

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
Leonardo de Oliveira Barone

**DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT E ATIVISMO JUDICIAL: uma análise sobre a
ADO 26**

Taubaté -SP
2022

Leonardo de Oliveira Barone

**DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT E ATIVISMO JUDICIAL: uma análise sobre a
ADO 26**

Trabalho de graduação em Direito,
apresentado ao Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade de Taubaté, como
parte dos requisitos para colação de grau e
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Guilherme Paiva Vianna

Taubaté -SP
2022

Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU

B265d Barone, Leonardo de Oliveira
Direitos da comunidade LGBT e ativismo judicial : uma análise sobre
a ADO 26 / Leonardo de Oliveira Barone. -- 2022.
55f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2022.

Orientação: Prof. Me. Luiz Guilherme Paiva Vianna, Departamento
de Ciências Jurídicas.

1. Homofobia - Criminalização. 2. Comunidade LGBT - Direitos.
3. Direitos fundamentais. 4. Princípio da dignidade da pessoa humana.
5. Ativismo judicial. I. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de
Direito. II. Título.

CDU - 342.7

Leonardo de Oliveira Barone

DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT E ATIVISMO JUDICIAL: uma análise sobre a ADO 26

Trabalho de graduação em Direito, apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Guilherme Paiva Vianna

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. _____ Universidade de Taubaté

Assinatura _____

Prof. _____ Universidade de Taubaté

Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

À minha família, por todo amor e suporte que me deu. Aos meus amigos e amigas, por compartilharem comigo alegrias e tristezas que dão significado à vida. Ao meu orientador, professor Luiz Guilherme Paiva Vianna, pelo auxílio essencial para o desenvolvimento do presente trabalho.

*“O falar não se restringe ao ato de emitir
palavras, mas de poder existir.”
(Djamila Ribeiro)*

RESUMO

Visto que a legislação brasileira não presta uma tutela criminal contra a prática da homofobia, este trabalho de graduação objetiva investigar a legitimidade da referida tutela, em face da ordem jurídica nacional e necessidade social. Ademais, o presente trabalho se propõe analisar a possibilidade da criminalização de uma conduta através da via judicial. Para tal, será realizado uma pesquisa de metodologia bibliográfica e documental, seguindo os seguintes objetivos específicos: conceituação de termos pertinentes a compreensão da homofobia, assim como a sua abrangência; análise de aspectos que tornam legítima e possível a criminalização da referida conduta no Brasil; investigação das tentativas de criminalização da homofobia no ordenamento nacional; exame da decisão da Suprema Corte brasileira que equiparou as práticas discriminatórias motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero ao crime de racismo; e por último, análise das críticas materializadas sobre a decisão do STF, relacionadas ao princípio da legalidade penal, separação de poderes e ativismo judicial.

Palavras-chave: Criminalização da homofobia. Direitos da comunidade LGBT. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Ativismo judicial

ABSTRACT

Given that Brazilian legislation does not provide criminal protection against the practice of homophobia, this graduation work aims to investigate the legitimacy of the said protection, in relation to the national legal system and social necessity. Besides, the present work proposes to analyze the possibility of criminalization of a conduct through the judicial way. To that end, a bibliographic and documental methodology research will be carried out, going through the following specific objectives: conceptualization of relevant terms to the understanding of homophobia, as well as its scope; analysis of the aspects that make possible and lawful the criminalization of such conduct in Brazil; investigation of attempts to criminalize homophobia in the national legal system; examination of the Brazilian Supreme Court decision that equated discriminatory practices motivated by sexual orientation and gender identity with the crime of racism; and finally, analysis of the materialized criticism of the said Supreme Court decision, related to the principle of criminal legality, separation of powers and judicial activism.

Keywords: Criminalization of homophobia. LGBT community rights. Fundamental rights. Human dignity. Judicial activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

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

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 HOMOFOBIA.....	13
2.1 Orientação sexual	13
2.2 Identidade de gênero	15
2.3 Homofobia em sentido amplo	16
3 ASPECTOS LEGITIMADORES DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA	19
3.1 Disposições constitucionais	19
3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	20
3.1.2 Princípio da igualdade e livre desenvolvimento da personalidade	23
3.1.3 Princípio da liberdade e autodeterminação	25
3.1.4 Mandados constitucionais de criminalização.....	27
3.2 Necessidade social	29
4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	31
4.1 Movimento LGBT no Brasil	31
4.2 O caminho até a criminalização “provisória” da homofobia no Brasil	32
5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26/DF	34
5.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	34
5.2 Síntese da ADO 26/DF.....	37
5.3 Análise da DO 26/DF	39
5.4 Questionamentos sobre a legitimidade da criminalização da conduta através da ADO 26/DF	40
5.4.1 Princípio da legalidade penal e proibição da analogia in malam partem no direito penal brasileiro.....	41
5.4.2 Separação dos Poderes do Estado.....	43
5.4.3 Ativismo judicial ou judicialização	47

5.4.3.1 Conceito de judicialização.....	47
5.4.3.2 Conceito de ativismo judicial	48
5.4.3.3 A decisão da ADO 26/DF em relação aos fenômenos da jurisdição constitucional.....	49
6 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a busca de direitos da comunidade LGBT através das vias judiciais, mais especificamente, a criminalização da homofobia, oriunda de uma decisão judicial proferida em sede da ADO 26/DF, que além de reconhecer a omissão legislativa sobre o tema, decidiu por equiparar a referida conduta aos crimes de racismo. Assim sendo, a análise será feita na esfera do Direito Constitucional.

Nesse azo, o trabalho se justifica pela grandiosa relevância da discussão a respeito da postura do Supremo Tribunal Federal, que enquadrou a homofobia e a transfobia aos crimes de racismo, em face da omissão do Legislativo em prestar tutela criminal à um bem jurídico constitucional.

Dito isso, a escolha do tema está relacionada a grande necessidade de elucidar que minorias sociais são amparadas pela Constituição Federal. Sob esse contexto, a demonstração dessa realidade se dará a partir de uma análise sobre a materialização de direitos fundamentais relacionados a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, é notável a grande relevância social do assunto, tendo em vista os vários casos de violência motivados por homofobia no país. A relevância é acentuada quando observamos que a postura da ordem jurídica nacional continuou omissa em relação a proteção da comunidade LGBT. De forma que é possível notar a importância do papel desempenhado pela Suprema Corte brasileira que adotou uma postura engajada na proteção dessa parcela da população.

Portanto, em face do contexto descrito, fica evidente a pertinência em analisar a possibilidade de criminalização das práticas homofóbicas e a maneira na qual o STF lidou com o tema no julgamento da ADO 26/DF.

Sob esse contexto, questiona-se se é possível a equiparação das práticas discriminatórias em razão da orientação sexual e da identidade de gênero ao crime de racismo. Por isso, o objetivo geral deste trabalho é fazer uma análise sobre a legitimidade da criminalização da conduta homofóbica no Brasil, assim como compreender a possibilidade da criminalização através da via judicial, feita pelo Supremo Tribunal Federal na ADO 26/DF.

Para tal, o trabalho seguirá alguns objetivos específicos, como: conceituar termos pertinentes a compreensão da homofobia, assim como a sua abrangência; analisar os aspectos que tornam legítima e possível a criminalização da referida

conduta no Brasil; investigar as tentativas de criminalização da homofobia no ordenamento nacional; examinar a decisão da Suprema Corte brasileira que equiparou as práticas discriminatórias motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero ao crime de racismo; e por último, analisar as críticas materializadas sobre a decisão do STF, relacionadas ao princípio da legalidade penal, separação de poderes e ativismo judicial.

A pesquisa parte da hipótese de que a homofobia deve ser criminalizada para garantir tanto a vida como a liberdade individual e a dignidade do ser humano, portanto em face da omissão legislativa em prestar a devida tutela, é legítimo que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, adeque a situação fática aos ideais da Carta Magna. Nesse sentido, para constatar a referida hipótese será realizado uma pesquisa de metodologia bibliográfica e documental.

Desta forma, no segundo capítulo será exposto os conceitos essenciais para o entendimento da prática homofóbica, assim como a sua abrangência, visto que pode tratar da violência contra homens homossexuais, assim como contra todas as identidades comportadas na sigla LGBT.

Em seguida, no terceiro capítulo será observado os aspectos que legitimam a criminalização da referida conduta em nosso ordenamento. Sob esse contexto, será analisado tanto os princípios e garantias constitucionais, como os mandados de criminalização e a necessidade social sobre o tema.

Respectivamente, no quarto capítulo será investigada as tentativas de criminalização da homofobia no Brasil, se atendo a relação entre a origem do movimento LGBT brasileiro e o caminho percorrido até a criminalização “provisória” da homofobia no país.

Ademais, no quinto capítulo, primeiramente será examinada a decisão do STF que equiparou as práticas discriminatórias motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero ao crime de racismo, e em seguida será feita uma análise das críticas materializadas sobre a decisão da Suprema Corte brasileira, proferida em sede da ADO 26/DF, relacionadas ao princípio da legalidade penal, separação dos Poderes e ativismo judicial.

Enfim, conclui-se com a confirmação da hipótese que aponta para a necessidade e legitimidade da criminalização da conduta, entretanto, visto a carência de tipificação da prática, cabe a Suprema Corte, provocada nesse sentido, adequar a realidade aos ideais da Constituição.

2 HOMOFOBIA

Antes de abordarmos os aspectos jurídicos deste tema, faz-se mister nos atermos ao conceito e configuração da prática da homofobia.

Nesse sentido, de acordo com o dicionário, homofobia significa “preconceito contra homossexuais ou contra pessoas que não se identificam como heterossexuais” ou “aversão a quem se sente sexual e afetivamente atraído por pessoas do mesmo sexo” (HOMOFOBIA, 2020).

Vale ressaltar que, apesar dessas breves definições serem capazes de sintetizar o conceito da prática, elas não são efetivas para uma plena compreensão da conduta. Por isso é mister entender alguns termos relacionados à sexualidade e gênero.

Posto isso, os termos pertinentes para este estudo são: orientação sexual e identidade de gênero.

Nesse azo, também importa esclarecer a abrangência do conceito de homofobia, tendo em vista que, apesar de significar preconceito contra homossexuais, também é utilizada para designar a discriminação sofrida por toda a população LGBT.

Sob essa perspectiva, Daniel Carvalho Cardinali (2018, p .11) explica que o termo LGBT, assim como o movimento LGBT, “congrega diversas identidades e vivências”. De forma que não se limita em designar apenas a identidade homossexual, mas também a bissexual, transgênero etc.

2.1 Orientação sexual

O primeiro termo relacionado à sexualidade humana que será analisado é a orientação sexual.

É sabido que a orientação sexual é um termo usado para designar a atração afetivo-sexual dos indivíduos (JESUS, 2012, p. 15). Em outras palavras, é usada para indicar o interesse sexual e afetivo dos seres humanos.

Apesar de estar relacionada à sexualidade, a orientação sexual não se limita ao ato sexual, pelo fato de existirem diferenças entre sexo e sexualidade. Nesse viés, Felipe Ganzert Oliveira (2011, p. 07), mestre em psicologia, explica que a palavra sexo é usada para designar um aspecto biológico dos indivíduos (aspecto que distingue macho e fêmea) ou o ato sexual, enquanto a sexualidade expressa a intencionalidade

do sexo. Por isso, a sexualidade está relacionada ao relacionamento, afetividade e sensualidade.

Ademais, existem três tipos de orientação sexual. Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 15), mestre em psicologia, ensina que a orientação sexual é: heterossexual, quando direcionada ao gênero diferente do qual o indivíduo se identifica; homossexual, se direcionada ao mesmo gênero do qual o indivíduo se identifica; bissexual, quando a atração afetivo-sexual é direcionada a indivíduos de qualquer gênero.

No que tange a orientação sexual homossexual, o termo “homossexualidade”, foi cunhado, a princípio, para designar um quadro clínico. Entretanto, posteriormente, foi ressignificado para expressar a realidade de indivíduos que direcionam seu impulso sexual e interesse afetivo para pessoas do mesmo sexo ou gênero (OLIVEIRA, 2011, p. 19).

Ademais, dentre outros termos utilizados, relacionados a homossexualidade, estão: gay, homossexual e homossexualismo. Tendo este último, caído em desuso por transmitir uma conotação de doença, atribuindo a orientação sexual homossexual um caráter clínico que já se encontra superado (OLIVEIRA, 2011, p. 19).

Vale ressaltar que a compreensão sobre orientação sexual não foi sempre consoante o exposto anteriormente. Nesse sentido, o professor Felipe Ganzert Oliveira (2011, p. 07) observa que no passado acreditava-se que a sexualidade era algo determinado pelo sexo. Tal entendimento traduz a ideia de que todos os indivíduos do mesmo sexo compartilhavam do mesmo direcionamento, no que tange desejo sexual e interesse afetivo.

Entretanto, hoje é sabido que tal entendimento não é o suficiente para compreender a sexualidade humana, já que, consoante os ensinamentos de Oliveira (2011, p. 08), a sexualidade é um processo complexo, onde o desenvolvimento humano e sexual apresenta nuances relacionadas à influência por fatores históricos, sociais e culturais.

Nessa perspectiva, consoante os ensinamentos do doutor em sociologia Rogério Diniz Junqueira (2012, p. 04), a pluralidade de orientações sexuais traduz a diversidade da raça humana e não uma condição patológica, que foi atribuída às orientações sexuais que se diferenciavam da heterossexualidade.

É nesse novo paradigma de entendimento que o aspecto jurídico do tema, começa a ganhar forma. Assim, Daniel Borillo (2009, p. 16), professor de Direito e

doutor em sociologia do Direito e das ciências, ensina que a homossexualidade, por tratar de uma variação da sexualidade e expressar a diversidade da vida humana, não deveria impactar negativamente na vida política e cidadã do indivíduo.

Por último, a orientação sexual não se confunde com a identidade de gênero. Esta última será explanada a seguir.

2.2 Identidade de gênero

Outro termo que precisa ser analisado, para que seja possível alcançar um efetivo entendimento da prática homofóbica, é a identidade de gênero. E durante este subcapítulo será verticalizado sobre o mesmo.

A identidade de gênero parte do princípio de que o sexo biológico não define o comportamento do indivíduo, mas, consoante a professora Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p 08), ele é definido pela construção social a partir de aspectos culturais de gênero, de forma que o que define ser homem ou mulher é a “auto-percepção e a forma com que a pessoa se expressa socialmente”.

Nessa linha, o conceito básico para a identificação de homem e mulher é o gênero e não o sexo de nascimento.

No que tange o assunto sobre gênero, é importante pontuar que existem pessoas cisgêneros e transgênero.

Para o presente estudo o transgênero se destaca por representar uma identidade e vivência que faz parte da comunidade LGBT. Por isso a seguir seu conceito será verticalizado.

Transgênero é um termo usado para designar travestis e transexuais (JESUS, 2012, p. 9). Em outras palavras, os indivíduos transgêneros são aqueles que se identificam com um gênero diferente do seu sexo de nascimento.

Nas palavras de Jesus (2012, p. 15) “mulher transexual é toda pessoa que reivindica o reconhecimento como mulher”, enquanto “homem transexual é toda pessoa que reivindica o reconhecimento como homem”.

Entretanto, além dos dois gêneros mencionados acima, existe também o gênero travesti. As travestis, por sua vez, não se reconhecem com nenhum dos gêneros tradicionais, apesar de expressarem uma identidade feminina (JESUS, 2012, p. 17).

Ademais, existem outras identidades e vivências relacionadas a gênero, além das citadas, como, por exemplo, os indivíduos não binários. Entretanto para fins desse estudo não será necessário abordá-los.

Por último, vale ressaltar que um procedimento cirúrgico de adequação sexual não é o que determina o indivíduo como trans, mas a sua autoidentificação (JESUS, 2012, p. 16). Isso porque, como visto anteriormente, a diferenciação entre homem e mulher está relacionada à aspectos culturais de gênero e não à características físicas.

2.3 Homofobia em sentido amplo

Após ser esclarecido a orientação sexual e a identidade de gênero, é propício verticalizar acerca do que compreende a prática da homofobia e qual a sua abrangência.

De acordo com Junqueira (2012, p. 06) existem diferentes abordagens e dimensões de compreensão do conceito de homofobia. Entretanto o que nos interessa para o debate jurídico acerca da promoção de direitos de minorias sexuais é aquela que compreende o caráter social da homofobia.

Nesse sentido, o aspecto social da homofobia é aquele que se dá no meio social e que representa um óbice para o pleno exercício da cidadania e aquisição de direitos para indivíduos LGBTs (JUNQUEIRA, 2012, p. 06).

Em outras palavras é o preconceito e a discriminação contra LGBTs, que acontece no cotidiano social, ou seja, a violência e o estigma que esses indivíduos são expostos na sociedade, que além de causar sofrimento físico e psíquico, causam impacto na sua vida política.

Para compreender o aspecto social da homofobia se faz necessário olhar para a história e entender quais são as raízes desse estigma.

Nesse azo, Borillo (2009, p. 15) explica que a homofobia é uma prática de inferiorização do outro, com o objetivo de atribuí-lo um caráter de anormalidade. Sendo assim, a anormalidade atribuída a homossexualidade vem de um processo de marginalização e estigmatização histórica que a atribuiu identificações desde “pecado contra a natureza” até “crime abominável”, e deu ao homossexual um status de estranheza na consciência social.

É válido ressaltar que expressões como as citadas acima têm um grande apelo religioso. E valores religiosos, principalmente cristãos, são um dos grandes motores do estigma vivido por minorias sexuais.

Em vista disso, em 1972, o termo homofobia foi criado pelo psicólogo George Weinberg para designar sentimentos hostis relacionados a indivíduos homossexuais (JUNQUEIRA, 2012, p. 3).

A informação trazida no parágrafo anterior, demonstra que apesar de o sentimento de repulsa a esses indivíduos ser um fato social tão antigo, apenas no século passado que houve o movimento de encará-lo como algo negativo e exagerado.

Atualmente o termo não serve para designar o preconceito e a discriminação apenas contra homens homossexuais, mas abrange toda a comunidade LGBT (JUNQUEIRA, 2012, p. 9). Esse alargamento do termo, para abarcar a repudia contra as demais identidades que fazem parte das minorias sexuais, acontece devido a uma outra dimensão da homofobia.

Posto isso, existe uma outra dimensão da homofobia que se baseia na máxima de que a heteronormatividade é a base da atitude homofóbica. Sob essa perspectiva, a heteronormatividade é a expressão da crença de que um gênero deva corresponder a um determinado sexo e ter determinado direcionamento no que tange o desejo sexual e interesse afetivo (JUNQUEIRA, 2012, p. 10).

Assim sendo, podemos concluir que no meio social a heteronormatividade é compulsória, já que ela reclama o status de padrão e normalidade, de forma que todos aqueles que não estejam de acordo com ela sejam tidos como errados e aberrações.

De forma que sob o viés da heteronormatividade, seria legítima e possível apenas a expressão identitária e sexual heteronormativa, onde um indivíduo macho corresponde ao gênero masculino, direciona seu desejo sexual e interesse afetivo ao sexo oposto, e um indivíduo fêmea corresponde ao gênero feminino e direciona seu desejo sexual e interesse afetivo ao sexo oposto.

Em suma o termo homofobia serve para designar a discriminação e o preconceito a todos as identidades e vivências que compõem a sigla LGBT e não apenas a homens homossexuais.

Vale ressaltar também que outras formas de preconceito e discriminações se equiparam à homofobia, pelo caráter identitário. São elas: o sexismo, a misoginia e o racismo (JUNQUEIRA, 2012, p. 11). Essas condutas se equiparam por designarem o

preconceito motivado por marcadores do corpo, ou seja, aspectos de identidade social (JUNQUEIRA, 2012, p.16).

Entretanto, apesar de o racismo e o sexismo, acontecerem de forma camuflada no meio da sociedade brasileira, Junqueira (2012, p. 16) observa que a homofobia acontece as claras e ostensivamente, sem que o agente da discriminação sinta qualquer vestígio de constrangimento.

3 ASPECTOS LEGITIMADORES DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Após esclarecermos o conceito de homofobia, sua abrangência e os termos relacionados a sua compreensão, faz-se oportuno identificar quais são os fatores que legitimam a criminalização da prática homofóbica.

Para isso, faremos uma análise na Constituição Federal da República, que inaugura o ordenamento jurídico do país, a fim de identificarmos quais dos seus valores e princípios corroboram a criminalização da conduta em comento. E em seguida abordaremos sobre a necessidade social.

3.1 Disposições constitucionais

Começaremos por analisar algumas disposições da nossa Carta Magna em busca dos seus valores e princípios que legitimam a criminalização da homofobia.

A Constituição Federal, é o diploma que dá início ao ordenamento jurídico de um país. Nesse azo, a atual Constituição brasileira, promulgada em 1988, revolucionou o ordenamento jurídico do nosso país e representou um marco para a democracia, pelo fato de ter atribuído ao indivíduo um status de valoração maior perante o poder estatal e à coletividade.

Tal valoração se deu através de direitos e garantias fundamentais que expressam valores e princípios como liberdade, autonomia e igualdade. Nesse contexto, logo no preâmbulo do texto constitucional é possível observar esse viés garantista:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (CONSTITUIÇÃO, 1988)

Por conta do novo paradigma do ordenamento jurídico brasileiro foi possível uma ascensão política e social de minorias, que antes viviam em situação de estigma e marginalização, devido mudanças no âmbito legislativo em razão da proteção desses indivíduos à luz dos valores e princípios constitucionais, tais quais estabelecem a promoção do bem-estar de todos, e condena qualquer forma de discriminação.

Nos ensinamentos de Claudio Pereira De Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 149–150), no que tange a vivência de grupos minoritários, a Constituição foi essencial para protegê-los e garanti-los uma vida digna. Esse apontamento fortalece o que foi exposto anteriormente no que concerne a ascensão política e social de minorias.

Sobre as garantias, elas se encontram de forma expressa no texto constitucional. Um exemplo delas é o artigo 5º, inciso XLI, que estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CONSTITUIÇÃO, 1988).

O dispositivo expresso no parágrafo anterior é manifesto ao determinar a proibição de qualquer forma de discriminação. De forma que se trata de uma garantia de proteção contra todo tipo de prática discriminatória.

Nesse sentido a criminalização da homofobia representa uma medida de combate à discriminação, já que, como visto anteriormente, se trata de uma prática discriminatória contra minorias sexuais.

Em suma, a Carta Magna comporta princípios e valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e autonomia privada, que buscam promover uma vida digna a todos, inclusive àqueles que fazem parte de grupos minoritários.

Abaixo será verticalizado alguns desses princípios, para uma melhor compreensão de seus preceitos.

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O primeiro princípio a ser analisado, será o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo fato de ser ele a fonte para os demais princípios.

O princípio em comento possibilitou ao Direito uma nova perspectiva acerca do papel do ser humano na estrutura política. Essa nova perspectiva tem o indivíduo como início, meio e fim, no que tange a sociedade política (ROCHA, 2001, p.5). Isso traduz que a organização política, tal qual o poder público e suas instituições, assim como a sociedade civil deve ter o ser humano como seu centro e prioridade.

Entretanto, é válido pontuar que apesar de o referido princípio, que se encontra de forma expressa em nossa Carta Magna, mais especificamente em seu art. 1º, inciso III, carregar um significado tão caro em relação a humanidade, ele coexiste com práticas homofóbicas de cunho degradante.

No que concerne a extensão e compreensão desse princípio, é importante remeter à lição da doutora em Direito do Estado e ministra do STF, Carmem Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 02), que assevera que apesar de as preocupações acerca do princípio em comento terem como foco a proteção do indivíduo, ele está além da garantia de não ser morto. De forma que a dignidade da pessoa humana também compreende o ato de ter uma vida boa e digna.

Rocha (2001, p. 02) também ressalta que qualquer ato de desumanização, mesmo que singular, tem seu impacto em toda a humanidade, tendo em vista que esta tem a sua representação em cada indivíduo. Nesse sentido o aviltamento da dignidade de um indivíduo ou grupo identitário, como a comunidade LGBT, é tão gravoso quanto um atentado contra a humanidade.

Vale elucidar que os princípios têm a importante função de balizar as normas jurídicas, além de servir como ponto de partida para a compreensão de seus preceitos (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p.385). Nas palavras de Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique, um princípio é um:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p.385).

Desta forma, a função desempenhada por eles serve para direcionar e cunhar as normas jurídicas, além de servir como parâmetro para a compreensão do que a norma estabelece. Isso significa que todas as decisões políticas e administrativas,

além da postura interpartes nas relações civis (sociais e jurídicas) devem ter como parâmetro o respeito a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2000, p. 146) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem status de princípio fundamental da república, determina a valorização da pessoa humana como fundamento da estruturação organizacional do Estado, assim como para o Direito.

Em outras palavras, a valorização do indivíduo é a base do nosso Estado e do Direito aqui aplicado, e por esse motivo as atividades desempenhadas pelos três poderes da república, tais quais o Legislativo, Executivo e Judiciário, devem ter como fim o respeito a dignidade da pessoa humana.

Sobre a postura do Estado, frente a atos atentatórios à dignidade humana, Sarmiento (2000, p. 71) assevera que ela deve ser positiva e negativa. Negativa quando for necessário se abster de determinados atos nocivos à dignidade da pessoa humana e positiva quando há a necessidade de promover a dignidade por meio de condutas ativas.

Nessa perspectiva, a criminalização da homofobia representa uma conduta ativa do Estado, que visa promover a dignidade de indivíduos LGBTs em face do aviltamento desta que acontece no meio social.

Ademais, o papel negativo e positivo, desempenhado por esse princípio, também é exercido em face da comunidade civil (particulares e organizações privadas), de forma que a dignidade da pessoa humana também os vincula, no que tange o dever positivo e negativo na promoção da valorização humana (SARLET, 2001, p. 109).

O princípio em comento também figura como base do regime democrático, tendo em vista que a democracia de igual maneira se funda e se fundamenta no homem, de forma que a dignidade da pessoa humana figura como o núcleo e a referência de tal regime (ROCHA, 2001, p.9). O que significa que o respeito a este princípio pressupõe uma sociedade democrática.

O regime democrático tem a finalidade de propiciar ao indivíduo um ambiente político e social destinado a possibilitar a concretização da sua liberdade, ou seja, de viver de acordo com suas próprias regras e princípios, limitando-se, entretanto, a liberdade dos demais indivíduos, membros da coletividade, de maneira a promover a igualdade entre todos para que busquem seus próprios destinos (ROCHA, 2001, p.9).

Em outras palavras, a ausência de dignidade pressupõe a ausência da democracia e a ausência desta coloca em xeque todos os fundamentos constitucionais da estruturação do Estado brasileiro.

Nesse sentido, Rocha (2001, p. 10) afirma que em um cenário como o descrito acima a Constituição passaria a figurar como uma “Lei de libertos”, de maneira a contemplar apenas aqueles que já estão em situação de privilégio social.

3.1.2 Princípio da igualdade e livre desenvolvimento da personalidade

Após termos nos debruçados sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, iremos nos ater aos preceitos trazidos pelo princípio da igualdade e do direito do livre desenvolvimento da personalidade que decorre dele.

O princípio da igualdade se encontra expresso no texto constitucional no *caput* do seu artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (CONSTITUIÇÃO, 1988)

À luz desse princípio, todos são merecedores do mesmo tratamento em face do Estado e de seus semelhantes. Nesse sentido, a violência praticada contra essas minorias sexuais, motivada por suas vivências e identidades, assim como a morosidade do legislativo em criminalizar a homofobia (situação que ainda será abordada por esse trabalho), ambas provocadas pelo estigma social, já comentado, representam um ambiente em desacordo com o princípio da igualdade.

De acordo com Maurício Sullivan Balhe Guedes (2014, p. 2011), o desrespeito ao princípio constitucional em comento acontece principalmente por compreensões errôneas a seu respeito, e principalmente sobre a sua relação com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Por esse motivo faz-se mister analisar o conceito do direito em questão.

Os juristas Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 177-178.) ensinam que:

[...] o direito de personalidade em geral, como direito à autodeterminação, garante ao particular determinar por si próprio a sua identidade. Disso faz parte, dentre outras

coisas, o direito de se assegurar da sua própria identidade e a liberdade de não ser onerado de maneira que afeta massivamente a formação e a afirmação da identidade.”

Nesse sentido, o direito em comento traduz a garantia, dada ao indivíduo, de poder afirmar a sua identidade sem que venha sofrer intimidações por isso.

O livre desenvolvimento da personalidade se baseia na dignidade da pessoa humana e não está de forma expressa na nossa Constituição, mas implícito. Ele traduz o direito dos indivíduos de serem livres para desenvolver sua personalidade, desde que não interfira no direito dos demais e não atente contra a ordem constitucional (GUEDES, 2014, p.211).

Trazendo para o contexto deste trabalho e o aplicando sobre vivências LGBTs, estes indivíduos têm o direito de serem livres para desenvolverem sua orientação sexual e identidade de gênero, sem que sejam impactados negativamente por isso.

Guedes (2014, p. 211) ensina que para que seja possível que o indivíduo desenvolva sua personalidade, é preciso que ele esteja em condição de igualdade em relação aos demais indivíduos. E no que tange a igualdade, existem 2 aspectos para sua compreensão: o aspecto formal e material.

Sobre a igualdade formal, Luís Roberto Barroso ensina que e:

A igualdade formal que está na origem histórica liberal do princípio impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar.” (BARROSO, 2012)

Em outras palavras, a igualdade formal é aquela que está presente na norma jurídica, impossibilitando o tratamento desigual entre aqueles vinculados a ela.

Porém, apesar desse aspecto da igualdade ter um significado tão caro, por si só, ele já demonstrou ser uma potente raiz de injustiça social, tendo em vista que tratar como iguais aqueles que são diferentes, não é o melhor caminho para a promoção da justiça. (GUEDES, 2014, p. 212-213).

O outro aspecto da igualdade, a igualdade material, compreende a ideia de que o Estado deve interferir nas relações sociais com o intuito de promover um ambiente

de justiça social (GUEDES, 2014, p. 213). Isso significa que para haver uma igualdade substancial, o poder estatal deve ter uma postura positiva em relação as interações sociais. Ademais, mediante tal postura é que se alcançará um estado de justiça social.

Nesse sentido, para perseguir tal justiça é preciso ter ciência das desigualdades existentes. E nesse âmbito elas podem ser de diversas naturezas, desde cunho social e econômico, até racial e sexual (GUEDES, 2014, p. 214).

Contudo, para que o indivíduo possa ter sua personalidade desenvolvida sem óbices, é necessário que a igualdade material seja promovida. E remetendo às lições de Guedes (2014, p. 215) é preciso que o Estado garanta condições propícias para que o indivíduo exerça seu direito ao desenvolvimento da personalidade, quando esteja em situação de desigualdade aos demais, seja por aspectos econômicos, culturais etc. Nesse sentido, cabe ao Estado promover um ambiente de igualdade e segurança para que pessoas LGBTs possam desenvolver sua personalidade.

3.1.3 Princípio da liberdade e autodeterminação

Postas as considerações a respeito do princípio da igualdade e do direito do livre desenvolvimento da personalidade, é o momento de conceituarmos o princípio da liberdade e comentarmos sobre sua relação com o direito da autoafirmação.

O princípio da liberdade traduz o preceito de que os indivíduos devem ser livres para determinar sua própria conduta. De forma que nem o Estado ou a sociedade devem obrigá-lo a aderir algum comportamento, por mais admirável que seja a intenção (SARMENTO, 2005, p.178). De forma que, à luz do referido princípio, indivíduos LGBTs devem ser livres para viverem à sua própria maneira.

O conceito de liberdade, compreende 2 aspectos: o da liberdade negativa e liberdade positiva. Norberto Bobbio (1996, p. 96) conceitua esses aspectos de forma que a liberdade negativa seria aquela livre de constrangimentos, ou seja, quando há a possibilidade de fazer ou não fazer sem a influência de uma obrigação ou impedimento. Enquanto a liberdade positiva seria aquela que se expressa como “capacidade de autodeterminação”, ou seja, quando um indivíduo pode se orientar e tomar suas decisões sem sofrer a influência da vontade de terceiros.

Nesse sentido, a promoção da liberdade negativa, aquela que se dá de forma formal, e apenas diz que o indivíduo pode ser livre para viver à sua maneira, sem

promover um ambiente seguro para tal, não é suficiente para assegurar a liberdade de fato.

Sarmiento (2005, p. 169) assevera que as pessoas são detentoras de uma liberdade que tem como base e origem a sua dignidade, de forma que há uma proteção constitucional à ela, devido o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2005, p.169). O que significa que cabe ao Estado tutelar essa liberdade, entretanto como visto anteriormente, a tutela deve acontecer de forma substancial.

Sarmiento (2005) também esclarece que a partir da segunda metade do século passado, a liberdade positiva deixou de ser relacionada apenas ao indivíduo e passou a se relacionar com a coletividade (SARMENTO, 2005, p.175). E nessa linha, de acordo com Isaiah Berlin, esse movimento vincula as autoridades públicas à implementação de projetos que visam o bem comum. (BERLIN, 2002, p. 226)

De qualquer forma, atualmente há o consenso de que o reconhecimento de liberdades em aspecto formal, como dito anteriormente, em seu aspecto negativo, seja em questões públicas ou privadas, não é o bastante, sendo necessário também garantir, minimamente, condições para que os indivíduos consigam usufruir delas de forma efetiva, ou seja, em seu aspecto positivo poder (SARMENTO, 2005, p.176).

Tal entendimento tem como base a compreensão de que a opressão estatal não é a única limitadora da liberdade no meio social. De forma que ela também pode ser limitada pela própria sociedade e suas estruturas de poder (SARMENTO, 2005, p.176-177). Essa perspectiva reforça, mais uma vez, que não basta apenas reconhecer que os indivíduos são livres para determinar sua orientação sexual e identidade de gênero, sendo necessário que seja garantido as condições adequadas para tal feito.

Nessa lógica, a autodeterminação, ou autonomia privada, é um dos braços da liberdade. Ela traduz a aptidão do indivíduo de determinar sua própria conduta e se relaciona com as questões existenciais, de forma que nenhuma organização, seja estatal ou religiosa, deve definir os objetivos ou os valores que os indivíduos devam buscar (SARMENTO, 2005, p.168-169).

Esse subprincípio se baseia na compreensão do homem como um ser racional e moral, com capacidade de discernir o que é bom ou não para si mesmo, devendo ser livre para decidir o seu rumo, desde que não interfira no direito dos demais indivíduos (SARMENTO, 2005, p.182). Nesse azo, é possível concluir que indivíduos

LGBTs devem ser livres para expressarem suas identidades, tendo em vista que os aspectos identitários de suas vidas particulares não causa qualquer interferência no meio de vida de terceiros.

A autodeterminação também está ligada à tutela da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que coibir o indivíduo de escolher a forma em que levará sua vida particular, significa obstar o seu objetivo existência (SARMENTO, 2005, p.182).

Por fim, o direito em comento representa um dos pilares da democracia, tendo em vista que através dele é possível o diálogo de ideias que possibilita o cidadão guiar-se politicamente, assim como fiscalizar seus representantes (SARMENTO, 2005, p.182).

3.1.4 Mandados constitucionais de criminalização

Após despendermos algum tempo analisando princípios, valores e direitos oriundos da Constituição Federal, agora iremos avançar para um mecanismo de ordem constitucional, denominado mandado constitucional de criminalização.

De acordo com teóricos do Direito Constitucional, mandados constitucionais de criminalização são dispositivos constitucionais que vinculam o legislador à responsabilidade de tipificar atos que atentem contra bens jurídicos que são essenciais à vida em sociedade (LIMA; JÚNIOR, 2020, p. 194).

Tais enunciados se baseiam na necessidade de proteção que os direitos e garantias constitucionais demandam. E sobre eles o legislador não teria a opção de escolha, mas o dever de legislar, com o objetivo de tutelar os bens jurídicos fundamentais de forma eficaz (TURESSI, 2015, p. 162).

Ricardo Alves de Lima e Eteócles Brito Mendonça Dias Júnior (2020, p. 178-179) pontuam que a atividade legislativa, no que tange o direito penal, é compreendida, na atualidade, sob a luz das teorias do bem jurídico penal. Em outras palavras, à luz dessas teorias, não cabe ao legislador criminalizar ou descriminalizar as condutas que lhe aprouver, mas sim legislar buscando se adequar e se conformar aos princípios da ordem constitucional, com ênfase nos direitos fundamentais.

Nos ensinamentos de Luiz Regis Prado (2019, p. 61), as teorias do bem jurídico penal tem por objetivo a criação de parâmetros para balizar a atividade do legislador, a fim de determinar limites no que tange a criação de tipos penais. Ademais, o autor conceitua os bens jurídicos como:

[...] um ente (dado ou valor social, entidade dotada de valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (PRADO, 2019, p. 43-44).

Mas fica o questionamento de quais são as fontes dos bens jurídicos. Sobre isso, Luíza Nívea Dias Pessoa (2018) ensina que existem 2 concepções: a primeira delas é chamada de flexível, pois apesar de ter o texto constitucional como principal fonte, admite que o legislador escolha outros bens jurídicos para tutelar no âmbito criminal. E a segunda é conhecida como rígida, pois tem a Constituição como a única fonte dos bens jurídicos, de forma que o texto constitucional exerce tanto um limite negativo, que recai sobre o poder de punição do Estado, quanto positivo, que determina quais condutas devem ser criminalizadas (PESSOA, 2018, p. 245).

Em qualquer caso, a nossa Constituição Federal comporta inúmeros bens jurídicos. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 503 - 505) o texto constitucional brasileiro carrega um dos mais amplos catálogos de mandados de criminalização. São inúmeras as normas que impõem a criminalização de determinadas condutas. De forma que a Constituição representa a principal fonte de bens jurídicos do nosso ordenamento.

Ademais, os mandados constitucionais de criminalização expressam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tal dimensão compreende o dever estatal de zelar pelos direitos dos indivíduos, tanto perante o poder público, quanto no meio social, de forma a protegê-los contra a investida de particulares (MENDES; BRANCO, 2017, p. 504).

Nesse sentido, os direitos fundamentais possuem um aspecto negativo, que coíbe o excesso do Estado, e positivo no que tange a proteção dos referidos direitos. Mendes e Branco (2017, p. 504) afirmam que é no aspecto positivo dos direitos fundamentais uma nova vertente pode ser compreendida, a da proibição da proteção insuficiente.

À luz da proibição da proteção insuficiente é possível identificar um dever de adotar medidas para concretizar os direitos fundamentais de forma eficiente (MENDES; BRANCO, 2017, p. 504). Nesse sentido, compete ao Legislativo o dever

de promover uma tutela adequada aos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade.

Além dos mandados de criminalização expressos, a Constituição também comporta mandados mais flexíveis, que dão ao legislador a possibilidade de escolher a maneira mais adequada para tutelar os bens jurídicos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade (MENDES; BRANCO, 2017, p. 505).

No caso descrito acima, a Constituição define a tutela como um fim, mas não detalha o meio para alcançá-lo. Então cabe ao legislador definir a melhor forma de tutelar o bem jurídico, mas sempre considerando a proibição da proteção ineficiente (MENDES; BRANCO, 2017, p. 506).

Sobre os critérios de identificação dos mandados constitucionais de criminalização, parte da doutrina entende que apesar de o texto constitucional utilizar termos vagos como “nos termos da lei”, ainda assim poderia ser identificado a existência de um mandado de tutela penal (TURESSI, 2015, p. 163).

Nessa mesma lógica, Lima e Júnior (2020, p. 198) pontuam que enunciados como “às penas da lei” são suficientes para sinalizar ao legislador o dever de criminalizar um ato. De forma que uma expressão vaga usada pelo legislador constituinte acerca da necessidade da regulamentação legal não pode ser usada como escusa pelo legislador ordinário para não legislar a fim de proteger um bem jurídico fundamental.

Portanto, devido todo o exposto é possível notar que a disposição do artigo 5º, XLI, da CF, que estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, trata de um mandado de criminalização. Visto que ela indica que a lei irá punir qualquer prática discriminatória que atente contra os direitos e liberdades fundamentais.

3.2 Necessidade social

Como vimos anteriormente, a Constituição Federal comporta numerosos fatores que legitimam a criminalização da conduta homofóbica. Entretanto, outro aspecto que legitima a criminalização da prática é a necessidade social. Assim sendo, para fins da compreensão da gravidade da conduta para o corpo social, é oportuno se debruçar sobre índices e relatórios acerca dela.

Todavia, tendo em vista que até o momento não há um relatório oficial cunhado pelo governo brasileiro sobre o tema, é necessário se basear em dados colhidos por uma instância da sociedade civil autônoma.

O Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ (2022), instância da sociedade civil autônoma coordenada por duas organizações atinentes aos direitos humanos de indivíduos LGBTs no Brasil, o Grupo Gay da Bahia e a Acontece – Arte e Política LGBTI+, divulgou um relatório no ano passado que indica que, em 2020, houve 237 mortes violentas de LGBTs no país, enquanto em 2021 houve 316. Isso representa um aumento de 33,33% de um ano para o outro.

Vale ressaltar que, sobre o dado de 2021, do número de mortes violentas indicados, 285 aconteceram mediante assassinato, 26 mediante suicídio e 5 provocadas por outras causas (OBSERVATÓRIO DE MORTES VIOLENTAS DE LGBTI+, 2022).

A partir desses dados é possível perceber a gravidade da homofobia e a necessidade de sua criminalização, tendo em vista que eles apontam para a perda de tantas vidas pelo único motivo de vivenciarem suas identidades de gênero e orientação sexual.

Por fim, baseado na conclusão descrita no parágrafo anterior, o contexto da violência motivada por tais razões expressa uma sociedade disfuncional, pelo fato de hierarquizar os indivíduos entre os que podem exercer a autodeterminação e os que não podem, sob pena de retaliação.

4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após uma análise dos fatores que legitimam a prática da homofobia, faz-se oportuno se debruçar sobre a postura do ordenamento brasileiro em relação a proteção da vida dessa parcela social. Para isso cabe analisar a construção do movimento LGBT no Brasil e o caminho até a criminalização “provisória” da homofobia no Brasil.

A análise se justifica pelo fato de a origem do movimento LGBT brasileiro está diretamente relacionada a postura do Estado e do ordenamento jurídico nacional. De forma que sua articulação se materializou em resposta às violações e descaso estatal.

Ademais, o caminho percorrido até a criminalização da conduta, expressa a evolução do pensamento acerca da sexualidade, igualdade e autodeterminação.

4.1 Movimento LGBT no Brasil

Como visto anteriormente, faz-se oportuno uma análise sobre a construção do movimento LGBT no Brasil, tendo em vista a sua relação com a postura estatal referente suas vivências.

Sendo assim, sobre o surgimento do movimento LGBT brasileiro, Regina Facchini (2005, p. 87) estrutura-o em três momentos, os quais ela chama de “ondas”.

A primeira onda compreende o período do final da década de 1970 e está relacionada ao movimento contracultura no cenário da ditadura militar. Sob esse contexto, a postura da ditadura, enviesada pela defesa da família cristã sob os moldes da heteronormatividade, era resistente a qualquer diálogo referente a sexualidade. Desta maneira seu ímpeto era o de censurar qualquer ideia que não se adequasse aos princípios tradicionais, as quais chamavam de “subversivas” (CARDINALI, 2018, p. 17).

Em contrapartida os ideais da contracultura resistiram a referida opressão, de maneira que pugnaram por uma “articulação da homossexualidade como questão social e política”. Tal articulação tinha como base a necessidade de se institucionalizar, em face do contexto em que o próprio Estado figurava como “principal agente violador de direitos a ser combatido (CARDINALI, 2018, p. 17-18).

A segunda onda, por sua vez, se relaciona com o contexto da epidemia da AIDS e da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Nesse azo, no que tange a referida epidemia, pode-se dizer que ela representou um marco para a visibilidade da homossexualidade, tendo em vista que lançou um holofote para essas vivências, de maneira que as trouxe como pauta do debate público da época (CARDINALI, 2018, p. 23).

Sobre a Constituinte, que expressava o advento de uma nova democracia, é possível dizer que ela marcou uma mudança de cenário. Nesse sentido, a circunstância experienciada na primeira onda, em que o Estado simbolizava o inimigo, muda nesse novo contexto da redemocratização, ao passo que ele passa a se abrir para o diálogo com os movimentos sociais (CARDINALI, 2018, p. 23).

Sob essa perspectiva, é imperioso ressaltar que houve um debate sobre a inclusão da “orientação sexual” no dispositivo constitucional que expressa o rol dos motivos de discriminações vedados pela Carta Magna. Entretanto a proposta não foi bem-sucedida, pois houve um grande movimento de parlamentares que se posicionaram contra, alegando que a referida disposição estimularia a “libidinagem, a imoralidade e a devassidão”, além de “ridicularizar as instituições oficiais” (CARDINALI, 2018, p. 24).

A terceira onda da divisão histórica da origem do movimento LGBT brasileiro está associada à sua institucionalização e alianças com o Estado. Sob esse contexto, a partir da atuação do Estado no enfrentamento da AIDS, na década de 1990, foi instaurada uma aliança entre o Estado e o movimento LGBT. De forma que o processo de judicialização da saúde, sobre a referida epidemia, promovido por agentes políticos, contribuiu para impulsionar as demandas do movimento (CARDINALI, 2018, p. 25-27).

Vale ressaltar que a terceira onda é a que perdura até os dias atuais. Ademais o caminho para a criminalização da homofobia começa a partir dela.

4.2 O caminho até a criminalização “provisória” da homofobia no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro foi omissivo no que tange a proteção de indivíduos LGBTs por um longo período. Entretanto, como visto anteriormente, a terceira onda do movimento LGBT brasileiro foi a responsável por estabelecer uma aliança entre o Estado e o referido movimento. De forma que agentes políticos

passaram a se engajar na busca de direitos para essa minoria. Por isso é a partir dela que começa o caminho até a criminalização “provisória” da homofobia no país.

Nesse sentido, em 2001, foi apresentado ao parlamento nacional, mais especificamente à Câmara dos Deputados, um projeto de lei, o PL 5003/2001, que objetivava coibir as práticas discriminatórias motivadas pela orientação sexual. O referido projeto foi apresentado pela deputada, do Partido dos Trabalhadores (PT), Iara Bernardi, e aprovado pela câmara baixa do Congresso Nacional (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2019).

Entretanto, depois de enviado ao Senado Federal, o projeto em comento ficou por oito anos aguardando votação. Nesse contexto, devido a morosidade do Senado em votar o projeto, ele foi arquivado (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2019).

Posteriormente, em 2011, o STF decidiu, em sede da ADI nº 4277 e ADPF nº 132, sobre o status das uniões homoafetivas. Nesse sentido foi decidido que as uniões homoafetivas caracterizam entidade familiar (BRASIL, 2011).

A decisão indicada no parágrafo anterior teve o efeito de garantir a essas uniões os mesmos direitos oriundos da união estável heterossexual. Sendo assim, traduz uma evolução do pensamento acerca da sexualidade, igualdade e autodeterminação.

Entretanto, a referida decisão corresponde à esfera civil, ou seja, ao âmbito da vida particular dos indivíduos e suas relações, de forma que não se relaciona com a questão das práticas homofóbicas e suas devidas sanções.

Seguindo o caminho, no ano de 2019, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF. A decisão dada em sede da referida ação foi a responsável pela criminalização “provisória” da homofobia. De forma que o Tribunal decidiu por equiparar as práticas homofóbicas às práticas de racismo, tendo em vista que a primeira expressa um “racismo social”.

5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26/DF

A partir da análise sobre a criminalização da homofobia e o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que, referente a proteção de indivíduos LGBTs, a ordem jurídica nacional foi omissa por um longo período. Entretanto, na atual conjuntura, foi materializada a criminalização da prática homofóbica por força de uma decisão judicial.

Sob esse contexto, o Supremo Tribunal Federal criminalizou a conduta em comento ao equipará-la ao crime de racismo em sentença proferida em sede da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF.

É imperioso ressaltar que a conduta racista é criminalizada desde 1989, por força da Lei n. 7.716/89 que define os crimes que resultam do preconceito de raça ou cor. Sob essa perspectiva a homofobia foi equiparada com a referida conduta pelo fato de expressar um “racismo social”.

Visto a referida ação em linhas gerais, faz-se mister uma análise mais completa e minuciosa sobre seu teor para que seja possível alcançar um pleno entendimento a seu respeito.

Para tal finalidade será abordado sobre a natureza da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como seu objeto e legitimados, com o objetivo de compreender a sua finalidade. Em seguida será feita uma síntese ADO 26/DF, e por último será exposto as principais críticas, materializadas no universo jurídico, sobre a legitimidade da criminalização de uma conduta através da via judicial,

5.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Como mencionado, para uma plena compreensão a respeito da ADO 26/DF é necessário se debruçar sobre a natureza da referida ação. Por isso a seguir será tratado sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de maneira geral, se atendo a sua finalidade, objeto e legitimados.

Nesse sentido, Pedro Lenza (2022, p.741-742) conceitua a ADO como um remédio constitucional para a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”. Em outras palavras é uma ação que tem o objetivo de efetivar a regulamentação normativa de algum dispositivo constitucional que se encontra desamparado dela.

Para uma melhor compreensão da referida ação, é necessário entender a dinâmica das normas constitucionais.

Dito isso, historicamente, as Constituições exerciam um papel limitado em questões estruturais e procedimentais do Estado. Entretanto, isso muda no atual paradigma do constitucionalismo contemporâneo. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, não se limita apenas em estabelecer questões de cunho estrutural, mas comporta inúmeros valores substantivos que regulam, inclusive, as relações sociais. (MEIRELES JÚNIOR, 2017, p.109-110).

Sob esse aspecto, algumas normas constitucionais dependem da atividade legiferante para efetivar os seus preceitos. Nesses casos há um dever de regulamentação imposto pela Constituição. De forma que quando o Legislativo ou o Executivo não produz uma norma para efetivar tais dispositivos constitucionais é caracterizado uma omissão (LENZA, 2022, p.742).

Sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, Ruy Barbosa pontificou em sua doutrina que no texto constitucional existem normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis. De forma que as normas autoexecutáveis são aquelas que podem ser aplicadas por si mesmas, ou seja, normas que não demandam uma outra norma para sua efetivação, como por exemplo, uma regulação por uma lei ordinária. Enquanto as não autoexecutáveis são aquelas que necessitam desse complemento para efetivar sua aplicabilidade (MEIRELES JÚNIOR, 2017, p.111).

Nesse sentido, as normas constitucionais passíveis de inefetividade são as que o autor chama de não autoexecutáveis, pelo fato de demandarem a produção de uma outra norma para efetivar sua aplicabilidade.

Existem outras classificações também, como a de José Afonso da Silva (2007, p.34) que classifica as normas constitucionais em três tipos: as de eficácia plena e aplicabilidade direta, eficácia contida e aplicabilidade direta, e as de eficácia limitada e aplicabilidade mediata.

Na classificação acima, as normas passíveis de inefetividade são as de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, pois são as que demandam uma lei formal para a efetivação da sua aplicabilidade.

Sob essa perspectiva, quando existe uma norma constitucional que demanda tal regulamentação e há uma omissão legislativa em efetivar o seu preceito, é caracterizado uma inércia inconstitucional (MEIRELES JÚNIOR, 2017, p.114).

No que tange a inércia, além daquela descrita no parágrafo anterior, existe também uma outra modalidade, a chamada *inertia deliberandi* das casas legislativas. Esta última, compreende a “demora na apreciação de projetos já propostos” (LENZA, 2022, p.744).

Posto isso, nesse momento surge a dúvida em relação a discricionariedade do legislador no exercício da sua função. Sobre o assunto, Luís Roberto Barroso (2019, p.44) assevera que apesar de o legislador ordinário gozar de uma discricionariedade exercendo sua função, a omissão do Legislativo quando há a imposição de um dever constitucional é ilegítima. De forma que havendo a omissão e sendo o Judiciário provocado, este último poderá entender a norma constitucional em questão autoaplicável (BARROSO, 2019, p.44).

Nessa mesma linha estão os ensinamentos de Lenio Streck que aduz que quando a Constituição estabelecer de forma expressa uma conduta a ser seguida pelos outros poderes, Executivo e Legislativo, trata-se de um dever constitucional e se desrespeitado configura uma violação da Constituição (STRECK, 2013, p.20).

Posto isso, para casos de omissão inconstitucional, descritos anteriormente, existe um mecanismo de controle abstrato chamado Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Conforme é exposto por Mendes e Branco (2017, p.1298), a referida ação objetiva a efetivação da norma constitucional em face da omissão ou ação ineficiente do Legislativo e Executivo.

Em outras palavras é possível dizer que se trata de um meio para se buscar a promoção da justiça constitucional relacionada a materialização de direitos constitucionais.

A ADO está disposta na Constituição Federal no art.102, inciso I, a, e é regulada pela Leis n. 9.898/99 e 12.063/2009.

É imperioso ressaltar que apenas os órgãos e autoridades elencados no rol do art. 103, da CF, poderão propor essa ação, tendo em vista que ela não se destina a resolver situações individuais, mas tem o fito de defender a ordem constitucional. De forma que aos legitimados é atribuída a função de “advogados do interesse público” (MENDES; BRANCO, 2017, p.1296).

Sobre a omissão, ela pode ser classificada como total ou parcial. De forma que a omissão total é caracterizada pela ausência da edição de uma norma para a efetivação da aplicabilidade da norma constitucional, enquanto a omissão parcial é

aquela em que há a norma, entretanto ela promove uma tutela insuficiente ao bem jurídico constitucional (LENZA, 2022, p.742).

No que tange a sentença oriunda da referida ação, o STF declara a morosidade legislativa e científica o Poder em questão para que tome as devidas providências (MENDES; BRANCO, 2017, p.1298).

Entretanto é possível concluir que a mera declaração e cientificação não resolve o problema de concretização da norma constitucional, de forma que o direito fundamental permanece obstado.

Nesse contexto, o STF tem encontrado alternativas para atenuar essa insuficiência da ação em resolver o impasse. De forma que é possível encontrar na jurisprudência do Tribunal decisões de caráter concretista, como é o caso da sentença da ADO 26/DF.

5.2 Síntese da ADO 26/DF

Após ter sido abordado sobre a natureza da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é oportuno se ater a uma síntese da ADO 26/DF.

Nesse sentido, a referida ação foi proposta ao STF pelo Partido Popular Socialista (PPS) com a principal finalidade de requerer o reconhecimento formal da omissão inconstitucional referente a atividade legislativa sobre a criminalização da prática da homofobia. Além disso, também foi requerido que a lei do racismo, Lei nº 7.716/89, abrangesse as condutas discriminatórias motivadas por homofobia.

O último pedido, portanto, se baseou na tese de que a homofobia expressa uma forma de racismo social. De forma que tinha o fito de adequar a situação da discriminação de indivíduos LGBTs ao disposto no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal que estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CONSTITUIÇÃO, 1988).

É importante destacar que o julgamento da ação em comento foi realizado de maneira conjunta ao Mandado de Injunção 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), visto que o teor do pedido de ambas as ações se relacionava ao reconhecimento da mora do Congresso Nacional em discutir e legislar sobre a criminalização das referidas práticas.

Sob esse contexto, em 2019, a decisão proferida na ADO 26/DF teve o fito de reconhecer a omissão legislativa (da parte do Congresso Nacional, como é possível notar em seu acórdão (STF, 2019):

a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; [...]

Visto isso, é possível observar, portanto, que a omissão legislativa referente aos órgãos legiferantes foi reconhecida e caracterizada como inconstitucional.

Ademais, decorrente da inconstitucionalidade, o STF decidiu por enquadrar a homofobia nos tipos penais existentes na Lei nº 7.716/89 (lei do racismo), baseado na tese de que a referida conduta pode ser considerada como uma forma de racismo social.

5.3 Análise da DO 26/DF

Como visto anteriormente, a decisão dada em sede da ADO 26/DF foi no sentido reconhecer a omissão legislativa inconstitucional e enquadrar a homofobia nos tipos penais existentes na Lei nº 7.716/89.

Nesse sentido, a tese usada para basear a equiparação da homofobia ao racismo foi consolidada pelo próprio STF, em sede do HC 82.424/RS que discutiu a possibilidade da prescrição de um crime motivado pelo antissemitismo.

Sobre o assunto foi argumentado que as condutas discriminatórias contra judeus não caracterizam racismo, pelo fato de não haver a raça judia. Entretanto, em face da referida alegação, o STF decidiu adotar a tese mais abrangente da compreensão de racismo. Sob esse viés está o voto do Ministro Maurício Corrêa (STF, 2004):

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

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

Desta forma, consoante a perspectiva acima, o termo racismo na atual conjectura, expressa um fenômeno social que abrange as formas de preconceito oriundas das dinâmicas de intolerância entre grupos sociais diversos.

Sob essa perspectiva, no julgamento da ADO 26/DF, foi asseverada uma tese semelhante, disposta da seguinte forma em seu acórdão (STF, 2019):

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

[...]

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

É imperioso ressaltar que, apesar da adoção da tese em comento, houve a criminalização de uma prática por via judicial. De maneira que, a referida criminalização levanta o questionamento sobre a função do Judiciário dentro da dinâmica da separação dos Poderes da República. Além de gerar preocupações no universo jurídico acerca do princípio da legalidade penal e da proibição da analogia in malam partem na ordem jurídica nacional.

5.4 Questionamentos sobre a legitimidade da criminalização da conduta através da ADO 26/DF

Após se ater a síntese da ADO26/DF, faz-se oportuno se debruçar sobre as principais críticas em relação a decisão proferida pelo STF.

O Tribunal, ao julgar a referida ação, além de reconhecer a omissão legislativa da parte do Congresso Nacional, criminalizou a conduta da homofobia pelo entendimento de que ela expressa uma forma social de racismo.

Entretanto críticas acerca da legitimidade do conteúdo dessa decisão têm se materializado no universo jurídico. As principais delas são as que questionam a decisão em relação ao: princípio da legalidade penal; separação dos Poderes do Estado; ativismo judicial.

Sendo assim, a seguir será analisado cada uma dessas críticas.

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

Uma das principais críticas levantadas sobre o teor da decisão dada em sede da ADO 26/DF é aquela que aponta uma ofensa ao princípio da legalidade penal. Por isso a partir de agora será explanado sobre o conteúdo da referida crítica, assim como sua base e observações.

Sob essa perspectiva, a decisão proferida na ADO 26/DF representa uma violação do princípio da legalidade penal, pois à luz do referido princípio, uma conduta só pode ser criminalizada por força de uma lei.

Entretanto faz-se mister analisar as bases do princípio da legalidade, assim como o entendimento acerca dos seus preceitos no paradigma do Estado constitucional de Direito, para constatar a validade da crítica em comento.

Nesse azo, o princípio da legalidade penal está expresso no art. 5º, XXXIX, da CF, que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CONSTITUIÇÃO, 1988).

À luz do referido princípio, a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, em âmbito penal, deve estar subordinada a uma lei, assim como a criminalização de condutas deve ser fruto de uma atividade que tenha legitimidade democrática (MENDES; BRANCO, 2017, p.1037).

Nesse sentido o Direito Penal brasileiro não admite o uso de “conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais”, pois a pessoa deve ser capaz de saber quais são as condutas que são proibidas e permitidas (MENDES; BRANCO, 2017, p.1040). Além disso, também não se admite analogia *in malam partem*.

A analogia, em sede do Direito Penal, traduz a aplicação de um dispositivo legal à um caso análogo que não é regulado por lei (CAPEZ, 2017, p.51). Isso acontece quando a lei não contempla uma situação fática, de forma que ela se encontra desamparada de previsão jurídica.

Existem dois tipos de analogia: *in bonam partem* e *in malam partem*.

A analogia *in bonam partem* é aquela que é utilizada em favor do agente, por isso é admitida no Direito Penal. Entretanto a analogia *in malam partem* é aquela que é utilizada em desfavor do agente, de forma que não é admitida em sede do Direito Criminal (CAPEZ, 2017, p.53).

O direito penal não admite analogia *in malan partem*, pelo fato de ela comprometer a garantia promovida pelo princípio da legalidade, em outras palavras, a garantia da liberdade individual.

Para entender a relação do princípio em comento com a liberdade individual é necessário uma plena compreensão da sua natureza e para isso faz-se mister nos debruçar sobre a sua história e entender a sua origem.

Assim sendo, historicamente, o princípio da legalidade é um marco de conquista política dos Estados democráticos. Sua base está relacionada a um viés liberal, de forma que suas raízes são oriundas do contexto de nascimento do Estado de Direito (MENDES; BRANCO, 2017, p.1037).

Nesse sentido, tem-se como seu primeiro fundamento a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, diploma cunhado em 1789 no contexto do iluminismo, que estabeleceu os direitos individuais e coletivos dos seres humanos (LENZA, 2022, p. 1980).

Em síntese, a origem do princípio está atrelada a um contexto em que se aspirava um Estado mínimo e os direitos individuais eram exaltados. De forma que o mesmo representou um produto desses ideais.

Sob esse viés, no Brasil, o legislador constituinte estabeleceu o princípio da legalidade, em 1988, para que houvesse uma garantia, no ordenamento brasileiro, contra a arbitrariedade do Estado, assim como a garantia da legalidade foi cunhada a fim de representar uma proteção contra o arbítrio do poder estatal séculos atrás.

Feita essa análise histórica, é imperioso ressaltar que é antiquado pensar o Direito como uma ciência rígida e imutável, tendo em vista que ele acompanha as mudanças sociais. Nesse sentido, na contemporaneidade, o Direito é encarado sob uma ótica que não se relaciona com uma postura rígida.

Sob essa perspectiva, o paradigma do Estado de Direito, exclusivamente legalista, cedeu lugar ao paradigma do Estado constitucional de Direito (BARROSO, 2016, p.228). De maneira que, como visto no capítulo 3.1.1 deste trabalho, esse novo paradigma assume uma postura mais engajada em materializar os direitos fundamentais, pois tem em seu núcleo a dignidade da pessoa humana.

Além disso, o Estado constitucional de Direito promoveu uma maior abrangência aos princípios que, como já exposto anteriormente, passaram a figurar como balizadores da criação e compreensão das normas jurídicas.

Posto isso, vale ressaltar que o ânimo da criação do referido preceito se baseia na finalidade de frear as decisões do poder estatal, oriundas do "mero desejo dos governantes", que atentam contra a sociedade (MIRABETE, FABBRINI, 2008, p. 38).

Baseado na afirmação do parágrafo anterior, é possível fazer um paralelo, de forma que os direitos fundamentais da liberdade de um grupo minoritário e da proteção contra a discriminação se encontram obstados pelo "mero desejo" dos legisladores que se omitem em criminalizar a conduta da homofobia. Conduta a qual traduz uma discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, que a Carta Magna estabeleceu em seu art.5º, inciso XLI, que seria punida por lei (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Nesse azo, tendo em vista que a valorização do indivíduo é a base do nosso Estado e do Direito aqui aplicado, as atividades desempenhadas pelos três Poderes da República devem ter como fim o respeito à dignidade da pessoa humana.

Sob tal perspectiva, nota-se que a decisão oriunda da ADO 26/DF, expressa o movimento do Judiciário em adequar a situação fática aos valores e ideais constitucionais, de forma que não expressa uma violação.

Ademais, um princípio cunhado para a proteção do ser humano, não pode representar um óbice para que ele tenha acesso aos direitos fundamentais e ter protegida a sua vida e dignidade.

5.4.2 Separação dos Poderes do Estado

Visto as considerações acerca dos questionamentos sobre a legalidade penal, faz-se oportuno se debruçar sobre outra crítica levantada sobre o teor da decisão dada em sede da ADO 26/DF. Sendo assim será verticalizado sobre o questionamento relacionado a separação dos Poderes da República.

Sob esse viés, a decisão proferida na ADO 26/DF representa uma ilegítima interferência do Judiciário no espaço de atuação do Legislativo, tendo em vista que é função típica do último a criminalização de condutas.

Todavia, faz-se oportuno analisar as bases da teoria da separação dos poderes, assim como a sua compreensão à luz do paradigma do Estado constitucional de Direito, para poder constatar a validade da referida crítica.

Nesse azo, o princípio da separação dos poderes está expresso no art. 2º da CF e expressa que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Vale ressaltar que o referido princípio tem status de princípio fundamental e trata-se de uma cláusula pétrea, de forma que não pode ser suprimido no texto constitucional.

Apesar do nome usado para designar o princípio em comento indicar uma divisão de Poderes do Estado, o poder estatal é uno (FREIRE JÚNIOR, 2004, p. 01). Isso significa que o Poder de administrar, legislar e julgar são do Estado, o que é dividido são as respectivas funções.

Tendo em vista a unidade do poder estatal, o que há de fato é uma separação de funções. Ademais essa separação deve figurar como um meio de alcançar a efetividade das normas constitucionais (FREIRE JÚNIOR, 2004, p. 02). Em outras palavras, o princípio da separação dos poderes deve funcionar como um meio para a promoção de um ambiente de proteção dos direitos fundamentais.

Visto em linhas gerais o referido princípio, passaremos para uma análise histórica, acerca da Teoria da Separação dos Poderes. Nesse azo, a teoria em comento foi baseada na filosofia grega de Aristóteles e desenvolvida e aprimorada por Montesquieu, teórico político e filósofo iluminista, em 1748 (LENZA, 2022, p.941-942).

O teórico político iluminista fundamentou a tripartição dos poderes em sua obra "O Espírito das Leis", onde ele dividiu as funções do Estado em três órgãos independentes entre si e que funcionariam exercendo funções típicas e atípicas (LENZA, 2022, p.947). Em síntese, à luz dessa teoria a liberdade individual está em risco quando há a concentração de poderes em uma única pessoa.

A teoria da separação dos poderes evoluiu junto com a sociedade, se adequando às suas necessidades. De forma que na contemporaneidade, os três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, têm sofrido alargamentos das suas competências, oriundos da necessidade social (PEIXINHO, 2008, p.17).

Vale ressaltar que o alargamento mencionado tem base na margem de competências que são atribuídas aos Poderes em relação suas funções típicas e atípicas. Nesse sentido, o Executivo, por exemplo, tem cada vez mais amalgamado sua função com a função legislativa, de forma a editar medidas provisórias e atos normativos infralegais. Esse movimento de reunir sua competência típica administrativa com a legislativa acontece mediante a atribuição constitucional da função legislativa, de forma atípica, ao Poder Executivo:

Art. 62: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Além da demanda, oriunda da transformação social, de mudanças do ordenamento jurídico, a doutrina relacionada à Separação dos Poderes também tem criado novos contornos, devido ao novo paradigma de Estado, o Estado Constitucional de Direito. Assim sendo, a referida doutrina passou a compreender "funções de controle abstrato de normas e competência para dirimir conflitos de competência entre órgãos e resolver impugnações contra leis" (RIGAUX, 2003, p. 29).

Nesse sentido, em um sistema equilibrado de distribuição de competências, tal qual o sistema da tripartição de poderes, é de suma importância que o Judiciário seja capaz de decidir sobre questões de lesões e ameaças ao Direito, a fim de coibir os caprichos ou as omissões do legislador, de forma a promover a justiça constitucional (PEIXINHO, 2008, p.19).

É válido ressaltar que o contexto em que há o protagonismo do Judiciário em garantir a justiça constitucional é chamado de Judicialização. Em outras palavras, este termo designa um ambiente onde o Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições, afeta as condições políticas de seu respectivo Estado (PEIXINHO, 2008, p.14).

Manoel Messias Peixinho (2008, p.20) destaca que a judicialização é um fenômeno contemporâneo das democracias hodiernas que foi propiciado pela passagem do Estado de Direito, que se preocupava com a separação formal dos poderes, para o Estado Constitucional de Direito, comprometido com a concretização dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, o Estado Constitucional de Direito representa o encerramento do protagonismo legislativo consagrado na doutrina de Rousseau como

a expressão da vontade geral que representava a própria liberdade (MENDES; BRANCO, 2017, p.83).

Outro ponto a se levar em consideração é que no Estado de Direito, aquele exclusivamente legislativo, a Constituição, à luz do viés clássico liberal, exercia o papel de limitadora do poder Estatal, de forma que não regulavam as relações sociais. Pelo contrário, suas normas eram destinadas apenas para questões políticas, de forma que naquele contexto, os juízes se limitavam apenas à aplicação das leis. (PEIXINHO, 2008, p.22)

Ainda nessa perspectiva, o enfraquecimento do Estado de Direito, pode ser atribuído nas palavras de Manoel Messias Peixinho (2008, p.20-21) à:

[...] formação de organismos comunitários dotados de maior poder normativo e, conseqüentemente, a criação de um direito e jurisprudência comunitários que passam a se sobrepor, hierarquicamente, às legislações dos Estados Nacionais. Desta forma, os dogmas jurídicos da reserva de lei e do princípio da legalidade vão progressivamente perdendo o sentido.

Em contrapartida, nas palavras de Mendes e Branco (2017, p.106), no Estado Constitucional de Direito:

[...] a Constituição passa a ser o local para delinear normativamente também aspectos essenciais do contato das pessoas e grupos sociais entre si, e não apenas as suas conexões com os poderes públicos.

Sendo assim, o modelo liberal do papel da Constituição cedeu lugar para um modelo onde a Carta Magna exerce um papel mais engajado em promover meios substanciais para a promoção dos direitos fundamentais.

Devido a todo exposto é possível concluir que, a crítica que se propõe afirmar que a referida decisão representa uma ilegítima interferência do Judiciário no espaço de atuação do Legislativo não está em consonância com os preceitos do Estado constitucional de Direito. Logo, se assenta em um viés liberal relacionado ao Estado de Direito, exclusivamente legalista.

5.4.3 Ativismo judicial ou judicialização

Visto as considerações acerca dos questionamentos sobre a separação dos Poderes da República, faz-se oportuno se debruçar sobre o fenômeno que a referida decisão representa.

Como visto anteriormente, um ambiente onde o Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições, afeta as condições políticas de seu respectivo Estado, é chamado de judicialização. Entretanto críticas são materializadas no universo jurídico atribuindo a decisão dada em sede da ADO 26/DF ao fenômeno do ativismo judicial.

Vale ressaltar que judicialização e ativismo judicial são fenômenos distintos, apesar de se relacionarem ao contexto em que o Judiciário afeta condições políticas.

Ademais, trata-se de fenômenos referentes à jurisdição constitucional. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2016, p.229), tal jurisdição:

[...] compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Sendo assim, para seja possível indicar se a decisão em comento trata de um exemplo de judicialização ou ativismo judicial é preciso se ater ao conceito de cada um dos fenômenos mencionados.

Feita essa introdução, primeiramente será exposto o conceito de judicialização.

5.4.3.1 Conceito de judicialização

Remetendo-se à lição de Barroso (2016, p. 229) sobre o tema, o fenômeno em comento traduz o contexto em que assuntos relevantes ao âmbito da política, como questões sociais e morais, são decididas pelo Judiciário.

Nesse sentido, tal contexto representa uma transformação na forma tradicional da política, que era comumente exercida em sede do Executivo e Legislativo. De forma que a judicialização simboliza uma “transferência de poder para as instituições judiciais” (BARROSO, 2016, p. 229).

A judicialização não é uma inovação brasileira. É possível encontrar casos de judicialização em vários países ao redor do mundo, como Estados Unidos, Coreia e Turquia (BARROSO, 2016, p. 229).

Sendo assim é possível concluir que a judicialização se trata de um fenômeno mundial.

Sobre os fatores que propiciaram o referido fenômeno, Barroso (2016, p. 230) assevera que eles são de origens distintas. Ele atribui como causas da judicialização: a compreensão do papel positivo do Judiciário em relação as novas democracias; a frustração com o âmbito político oriunda da crise de representatividade nas casas legislativas; a omissão dos atores políticos em se engajar em questões polêmicas da vida social.

Se atendo a última causa, assuntos que envolvem a população LGBT fazem parte dessas questões polêmicas, as quais agentes políticos temem se vincular, tendo em vista o viés conservador que domina o país. Nesse sentido, o Judiciário se torna um caminho viável para essa parcela da população buscar direitos.

Por último, a judicialização corresponde a um “fato inelutável”, pois no exercício da jurisdição, aos juízes não é dada a alternativa de não decidir sobre qualquer questão a qual eles tenham sido provocados por vias processuais (BARROSO, 2016, p. 231).

5.4.3.2 Conceito de ativismo judicial

Após a exposição do conceito do fenômeno da judicialização, cabe se debruçar sobre o conceito do segundo fenômeno da jurisdição constitucional, o ativismo judicial.

O ativismo judicial traduz o engajamento do Poder Judiciário em materializar os valores e direitos constitucionais de forma ampla e intensa, interferindo na margem de atuação dos outros Poderes (BARROSO, 2016, p. 231).

Isso significa que ao atuar a fim de concretizar os valores, princípios e direitos fundamentais, comportados na Constituição, os magistrados se afastam da sua função típica, relacionada a dizer o direito, e lançam mão da função de criação do direito.

A expressão “ativismo judicial” foi criada nos Estados Unidos para descrever a atividade da Suprema Corte durante o período de 1954 e 1969, em que ela teve uma

atuação revolucionária e progressista em relação os direitos fundamentais (BARROSO, 2016, p. 231).

De forma que, o signo negativo atribuído a esse fenômeno é oriundo da resposta intensamente conservadora que a atividade renovadora da referida Corte recebeu (BARROSO, 2016, p. 231).

Por fim, é possível concluir que o ativismo judicial está relacionado a uma postura em que os magistrados, após provocados processualmente, decidem se engajar para materializar os valores e direitos constitucionais de forma ampla e intensa.

5.4.3.3 A decisão da ADO 26/DF em relação aos fenômenos da jurisdição constitucional

Após ter sido trazido à baila o conceito dos dois fenômenos relacionados a jurisdição constitucional, faz-se mister analisar a decisão da ADO 26/DF em relação a eles. Pois desta forma será possível indicar qual deles expressam o teor da referida decisão.

Portanto, como visto anteriormente, enquanto a judicialização representa um fato oriundo da função do Judiciário, originada do próprio sistema constitucional brasileiro, o ativismo judicial representa uma postura de escolha, de forma que o Judiciário opta por expandir o alcance do texto constitucional, a fim de promover uma adequação dos fatos apreciados aos valores e princípios constitucionais.

Desta forma, é possível concluir que a decisão em comento, que além de reconhecer a inconstitucionalidade da omissão legislativa do Congresso Nacional, criminalizou a conduta da homofobia, equiparando-a ao racismo, trata-se de um exemplo de ativismo judicial. Visto que o Judiciário não se ateu a sua função típica de dizer o direito, mas lançou mão de uma atitude mais proativa e concretista.

6 CONCLUSÃO

A homofobia é uma conduta discriminatória motivada pela orientação sexual e identidade de gênero, ou seja, recai sobre os indivíduos que expressam as identidades e vivências que compõem a sigla LGBT. Sua prática corresponde à violência e o estigma que esses indivíduos são expostos na sociedade, causando-lhes sofrimento físico e psíquico, além de impactar negativamente sua vida política.

De acordo com a análise feita no presente trabalho, a criminalização da referida conduta é legítima e compatível com a ordem jurídica nacional, em vista do princípio da dignidade da pessoa humana que determina a valorização do ser humano como fundamento do nosso Estado e do Direito aqui aplicado.

Sob essa perspectiva, outros princípios também corroboram com esta constatação, como os princípios da igualdade e liberdade. Ademais, visto que o artigo 5º, inciso XLI, da CF, expressa um mandado constitucional de criminalização, há um dever constitucional para que a homofobia, uma conduta discriminatória que atenta contra direitos e liberdades fundamentais, seja criminalizada.

Nesse sentido, houveram tentativas de se legislar sobre o assunto, como o PL 5003/2001, entretanto não foram bem-sucedidas, o que culminou na total omissão do ordenamento jurídico em proteger essa minoria social. Todavia através de uma decisão judicial, dada em sede de uma ADO, a homofobia foi criminalizada.

A decisão proferida pelo STF na ADO 26/DF teve o fito de reconhecer a situação de mora legislativa, declarar a omissão normativa como inconstitucional, cientificar o Congresso Nacional para que tome as providências necessárias nesse sentido e equiparar a homofobia aos crimes de racismo, ou seja, aos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que o Congresso preste a devida tutela criminal.

Entretanto, críticas foram materializadas sobre a decisão da Suprema Corte brasileira.

Nesse sentido, há a crítica no sentido de que a referida decisão representaria uma violação do princípio da legalidade penal, pois à luz do princípio em questão, uma conduta só pode ser criminalizada por força de uma lei. Entretanto, consoante o entendimento oriundo da análise realizada, visto que a valorização do indivíduo é a base do nosso Estado e do Direito aqui aplicado, as atividades desempenhadas pelos três Poderes da República devem ter como fim o respeito à dignidade da pessoa humana. De forma que a decisão oriunda da ADO 26/DF, expressa o movimento do

Judiciário em adequar a situação fática aos valores e ideais constitucionais, de forma que não expresse uma violação.

Ademais, há a crítica no sentido de que a decisão em comento representaria uma ilegítima interferência do Judiciário no espaço de atuação do Legislativo, visto que é função típica do último a criminalização de condutas. Todavia, a análise feita demonstrou que a crítica em questão não está em consonância com os preceitos do Estado constitucional de Direito, atual paradigma de Estado, mas se baseia em um viés liberal relacionado ao já superado Estado de Direito, exclusivamente legalista.

Por último, há a crítica no sentido de que a decisão se trata de um exemplo de ativismo judicial. Nesse sentido, a partir da análise realizada foi possível concluir que o ativismo judicial traduz um contexto em que há o engajamento do Poder Judiciário em materializar os valores e direitos constitucionais de forma ampla e intensa, interferindo na margem de atuação dos outros Poderes. Sendo assim, a referida crítica é válida, visto que o STF não se ateve a sua função típica de dizer o direito, mas lançou mão de uma atitude mais proativa e concretista em relação a proteção da comunidade LGBT.

Devido a todo o exposto, confirma-se a hipótese de é necessário que a homofobia seja criminalizada para garantir tanto a vida como a liberdade individual e a dignidade do ser humano, portanto, em face da omissão legislativa em prestar a devida tutela, é legítimo que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, adeque a situação fática aos ideais da Carta Magna

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019.
- BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002.
- BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. [S. l.]: Ediouro, 1996.
- BORILLO, Daniel. A Homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (org.). Homofobia & Educação: Um desafio ao silêncio. 1. ed. Brasília: LetrasLivres, 2009. cap. A Homofobia, p. 15-46. Disponível em: http://www.cepac.org.br/blog/wp-content/uploads/2011/07/homofobia_e_educacao.pdf. Acesso em: 18 maio 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional; Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Associação Eduardo Banks; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 26 set. 2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. ADO 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13/06/2019. Publicado: Dje 28/06/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 maio 2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão HC 82.424/RS. Relator originário: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Presidente Maurício Corrêa. Julgamento: 17/09/2003. Publicado: Dje 19/03/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 15 maio 2022.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. PL 5003/2001: projeto de lei. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>. Acesso em: 26 set. 2022.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CARDOSO, Fernando Luiz. O Conceito de Orientação Sexual na Encruzilhada entre Sexo, Gênero e Motricidade. *Revista Interamericana de Psicologia/Interamerican Journal of Psychology*, [s. l.], v. 42, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28442108>. Acesso em: 16 maio 2022.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 238, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44054>. Acesso em: 12 set. 2022.

HOMOFOBIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/homofobia/>. Acesso em: 21 maio 2021.

GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. Direito à igualdade e livre desenvolvimento da personalidade: construindo a democracia de triplo vértice. *Revista Direito Público*, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1983>. Acesso em: 27 jul. 2022.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, [s. l.], n. 9, 2006. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista09/artigos/sidney.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2022.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações Sobre Identidade de Gênero: conceitos e termos. 2. ed. aum. Brasília: [s. n.], 2012. 41 p. Disponível em: <https://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

JUNQUEIRA, R. D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades*, [S. l.], v. 1, n. 01, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256>. Acesso em: 16 maio. 2022.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional: esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2022.

LIMA, Ricardo Alves de; JÚNIOR, Eteócles Brito Mendonça Dias. Indicativos ou mandados constitucionais de criminalização. *Revista fronteiras interdisciplinares do direito*, São Paulo, v. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/176>. Acesso em: 25 jul. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELES JÚNIOR, Cláudio Alcântara. O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a concessão de prazo para legislar. Revista da Faculdade de Direito, [s. l.], n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/547>. Acesso em: 21 set. 2022. <- doutor em direito

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: parte geral. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

NETO, Claudio Pereira De Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria historia e métodos de trabalho. [S. l.]: Fórum, 2012.

OBSERVATÓRIO DE MORTES VIOLENTAS DE LGBTI+. Dossiê denuncia 316 mortes e violências de pessoas LGBT em 2021. In: Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+. [S. l.], 2022. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2021/>. Acesso em: 20 set. 2022.

OLIVEIRA, Felipe Ganzert. Orientação afeito-sexual e desenvolvimento humano: relato de pessoas sobre a infância, adolescência, relações familiares e sociais. 2011. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Bauru, 2011. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/97480/oliveira_fg_me_bauru.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 maio 2022.

PESSOA. Luíza Nívea Dias. Análise sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06 à luz da teoria do bem jurídico. In ANTUNES. Maria João et al. Direito penal e constituição. Diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [s. l.], 2001. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>. Acesso em: 29 jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Boletim Científico, [s. l.], 2005. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013->

janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada. Acesso em: 28 jul. 2022.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: RT, 2013.

TURESSI, Flávio Eduardo. Bens jurídicos coletivos. Proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.