



A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E O IMPACTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CASO DE OMISSÃO LEGISLATIVA

THE CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSPHOBIA AND THE IMPACT OF CONSTITUTIONAL AREA IN THE CASE OF LEGISLATIVE OMISSION

Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo¹

Luísa Lima Bastos Martins²

Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos³

Maria de Farias Fragoso Caetano França⁴

RESUMO: O artigo se destina ao estudo da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, especialmente no tocante à inércia legislativa na regulação de normas constitucionais e a resposta da jurisdição constitucional a essa omissão. O caso escolhido para discutir essa temática foi o da criminalização da homotransfobia assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. A importância do tema gerou o questionamento que norteou a pesquisa: a inércia legislativa na edição de lei que criminaliza a homotransfobia justifica a decisão tomada pelo STF em sede de controle de constitucionalidade por omissão? A fim de responder essa questão, realizou-se uma pesquisa bibliográfica sobre o fenômeno da omissão legislativa e da jurisdição constitucional. Paralelamente, a pesquisa destacou a importância dos direitos fundamentais envolvidos na ação e o papel contramajoritário do

¹ Advogado. Doutorando em Direito e Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Autor do livro "O sancionamento das situações de conflito de interesses como ato de improbidade administrativa".

² Advogada. Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF.

³ Advogada e Professora e Coordenadora Adjunta do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB e Mestra em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela UNB. Pós-doutorado pela Universitat de València, Espanha.

⁴ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário CESMAC.

Supremo Tribunal Federal na defesa dos direitos das minorias, concluindo pela validade da interpretação conforme a Constituição proferida no julgamento do referido caso.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão legislativa; Jurisdição Constitucional; Criminalização da homotransfobia.

ABSTRACT: The present work is intended to study the performance of the Legislative and Judiciary Powers, especially with regard to legislative inertia in regulating constitutional norms and the response of the constitutional jurisdiction to this omission. The case chosen to discuss this topic was the criminalization of homotransphobia established by the Federal Supreme Court in the judgment of Writ of Injunction No. 4,733/DF and Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26/DF. Hence the question that guided the research arises: does legislative inertia in issuing a law that criminalizes homotransphobia justify the decision taken by the STF in the context of constitutionality control by omission? In order to answer this question, a bibliographical research was carried out on the phenomenon of legislative omission and constitutional jurisdiction. At the same time, the research highlighted the importance of the fundamental rights involved in the action and the counter-majoritarian role of the Federal Supreme Court in defending the rights of minorities, concluding that the interpretation in accordance with the constitution handed down in the judgment of that case was valid.

KEYWORDS: Legislative omission; Constitutional Jurisdiction; Criminalization of homotransphobia.

1 INTRODUÇÃO

A criminalização de forma primária e específica da homotransfobia ocorreu em 13 de junho de 2019, por meio do julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal fez valer uma luta histórica, marcada pela busca por dignidade e preservação de direitos fundamentais das pessoas integrantes da comunidade LGBTQIAPN+.

Trata-se de um passo importante no sentido da efetividade do direito à igualdade, o que não impede uma avaliação sobre questões processuais relacionadas a essas ações, assim como o estudo dos fundamentos jurídicos das decisões tomadas pela Suprema Corte brasileira.

Diante disso, a pesquisa norteia-se pela seguinte pergunta: a inércia legislativa na edição de lei que criminaliza a homotransfobia justifica a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão?

A hipótese a ser investigada é que se a Suprema Corte adotou um comportamento ativista, que extrapola os limites da jurisdição constitucional, inovando na ordem jurídica com a criação de tipo penal, o que implica em ofensa aos princípios penais da legalidade e da reserva legal, além de violação aos princípios do Estado Democrático de Direito e da separação dos poderes.

O objetivo geral é analisar a omissão legislativa e a jurisdição constitucional no caso da criminalização da homotransfobia. Dentre os objetivos específicos, busca-se: a) estudar o controle de constitucionalidade por omissão; b) analisar os aspectos processuais e argumentos jurídicos do MI nº 4.733/DF e da ADO nº 26/DF e; c) discutir sobre a jurisdição constitucional no Brasil.

Para alcançar os objetivos traçados, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa. Por este motivo, realizou-se uma revisão de literatura, que reuniu e verificou as principais obras científicas na área do Direito Constitucional, especialmente sobre os temas de controle de constitucionalidade, eficácia das normas constitucionais e ativismo judicial.

2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O controle de constitucionalidade é resultado da concepção de que a Constituição representa a norma fundamental do ordenamento jurídico, conferindo validade às demais normas, que, por decorrência lógica, são hierarquicamente inferiores à Lei Maior. Em razão da supremacia da Constituição e da necessidade de compatibilizar as suas normas jurídicas, surge o controle de constitucionalidade. É o remédio para curar a inconstitucionalidade, garantindo a estabilidade do sistema constitucional.

A inconstitucionalidade é um fenômeno que emerge em razão de uma ação ou omissão do Poder Legislativo. A primeira situação consiste em ação visível do legislador, que produz uma norma que não se conforma com o Texto Constitucional. Na segunda situação, tem-se uma inação, que se manifesta por meio da ausência de norma considerada essencial para a concretização de outra norma constitucional ou para a satisfação de direito fundamental. Apesar de imperceptível, à primeira vista, é possível identificar a inação legislativa e, conseqüentemente, submetê-la ao controle judicial (Sarlet *et al.*, 2019, p. 1.298).

Em regra, a competência legislativa é facultativa, cabendo ao respectivo Poder a decisão de criar ou não lei sobre determinada matéria, conforme sua discricionariedade ou liberdade de conformação, de modo que a sua inércia é tratada como uma decisão política que não resulta em inconstitucionalidade. Por outro lado, há situações excepcionais em que a Constituição impõe ao legislador o dever de promover lei especialmente destinada a regular preceito constitucional. Nesses casos, a abstenção do Legislativo enseja a inconstitucionalidade por omissão, na medida em que deixa de elaborar uma norma que o próprio texto constitucional requer a produção, o que configura uma inércia ilegítima (Barroso, 2020, p. 220).

De acordo com as lições de Mendes e Branco (2021, p. 2.372-2.373), há “omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional”. Em todo caso, é um problema que abrange não só a “concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional”.

Desse modo, buscando sanar a lacuna legal e visando o bem-estar comum do cidadão, “a garantia da liberdade humana, a guarda e a proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis” (Bonavides, 2004, p. 301), o controle de inconstitucionalidade por omissão objetiva garantir direitos fundamentais constitucionais.

É relativamente recente a discussão sobre a inconstitucionalidade por omissão em solo brasileiro, de modo a desafiar a inteligência da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores. A propósito, essa temática foi amplamente discutida nos anos que antecederam a convocação e os trabalhos da Assembleia Constituinte que ensejaram a promulgação da Constituição Federal de 1988. Desse modo, a nova Constituição promoveu uma inovação no que diz respeito ao controle de constitucionalidade por omissão, tendo em vista a criação de dois remédios jurídicos: o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão (Barroso, 2020, p. 220).

O mandado de injunção encontra amparo legal no art. 5º, inc. LXXI, da CRFB/88, garantindo a sua concessão “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (Brasil, 1988). De imediato, já se verifica que não é toda omissão do Poder Legislativo que pode ser remediada por essa ação, mas tão somente aquela que inviabilize o exercício de direitos e garantias asseguradas na Constituição.

Além disso, não são todas as normas constitucionais que ensejam a propositura do mandado de injunção, mas apenas àquelas de eficácia limitada de princípio institutivo, de natureza impositiva, e as normas programáticas relacionadas ao princípio da legalidade, posto que demandam atividade normativa posterior que garanta sua aplicabilidade. Logo, não é função do mandado de injunção modificar lei ou ato normativo já existente, ainda que inconstitucional, ou exigir uma determinada interpretação da legislação infraconstitucional, ou mesmo pleitear uma aplicação “mais justa” de norma existente (Moraes, 2020, p. 375-376).

Curioso observar que o mandado de injunção sofreu, por quase três décadas, da patologia que justamente busca sanar: a omissão legislativa. Isto porque, a regulamentação do processo e do julgamento dessa ação só ocorreu com a edição da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, ou seja, 28 anos depois da promulgação da Constituição de 1988, momento em que esse remédio foi inserido no ordenamento jurídico pátrio. Em razão dessa mora legislativa, a maioria das controvérsias relacionadas ao mandado de injunção já tinham sido encerradas no momento de promulgação da referida Lei.

De acordo com a Lei nº 13.300/2016, a decisão proferida no âmbito do mandado de injunção deve se limitar ao reconhecimento do estado de mora legislativa, a fim de fixar prazo razoável para que o Legislativo edite a norma regulamentadora e, em caso de descumprimento do referido prazo, definir as condições em que os direitos, as liberdades ou prerrogativas serão exercitados, inclusive por meio de ação própria, se for o caso (art. 8º). Em regra, tal decisão produz efeitos interpartes, vigorando até a edição da norma regulamentadora, porém o órgão julgador poderá atribuir eficácia *erga omnes* à decisão, quando indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da ação (art. 9º).

Ao lado do mandado de injunção, indispensável na defesa de direitos individuais face a omissão do Poder Legislativo, o constituinte originário instituiu um sistema de controle abstrato da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da CRFB/88. Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que busca reconhecer a inércia de medida que garanta a efetividade da norma constitucional. Desse modo, em caso de procedência da ação, o órgão Legislativo deverá ser informado da decisão para que adote as providências cabíveis, e, em se tratando de órgão administrativo, deverá colmatar a lacuna no prazo de trinta dias (Mendes; Branco, 2021, p. 2.959-2.960).

Convém registrar que o art. 103, § 2º, da CRFB/88 não dispõe sobre o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, delimitando tão somente o seu objeto. Por essa razão, coube ao legislador infraconstitucional estabelecer a sua disciplina processual. Nessa perspectiva, foi aprovada a Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, que acrescentou o

Revista da ESMAL, Maceió, n. 10/2025.

Capítulo II-A (com os arts. 12-A até 12-H), na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Suprema Corte realiza uma fiscalização abstrata da mora do Poder ou órgão competente, com o escopo de assegurar a efetividade da norma constitucional ou tutelar o direito objetivo. Noutras palavras, nesta ação não há conflito entre partes ou caso concreto, razão pela qual a sentença opera estritamente no plano normativo, produzindo efeitos *erga omnes*. O objetivo da decisão é tão somente declarar a inconstitucionalidade por omissão e, dependendo do caso, dar ciência ao Poder competente para edição da norma ou ordem para a autoridade administrativa adotar as providências cabíveis (Sarlet *et al.*, 2019, p. 1.631-1.632).

Em contraponto ao mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não busca proteger situações individuais ou provenientes de relações subjetivadas. Isto é, não se verifica um interesse jurídico específico ou um interesse de agir propriamente dito. A intenção é defender a ordem jurídica de uma postura inerte que se mostra ilegítima e incompatível com a Constituição. Fato é que existe um rol especial de legitimados à propositura dessa ação, pois somente alguns órgãos ou entes gozam de tal prerrogativa, a fim de atuar como um advogado do interesse público na defesa da ordem fundamental (Mendes; Branco, 2021, p. 2.706-2.707).

3 DO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26/DF

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, decidiu pela criminalização da homotransfobia. Tal decisão se tornou símbolo de uma luta histórica para a comunidade LGBTQIAPN+, e não se discute, pelo menos aqui, a importância do combate à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, bem como qualquer forma de discriminação, tendo em vista o direito fundamental de viver de modo digno e em igualdade. Isto não significa, entretanto, que não se deve analisar as questões processuais relacionadas a essas ações, assim como os fundamentos jurídicos das decisões tomadas pela Suprema Corte.

O mandado de injunção nº 4.733/DF foi impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), enquanto a Ação Direta De Inconstitucionalidade

por Omissão nº 26/DF foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), ambas com fundamento no art. 5º, incisos. XLI e XLII, da CRFB/88. As duas ações buscavam obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, tendo em vista os inúmeros casos de ofensas individuais e coletivas, homicídios, agressões e discriminações ocasionadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima.

À vista disso, as ações pleitearam a declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, bem como a definição de prazo razoável para o Congresso Nacional editar legislação criminalizadora. Além disso, pediram que, para o caso de descumprimento pelo Congresso Nacional do prazo fixado pelo STF para efetivação da referida criminalização/punição criminal, ou se a Corte entender pela desnecessidade de fixação desse prazo, que fossem efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crimes específicos.

Caso fosse atendido esse último pedido, que houvesse a inclusão da criminalização específica na Lei nº 7.716/1989, mais conhecida como Lei do Racismo, obrigando a sua aplicação, ou de outra legislação que eventualmente a substituísse, para punir tais condutas, ao menos enquanto o Congresso Nacional não procedesse com a respectiva criminalização.

De modo subsidiário, foi requerida a tipificação criminal específica de todas as formas de homofobia e transfobia, da forma como STF entendesse mais conveniente e adequado do ponto de vista constitucional. Por fim, foi solicitada a declaração de responsabilidade civil do Estado Brasileiro para indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

No julgamento do mandado de injunção nº 4.733/DF, a Suprema Corte entendeu que a discriminação baseada na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero constitui uma afronta ao Estado Democrático de Direito, e que o direito à igualdade sem discriminações abarca a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. Posteriormente, defendeu a existência de um mandado de criminalização de toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, conforme se depreende da leitura do texto da Constituição Cidadã e dos tratados internacionais de que o Estado Brasileiro é signatário.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal argumentou que a inércia do Poder Legislativo no que se refere a tipificação da discriminação motivada por orientação sexual ou identidade de gênero é uma conduta ilegítima, que viola um sentido mínimo de justiça. Tal omissão deixa transparecer que o sofrimento e a violência experimentada pela pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é aturada, como se um ser humano não fosse digno

o bastante para existir em igualdade. Contudo, na visão do STF, A Constituição Federal não permite que a pessoa suporte o sofrimento que a discriminação impõe, seja por orientação sexual ou identidade de gênero.

Noutros termos, qualquer forma de discriminação é nefasta, tendo em vista que exclui das pessoas a justa expectativa de que possuem igual valor.

A partir dessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o mandado de injunção nº 4.733/DF, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, e aplicar, até que sobrevenha legislação do Congresso Nacional sobre a respectiva matéria, a Lei do Racismo com o objetivo de incluir a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero na tipificação prevista para os crimes provenientes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Acompanhando a mesma linha de raciocínio adotada no julgamento do mencionado remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, com eficácia geral e efeito vinculante, para reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional no tocante ao cumprimento da prestação legislativa reservada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incs. XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, a fim de garantir proteção penal a comunidade LGBTQIAPN+.

Vale destacar, que os dispositivos constitucionais suscitados pela Suprema Corte na ADO nº 26/DF, consistem em direitos fundamentais, elencados no rol do art. 5º do Texto Constitucional, que se destinam especificamente a garantir que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inc. XLI) e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (inc. XLII).

Em seu voto o Ministro Celso de Mello entende que o referido estado de mora é inconstitucional, criando um cenário de injusta omissão que demanda a atuação do Judiciário, por ser causadora de lesão. Veja-se, pois:

A constatação objetiva de que se registra, na espécie, hipótese de mora inconstitucional, apta a instaurar situação de injusta omissão geradora de manifesta lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional inadimplida (CF, art. 5º, XLI e XLII), justifica, plenamente, a intervenção do Poder Judiciário, notadamente a do Supremo Tribunal Federal. Não tem sentido que a inércia dos órgãos estatais, evidenciadora de comportamento manifestamente inconstitucional, possa ser tolerada. [...] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que,

mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental (Brasil, 2019, p. 50-51).

Tal omissão normativa, na perspectiva do Ministro Celso de Mello, é lesiva ao Texto Constitucional, de modo que a injustificável inércia do Congresso Nacional, que consiste em transgressão das cláusulas constitucionais de proteção penal, estabelecidas nos incs. XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal. Por isso, julgou que a utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o remédio processual adequado ao caso em apreço, o que implica na procedência da ação.

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Edson Fachin entendeu pela procedência da ADO, pois considerou que o direito consagrado no art. 5º, inc. XLI, do Texto Constitucional efetivamente institui um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica. Entretanto, diante da inércia legislativa, essa ordem comporta, até que seja suprida, colmatação pela Suprema Corte, mediante interpretação conforme da lei de combate à discriminação.

Nessa esteira de raciocínio, o Ministro Alexandre de Moraes admitiu a incompatibilidade entre o comportamento determinado pela Constituição Federal, sobretudo em relação a punição legal de qualquer ato de discriminação que atenta contra os direitos e liberdades fundamentais, e a postura negativa do Congresso Nacional, se omitindo, em tese, ao não editar lei penal incriminadora destinada a punir práticas que afrontam a orientação sexual e a identidade de gênero. Em resumo, o legislador constituinte determinou que o Congresso Nacional realizasse a emissão de um comando normativo incriminador, porém este se manteve inerte.

No que diz respeito especificamente ao inc. XLII do art. 5º da CRFB/88, o STF entendeu pela necessidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça, ampliando-o, no sentido de abranger a orientação sexual e/ou a identidade de gênero. A argumentação de que o conceito jurídico de racismo passou pelo processo de mutação constitucional foi desenvolvida pelo Ministro Luis Roberto Barroso, expondo em seu voto a seguinte linha de raciocínio:

57. Essa evolução da percepção social a respeito da discriminação pela orientação sexual e identidade de gênero revela que o conceito de racismo, previsto no art. 5º, XLII, CF, sofreu mutação constitucional. A mutação constitucional é um mecanismo de modificação informal da Constituição, que permite a transformação do sentido e do alcance das suas normas, sem que se opere, no entanto, qualquer alteração do seu texto. Ela pode decorrer de uma nova percepção do Direito, quando se modificarem os valores de

determinada sociedade. Afinal, a ideia do bem e do justo varia com o tempo. 58. Em 1989, a Lei do Racismo estabeleceu punições para crimes resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não contemplou textualmente, portanto, o preconceito fundado em orientação sexual e identidade de gênero. É certo que, naquela época, o debate em torno dessa pauta não se encontrava suficientemente maduro. Trinta anos depois, esse cenário se modificou: em todo o mundo e também no Brasil, houve significativa evolução quanto ao reconhecimento de direitos das pessoas LGBTI+. Assim, em uma interpretação evolutiva da Constituição, chegou-se a um nível em que se tornou constitucionalmente inadmissível deixar de coibir criminalmente a discriminação fundada em orientação sexual e/ou identidade de gênero. Por essa razão, a norma constitucional que determina a criminalização do racismo e a Lei nº 7.716/1989, que lhe dá concretude, somente podem ser interpretadas de forma a abranger atos discriminatórios contra o grupo LGBTI+. (Brasil, 2019, p. 27-28).

Em atenção à liberdade de orientação sexual e da identidade de gênero no atual cenário brasileiro, e observando a vedação constitucional à toda forma de discriminação, o Ministro Barroso sustentou a existência de um ambiente progressista no reconhecimento de direitos da população LGBTQIAPN+, impulsionando o processo de mutação constitucional do conceito jurídico de racismo. Assim, a leitura conjugada dos incs. XLI e XLII do art. 5º da CRFB/88, levou a conclusão de que os tipos penais previstos na Lei do Racismo podem ser aplicados, igualmente, as condutas de homofobia e transfobia, até o momento em que houver a devida tipificação pelo Congresso Nacional.

Ressalta-se, que no julgamento da ADO nº 26/DF, em razão do reconhecimento do referido estado de mora inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal declarou a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, razão pela qual determinou a cientificação do Congresso Nacional sobre o teor da decisão, conforme preceitua o art. 103, § 2º, da CRFB/88 e o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/1999.

Mais adiante, a Suprema Corte conferiu interpretação conforme à Constituição, tendo em vista os mandados constitucionais de incriminação consagrados nos incs. XLI e XLII do art. 5º do texto constitucional, com o objetivo de enquadrar a homofobia e a transfobia, independentemente da forma em que se manifestar, nos vários tipos penais previstos na Lei nº 7.716/1989, até que o Congresso Nacional promova a edição de legislação autônoma.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal empregou uma técnica de interpretação peculiar do controle de constitucionalidade, aplicável quando a norma constitucional permite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que seja compatível com a Constituição. Assim, no julgamento da ADO nº 26/DF, a Corte conferiu uma interpretação aos incs. XLI e XLII do art. 5º da CRFB/88 que lhe preserva a constitucionalidade.

Ao adotar essa interpretação conforme a Constituição, o STF considerou duas premissas, notadamente: i) que as práticas homotransfóbicas se qualificam como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pela própria Corte no julgamento plenário do HC nº 82.424/RS (caso Ellwanger), pois essas condutas resultam em segregação que diminui pessoas integrantes da comunidade LGBTQIAPN+, seja por sua orientação sexual ou identidade de gênero; ii) que os comportamentos de homotransfobia se amoldam ao conceito de atos discriminatórios e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que integram esse grupo vulnerável.

Vale destacar que a Suprema Corte declarou que os efeitos dessa interpretação conforme a Constituição se aplicarão apenas a partir da data em que o julgamento foi concluído, ou seja, a decisão iria produzir efeitos *ex nunc*. Em regra, as decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade operam com efeito retroativo. Contudo, considerando a segurança jurídica ou excepcional interesse social, é possível restringir os efeitos da decisão para que só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento a ser definido pela Corte.

Trata-se do mecanismo da modulação dos efeitos da decisão, previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e que foi originalmente instituído para as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e declaratória de constitucionalidade (ADC). Posteriormente, com a edição da Lei nº 12.063/2009, que estabeleceu a disciplina processual da ADO, se tornou possível a modulação de efeitos nessa ação, por força do art. 12-H, § 2º, da Lei nº 9.868/1999.

Por derradeiro, com base nos argumentos anteriormente expostos, o Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes teses no julgamento da ADO nº 26/DF:

- 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);**
- 2. 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;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, **projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos**, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. [grifos no original]. (Brasil, 2019, p. 11-12).

Feitas essas considerações sobre os principais aspectos processuais e os fundamentos jurídicos das decisões proferidas no Mandado de Injunção nº 4.733/DF e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, faz-se necessário analisar a postura adotada pela Suprema Corte à luz da jurisdição constitucional.

4 DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Um dos pontos mais controversos, senão o maior, envolvendo as decisões prolatas no MI nº 4.733/DF e na ADO nº 26/DF, é a alegação de o Supremo Tribunal Federal tomou para si a competência para legislar sobre a matéria, tendo em vista que a ampliação da aplicabilidade da Lei do Racismo para os casos de homotransfobia ensejou a criação de tipo penal. Tal medida fez-se necessária, pois na ausência de proteção legal, a proteção à vida e a dignidade da pessoa humana devem prevalecer e transcender, por serem princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Conforme afirma o professor Menelick de Carvalho, “em outros momentos esse ‘transcender interpretativo’ proporcionou avanços”(Espíndola, 2018, n. p.).

O princípio da legalidade penal encontra amparo no art. 5º, inc. XXXIX, da CRFB/88, que prevê: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desse modo, há quem afirme que o veículo introdutor de tipos penais no

ordenamento jurídico brasileiro seria tão somente a lei. À vista de que a competência legislativa em matéria de direito penal seria exercida privativamente pela União, conforme preceitua o art. 22, inc. I, da CRFB/88, cabendo ao Congresso Nacional editar lei instituidora de tipos penais, em prestígio ao princípio da reserva legal.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 possui uma gama de princípios norteadores que não devem ficar engessados, tampouco esquecidos, em especial na defesa de direitos fundamentais, básicos e primordiais, tais como a vida, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Assim, o importante papel do STF em atuar na proteção desses princípios tornou-se primordial e não um ativismo judicial. Muitas minorias encontram-se desprotegidas do ponto de vista do aparato estritamente legal, e tal fato não pode prosperar ao ponto de não haver garantias protecionistas de viés constitucional. Nesse sentido, aduz Menelick de Carvalho, a saber (Espíndola, 2018):

A CF/88, por conta de suas diretrizes, funcionou com um farol para os avanços em termos de inclusão e afirmação dos direitos das minorias, desdobrados em uma série de iniciativas como ampliação de acesso a escolas, universidades e empregos.

No caso do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, houve um “alargamento” do texto constitucional. O texto original concedia somente a casais heterossexuais os direitos inerentes ao casamento, mas a **Justiça encarregou-se de restabelecer essa regulamentação. Essa medida foi constitucional porque baseou-se na interpretação da Constituição, que assegura igualdade de direitos a todos os brasileiros.** Os mais conservadores tendem a imaginar que foi um descumprimento da Constituição, mas o texto, na verdade, foi reinterpretado porque o preconceito é problemático constitucionalmente. Hoje, a garantia de direitos está ameaçada, as perspectivas políticas estão complicadas. Mas o momento é de continuar defendendo os princípios da nossa Constituição, pois vivemos uma perigosa onda mundial de perda de direitos.

(...)

É importante lembrarmos que a CF/88 foi capaz de constituir uma comunidade que luta pelos seus direitos. Temos que lutar pela continuidade desses direitos, sob pena de pôr em risco a própria estrutura constitucional. A ideia deflagrada pela CF/88 é permanente e supera seu texto, independentemente de emendas. Nossas maiores conquistas não vieram de emendas, mas de leituras mais avançadas e modernas da própria Constituição (grifo nosso).

Atualmente, esse papel garantidor de “restabelecer essa regulamentação” vem sendo exercido frequentemente pelo STF, desde que seja provocado, pois a Corte não pode agir de ofício, por força do princípio da inércia, conforme prescreve o art. 2º do Código de Processo Civil de 2015, nesses termos: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Neste sentido, se destaca o processo chamado de judicialização da política, que pode ser analisado sob dois prismas. O primeiro, referente ao conteúdo substantivo das decisões dos tribunais, decorre da concepção contemporânea do caráter efetivo dos princípios constitucionais, sobretudo àqueles inerentes a implementação de direitos sociais de terceira geração e das políticas públicas que garantem a sua materialização. Por outro lado, criou-se mecanismos processuais e foi conferido legitimidade a muitos sujeitos capazes de influenciar no processo de judicialização, de modo que a motivação e a conduta das figuras políticas faz com que a sociedade em geral sinta a necessidade de que seja empregado os meios processuais disponíveis (Fleury, 2010, p. 9-10).

Ressalta-se, que do processo de judicialização da política decorre dois fenômenos, o ativismo judicial e a politização da justiça. O ativismo judicial acontece quando o magistrado concretiza ou revisa determinadas políticas públicas do Poder Legislativo, por meio da judicialização de uma questão política perante o STF, algo que pode ser benigno quando é feito de modo proporcional, desfrutando de legitimidade democrática. Diferente é o caso da politização da justiça, quando o ministro possui uma atuação partidária mais intensa, que se revela por meio de decisões judiciais distintas conforme a cor partidária das partes ou de iniciativas públicas, postura completamente antidemocrática, desvinculada da Constituição e do seu ideal axiológico de justiça social (Góes, 2023, p. 201-202).

No caso em questão, a omissão do Poder Legislativo no que se refere à criminalização da homotransfobia, caracteriza uma inércia ilegítima. Nessa senda, cabe à jurisdição constitucional o poder de atrair para si uma função constitucionalmente designada ao legislador, desde que devidamente provocada, a fim de conferir eficácia às normas constitucionais. Nessa senda, o julgamento das MI nº 4.733/DF e na ADO nº 26/DF corrobora a garantia e a manutenção dos princípios fundamentais da Constituição.

É inegável que com o advento da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional conquistou natureza expansiva, seja pela atribuição de força normativa das disposições constitucionais, seja pela previsão de mecanismos que potencializam o controle abstrato, ensejando o aumento da atuação do “guardião da Constituição”.

Embora o legislador constituinte tenha apostado na democracia representativa e no protagonismo do Legislativo, a inércia deste Poder abre, em determinados casos, lacunas que acabam sendo colmatadas pelo Judiciário para buscar um equilíbrio e garantia de direitos e proteções.

Importante observação acerca do tema juntamente com a decisão do STF sobre o tema, feita por Vecchiatti (2019):

As condutas que se enquadrarem no conceito geral e abstrato de racismo reconhecido pelo STF (em suma, a inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, no contexto de relações de poder social de grupo dominante relativamente a grupo dominado) merecerão esse qualificativo. ***O reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo não viola o princípio da legalidade penal estrita, por sersubsumível a tipo penal já previsto em lei*** (por exemplo, artigo 20 da Lei 7.716/89, de praticar, induzir ou incitar o preconceito e a discriminação *por raça*), donde respeita a *legalidade penal formal* (lei escrita), por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo, referendado por precedente histórico do STF (HC 82.424/RS) e pela literatura negra antirracismo, de sorte que não pode ser considerado como “intoleravelmente vago”. ***Inexiste violação ao princípio da taxatividade, pois este sempre admitiu a criminalização por “conceitos valorativos” (conforme supra), donde a interpretação do STF respeita a legalidade penal substancial, relativa aos princípios da taxatividade e anterioridade (lei certa, estrita e prévia), pois modulados os efeitos da decisão.***

Quando uma questão não é apreciada pelo Legislativo através dos anos, deve ser definida por meio da Corte Constitucional, como forma de proteção à Constituição Federal, sendo, mais uma vez, uma vitória do Estado Democrático de Direito.

Reitere-se: a solução adotada pelo Supremo não fez uso da aplicação analógica, in malam partem, das normas penais previstas na Lei de combate ao racismo, nem implicou a formulação de tipos criminais ou a cominação de penas sem base legal. Também não houve a ponderação de princípios, tão cara aos entusiastas do ativismo. Teria, isto sim, agido o STF com ativismo judicial se colmatasse a omissão denunciada, procedendo à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Mas, não foi o que ocorreu. Diferentemente, a solução apresentada pela Corte limitou-se à mera subsunção, com efeitos prospectivos, de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei n. 716/1989), ao reconhecer que os atos de homofobia e de transfobia constituem manifestações de racismo, compreendido este na sua dimensão social (racismo social) (Santiago; Sobrinho, 2022, p. 123).

Para Barroso (2020, p. 2.173), em todo o mundo, as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais podem desempenhar três grandes papéis ou funções: o papel contramajoritário, o papel representativo e o papel de vanguarda iluminista.

O papel representativo das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais implica no reconhecimento de que a associação do fortalecimento das democracias constitucionais ocidentais com uma certa crise de legitimidade dos Parlamentos concedeu às Cortes o poder de, por intermédio da motivação e fundamentação de suas decisões, promover a concretização de direitos, atuando como intérprete do sentimento social.

Se a democracia deliberativa tem como componente essencial o oferecimento de razões, ideias e a troca de argumentos, seu fundamento seria então a ideia de uma legitimação discursiva, na qual as decisões políticas não prescindem de debates públicos e abertos nos

quais todos poderiam opinar e contribuir para a solução de problema sociais. Segundo o autor, os Tribunais Constitucionais passariam a exercer o papel de “representante argumentativo da sociedade”, ao buscarem conciliar a democracia e a jurisdição constitucional, concebida como se fora uma espécie de representação popular (Barroso, 2020, p. 2.203).

Quanto ao chamado papel iluminista, trata-se, para o próprio autor, de “uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa para que Cortes Constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”. Para o autor, a razão iluminista seria a do pluralismo e da tolerância, imposta somente para desbaratar superstições e preconceitos, de maneira a garantir a dignidade humana e a qualidade de vida para todos. Assim, as intervenções humanitárias permitidas pelo papel iluminista dos tribunais não devem impor valores, mas assegurar que cada pessoa possa viver os seus próprios valores possa professar suas ideias, tendo por limite o respeito às convicções do outro (Barroso, 2020, p. 2.207).

No que se refere ao papel contramajoritário, insta destacar que, no processo político de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, perseguido pelas sociedades ocidentais democráticas, eventualmente, a vontade e os direitos fundamentais das minorias são sufocados pela vontade da maioria e, como resultado, suas reivindicações não necessariamente são atendidas pelo processo democrático de deliberação. Quando isso ocorre, a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional torna-se essencial “para assegurar a fruição de direitos às minorias sub-representadas”. Disso decorre, mutas vezes, a invalidação de atos do Executivo e do Legislativo considerados contrários à Constituição ou que não tenham assegurado direitos fundamentais das minorias, resultado de dificuldades para integração ou exclusão dos espaços de deliberação política (Leal e Vargas, 2023, p. 220).

Barroso (2020, p. 2.216-2.217) destaca os riscos de cada um desses papéis e enfatiza a parcimônia com que devem ser empregados na função jurisdicional:

Foi dito que cortes constitucionais podem desempenhar três papéis: contramajoritário, representativo e iluminista. Isso não quer significar que suas decisões sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação a priori. Se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele pretender desempenhar um papel iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história, não haverá como absolver seu comportamento. Além disso, cada um dos papéis pode padecer do vício da desmedida ou do excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto

qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história.

Frequentemente, minorias sexuais enfrentam dificuldades na proteção normativa de seus direitos fundamentais pelo Poder Legislativo, o que acaba por levar ao Judiciário a decisão sobre a pertinência das reivindicações. A atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal para a proteção dessas minorias sexuais em face das omissões do Congresso Nacional no contexto do Estado Democrático de Direito relaciona-se à tensão existente entre democracia representativa (lógica majoritária) e o constitucionalismo (prevalência dos direitos fundamentais). A luta das minorias sexuais estigmatizadas para a concretização da igualdade tem alcançado importantes vitórias decorrentes da atuação do Supremo Tribunal Federal, sobretudo no que diz respeito ao seu papel contramajoritário da jurisdição constitucional (Leal e Vargas, 2023, p. 225).

Após mais de cinco anos do julgamento que fixou a tese que criminalizou a homotransfobia no país, persiste a inércia do Poder Legislativo sobre a matéria específica, e a violência contra essas minorias só se agrava.

Dados obtidos por meio de pesquisa inédita divulgado pelo Instituto Pólis, em maio de 2024, demonstram que as notificações de violência contra a população LGBTQIAPN+ registradas pelos serviços de saúde na cidade de São Paulo cresceram 970% entre os anos de 2015 e 2023: foram notificados 2.298 casos, sendo que aproximadamente 45% das ocorrências resultaram de violências físicas, 29% de violências psicológicas e 10% de violências sexuais, com quase metade (49%) dos casos ocorrendo no ambiente doméstico. O racismo estrutural também se soma à violência LGBTfóbica, pois 79% das vítimas de violência policial eram pessoas negras. A maioria das vítimas, cerca de 69%, são jovens com até 29 anos. (CRUZ, 2024).

Os dados sobre a violência LGBTfóbica são escassos e não partem de uma política pública de atenção a estas minorias. O Relatório Pesquisa Discriminação e Violência contra a População LGBTQIAPN+ do Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2022.), concluiu que:

A ausência de dados oficiais sobre os crimes de LGBTfobia é considerado em si resultado prévio da pesquisa. Retrata o apagamento institucional com relação a essa população e o reconhecimento da diversidade de identidades de gênero e de orientações sexuais. Tal apagamento se dá desde os órgãos de segurança pública, percorre toda a persecução penal e também se destaca durante o curso do processo judicial, chegando até a execução penal.

Um levantamento foi feito pelas ONGs Acontece Arte e Política LGBTI+, Associação Nacional de Travestis e Transexuais e Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos e revelou que 230 pessoas LGBTQIAPN+ morreram de forma violenta no Brasil em 2023.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública noticiou 111 casos registrados pela justiça em 2020 como crime de homotransfobia, sendo 280 em 2021 e 503 em 2022. Segundo o Fórum, no período observado, houve aumento de 353% nas notificações.

Corroborando a noticiada escassez de informações, osite Gênero e Número solicitou pela Lei Acesso à Informação (LAI) dados sobre registros de LGBTfobia de todas as 27 unidades federativas do país. Destes, 21 estados responderam à solicitação, mas somente três enviaram dados básicos sobre as vítimas que denunciam esses crimes. Outro entrave observado foi a falta de tipificação do crime de LGBTfobia em ocorrências registradas sob a Lei do Racismo, como alhures informado (Sacagami *et al.*, 2023).

Há óbice tanto na coleta desses dados quanto no preparo dos profissionais envolvidos para receber os casos, pois muitos não estão aptos, estão desinformados e não levam adiante a ocorrência. Gustavo Coutinho *apud* Lucca (2024), aponta para a necessidade de ações que envolvam “a participação ampla do sistema Justiça, do governo e da sociedade civil para implementar mecanismos de coleta e organização de crimes contra a população LGBTQIAPN+ e, a partir disso, elaborar políticas públicas realmente efetivas para combatê-los”.

Aduz nesse sentido (Sacagami *et al.*, 2023), a saber:

Esta ausência de dados revela um cenário de invisibilização da violência contra essa parcela populacional, além de barreiras na coleta de dados e na transparência pública. Não é possível analisar categorias básicas, como identidade de gênero das vítimas ou sua orientação sexual, porque a maior parte dos estados não fornece essa informação. Quase metade dos registros não trazem informação de raça/cor das vítimas.

Desse modo, conclui-se que, apesar da decisão do STF que possibilitou a criminalização dos casos de homotransfobia, remanescem dificuldades para a proteção das vítimas e para o enquadramento penal.

Não obstante, a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário apreciar matérias relativas a direitos sociais que não foram providos pelo Poder Legislativo é fundamental, especialmente quando envolve direitos de minorias que necessitam de amparo que não encontram de forma da específica na lei. Nesses casos, a interpretação conforme a Constituição é uma postura necessária, desejável e positiva para a própria democracia.

A forma de atuar do STF não é soberana, mas garantidora de direitos negados ao ser humano, e consiste em atribuir mais sentido à Constituição, em um verdadeiro “constitucionalismo garantista” (Santiago; Sobrinho, 2022, p. 122-123). E aí também se revela a importância do Judiciário.

A interpretação elaborada pela Suprema Corte que resultou na criminalização da homotransfobia é a que melhor se conforma à Constituição de 1988, pois na ausência de normas, cabe à jurisdição constitucional a função de proteger o jurisdicionado. No caso em análise, as condutas homofóbicas e transfóbicas representam violação à dignidade humana e ao direito de existir em condições de igualdade e liberdade, sendo que a proteção das minorias atingidas merece a atuação firme do Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

Os remédios constitucionais destinados a sanar a omissão legislativa e, assim, conceder eficácia às normas constitucionais, estão expressamente insculpidos na Constituição e possuem disciplina processual prevista em normas infraconstitucionais. São instrumentos que legitimam a atuação da jurisdição constitucional nos casos em que abstenção legislativa provoca uma inconstitucionalidade, lacuna ou inércia.

Assim, ao analisar o julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, que culminou com a criminalização da homotransfobia, foi possível concluir que o Supremo Tribunal Federal atuou de forma a garantir direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Ao estabelecer que as condutas homofóbicas e transfóbicas se ajustam, por meio de adequação típica, aos preceitos de incriminação previstos na Lei de Racismo, a Suprema Corte trouxe proteção àquela minoria e deve tal conduta ser comemorada.

Tal postura não afronta os princípios penais da legalidade e da reserva legal diante da ponderação frente ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção, dentre muitos outros, fortalecendo o Estado Democrático de Direito e as garantias constitucionais.

Não obstante a criminalização da violência contra a população LGBTQIAPN+ consistir em um substancial avanço, em um Estado Democrático de Direito, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário precisam assumir um compromisso com políticas de enfrentamento do preconceito sistêmico que afeta nossa sociedade, assegurando igualdade e liberdade para grupos minoritários e protegendo a vida e a dignidade todas as pessoas.

Nesse sentido, convém mencionar o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, que dentre várias diretrizes, busca fomentar a criação de redes de proteção dos direitos humanos da população LGBTQIAPN+. Além disso, se destaca o Programa Brasil Sem Homofobia, destinado a combater a Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual, desenvolvido pelo Ministério da Saúde.

Que a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas desafie e impulsione o Estado brasileiro a desenvolver ações concretas de combate à violência e à discriminação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 16 jul. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Brasília: Presidência Da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 27 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Planalto, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília: Planalto, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 27 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília: Planalto, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm. Acesso em: 27 jun. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Discriminação e violência contra a população LGBTQIA+**: relatório da pesquisa. CNJ: Brasília, 2022. Disponível em: <chrome-extension://dbkidnlfkljanneifjjojofckpcogcl/pdf-viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.cnj.jus.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2022%2F08%2Frelatorio-pesquisa-discriminacao-e-violencia-contralgbtqia.pdf>. Acesso em: 25 de jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia**: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/9003>. Acesso em: 16 jul. 2025.

CRUZ, Eliane Patrícia. Violência contra pessoas LGBTQIA+ em SP cresce 970% em oito anos. **Agencia Brasil**, São Paulo, 13 de maio de 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2024-05/violencia-contrapessoas-lgbtqia-em-sp-cresce-970-em-oito-anos>. Acesso em: 25 jun. 2024.

ESPÍNDOLA, Matheus. A Constituição é uma comunidade de princípios', afirma Menelick de Carvalho. **Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 5 de out. 2018, 5:18. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/constituicao-e-comunidade-de-principios-afirma-menelick-de-carvalho>. Acesso em 23 de mar. 2024.

FLEURY, Sabino. Judicialização da política e politização da justiça: os partidos políticos e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 12, n. 18, p. 5-46, jan./jun. 2010.

GÓES, Guilherme Sandoval. Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no Estado de Direito contemporâneo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 88, abr./jun. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. Omissão legislativa e atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em relação às minorias sexuais. **RIL**, Brasília, ano 60, n. 240, p. 219-243, out./dez. 2023.

LUCCA, Bruno. Justiça não contabiliza casos de homotransfobia. **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, 13 de junho de 2024. Disponível em: https://www.em.com.br/diversidade/2024/06/6877029-justica-nao-contabiliza-casos-de-homotransfobia-5-anos-apos-criminalizacao.html#google_vignette. Acesso em: 13 mai. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SACAGAMI, Victoria; SILVA, Vitoria Regia da; SEMENTE, Marcella. Quatro anos depois da criminalização da LGBTfobia. **GN**, [S. l.], 28 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.generonumero.media/reportagens/criminalizacao-lgbtfobia-dados/#:~:text=E%20m%202019%2C%20o%20Supremo,passasse%20a%20ser%20considerada%20crime>. Acesso em: 13 jun. 2024.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. SOBRINHO, Luis Lima Verde. Supremo Tribunal Federal e a Criminalização da homotransfobia: Ativismo judicial ou constitucionalismo garantista? **Revista dos Direitos Fundamentais e Democracia**, v.27, n.2, p. 104-127, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2201> Acesso em 25 de jun. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. **CONJUR**, São Paulo, 19 ago. 2019, 6:11. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo/> Acesso em: 23 de mar. 2024.