

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELLY DE SOUSA GOMES

**A LEGALIDADE FORMAL DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA
NA LEI DE PRECONCEITOS – LEI 7.716/89**

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2021

GABRIELLY DE SOUSA GOMES

**A LEGALIDADE FORMAL DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA
NA LEI DE PRECONCEITOS – LEI 7.716/89**

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*, apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Me. Iamara Feitosa Furtado Lucena

JUAZEIRO DO NORTE-CE
2021

GABRIELLY DE SOUSA GOMES

**A LEGALIDADE FORMAL DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA
NA LEI DE PRECONCEITOS – LEI 7.716/89**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada
do Trabalho de Conclusão de Curso de
GABRIELLY DE SOUSA GOMES

Data da Apresentação 08/12/2021

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. Iamara Feitosa Furtado Lucena/UNILEÃO

Membro: Prof. Dr. Joaquim Iarley Brito Roque/UNILEÃO

Membro: Pro. Esp. José Boaventura Filho/UNILEÃO

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

A LEGALIDADE FORMAL DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NA LEI DE PRECONCEITOS – LEI 7.716/89

Gabrielly de Sousa Gomes
Iamara Feitosa Furtado Lucena

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar a (in)constitucionalidade da ADO nº26, frente ao princípio da legalidade, a construção da homotransfobia e o ativismo judicial. A escolha temática deu-se a partir da necessidade de averiguação se o crime posto pelo STF está seguindo os limites constitucionais da tripartição de poder ou se o ativismo judicial está se sobrepondo a diretrizes basilares do estado democrático de Direito. Para a satisfação da temática, a pesquisa bibliográfica foi feita e exposta de maneira exploratória, para que pudesse ser feito o devido ponderamento entre o princípio da reserva legal e a lacuna legislativa deixada na Lei 7.716/89 a respeito da discriminação sobre a liberdade sexual. A pesquisa foi abordada a partir de dados qualitativos, pois foram examinados artigos, teses e doutrinas recentes sobre a temática. As vertentes favoráveis e contrárias estão presentes no artigo em questão para que pudesse chegar a uma conclusão efetiva sobre a temática.

Palavras-Chave: (In)constitucionalidade. Ativismo Judicial. Homotransfobia. STF.

ABSTRACT

This research seeks to analyze the (in)constitutionality of ADO nº26, in view of the principle of legality, the construction of homotransphobia and judicial activism. The thematic choice was based on the need to ascertain whether the crime put by the Supreme Court is following the constitutional limits of the tripartition of power or whether judicial activism is overlapping the basic guidelines of the democratic state of law. To the satisfaction of the theme, the bibliographic research was carried out and exposed in an exploratory manner, so that due weight could be made between the principle of legal reserve and the legislative gap left in Law 7.716/89 on discrimination on sexual freedom. The research was approached from qualitative data, because recent articles, theses and doctrines on the subject were examined. The favorable and contrary aspects are present in the article in question so that it could reach an effective conclusion on the subject.

Keywords: (In)constitutionality. Judicial Activism. Homotransphobia. STF.

1 INTRODUÇÃO

A partir da década de 1980, nota-se a crescente luta da comunidade LGBTQIA+ pela igualdade de direitos perante a sociedade. Nos dias atuais, a falta de interesse legislativo tem sido base para a não efetivação de direitos básicos, pois como menciona Masiero (2018), menciona-se a respeito de uma casa legislativa tendenciosa que deixa classes sociais específicas à mercê do aparato jurídico.

Buscando sempre a melhor efetivação do direito, o Poder Judiciário editou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que qualifica as práticas de homotransfobia como gênero do racismo.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 aduz em seu artigo 22 que a União é competente para legislar sobre a matéria de Direito Penal e, sabendo disso, a Casa Legislativa – composta esta por Deputados Federais e Senadores – possui a legitimidade ativa de criar um tipo penal. (CF, 1988)

Por tais fatos expostos, o artigo em questão irá investigar as possíveis consequências e repercussões jurídicas que derivam da criminalização de uma conduta através de uma decisão do STF.

Para que a questão seja sanada, será feito um apanhado histórico sobre o princípio da reserva legal no ordenamento jurídico e a construção social da homofobia e transfobia, assim como a análise da tripartição de poderes, do ativismo judicial e a revisão da ADO 26 frente ao princípio da legalidade e a necessidade de resguardar a comunidade LGBTQIA+.

O artigo irá debruçar-se sobre a pesquisa bibliográfica, e como aponta Gil (2010), sem que haja qualquer julgamento prévio e buscando o diálogo entre os principais autores acerca do tema, havendo como base as doutrinas, revistas acadêmicas e teses de mestrado e doutorado. Sabendo disso, a pesquisa será de cunho exploratório, o qual deverá ser satisfeito pelo levantamento bibliográfico e seguindo a Ciência Social Aplicada (CNPQ) de natureza básica.

Como aduz Gerhardt e Silveira (2009), os dados poderão ser passíveis de alteração, tendo em vista que a sociedade passa por mutações e a forma qualitativa abordada poderá ser modificada com o desenvolvimento da sociedade, estudos e legislações.

Considerando os aspectos mencionados acima, os contextos históricos sobre o princípio da reserva legal e a construção social sobre as práticas discriminatórias referentes a gênero, o procedimento bibliográfico faz-se necessário para que se entenda

de maneira concisa a ADO nº 26 do STF. O ativismo judicial e o entendimento acerca da tripartição de poderes também precisarão do mesmo levantamento, tendo em vista a sua historicidade ao longo da sociedade e a sua entrada no ordenamento jurídico pátrio.

Após tais apontamentos, será importante a verificação dos institutos e conceitos firmados, a fim de que se possa ter a discussão necessária quanto a ADO nº 26, que visa a equiparação da homofobia e transfobia na Lei de Crimes de Preconceito, nº 7.716/89.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO E A CONSTRUÇÃO SOCIAL ACERCA DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

O princípio da legalidade acompanha a sociedade há séculos, fazendo com que a limitação punitiva estatal seja levada por alto nível racional e não devendo este ser feito de forma emotiva, como afirma Ferrajoli (2010).

Muito se debate sobre onde e quando surgiu o princípio da reserva legal. Para Jesus (2020), é necessário que seja feita uma investigação minuciosa sobre o tema, apesar de que, para ele, o princípio foi originado pelo inglês João Sem Terra, em 1.215 na Carta Magna inglesa, devidamente institucionalizado em seu artigo 39.

No entanto, Asúa (1958) argumenta que a garantia já havia representatividade em 1.188, no Direito Ibérico, tendo em vista que o Rei Afonso IX de Leão, não julgava os seus súditos enquanto estes não se apresentassem na *Curia*.

Como aponta Mirabete (2021), o Iluminismo serviu de base para que tal garantia fosse devidamente assegurada, pois, graças a tal evento histórico, ela foi incluída na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, no ano de 1789, em seu artigo 8º com o seguinte *ipsis litteris*: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.”, apesar de já existir resguardo em outras colônias que estavam proclamando sua independência, como menciona o auto supracitado:

Antes disso, porém, já fora inscrito nas legislações das colônias americanas que se tornavam independentes: Filadélfia (1774), Virgínia (1776) e Maryland (1776), para depois fazer parte do Código Penal Austríaco (1787), do Código Penal Francês (1791) e do Código Napoleônico (1810), irradiando-se para todo o mundo civilizado. (MIRABETE, 2021, p. 57)

No Brasil, a garantia da legalidade tem sido mencionada em todas as constituições, desde o ano de 1824, como evidencia Jesus (2020).

O Princípio da Reserva Legal é preceito basilar de um Estado Democrático de Direito, pois a partir dele, é possível conter o poder de polícia estatal, visto que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, como aponta o artigo 1º do Código Penal de 1940. Segundo Cunha (2018), o princípio consiste em uma conquista do indivíduo contra a soberania estatal.

O princípio da legalidade constitui garantia constitucional, visto que ele não tutela de forma direta, um bem da vida, diferentemente dos direitos individuais. Tal afirmativa é posta por Moraes (2006).

Ao se tratar de um direito racional e seguindo as diretrizes do Estado Democrático de Direito, Cunha (2018) subdivide o princípio da legalidade em três fundamentos, sendo eles o político, democrático e jurídico. Percebe-se que a legislação será formulada e efetivada a partir da divisão de poderes, em que cada um exercerá a sua atribuição estatal.

Observa-se que o Direito Penal é um ramo do direito que deverá ser acionado em última instância, quando aquele bem jurídico tutelado possua maior valoração no meio em que se encontra, tornando assim, o Direito Penal detentor dos bens sociais que necessitam de uma proteção maior, como menciona Bitencourt (2021).

Para que o princípio da legalidade seja resguardo, a doutrina tem apontado de maneira simplificativa que, para a garantia ter o seu devido resguardo, deverá preencher seis pré-requisitos, como aponta Cunha (2018), sendo eles a necessidade de lei, a vedação a retroatividade maléfica, o dever de a lei ser escrita, proibição de analogia, clareza no tipo penal e a sua necessidade.

Ao analisar a trajetória das causas que levaram a supremacia da heterossexualidade, observa-se que os fatores teleológicos e pseudocientíficos contribuíram para que qualquer outro tipo de sexualidade fosse discriminado, levando assim a desvalorização e preconceito a todos os indivíduos que não constituem o padrão hétero normativo, como argumenta Masiero (2014).

Partindo de tal premissa, é de suma importância entender onde e quando o preconceito foi firmado, visto que nem sempre foi assim. Na Grécia Antiga, como bem evidenciado por Borrillo (2010), a homossexualidade era legítima, sendo esta, inclusive, tida como erotismo viril. Nestes padrões, as relações sexuais entre dois homens eram necessárias para a vida adulta, como aponta o autor em questão.

Como bem postulado por Foucault (2010), as práticas homossexuais eram legítimas e valorizadas, para que a passagem a vida adulta dos rapazes fosse devidamente preparada a fim de firmar laços matrimoniais.

Na Roma Clássica, as condutas da homossexualidade sofreram modificações, pois como aduz Borrillo (2010), não era mais algo legítimo como a Grécia pregava e sim, algo apenas tolerado. É de suma importância salientar que as condições postas para os atos de homossexualidade permitiam, de forma mais direta, apenas a bissexualidade ativa, pois tem-se em mente que o cidadão não poderia ser afastado dos seus deveres de casamento. Ele devia se tornar patriarca e manter sua linhagem e interesses econômicos da época. No que é exposto, menciona-se o autor:

Na Roma Clássica, a homossexualidade era tolerada sob as seguintes condições: não afastar o cidadão de seus deveres para com a sociedade; não utilizar pessoas de estrato inferior como objeto de prazer e, por último, evitar absolutamente de assumir o papel passivo nas relações com os subordinados. Evidentemente, o cidadão romano deveria, sobretudo, casar-se, tornar-se pater famílias, assim como zelar pelos interesses não só econômicos, mas também da linhagem. Na realidade, somente a bissexualidade ativa era bem-vista e aceita em Roma. (BORRILLO, 2010, p. 24)

É importante a menção no que tange o delineado histórico sobre a homofobia e o quão difícil é falar sobre a temática nas fases da humanidade. Como indica Halwani (1998), o conceito da homossexualidade não existia na Grécia ou na Roma Antiga, e por isso, acreditavam os grandes autores que essas relações eram normais e legítimas, como aponta Spencer (1998).

Mas, foi a partir do Império Romano que as condutas da homossexualidade foram taxadas e as pessoas começaram a não possuir mais salvação por estarem à margem da natureza, como revela Borrillo (2010). A força motora para que tal preconceito surgisse foi o cristianismo iminente, segundo a tradição judaico/cristã.

Neste contexto, a sodomia tornou-se uma atitude de pecado e teve como um de seus principais precursores, São Tomás de Aquino, como refere Borrillo (2010). Foi a partir disso que as práticas homossexuais passaram a ser punidas de forma vil, tendo em vista que todos os homossexuais passivos seriam condenados a fogueira.

Com o advento da Revolução Francesa, há o que se mencionar sobre a tipificação do crime contra os homossexuais e, como especifica Masiero (2014), houve a falsa concepção de liberdade, pois apesar de todo o discurso proferido pelo ato revolucionário, a intolerância contra esse grupo era feita de forma irrefutável, tornando-se um ato delituoso na França, adicionado ao Código Penal no ano de 1942.

Esta medida perdurou até o ano de 1982, quando houve a descriminalização da homossexualidade na França. Como aponta Beleza e Melo (2010), a medida foi amparada por laudo psiquiátrico de que ser homossexual, tratava-se de doença. No século XIX, tal conduta era considerada uma “manifestação patológica cuja etiologia não é traumática ou infecciosa” (BELEZA; MELO, 2010, p. 14).

No que tange o preconceito do mundo atual, muito se fez a partir da heteronormatividade, pois tal conduta consiste na regulamentação única da sexualidade, como cita Borrillo (2010).

Para conter tal forma de pensamento, na metade da década de 1980, surgiu a Teoria *Queer*, criada esta pelo grupo intelectual de *gays* e lésbicas, possuindo o desejo de interromper a concepção doutrinária heterossexista e a ideia de uma sexualidade normal, tendo em vista que o gênero e a identidade são características mutáveis, como argumenta Masiero (2014).

Tratado então desta temática, Louro (2009) afirma que a política de identidade é preceito basilar da Teoria *Queer*, no entanto, os teóricos alegam tratar-se de uma política pós-identitárias, como aponta Masiero (2014), pois a sua construção ideológica diz respeito a compreensão das relações sociais humanas.

A teoria *Queer* surgiu com uma nova forma de se posicionar perante a problemática heterossexista, possuindo um formato diferente de pensar o poder, trabalhar a cultura e a educação, como reitera Butler (2005), o pensamento trata-se de uma afirmação da própria identidade. Por isso, é importante mencionar que para tal corrente ideológica, a realidade do ser humano será o resultado do conjunto cultural, histórico e de caráter que aquela pessoa terá, sendo então o oposto da biologização social, como aduz Masiero (2014).

Nota-se que a partir de 1980, a comunidade LGBT buscou o resguardo legal dos direitos humanos para que todos fossem amparados, como indica Masiero (2014). Salienta-se que tal luta resguarda todas as minorias sobre gênero e sexualidade.

Neste contexto, a homofobia começa a ser estudada (nas proporções que se tem hoje em dia) em meados dos anos 1990, pois a partir de então, tal comportamento passou a estar previsto no dicionário, como bem evidenciado por Borrillo (2010).

O autor Borrillo (2010) aponta que a homofobia é uma manifestação dos indivíduos de exclusão para aqueles que são diferentes, podendo esta atitude ser caracterizada por insultos ou até mesmo a vontade de exterminar pessoas que apresentam a vontade de se relacionar com alguém do mesmo sexo.

Nos dias atuais, observa-se que a homofobia ou qualquer outro preconceito de gênero e sexualidade pode vir a ser equiparada ao racismo ou xenofobia. Tal vertente psicossocial pautada na evidência de direitos diversos entre homossexuais e heterossexuais demonstra a intolerância e todas as injustiças sofridas pela comunidade LGBT, como cita Ramos (2015).

Diante tais fatos expostos, as condutas contra essas pessoas parece ser algo que é socialmente justificado, mas como revela Severino (2017), deve-se ter em mente que eles possuem direitos como todos as outras pessoas, faltando, no entanto, o resguardo estatal diante tanta violência sofrida.

Sabendo de todos os episódios supracitados, o Poder Judiciário buscou no ativismo judicial uma solução plausível para todo o preconceito e descriminalização sofrida por este grupo de pessoas.

3 A PRERROGATIVA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PÁTRIO

Na obra “A política” de Aristóteles, o mesmo faz menção a importância da separação de poderes, no entanto, como pontua Costa (2006), Aristóteles defendia que o poder deveria ser centralizado e somente as funções precisariam ser específicas.

Atravessando a história, John Locke apresentou a necessidade de descentralização do poder estatal, tendo em vista que viveu na Europa, no século XVII, e observava que esta estava assolada pelo regime absolutista, como argumenta Oliveira (2019). O monarca Luís XIV da França foi um dos maiores exemplos deste regime.

Estima-se que no ano de 1655, Luís XIV brandou no parlamento francês a frase “*Je suis la Loi, Je suis l'Etat; l'Etat c'est moi*” popularmente conhecida como “Eu sou a Lei, eu sou o Estado; o Estado sou eu!”. Tal afirmativa foi apresentada no ápice do absolutismo e Locke percebeu a necessidade do poder legislativo, executivo e judiciário serem divididos, pois deveria existir a independência entre as funções, como aponta Lenza (2021).

A tripartição de poderes que é utilizada na Constituição Cidadã foi formalizada por Charles de Montesquieu, na sua obra “O espírito das Leis” como aponta Guedes (2012) e o modelo do pensador foi inspirado por John Locke.

Como menciona Montesquieu:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 1987, p.165)

Tais palavras proferidas por ele apontam a necessidade iminente da limitação do poder estatal, tendo em vista que o executivo, legislativo e judiciário não poderão ser exercidos por um mesmo indivíduo, ou seja, a descentralização do poder seria a melhor forma de governar, como aduz Guedes (2012).

Como argumenta Saleme (2021), Montesquieu acreditava que a delimitação do poder era algo importantíssimo para que o homem não abusasse do arsenal que estava ao seu dispor. Sabendo disso, a liberdade do indivíduo e democracia seriam resguardadas a partir da tripartição de poderes.

Os três poderes pátrios são divididos em: legislativo, executivo e judiciário, os quais possuem funções devidamente regulamentadas e diversas no Estado Democrático de Direito, sendo denominadas de funções típicas e atípicas. As funções típicas são aquelas já esperadas por aquele membro do estado. No entanto, os poderes exercem funções extraordinárias, sendo estas chamadas de funções atípicas, como indica Oliveira (2019). As funções exercidas (típicas e atípicas) possuem resguardo constitucional.

O poder legislativo brasileiro possui o sistema bicameral e como pontuado por Silva (2010), a divisão faz parte da tradição constitucional brasileira, pois as duas câmaras (deputados federais e senadores) já se apresentavam em 1891, apesar de ser um ambiente aristocrático.

Na constituição atual, o conceito do poder mencionado encontra-se no artigo 44 da CF/88, como menciona Oliveira (2019). Para fins de exemplificação, os encargos do legislativo são: poder legislativo e função legislativa, ou seja, ele é representante direto do povo que legisla e legitima as matérias dos códigos que são de função exclusiva da União e o controle político. Uma função atípica da casa, por exemplo, pode ser a instauração de impeachment do presidente, pois o Congresso Nacional julga crimes de responsabilidade cometidos pelo presidente e em tese, o judiciário deveria exercer tal competência, pois é ele que apura a existência ou não de condutas ilícitas. No entanto, a função em questão é executada pelos deputados Federais e Senadores. (CF, 1988)

O poder executivo pátrio é exercido por uma única pessoa, sendo levado em consideração o princípio da unidade, ou seja, em consonância com o que pregava Montesquieu, pois como cita Demicheli (1950), o presidente não poderá dividir suas atribuições com outras pessoas, e por isso, na assembleia constituinte, o projeto de lei

que pregava a divisão do cargo entre ministros e presidente não foi levada com consideração, como argumenta Oliveira (2019).

Assim como o poder legislativo, o executivo possui suas funções típicas e atípicas efetuadas por ele. As funções típicas, além da chefia de estado é a defesa estatal pela execução das leis vigentes, como indica Saleme (2021). A função atípica exercida pelo mesmo é a produção de algumas leis específicas, como é o caso da edição de Medidas Provisórias e das Emendas Constitucionais, como argumenta Oliveira (2019).

O poder judiciário está encarregado de tutelar a legislação do país, ou seja, a interpretação, julgamento e proteção de direitos provenientes de um caso concreto serão exercidas por ele, como demonstra Machado (2011).

Uma das funções atípicas realizada por este poder é a legitimidade de legislar sobre matérias de visibilidade ou que sejam interpretadas por extensão a Constituição Federal. A partir do exposto, surge a judicialização e o ativismo judicial, como aduz Barroso (2012)

Com base no que foi anteriormente exposto, o princípio da democracia seria a matéria basilar para a efetivação desta tripartição de poderes. Existe a distinção entre a democracia a partir dos padrões liberais e republicanos, como bem aponta Habermas (1995), mas para fins de pesquisa, o artigo em questão irá findar-se nos padrões republicanos, tendo em vista que foi a partir desta forma de governo que o Brasil concebeu a democracia que vigora até os dias atuais.

A maestria de Canotilho (2003) faz menção a ligação entre o princípio da democracia política e o princípio democrático, pois como o mesmo aponta, a partir do equilíbrio entre valores e princípios, as normas constitucionais buscam resguardar a soberania popular, a garantia dos direitos fundamentais e a organização política-democrática do Estado. Por isso, como argumenta o autor, os aspectos culturais, sociais, econômicos e políticos fazem o princípio democrático, o qual direciona o Brasil atual.

Sabendo disso, a busca incessante para a garantia básica de direitos é uma das maiores preocupações do Estado Democrático de Direito e por isso, a dignidade da pessoa humana tende a ser uma pauta vastamente discutida entre pesquisadores e estudiosos. Partindo de tal premissa, a judicialização surge com a vasta repercussão de determinadas matérias importantes para a caminhada social e política, como apresenta Barroso (2012).

De forma pontual, Barroso (2012) faz a distinção entre judicialização e ativismo judicial, o qual, o primeiro, visa resolver problemáticas que deveriam ser satisfeitas pelo

Poder Executivo ou Poder Legislativo, no entanto, devido à grande reprodução pela sociedade, o Poder Judiciário intervém em alguma matéria que não é de sua competência, como aponta a tripartição de poderes, mas que é devidamente assegurada a partir das funções atípicas constitucionais efetuadas por eles.

No entanto, o ativismo judicial é uma interpretação específica da Constituição que, em tese, deveria ser efetivada pelo legislativo, mas devido a sua morosidade ou falta de interesse nas questões pertinentes, ela não é analisada, como exemplifica Barroso (2012).

Muito se discute sobre o ativismo judicial e o sentimento que algumas decisões do STF causam na sociedade brasileira. No entanto, ao observar as decisões judiciais interpretativas e extensivas ao resolver questões tidas como cruciais no Brasil, observa-se que o papel dos juízes tem sofrido alterações, visto que, a partir da CF/88, o seu papel como mero coadjuvante dos demais poderes foi alterada e a sua participação para assegurar direitos fundamentais possui extrema relevância, como argumenta Campos (2014).

Como é vastamente sabido, o Brasil faz parte do sistema civil *law*, ou seja, a lei criada por parlamentares é o que possui mais voz no país, devendo o judiciário apenas aplicar o que ali está prescrito, como menciona Reale (2013).

Todavia, o neoconstitucionalismo modificou uma série de elementos no Direito pátrio e as decisões dos magistrados foi ampliada e a interpretação do caso concreto + norma jurídica tem dado lugar a uma decisão voltada ao que de fato aconteceu e não só a aplicação de uma lei em abstrato, como indica Reale (2013).

O civil *law* foi herdado pelos romanos e ganhou ainda mais força com a Revolução Francesa, a qual pregava que a lei era a vontade do povo e deveria ser seguida pela nação, como aduz Reale (2013).

No entanto, países anglo-saxônicos possuem uma vertente diversa de pensamento, ou seja, os costumes traduzidos pela jurisprudência possuem um peso maior, pois como menciona Reale:

O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito nas nações latinas e latino-americanas, assim como também o restante da Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios. (REALE, 2013, p. 142)

O artigo 102 da CF/88 demonstra o rol de competência ofertado ao Supremo Tribunal Federal, sendo ele, de maneira expressa, o guardião da constituição, como

conta no caput do artigo em questão. Os poderes dados a este órgão visam declarar não só a inconstitucionalidade da norma, como também, modificar e declarar as omissões legislativas deixadas pelas câmaras, como indica Campos (2014).

A partir de toda a sua importância perante a efetivação de Direitos Fundamentais, Portilho, Gonçalves e Caldas argumentam sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e a homotransfobia:

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura o mínimo de respeito a pessoa, pois todos são iguais em valor e dignidade e tem direito a uma vida livre de preconceitos, independentemente de classe social, raça, cor ou orientação sexual. Nesse sentido é que a homofobia não é aceitável. Importante ressaltar que não restam dúvidas quanto a omissão do Congresso Nacional quando da não elaboração de uma norma específica que criminalizasse a homotransfobia ou mesmo que se trata de um assunto de tamanha gravidade. (PORTILHO; GONÇALVES; CALDAS, 2020, p. 13)

Portanto, com tudo que foi mencionado até o presente momento, pergunta-se ainda a possibilidade da ADO 26 ser ou não algo constitucional, visto que, como apontam Portilho, Gonçalves e Caldas (2020), sabe-se as competências do STF, mas o limite preestabelecido é uma incógnita, tendo em vista que é algo abstrato e não minuciosamente explicado pelas normas atípicas pré-estabelecidas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Menciona-se que mesmo o ativismo judicial sendo reprovado por parte de muitos juristas, existe a necessidade de conceder direitos básicos a população.

Apesar do trâmite correto não ter sido respeitado para que um novo tipo penal seja posto, é preciso ter em mente que a lacuna deixada pelo legislativo deveria ser preenchida, pois observa-se que a homotransfobia é um crime que assola a sociedade e precisa ser combatido da melhor forma possível.

Dito isso, enquadra-se aqui um crime contra a liberdade sexual que muitas vezes é esquecido ou deixado de lado por falta de interesse legislativo. O preconceito referente ao gênero e sexualidade, infelizmente é algo muito presente, principalmente no Brasil.

Por tal exposto, a Ação Direta de Omissão buscou efetivar a morosidade das casas legislativas, tendo em vista a falta de interesse e todo o delineado histórico sofrido pela comunidade LGBTQIA+.

Sabendo disso, é necessário que seja levado em consideração não só a legislação pura, pois sabe-se que com o advento do neoconstitucionalismo, o instituto da *civil law*

vem sofrendo alterações e o *commun law* tem tido uma predominância maior no sistema jurídico pátrio.

Tais aspectos devem ser analisados, pois como o Direito evolui com a sociedade, garantias basilares também deverão ser resguardadas, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Entende-se que o princípio da Reserva Legal e a tripartição de poderes devem ser respeitados – no entanto, quando se observa uma prática recorrente (discriminação e morte de pessoas devido sua sexualidade), alguém precisará agir para amparar tais pessoas.

Sabe-se que de forma excepcional, Lei Complementar poderá definir crimes e cominar penas. Neste caso, o Presidente da República poderia ter utilizado tal medida para garantir a assistência necessária deste grupo. No entanto, como isso não ocorreu, a ADO foi a solução encontrada pelo judiciário para agir no caso.

É interessante lembrar que a ADO não possui uma analogia “in malam partem” como menciona o relator na emenda, pois a medida buscou amparar o coletivo e não uma pessoa exclusiva.

Portanto, se constata que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão possui resguardo a partir do neoconstitucionalismo com o sistema *commun law* que vem ganhando força no Brasil e a necessidade de adequação do Direito em todas as esferas, pois é importante recordar que o Direito serve a sociedade e deverá seguir os seus avanços, fazendo o que for preciso para a efetivação de direitos básicos como a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jimenez de. Tratado de Derecho Penal: La Ley y el Delito. Buenos Aires: Editorial Sudamericana S.A., 1958.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legítima democracia. SynThesis, Rio de Janeiro. v.5. n°1. p.23-32. 2012.

BELEZA, Teresa Pizarro; MELO, Helena Pereira de. “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português”. In: Revista do Ministério Público. n. 123, jul./set. 2010, p. 5-57.

BRASIL. 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.716/89, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1989.

BRASIL. Dec- lei nº 2.848/40, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1940.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 1: parte geral. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

BORILLO, Daniel. Homofobia: História e crítica de um preconceito. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BUTLER, Judith. Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”. Buenos Aires: Paidós, 2005.

CAMPOS, C.A.D. A. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. São Paulo: Grupo GEN, 2014. Acesso em: 20 set. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedinas. 2003.

COSTA, Leonardo C.; TERIN, Vitor J. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES. Revista Intertemas, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

DEMICHELI, Alberto. El poder ejecutivo. Imprenta: Buenos Aires, Depalma, 1950.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade. São Paulo: Graal, 2010.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. Métodos de pesquisa. 1. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GIL, Antônio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. 5°. ed. 2010.

GUEDES, Juliana Santos. Separação dos poderes? O poder executivo e a tripartição de poderes no Brasil. Tese de Conclusão de Curso em Direito na UNIFACS. Salvador.

HABERMAS, Jurgen. Três modelos normativos de democracia. Revista Lua Nova. n. 35. 1995.

HALWANI, Raja. Essentialism, Social Constructionism, and the History of Homosexuality. 1998. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/j082v35n01_02>. Acesso em: 18 de mai. 2021.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte geral. 37. ed. atualização André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, Pedro. esquematizado - direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LOURO, Guacira Lopes. "Heteronormatividade e homofobia". In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação/UNESCO, p. 85-93, 2009.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MASIERO, Clara Moura. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Revista do Departamento de História e Ciências Sociais - UFG/CAC. Goiás. p. 125-146, dez. 2013. Disponível em: < <https://www.revistas.ufg.br/emblemas/article/view/29239>>. Acesso em: 20 de mar. 2021.

MASIERO, Clara Moura. **Lutas sociais e política criminal: os movimentos feminista, negro, LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil.** Tese de Doutorado em Direito na UNISINOS. São Leopoldo. Disponível em: < <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7118>>. Acesso em: 20 de mar. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte geral/volume 1. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MIRANDA, S.; SEVERINO, G. A criminalização da homofobia. Revista Científica do UBM, v. 19, n. 37, p. 1-18, 2 maio 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das leis. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Oniel Helio de Oliveira. A tripartição dos poderes no contexto atual no Brasil. Tese de Conclusão de Curso em Direito no Centro Universitário de Goiás UNIANHANGUERA. Goiás.

PORTILHO, Grazielle Jorsão; GONÇALVES, Me. Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA (ADO 26/DF). Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, v. 11, n. 40, p. 04-15, mar. 2020. ISSN 2178-2008. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183>>. Acesso em: 20 set. 2021.

RAMOS, Leandro Ferreira. A criminalização da homofobia: uma pauta atual. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.53486>>. Acesso em: 10 de mai. 2021.

REALE, M. Lições Preliminares de Direito, 27ª edição. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2013. Acesso em: 20 set. 2021.

SALEME, Edson. R. Direito constitucional 4a ed. Barueri: Editora Manole, 2021.

SPENCER, C. Histoire de l'homosexualité de l'Antiquité à nosjours. Paris: Le Pré aux Clercs, 1998 (tradução francesa de Homosexuality in History. London: Fourth Estate, 1995).

Supremo Tribunal Federal. ADO n° 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello.