garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Um grande desafio por parte dos juristas e dos operadores de direito, sem sombras de dúvidas, é assegurar e sustentar a efetiva aplicabilidade da lei, que tem como finalidade os direitos fundamentais, baseando-se nos princípios constitucionais que de maneira legítima resguardam a materialização de um Estado democrático de direitos.

De fato, a população LGBTQI+, com os diversos dados não só angariados na Ação como também juntados no presente trabalho, são suficientes para demonstrar o risco que vive essa comunidade sexual, sofrendo diversas limitações, provocando não só uma violação aos direitos fundamentais, mas sim um verdadeiro estado de coisas inconstitucionais, uma violação massiva aos direitos dessa comunidade. Salientamos, 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.

Não restam dúvidas acerca da mora do legislativo do Congresso Nacional em resguardar os direitos dessa população, bem como os mandados constitucionais que estão sendo violados, para garantir a segurança, igualdade, liberdade e a própria vida.

Ressalta-se que, assim como Paulo Gustavo Gonet Branco, entendemos ser papel do judiciário a preservação dos núcleos essenciais, pois cabe a ele conferir o máximo de

eficácia possível, recusando “aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais.” (BRANCO, 2002, p.132).

O Supremo Tribunal Federal, ao longo dos últimos trinta anos, evoluiu, significativamente, a propósito desse tema, no plano jurisprudencial, buscando construir soluções que pudessem fazer cessar esse Estado Inconstitucional de omissão normativa.

Se o poder legislativo se omite, o judiciário é acionado, sendo parte da engrenagem do sistema democrático de freios e contrapesos, deve atuar com máxima efetividade para dar cumprimento aos comandos constitucionais. Sem se esquecer, é claro, que estamos diante da tensão entre duas liberdades, a liberdade de existência digna da população LGBT e a liberdade individual respaldada pelo princípio da reserva legal. Logo, com a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 e o mandado de injunção nº4733, que declarou a omissão constitucional, pautada por razões socialmente relevantes, buscou-se criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas através da interpretação do crime de racismo, entendido em seu sentido amplo, ou seja, racismo social, do qual a homofobia está inserida.

Ademais, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade citados, assim como as normas do inciso XLI, do art. 3º da CRFB/88 que elenca, entre os objetivos fundamentais da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” e do inciso XLI da cabeça do art. 5º que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais”, foram devidamente aplicadas dão o devido respaldo constitucional para medidas efetivas do estado em resguardar a proteção dos indivíduos da comunidade LGBTI+.

Conforme o fundamento dos ministros do Supremo a homotransfobia é crime a partir da interpretação conforme a Constituição, autorizada pelo procedimento estabelecido nas leis que disciplinam o mandado de injunção e as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, a interpretação da suprema corte está fundada na teoria dos direitos fundamentais e nos mandados de criminalização.

Assim, em um país permeado por circunstâncias legislativas patológicas ou disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de

preconceito endêmico, é necessário, mesmo que sutilmente, a atuação da jurisdição constitucional na proteção de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença. v. 16, n. 1, pp.217-266, jan./jun. 2018. DOI: 10.24859/fdv.2018.1.012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 127.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 03 de agosto de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 515, de 2017. Altera a Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no 26, Voto Min. Alexandre de Moraes. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de setembro de 2022. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf> Acesso em: 13 de setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no 26, Voto Min. Celso de Mello. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de setembro de 2022. Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/ADO-26-Voto-Min.-Luis-Roberto-Barroso.pdf> Acesso em: 13 de setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 2019a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf> Acesso em: 13 de setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1.396.

DORNELES, Tatiana Poltosi. **O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição**. Portal âmbito jurídico, 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-controle-deconstitucionalidade-e-a-interpretacao-conforme-a-constituicao/>. Acesso: 16 de outubro de 2022.

GORISCH, Patricia. **O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewall à ONU**. Curitiba: Appris, 2014.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MEDEIROS, Adrielle da Rocha. A negação dos direitos LGBTs no Brasil: expressões na mídia hegemônica e nos projetos de lei em tramitação no congresso. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Natal, RN, 2016.

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

MOREIRA, Adilson José. **Direitos fundamentais como estratégias anti-hegemônicas: um estudo sobre a multidimensionalidade de opressões**. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 09, n. 03, p. 1559-1599, 2016.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Gov.br, 26 de abril de 2022, disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/relatorios-internacionais-1/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos> acesso em 27/10/2022

RAMOS, Luana Moreira Cruz. **A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**. UNIRIO, 2014, P 53.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 66.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. **O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, 2001, p. 53 apud WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana**, Reflexões a partir da filosofia de Kant, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p.92.

SANTOS, Fernanda Barbosa dos; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DUARTE Hugo Garcez. **Direitos fundamentais: a busca por sua efetivação**. Disponível em: . A, p.9.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** . 11º edição, Ver. Atal Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2012. p. 270 e ss.

SARMENTO Daniel; NETO Pereira de Souza. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho** /. .v- 1. ed. -- Belo Horizonte : Fórum, 2012.

SCALCON, Raquel Lima. **Mandados Constitucionais (Implícitos) De Criminalização**. Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul. 2009

SILVA, Danler Garcia. **Discurso judicial e criminalização da homotransfobia no Brasil: Ponderações desde uma teoria e criminologia queer**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Lairce Santos; MONTEIRO, Krislianne dos Santos. **A judicialização dos direitos fundamentais em decorrência da ineficácia das políticas públicas no Brasil**

/ The judicialization of fundamental rights due to the inefficiency of the public policies in Brazil, v. 18 n. 1 (2018): Revista Libertas - ISSN: 1980-8518 (jan. jun. 2018)

SIQUEIRA, Dirceu Pereira Siqueira; APARECIDO, Machado Robson. **REVISTA DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA**. Editora Unijuí, ano 6, n. 11 , jan./jun, 2018, ISSN 2317-5389 Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí. <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>

TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo. V. A.; LENZA, Pedro. **Constituição Federal 15 anos – mutações e evolução – comentários e perspectivas**. In artigo de: PORTO, Noemai A. Garcia. Constituição dirigente, o direito à legislação e as omissões inconstitucionais. P. 196. São Paulo: Editora Método, Grupo Gen. 2003.

VALENTE, Ana Karenyna Guedes. **Criminalização da homofobia no Brasil: legitimidade e possibilidade por meio da ADO26/DF**. UFC, 2020.50f. Traalo de Conclusão de Curso(graduação)- Universidade Federal do Ceara, Faculdade de direito, Curso de direito, Fortaleza, 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Racismo homotransfóbico e a população LGBTI como um grupo racializado**. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019) 28052019. Acesso em: 05 de setembro de 2022

VIANA, Eduardo Lourenço. **A liberdade sexual, um direito fundamental: reflexões sobre a (in)constitucionalidade da omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Volume 1 - Parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: Volume 1 - Parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Eu, Glissianne M. de Sousa, graduad(a) em pedagogia pela Santa Agostinho, declaro para o Centro Universitário UNINOVAFAPÍ que revisei o Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito intitulado **A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA ADO nº 26**, dos alunos ANA PAULA NUNES PIRES, ANDRESSA BELARMINO RODRIGUES DA ROCHA e LEONARDO FERNANDES SILVA. Declaro ainda que o presente trabalho encontra-se de acordo com as normas ortográficas e gramaticais vigentes.

Teresina, 04 de 11 de 2022.

Glissianne Margara Melo Melo de Sousa

Nome completo e Registro do Conselho Letras ou Português/ ou
CPF/RG