



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA AMANDA DOS SANTOS SAMPAIO

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA FRENTE À DECISÃO DA SUPREMA  
CORTE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO –  
ADO 26.**

Juazeiro do Norte  
2020

MARIA AMANDA DOS SANTOS SAMPAIO

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA FRENTE À DECISÃO DA SUPREMA  
CORTE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO –  
ADO 26.**

Monografia apresentada à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito do Centro  
Universitário Dr. Leão Sampaio, como  
requisito para a obtenção do grau de  
bacharelado em Direito.

Juazeiro do Norte  
2020

MARIA AMANDA DOS SANTOS SAMPAIO

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA FRENTE À DECISÃO DA SUPREMA  
CORTE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO –  
ADO 26.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para obtenção de grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

DANIELLY PEREIRA CLEMENTE

Orientador(a)

---

ANTÔNIA GABRIELLY ARAÚJO DOS SANTOS

Avaliador(a)

---

RAFAELLA DIAS GONÇALVES

Avaliador(a)

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA FRENTE À DECISÃO DA  
SUPREMA CORTE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR  
OMISSÃO – ADO 26.**

Maria Amanda dos Santos Sampaio<sup>1</sup>  
Danielly Pereira Clemente<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso visa pontuar a possibilidade da criminalização da homofobia no Brasil, diante decisão da Suprema Corte Brasileira na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADO de nº 26, julgada em 20 de fevereiro de 2019. Neste intento, o presente artigo busca entender como a criminalização de tais condutas resultam na defesa de direitos e garantias fundamentais das pessoas que se inserem diretamente na comunidade LGBTQIA, como forma de proteção à classe mais atingida, que são bastante comuns na sociedade moderna, principalmente no Brasil, onde a violência ainda é um problema social de grande relevância. Para cumprir esse desiderato, há de pautar na análise do contexto histórico, conferir os princípios que alicerçam a temática e, por fim, tecer comentários no que diz respeito ao a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Deste modo, visto que, a República Federativa do Brasil possui compromissos legais com o amparo e a proteção da dignidade da pessoa humana, em todas às escalas e esferas, sem distinção de cor, raça, sexo, a proteção a indivíduos como os da comunidade LGBTQIA, também se mostra como método eficaz para proteção dos mesmos. Quanto ao método, a pesquisa foi elaborada sob a égide da forma qualitativa, tendo como resultados a busca de motivos para criminalização da homofobia e sua eventual redução.

**Palavras-chave:** Criminalização. Homofobia. ADO 26.

**ABSTRACT**

The present work of completion of course, aims to point out the possibility of criminalizing homophobia in Brazil, in the face of the decision of the Brazilian Supreme Court in the Direct Action of Unconstitutionality by default - ADO No. 26, judged on February 20, 2019. In this attempt, the This article seeks to understand how the criminalization of such conduct results in the defense of fundamental rights and guarantees of people who are directly part of the LGBTQIA community, as a way of protecting the most affected class, which are quite common in modern society, especially in Brazil, where violence is still a major social problem. In order to fulfill this aim, it is necessary to base the analysis of the historical context, check the principles that underpin the theme and, finally, make comments regarding the Right to Unconstitutionality Action. Thus, since the Federative Republic of Brazil has legal commitments to the protection and protection of the dignity of the human person, at all scales and spheres, regardless of color, race, sex, protection for individuals such as those in the community LGBTQIA, also shows itself as an effective method to protect them. As for

---

<sup>1</sup>Discente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: [mariaamandasampaio@gmail.com](mailto:mariaamandasampaio@gmail.com)

<sup>2</sup>Docente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: [daniellyclemente@leaosampaio.edu.br](mailto:daniellyclemente@leaosampaio.edu.br)

the method, the research was carried out under the aegis of the qualitative form, resulting in the search for reasons for criminalizing homophobia and its eventual reduction.

**Keywords:** Criminalization. Homophobia. ADO 26.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade vive atualmente um conjunto de mudanças. Desta feita, é papel do Direito, de certa forma, vir para organizar e regular várias questões, como por exemplo, regular a criminalização da homofobia, tema da presente pesquisa. O tema proposto é uma das questões que mais necessitam da ciência jurídica, tendo em vista a gritante falta de respeito para com esse grupo, principalmente na constante situação de violação aos direitos fundamentais, principalmente ao princípio basilar da Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são garantias dadas pelo constituinte originário. São direitos inerentes a todos os seres humanos sem distinção alguma, deliberando garantias de liberdade e igualdade entre outros direitos fundamentais. Desta forma, a comunidade LGBTQIA não pode deixar de ter essa proteção haja vista que se tratam da mesma espécie, a orientação sexual não os tira a condição de ser humano. No entanto, não é esta a realidade enfrentada atualmente.

O Brasil registra atualmente um valor recordista de mortes de pessoas transexuais, lésbicas, gays, etc. (CAMARGO, 2011). Tal situação se mostra totalmente desarrazoada e desproporcional, principalmente em um país que garante à igualdade entre os povos, não havendo qualquer parâmetro de distinção, tendo ainda, um caráter protetivo à vida, à liberdade e, sobretudo, à igualdade. (Idem, 2011).

Visto a existência da tamanha situação de violência contra ao grupo retro mencionado, houve e há uma urgente necessidade de ação do direito perante estes, que sofrem diariamente com o preconceito, a violência à falta de respeito aos seus direitos, tendo muitas vezes suas próprias vidas cerceadas pela ignorância sobre o tema. Essas questões sociais relacionadas com às manifestações culturais e comportamentais da comunidade LGBTQI são tratados em diferentes concepções. Para muitos, tratam-se de pessoas doentes e, para algumas correntes religiosas como pecadores.

Não obstante, mesmo diante de tamanha luta desta minoria política, cada dia mais pessoas, familiares e simpatizantes, estão em luta constante para a concretização da igualdade e respeito. Embora, também existem diversas resistências por parte da sociedade ainda para

aceitar a orientação sexual do outro, o que leva a um quadro de grave violação aos direitos fundamentais desse grupo.

De fato, a sociedade está em evolução. No entanto, tal parâmetro não significa concluir que algumas pessoas seguem este mesmo fluxo. Pois, infelizmente determinadas classes não se submetem ao avanço jurídico e decidem permanecer no retrocesso. A partir do momento que o conceito de família for encarado de forma diferente, talvez o preconceito comece a ser desfeito, principalmente adicionando à necessidade da educação, para que esta e às futuras gerações possam entender a normalidade de tais comportamentos.

Este tipo de situação geralmente está presente em todos os lugares, seja na escola, igrejas, ruas e avenidas. São várias as formas de discriminação, podendo ser manifestada mediante qualquer forma de violência, seja ela física ou verbal, causando danos irreparáveis às vítimas. (Idem, 2019).

Diante dessas situações surge o termo “homofobia” que é aplicado a todo e qualquer tipo de ação de desrespeito e repúdio a pessoas que possuem gênero e orientação sexual diversa. Ela possui o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos mais diversos campos.

Os movimentos sociais, como o movimento de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais, Bissexuais (LGBTQIA do Brasil) e o Grupo Gay da Bahia – GGB, têm papel fundamental no processo de conquista de direitos. Pois para que haja viabilidade são necessários sujeitos que estejam dispostos a lutar por seus direitos. A existência de um tipo penal específico que determine a homofobia como um crime, pode representar uma forma de solução de um conflito social, uma vez que, embora reconhecida pela Suprema Corte, em forma de decisão jurisprudencial, muitos ainda se apegam a impunidade.

A criminalização da homofobia está diretamente relacionada com ideologias discriminatórias e instigadoras de violência, se tornando necessária uma legislação que impeça a exteriorização de sentimentos preconceituosos e que cuide das vítimas desse preconceito. Sendo assim, o real objetivo do presente trabalho é analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de ADO, (Ação direta de inconstitucionalidade por omissão) nº 26, que criminalizou a homofobia no Brasil e investigar se essa criminalização é suficiente para impedir o grave quadro de violência homofóbica no Brasil, dando ênfase ao contexto histórico de liberdade sexual no Brasil e no mundo, e dos direitos humanos.

Deste modo, para alcançar tal desiderato, deve, primeiramente, realizar uma análise histórica do direito à liberdade sexual, bem como correlacionar aos princípios fundamentais, como o direito à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana e, por fim, detalhar os

motivos que ensejaram a criminalização da conduta de homofobia frente ao Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao método usado foi de natureza qualitativa. Ou seja, foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica, de natureza exploratória, que buscou compreender como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão foi devidamente tratada na Corte suprema brasileira, através de artigos, periódicos, baseado em estudos de autores como José Afonso da Silva, Franco Bahia, Marina Camargo, entre outros pensadores que elaboraram trabalhos pertinentes ao assunto.

A pesquisa qualitativa é, por sua vez, aquela que busca um referencial de dados teóricos, buscando-os relacionar com a fonte do tema. Ou seja, é por meio de bases de dados, como livros, revistas, artigos, etc. Dando azo, desta forma, a uma melhor compreensão do tema no tocante ao assunto em liça. (GIL, 2017). Foram essenciais para a construção deste trabalho, a leitura de diversos autores como Marina Camargo, Alexandre de Franco Bahia, Celso de Melo, José Afonso da Silva, dentre outros.

Doutra banda, foi condição essencial analisar a presente decisão frente ao acervo bibliográfico, a fim de investigar se a criminalização da homofobia, podendo ser conclusiva no que diz respeito a ser suficiente ou não para coibir à violência, o preconceito e outras condutas discriminatórias, pelo qual se faz como uma constante na sociedade moderna, tendo um número elevado de vítimas.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO À LIBERDADE SEXUAL**

Há longos períodos históricos a homossexualidade pode ser constatada, não podendo ser definida como um fenômeno recente. Exemplo disto se dá na Grécia Antiga, na sociedade ocidental, onde a prática da homossexualidade era plenamente aceita. A relação sexual entre adultos e adolescentes do mesmo sexo era como uma preparação para a vida adulta e marital dos jovens, havendo uma larga aceitação social. (DIETER, 2016).

No mesmo arremate, na Roma Antiga, a homossexualidade também era algo muito comum entre os povos, entretanto eram sustentadas regras que impediam que os cidadãos se relacionassem com pessoas de nível inferior. (*Idem*, 2016). A bissexualidade ativa gozava de aceitação plena em Roma e estes deviam cumprir seus deveres com a sociedade sem assumir o papel de passivos ou relações subordinadas. Posterior ao governo de Justiniano, a Roma começou a condenar as práticas homossexuais. Esse posicionamento foi adotado nas Idades

Média e Moderna, em especial pela Igreja, tendo influência direta até o os dias atuais. (*Ibidem*, 2016).

Tem-se alguns registros de relações entre pessoas do mesmo sexo, nas civilizações americanas. (*Ibidem*, 2016). Tais práticas só passaram a ser recriminadas logo após as colonizações espanhola e portuguesa, com as missões jesuíticas. Ou seja, a homossexualidade nem sempre foi vista e interpretada com juízo de valor negativo, mesmo com registros de alguns históricos bastante rígidos, como no caso da Grécia Antiga. (COURRI, 2016).

Ou seja, a conotação negativa de tal prática acompanha o desenvolvimento das religiões monoteístas, como podemos citar o cristianismo, o islamismo etc. Se norteando segundo a tradição judaico-cristã, a homossexualidade constitui um grande pecado e, portanto, não poderia existir. Já na Idade Média, a Igreja iniciou a prever punições aos que praticavam relações homossexuais, passando a condenar e punir essas pessoas. Com a prática de afogamentos, enforcamentos e fogueira. (CAMARGO, 2011).

Os homossexuais nessa época passaram a ser perseguidos e queimados publicamente como forma de inibir tais atos semelhantes entre outras pessoas, ou seja, para que outros indivíduos não incorressem em atos como o da homossexualidade. Isso ocorreu após o acometimento da Peste Negra<sup>3</sup> ou também chamada de bubônica, que assolou por diversos anos e matou diversas pessoas nesta época. Voltando ao contexto, os castigos praticados aos entes da classe mencionada, eram tidos como forma de banimento de um vício, bem como uma suposta forma de purificação do indivíduo por meio da dor e do sofrimento. (COURRI, 2016).

Durante o Iluminismo podem ser observadas políticas institucionais no sentido de repensar tais punições. Havendo o emprego do racionalismo e a separação entre Igreja e Estado, este marco foi essencial para esse processo de criação de políticas primárias no objetivo de rever tais punições, por serem extremamente excessivas e abusivas. No século XX, ainda persistiram práticas governamentais no sentido de punir a homossexualidade. (COURRI, 2016).

Exemplo de tamanha crueldade foi a política nazista alemã que introduziu o crime de homossexualidade, perseguindo e executando pessoas. (COURRI, 2016). A própria Igreja Católica atualizou o seu preconceito, modificando apenas algumas nuances em documentos oficiais: compaixão pelos indivíduos homossexuais, mas mantendo a reprovação da

---

<sup>3</sup> A peste negra foi uma pandemia na história da humanidade, resultando na morte de 75 a 200 milhões de pessoas.

homossexualidade em si e de qualquer política de igualdade de direitos com os heterossexuais. (RACHELS, 2014).

Em determinado momento da história, a homossexualidade deixou de ser taxada como um pecado e passou a ser estudada pela ciência médica, com a ideia de que o homossexual não era mais um pecador e sim um doente, a qual precisava de um tratamento. A homossexualidade era uma contraposição a uma condição normal, que no caso era a heterossexualidade. Ou seja, de um extremo a outro, de pecador a pessoa acometida de mal grave. (*Idem*, 2014).

A palavra gênero refere-se ao íntimo da pessoa, representando uma construção feita pela própria pessoa conforme sua vida e suas experiências, de acordo com o meio em que a pessoa vive sua cultura local, desenvolvendo assim a sua verdadeira forma de exercer a sexualidade, além das características físicas. Foi desenvolvida uma série de teorias interpretativas e, paralelamente, uma série de terapias para curar a "doença" da homossexualidade. (RIOS, 2016).

Essa expressão antes tratada por homossexualismo cujo sufixo “ismo” remete uma situação de mal, desvio ou patologia. Isso pendurou até o ano de 1973, quando deixou de ser assim classificada, pois segundo à Associação Psiquiátrica Americana deixou de considerar como transtorno mental e removeu de seu Manual de Diagnóstico e Estatística de transtornos Mentais (DSM). Em 1992 uma Resolução da OMS (Organização mundial da saúde) removeu a homossexualidade como um transtorno mental, retirando-a da Classificação Internacional de Doenças (CID), pois concluíram que o comportamento não se tratava de uma doença. (RIOS, 2016).

Através da Resolução 001/99, no ano de 1999 o Conselho Federal de Psicologia (CFP) estabelece a atuação dos psicólogos quando se trata de orientação sexual:

[...] Art. 3º – Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único – Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura da homossexualidade. RESOLUÇÃO CFP. (BRASIL, 1999).

Mesmo diante de tamanha evolução de pensamento, estudos posteriores afirmaram que a homossexualidade seria influenciada por fatores genéticos hereditários, causando uma discórdia entre os estudiosos da área, surgindo então uma segunda corrente a qual afirma que a homossexualidade está relacionada a fatores sociais, e ao meio ambiente que o indivíduo é

criado. E, para uma terceira corrente a mesma é fruto do meio social associado a fatores genéticos, o quer seria um caráter misto. (RIOS, 2016).

De certo é que, nenhuma das teorias acima expostas, pôde de fato explicar um fenômeno tão complexo como as causas da orientação sexual. Para Freud, grande psicanalista, a homossexualidade não é uma doença, nem algo que possa causar tamanha situação de vexame. Para o douto pesquisador, trata-se apenas de uma variação da função sexual – inclusive, plenamente constatada em animais e demais seres vivos. (FREUD, 1895). Atualmente no Brasil, todos são livres para sua liberdade sexual. A liberdade sexual assemelhasse na formação da dignidade da pessoa humana, pois é de muita importância à autonomia do indivíduo em ter sua independência no tocante a orientação sexual ou identidade de gênero.

### **3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

Para a seara jurídica, o termo princípio é designado pela vontade da sociedade. (REALE, 2015). É alcançado como o espírito da norma, vem do latim principium, ou seja, origem, começo. Os princípios devem ser considerados como verdades sejam pela aplicação ou formação de uma norma. (Idem, 2015)

Para Reale (2015), os princípios são definidos como verdades ou juízos fundamentais servindo de garantia de um conjunto de alicerces, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção de realidade. O Direito a Liberdade refere-se à limitação do Estado em intervir na intimidade de cada pessoa, podendo ser a liberdade de pensamento e consciência, a livre escolha de expressão, manifestação e culto, sem determinações sobre qual conduta a seguir de modo que ele tenha livre escolha para decidir o quer adotar para si. (REALE, 2015).

A liberdade é plena, mas não pode se opor a lei, ou seja, a liberdade não pode ser utilizada para justificar a prática de um ato ilícito. Sempre a analisar a moral, os bons costumes e o respeito. O Brasil é considerado um país laico, não se limitando a nenhum credo religioso como oficial, sendo que a Igreja e o país são independentes entre si, assim como a liberdade e igualdade de todas as religiões, buscando uma convivência harmônica entre ambas e suas diversas manifestações de crenças. (REALE, 2015).

Assim, o direito a Igualdade é algo bastante discutido a respeito desse princípio. É o paradoxo entre a questão da diferença entre a igualdade na lei e igualdade perante a lei.

Entende-se que a igualdade na lei é para o legislador. E a igualdade perante a lei, seria para aquele que executa a lei, aplicando a todos sem distinção de qualquer natureza. Ficando o legislador limitado a edição de normas que não façam discriminações entre as pessoas que estão em situações idênticas. (FRANCO BAHIA, 2018).

A Constituição de 1988 garantiu a todos os cidadãos brasileiros a igualdade. No seu artigo assim se demonstra:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (...) (BRASIL, 1988.)

Da mesma forma, é de grande valia analisar o que disciplina o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, em seus dizeres:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicidade pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. (MELO, 2008, pág.87).

O direito à igualdade pode ser tratado como um norte para os demais princípios. Do mesmo modo, o referido diploma legal deixa implícito que não pode ter qualquer ato discriminatório em razão de sua origem, raça, sexo, cor, idade, condição social, orientação sexual ou religiosa. Proibindo ainda, qualquer forma de discriminação contra direitos comuns, aplicando sanções, sempre levando em conta o princípio da igualdade. (BRASIL, 1988).

Na Constituição cidadã de 1988, a igualdade é compreendida, basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade material e o da igualdade formal. Perante tal pensamento, a igualdade formal é aquela positivada, que aduz a equidade entre os indivíduos. Enquanto que, a igualdade material é a intenção pela igualdade real, destinando os desiguais ao tratamento desigual, de acordo com as suas situações de desigualdades. (SILVA, 2011).

Doutra banda, no tocante ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este se mostra como uma característica inerente à condição de ser humano e seu conceito acompanha a evolução do homem. A norma não concede, ela apenas reconhece, não há um “direito” à dignidade, o que há é o direito ao respeito. Ou seja, ao falar sobre a dignidade da pessoa humana não está se falando apenas de um direito, e sim de um atributo que todo e qualquer ser humano possui independentemente de qualquer requisito, não havendo limites para a proteção desse direito. (SILVA, 2011).

Este princípio é fixado como axioma central pela Constituição Federal de 1988, conforme consagra no seu dispositivo do artigo 1º, inciso III, podendo ser considerado como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui – se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Como um axioma fundamental, sustenta-se que todos os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos estão presentes no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Assegurando vários direitos, bem como a integridade física, liberdade física e psicológica, a vida e muitos outros direitos. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.60) conceituação a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2012, pág. 212).

Desta maneira, por tudo exposto, o Estado e a sociedade precisam manter o respeito, para que seja possível viver em harmonia. Todos os seres humanos são sujeitos de direitos, e jamais devem ser tratados como coisa, o respeito ao próximo é essencial. Assim como o Estado tem o direito de proteger e promover condições que viabilizem a vida com dignidade de todos, independentemente da orientação sexual, gênero, etc. Devendo ainda, impor o dever de condutas positivas propenso a efetivar e proteger a pessoa humana.

#### **4 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – ADO Nº 26.**

Atualmente a homofobia se mostra como um problema social preocupante, que assola diversas famílias, pessoas, grupos no Brasil e no mundo. As práticas homofóbicas não têm lugar/espço/tempo definido para acontecer, está em todos os locais, seja na escola, nas ruas ou até mesmo nos templos religiosos. É bem visível que a orientação sexual diferente da heterossexual é motivo fútil para advir causas da violação aos direitos dos indivíduos, ferindo sua dignidade humana. (GRUPO GAY DA BAHIA, 2016).

Uma das maiores preocupações na atualidade são os atos de violência praticados contra determinadas pessoas, em virtude de sua orientação sexual. Estes atos são movidos apenas pelo ódio ou preconceitos, que são praticados independentes de religião ou visões conservadoras, que não entendem ou compreendam a questão da diversidade cultural e sexual. As condutas criminosas praticadas contra à comunidade LGBTQIA, não podem ser consideradas apenas ou assemelha-las com a violência física e tão somente, aquela que, caracterizada pelo uso de facas, pedras, ou ações exageradas, pois afetam a integridade e a liberdade do indivíduo. (FRANCO BAHIA, 2018).

Desta forma, é possível classificar tais ações como crimes de ódio – ou seja, o dano emocional e psicológico é irreparável. A proposta de conscientização da sociedade sobre a liberdade de direitos é bem interessante, no entanto não depende somente da atuação do Poder Público, pois esse sentimento de repulsão vem de cada indivíduo e a sua inexistência somente terminará quando cada um se conscientizar da dignidade que cada ser humano possui para viver da forma que bem desejar, desde que, seus atos não sejam ilícitos ou que prejudique a vida de outrem. (RACHELS, 2014).

Sobre a tipificação da homofobia espera-se que a lei seja capaz de assegurar e promover a todos a proteção legal. O Estado possui a atribuição de estimular a educação e dar condições para que o preconceito seja combatido diretamente em suas raízes, com a educação e a efetivação de suas políticas públicas, com o objetivo de garantir à redução a impunidade. O conflito entre valores e garantias constitucionais é muito evidente, o qual necessita de uma solução adequada para essa divergência. (FRANCO BAHIA, 2018).

Deste modo, eis que surge a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26, frente ao Supremo Tribunal Federal, no afimco de determinar mudanças e fazer com que, a partir desta medida, criminalize atos de homofobia, por ausência de norma em específico que regulamentasse tal situação de fato. O cabimento da ADO requer uma relação conflituosa entre a Constituição Federal e a atuação do Poder Público. A incompatibilidade entre a conduta positiva que é exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omissa se configura a chamada inconstitucionalidade por omissão. (SILVA, 2017).

A existência de políticas públicas esparsas e principalmente de legislações estatais que combatam as práticas homofóbicas e transfóbicas não afastou a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, este foi o estudo retratado pela Secretaria de Direitos Humanos, no tocante ao Relatório sobre violência homofóbica no Brasil, no ano de 2012. (BRASIL, 2012).

O Grupo Gay da Bahia, grande percussor na defesa da comunidade LGBTQIA também registrou no documentário denominado “Assassinatos de LGBT no Brasil”, por meio de um Relatório formulado no ano de 2015, um número de 318 (trezentos e dezoito) mortes de LGBTQIA, ou seja, isso significa dizer que, a cada 27 (vinte e sete) horas, uma pessoa é vítima por crime de ódio no Brasil. Vejamos os dados estatísticos:

Estatisticamente isso representa cerca de um crime de ódio a cada 27 horas. Dos 318 assassinados, 52% são gays, 37% travestis, 16% lésbicas, 10% bissexuais. De acordo com o relatório, a homofobia matou, inclusive, pessoas não LGBT: 7% de heterossexuais foram confundidos com gays e 1% foram mortos por terem sido confundidos como amantes de travestis. O texto também aponta que, proporcionalmente, as travestis e transexuais são as mais vitimizadas. “O risco de uma “trans” ser assassinada 14 vezes maior que um gay, e se compararmos com os Estados Unidos, as 119 travestis brasileiras assassinadas em 2015 em comparação com as 21 trans americanas, têm 9 vezes mais chance de morte violenta do que as trans norte-americanas. (GRUPO GAY DA BAHIA, 2016, pág 12).

Os Estados recordistas deste parâmetro estão em ordem: São Paulo, Bahia, Mato Grosso do Sul. Foi por meio deste estudo que o Brasil se tornou um dos países mais transfóbicos do mundo. Diante do referido arquivo, o Partido Popular Socialista (PPS) com base nas referidas pesquisas, ajuizou a referida ação, requerendo ao Supremo Tribunal Federal (STF) que declare a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminalizassem atos de homofobia. O ministro Celso de Mello foi o relator da presente medida. (BRASIL, 2019).

Segundo o Partido que ajuizou a medida frente a Suprema Corte, o referido intento judicial se mostra como um mecanismo para forçar o Poder Legislativo a se fazer presente junto a causa, e neste azo, criar uma legislação específica pela qual possa se punir atos de homofobia e a transfobia, a qual são espécies de racismo<sup>4</sup>. O entendimento do Supremo foi ao encontro de que, pela interpretação vinculada à dignidade da pessoa humana, deve-se sempre proteger tão axioma máximo, uma vez que, é função do Tribunal proteger à Constituição e às garantias fundamentais.

Constitui racismo não tão somente a discriminação da cor, mas também a exclusão do indivíduo por conta da sua identidade de gênero, orientação sexual, religiosa, etc. De acordo com os argumentos jurídicos que resguardam-se no mérito da ação, a criminalização específica, tem força de norma cogente e ordem constitucional, a qual tem relação direta ao

---

<sup>4</sup> Racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo - implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero). (MIRABETE, 2019).

racismo- crime este previsto no artigo 5º (inciso XLII)<sup>5</sup> da Constituição Federal - ou, secundariamente, às violações a garantias fundamentais. (BRASIL, 2013).

Frente aos fatos, segundo a narrativa delatária, o Congresso Nacional esteve totalmente omissos em não votar o projeto de lei que visava efetivar tal criminalização, o que causa um grande limbo legislativo no tocante à situação narrada. Desta feita, os pedidos centrais da presente ação estão ao encontro de que toda prática de homofobia e transfobia devem ser punidas com o inteiro teor da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei de racismo), para que se possa obter uma maior eficácia e diminuir o número de violência contra a comunidade LGBTQIA. (BRASIL, 2013).

Doutra banda, embora extremamente arrazoada a tamanha medida, alguns juristas defendem que a Ação direta por omissão, contendo pedidos como estes, em requerimento à uma legislação específica, uma vez que, estaria supostamente usurpando o papel que foi dado ao legislador originário, qual seja, aos representantes do povo no Congresso Nacional, que doravante a este sistema republicano, é o que compõe também o poder legislativo nacional. (SILVA, 2017).

Ou seja, para os críticos, o Supremo Tribunal Federal não pode, de certo modo, legislar originariamente em matéria competente ao Poder Legislativo, por interferir, diretamente, na primazia do o princípio da tripartição dos poderes, contendo-o cada um seus respectivos poderes e competências, sendo-os harmoniosos entre si. Desta forma, não há amparo para que a Suprema Corte pudesse, à época, legislar sobre a matéria de natureza penal. (Idem).

No entanto, no dia 13 de junho de 2019, o Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante para que práticas como induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por motivo de orientação sexual da pessoa do indivíduo possa ser considerado crime com a pena será de um a três anos, além da pena de multa. Desta forma, o país se torna o 43º país a criminalizar a homofobia. (BRASIL, 2019).

Para Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia (2018), um dos advogados engrenados na presente ação, não se trata de legislar em matéria penal, mas sim em efetivar o princípio da não-discriminação respeitado pela própria Constituição e aos sistemas de proteção de Direitos Humanos. A situação perpassa qualquer limite de fato comum, visto que muitas pessoas estão

---

<sup>5</sup> Constituição Federal – Artigo 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

sofrendo da pior forma, tendo lesões diretas a seus direitos fundamentais pela omissão estatal em não legislar sobre o tema proposto. (FRANCO BAHIA, 2018).

Em sede de decisão, o acórdão decisório fundamentou ainda que, embora a Igreja, de modo geral, possa pregar o seu pensamento de maneira livre, como assim preceitua os direitos de livre manifestação, a mesma não pode, também, em seus veredictos, aplicar verdadeiros discursos de ódios, uma vez que, até mesmo tal instituição estaria pregando incentivos à prática de certos crimes, como a homofobia e a transfobia. Desta forma vejamos parte decisão final dos Ministros do Supremo, dando-os seguintes fundamentos:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (STF, 2019).

Em que pese a situação de prós e contra o certo é que, por maioria dos Ministros presentes, a presente medida teve seu pleito conhecido e parcialmente provido, para que atitude e práticas homofóbicas fossem criminalizadas. Para Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal, às práticas homofóbicas e transfóbicas constituem um cenário lamentável e, a ausência de normas correlacionadas, constituem uma ferida inflamada à Democracia e ao Estado democrático de Direitos, não podendo ser tratado com qualquer descaso, votando assim positivamente para o conhecimento e provimento do pleito. (STF, 2019). Vejamos:

Alexandre de Moraes, em seu voto definiu que as práticas homofóbicas e transfóbicas constituem terrível histórico em nosso país, com constante e determinado padrão de acentuado desrespeito cruel ao rol de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, caracterizando a necessidade de efetivação da proteção constitucional prevista no inciso XLI do artigo 5º, com a devida edição legislativa para “punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais relacionados à orientação sexual e identidade de gênero. (STF, 2019).

Desta forma, por ser o Supremo o grande guardião da Carta Constitucional, devendo-o fazer valer todas às garantias e compromissos nacionais e internacionais nela positivados, a medida foi aceita, possuindo e gerando efeitos até a presente data, dando a milhares de indivíduos da comunidade LGBTQIA uma sensação de maior proteção e garantia de direitos

efetivos, resultado direto de lutas de classes, a partir de reivindicações que demonstram a participação na igualdade de pessoas como objetivo maior que é, sem dúvida, a redução de crimes ligados à natureza da homofobia no Brasil.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Salvaguardar e efetivar os direitos previstos da Constituição Federal é, sem dúvida, é um dos maiores propósitos e missão constitucional. Aliás, todo ser humano deve ser tratado como humano e não como coisa, tendo direitos e deveres iguais, mantendo sempre o respeito, não só por seu próximo como também pelo Estado, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia outros princípios e garante essa estabilidade entre cidadão e Estado.

Desta maneira, deve o Estado apresentar soluções que efetivem a igualdade, já que esta serve como um “estruturador” dos Direitos Humanos, dos direitos e garantias fundamentais, pois às leis devem ser aplicadas sem que se leve em conta qualquer caráter pessoal das pessoas, já que todos são iguais perante a lei, sendo vedado qualquer tipo de distinção. Sendo assim, a classe LGBTQIA, não pode ser excluída dos seguintes parâmetros, devendo-a ser inclusa neste amparo legal.

O ordenamento jurídico assim como à sociedade não pode se abster de um problema social que é a homofobia, referindo-se a como um problema da minoria, negligenciando aqueles que carecem da proteção jurídica. Pois a Constituição Federal tem como fundamento basilar a dignidade humana princípio supremo que rege todos os demais direitos do indivíduo. É necessário que o Direito moderno acompanhe a evolução da sociedade e cumpram seu papel quando o indivíduo se sentir ameaçado, sem seu direito de viver livremente, mesmo que suas orientações sejam opostas à da maioria.

Todos os cidadãos brasileiros possuem à liberdade de manifestar-se assim como qualquer outro, respeitando diferenças mesmo que não concordando. Isso é um passo gigante para se obter uma vida com mais qualidade e harmonia. Para tanto é dever de o Estado coibir as condutas homofóbicas, tendo em vista a garantia da dignidade.

Outrora, os dados registrados são alarmantes no que tange à violência frente a comunidade LGBTQIA. Desta forma, nada mais correto que haja lutas de sujeitos pela defesa da liberdade, igualdade e da vida destas pessoas a qual são ditas e chamadas de “minorias”, quando na verdade representam grande parte da sociedade civil brasileira. O papel da efetivação das políticas públicas, funcionam como ferramenta de proteção dos direitos e como

uma saída a longo prazo, por meio de práticas de conscientização e educacional para o problema proposto.

A Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 representou um grande avanço nas prerrogativas e defesa de direitos de pessoas gays, transexuais, lésbicas, etc. Pois, foi a partir deste marco histórico que o Brasil, conseguiu criminalizar tamanhos atos e práticas tão negativas. A defesa de direitos e garantias fundamentais devem ser analisadas sob uma ótica mais plena, sempre na defesa de interesses coletivos – uma vez que, é possível constatar, há bastante tempo, como nos relatórios acima mencionados o quão doloroso era a situação de proteção jurídica à classe mencionada.

Quanto à questão da separação de poderes, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal é o guardião máximo da Carta Cidadã de 1988 e, neste entender, nada mais justo do que, ajustar-se ao entendimento de que, por ser o Poder Judiciário, é certo que possui prerrogativas consideradas atípicas, como legislar e administrar, além de exercer a função jurisdicional. Logo, por possuir tamanhas qualidades e funções, não é incorreto a prática do entendimento da criminalização da homofobia, por parte da Suprema Corte.

Na verdade, o exercício jurisdicional, como bem ressaltou o Ministro Alexandre de Moraes, nada mais é do que a correta aplicação dos preceitos da Constituição, que disciplina a proteção máxima de direitos, sendo-a considerada uma Constituição garantista. Vendo por este preceito, é a Democracia que sofre com a violência exacerbada não tão somente pela sua orientação sexual, mas sim, também, pela questão do ódio e do preconceito. Logo, não é mais possível que um Estado democrático de direitos conviva silente diante de tal situação tão preocupante.

Em linhas gerais, a Constituição Federal Brasileira, promulgada no ano de 1988, também conhecida como constituição cidadã e por muitos como carta democrática de direitos, tem-se um contexto basilar patentado numa ótica neopositivista, baseada na operabilidade axiológica em detrimento ao real direito do cidadão.

Ou seja, a carta Magna traz um rol extensivo de garantias essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, como a igualdade sem distinção, o que favorece uma linearidade em relação à igualdade em sua escala ampla, de forma material e formal, gerando efeitos próprios e eficazes para a sociedade que a pertence, o que faz com que a comunidade LGBTQIA seja totalmente inserida neste contexto protetivo.

Por fim, políticas públicas de conscientização alinhados à educação, ainda se mostram como ferramentas à longo prazo para que tal problema tenha uma solução – vez que, são mecanismos de ajuste e controle social, para que mais pessoas entendam e compreendam que

o preconceito nada mais é do que pleno desconhecimento da causa e que perante à sociedade, ninguém está acima ou abaixo da lei, devendo-o ser respeitado em sua totalidade, independentemente de cor, raça, sexo ou religião.

## REFERÊNCIAS

ADO 26. Processo eletrônico público. Número único: 9996923- 64.2013.1.00.0000. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Origem: DF – Distrito Federal. Relator Atual: Min. Celso de Mello.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Pág.20.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº2848 de 07 de dezembro de 1940. In: Vade mecum penal e processual penal. 3ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2012. p.162-223.

CAMARGO, Marina Carneiro Leão de. A tutela jurídica da pessoa transexual. Curitiba: EdUFP, 2011.

COURRI, Alyne. HOMOSSEXUALIDADE NA GRÉCIA ANTIGA E SUAS REPRESENTAÇÕES NA ARTE. 2016. Disponível em: <https://hav120151.wordpress.com/2016/07/03/a-homossexualidade-na-grecia-antiga-e-suas-representacoes-na-arte/>, acesso em 19 de junho de 2020.

DIETER, Cristina Ternes. AS RAÍZES HISTÓRICAS DA HOMOSSEXUALIDADE, OS AVANÇOS NO CAMPO JURÍDICO E O PRISMA CONSTITUCIONAL. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/As%20ra%C3%ADzes%20hist%C3%B3ricas%2012\\_04\\_2012.pdf](http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/As%20ra%C3%ADzes%20hist%C3%B3ricas%2012_04_2012.pdf)>, acesso em 29 de fevereiro de 2020.

FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 186, p. 89-106, abr./jun. 2019. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198675>>, acesso em 02 de março de 2020.

FREUD, S. Manuscrito H. In: FREUD, S. Obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1977. v. I (ed. or.: 1895).

GIL. Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/citations?user=IRPe4Y4AAAAJ&hl=pt-BR#d=gs\\_md\\_cita-d&u=%2Fcitations%3Fview\\_op%3Dview\\_citation%26hl%3Dpt-BR%26user%3DIRPe4Y4AAAAJ%26citation\\_for\\_view%3DIRPe4Y4AAAAJ%3Au5HHmV\\_D\\_uO8C%26tzom%3D180](https://scholar.google.com.br/citations?user=IRPe4Y4AAAAJ&hl=pt-BR#d=gs_md_cita-d&u=%2Fcitations%3Fview_op%3Dview_citation%26hl%3Dpt-BR%26user%3DIRPe4Y4AAAAJ%26citation_for_view%3DIRPe4Y4AAAAJ%3Au5HHmV_D_uO8C%26tzom%3D180), acesso em 01 de junho de 2020.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB) (Org.). Assassinatos de LGBT no Brasil: Relatório 2015. Salvador, 2016. 17 p. Disponível em: <<http://pt.calameo.com/read/0046502188e8a65b8c3e2>>. Acesso em: 02 de março de 2020.

MELO FILHO, José Celso de. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>, acesso em 01 de junho de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal – v. 1, São Paulo, Atlas, 2019, p.212.

RACHELS, James. Elementos de filosofia moral. Gradiva: Lisboa, 2004.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 19a ed., 2015.

RESOLUÇÃO CFP N° 001/99 – Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/em-defesa-da-resolucao-011999/>>, acesso em 01 de março de 2020.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *In*: Horizontes antropológicos, Porto Alegre, v.12, n. 26, dez. 2006, p.71-100. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010471832006000200004&lng=e&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010471832006000200004&lng=e&nrm=iso), acesso em 01 de março de 2020.

ROSSI, Marina. Maioria do STF decide que homofobia é crime. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/23/politica/1558635166\\_112275.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/23/politica/1558635166_112275.html)>. Acesso em: 03 de jun. de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Secretaria de Direitos Humanos. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012. [2013a]. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violenciahomofobica-ano-2012>>. Acesso em: 02 de março de 2020.

SILVA. José Afonso da. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Marcelo Amaral da Princípio constitucional da Igualdade. Advogado e Professor Universitário no Curso de Direito da Unijuí/RS, Mestrando em Direito Processual Civil na PUC/RS.2011. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14284-14285-1-PB.htm>>. Acesso em 01 de março de 2020.

Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>, acesso em 19 de junho de 2020.