CENTRO UNIVERSITÁRIO DE EXCELÊNCIA DE FEIRA DE SANTANA-BA
GRADUAÇÃO EM DIREITO

A Criminalização da Homofobia no Brasil: Entre o Ativismo Judicial e a Concretização Constitucional: Uma análise da decisão do STF nas ações ADO nº 26 e MI n° 4.733

The Criminalization of Homophobia in Brazil: Between Judicial Activism and Constitutional Realization: An Analysis of the Supreme Federal Court's Decision in ADO n° 26 and MI n° 4.733

Leikson Matos Assis[1]
Maria Cândida Silva Braz[2]
Samara Vitória Alcântara Brandão[3]
Híran Souto Coutinho Junior[4]
Elisangela de Souza Santos[5]

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a criminalização da homofobia no Brasil, analisando o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção nº 4.733 (MI 4.733), concluído pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2019. A pesquisa investiga se a decisão da Corte configura um ato de ativismo judicial ou de concretização constitucional. O estudo adota abordagem qualitativa e exploratória, fundamentada em revisão bibliográfica e análise documental de artigos científicos, legislações e jurisprudências. Inicialmente, examina-se o contexto histórico da violência e da marginalização da população LGBTQIAPN+ e a omissão legislativa do Congresso Nacional na tipificação da homofobia. Em seguida, analisam-se os fundamentos e argumentos utilizados pelo STF, que reconheceu a mora inconstitucional do Legislativo e equiparou a homofobia e a transfobia aos crimes de racismo previstos na Lei nº 7.716/1989. Por fim, discutem-se as divergências doutrinárias quanto à legitimidade dessa atuação judicial. Conclui-se que, diante da persistente omissão legislativa e da gravidade das violações aos direitos fundamentais, a intervenção do Supremo representa uma medida constitucionalmente adequada à efetividade dos princípios da dignidade humana, igualdade e não discriminação, ainda que o debate sobre seus limites permaneça relevante para o Estado Democrático de Direito.

---

[1]

[1] Discente de Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário de Excelência – Unex – Campus Feira de Santana- FSA. E-mail: leiksoon@gmail.com
[2] Discente de Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário de Excelência – Unex – Campus Feira de Santana- FSA. E-mail: maria123candida@hotmail.com
[3] Discente de Graduação do Curso de Direito da Centro Universitário de Excelência – Unex – Campus Feira de Santana- FSA E-mail: samaravitoria188@gmail.com
[4] Professor Orientador do Centro Universitário UniFTC de Feira de Santana/BA (Unex/Feira de Santana). E-mail: hirancoutinhoadv@gmail.com
[5] Professora Orientadora do Centro Universitário UniFTC de Feira de Santana/BA (Unex/Feira de Santana). E-mail: elizangela.santos@ftc.edu.br

PALAVRAS-CHAVE
Homofobia. Omissão Legislativa. Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Concretização Constitucional.

ABSTRACT

This study addresses the criminalization of homophobia in Brazil, analyzing the joint judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26 (ADO 26) and the Writ of Injunction No. 4,733 (MI 4,733), concluded by the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in 2019. The research investigates whether the Court's decision constitutes an act of judicial activism or constitutional realization. The study adopts a qualitative and exploratory approach based on bibliographic review and documentary analysis of scientific articles, legislation, and jurisprudence. It initially examines the historical context of violence and marginalization of the LGBTQIAPN+ population and the legislative omission of the National Congress in criminalizing homophobia. Then, it analyzes the legal and moral foundations employed by the STF, which recognized the unconstitutional delay of the Legislature and equated homophobia and transphobia with racism crimes under Law No. 7.716/1989. Finally, it discusses doctrinal divergences regarding the legitimacy of judicial intervention. The study concludes that, in the face of persistent legislative omission and serious violations of fundamental rights, the Court's intervention constitutes a constitutionally legitimate action aimed at ensuring the effectiveness of the principles of human dignity, equality, and non-discrimination, even though its limits remain subject to academic debate within the Democratic Rule of Law.

KEYWORDS:
Homophobia. Legislative Omission. Supreme Federal Court. Fundamental Rights. Judicial Activism. Constitutional Realization.

INTRODUÇÃO

A comunidade LGBT+ no Brasil enfrenta, desde sua formação social, uma das mais persistentes dificuldades de sua existência: a de sobreviver. A realidade brasileira, marcada por altos índices de violência, evidencia um cenário alarmante. De acordo com reportagem da CNN Brasil (2024), com base em dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), o Brasil ocupa, pelo décimo sexto ano consecutivo, a posição de país que mais mata pessoas LGBT+ no mundo. Esse panorama revela uma crise estrutural de direitos humanos, sustentada por um histórico de intolerância e omissão institucional. Apesar de a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLI, determinar que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais", a efetivação dessa garantia ainda encontra barreiras significativas. A chamada mora legislativa, isto é, a demora injustificada do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, tornou-se um símbolo da distância entre o texto constitucional e a realidade social. Nesse contexto de omissão e violência, coube ao Poder Judiciário exercer papel central na concretização dos direitos fundamentais. Em junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção nº 4.733 (MI 4.733), equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, até que o Congresso Nacional edite lei específica. A decisão, histórica e controversa, baseou-se na compreensão de que o silêncio legislativo diante da discriminação configura violação direta à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Essa decisão do STF dividiu opiniões. De um lado, há quem sustente que o Tribunal teria extrapolado suas funções, inovando no ordenamento jurídico penal e ferindo os princípios da legalidade e da separação dos poderes. De outro, encontra-se a corrente que enxerga a atuação judicial como necessária e legítima diante da omissão parlamentar, defendendo que o Supremo cumpriu seu papel de guardião da Constituição e protetor das minorias. Diante dessa tensão teórica e institucional, o presente trabalho propõe-se a investigar: a decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homofobia configura um ato de ativismo judicial ou uma concretização constitucional? O objetivo geral é analisar criticamente o julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, verificando, à luz da doutrina e da teoria constitucional, se a decisão representa um avanço legítimo na proteção de direitos ou se ultrapassa os limites do poder jurisdicional. Como objetivos específicos, pretende-se: (i)

contextualizar historicamente a violência e a marginalização da população LGBT+ no Brasil; (ii) examinar a omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia; (iii) compreender os fundamentos jurídicos adotados pelo STF; e (iv) explorar as divergências doutrinárias sobre os limites e deveres do Judiciário em face da inércia do Legislativo. A metodologia empregada será de natureza qualitativa e exploratória, fundamentada em revisão bibliográfica e análise documental de obras doutrinárias, decisões judiciais, artigos científicos, legislações e tratados internacionais. Busca-se, com isso, promover uma reflexão crítica sobre o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais e na proteção de grupos vulneráveis, à luz do Estado Democrático de Direito.

1. METODOLOGIA

A pesquisa adota abordagem qualitativa, exploratória e descritiva, com natureza teórica e bibliográfica, voltada à análise das dimensões jurídicas, sociais e constitucionais relacionadas à criminalização da LGBTfobia no Brasil, à omissão legislativa e à atuação do Supremo Tribunal Federal (STF). Inserida no campo do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos, busca examinar a efetividade dos direitos fundamentais à luz da Constituição Federal de 1988, especialmente quanto à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à liberdade.

O estudo fundamenta-se em pesquisa bibliográfica e documental, utilizando como fontes obras doutrinárias, artigos científicos, legislações, decisões judiciais e publicações acadêmicas recentes, compreendendo o período de 2021 a 2025. As referências foram selecionadas em bases reconhecidas, como Scielo, Google Acadêmico, Revista REASE, Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, Revista da Defensoria Pública do RS e Revista Científica Multidisciplinar O Saber (RCMOS), privilegiando autores que discutem a homotransfobia, a inércia legislativa e o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa adotou o método dedutivo, partindo de princípios gerais como a supremacia constitucional e a dignidade humana, para compreender o fenômeno concreto da criminalização da homofobia e da resposta judicial à omissão do Legislativo. O enfoque teórico e dogmático permitiu interpretar criticamente a atuação do STF e os debates sobre ativismo judicial e concretização constitucional.

O percurso metodológico envolveu quatro etapas principais: a seleção e revisão do referencial teórico, a análise crítica das fontes primárias e secundárias, a sistematização das informações e a elaboração da argumentação à luz dos princípios constitucionais e das contribuições doutrinárias recentes.

O recorte temporal de 2021 a 2025 justifica-se pelo surgimento de novas interpretações e decisões judiciais após o julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, que consolidaram o debate sobre os limites e deveres do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais da população LGBTQIAPN+. Foram utilizados autores como Bessony de Sousa (2024), Castro e Almeida (2023), Chaves, Barbosa e Rocha (2025), Figueiredo e Coelho (2025), Gomes e Nascimento (2025), além de obras clássicas de Sarmento (2019), Mott (2010), Bento (2017) e Butler (2017).

Por fim, destaca-se que a metodologia foi estruturada para assegurar coerência entre os objetivos, o referencial teórico e as conclusões, garantindo rigor científico e atualidade. A abordagem adotada reforça o compromisso da pesquisa com a promoção da justiça social, da dignidade humana e com a consolidação dos valores democráticos no Estado de Direito brasileiro.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS LGBTQIAP+ NO BRASIL

2.1.1. Origens coloniais e repressão moral

A formação social brasileira foi fortemente influenciada pela moral cristã europeia trazida pelos colonizadores, que impuseram padrões rígidos de comportamento e condenaram as expressões da sexualidade dissidente. Desde o período colonial, a homossexualidade era tratada como pecado e crime, sendo alvo de perseguições e punições severas. O controle moral e religioso sobre os corpos e os desejos tornou-se um instrumento de poder e dominação cultural.

Entre os povos originários, contudo, a sexualidade era vivida de modo plural, frequentemente vinculada à espiritualidade e à liberdade de expressão do corpo. A chegada dos colonizadores impôs uma ruptura violenta com essas práticas, interpretadas como ofensas à fé cristã. Um dos episódios mais simbólicos dessa repressão foi o

martírio de Tibira do Maranhão, indígena executado entre 1613 e 1614 por missionários franceses sob acusação de “sodomia”. O caso, reconhecido por historiadores e movimentos sociais, é considerado o primeiro registro documentado de violência homofóbica nas Américas (VEIGA, 2020).

Mesmo após a independência e a promulgação do Código Criminal do Império de 1830, que omitiu o termo “sodomia” entre os delitos, persistiram os valores patriarcais e religiosos que sustentavam a marginalização de pessoas LGBTQIAP+. A ausência de tipificação penal não significou aceitação, mas a continuidade da repressão sob novas formas sociais e simbólicas. Conforme Bento (2017), o discurso do “pecado” foi gradualmente substituído pelo da “degeneração”, reforçando o controle moral e científico sobre identidades dissidentes.

2.1.2. O discurso médico e a patologização da homossexualidade

Com o avanço do positivismo e das ciências médicas no final do século XIX e início do XX, o controle social da sexualidade deixou de ser exercido exclusivamente pela religião e passou a ser legitimado pela ciência. A homossexualidade, antes tratada como pecado e crime, foi gradualmente convertida em doença, inaugurando o que Michel Foucault(1998) descreve como o “biopoder”: a regulação dos corpos e dos comportamentos por meio do saber médico.

A partir da difusão das teorias lombrosianas e das classificações psiquiátricas europeias, o discurso médico passou a associar a homossexualidade a um quadro de degeneração física e moral. Médicos e higienistas brasileiros, inspirados em autores europeus como Freud (1905/2016) em suas fases iniciais, descreveram a homossexualidade como um desvio do instinto sexual normal, um fenômeno a ser corrigido. Essa narrativa pseudocientífica encontrou eco nas políticas públicas da época, que visavam “sanear” o corpo social e adequar os cidadãos aos modelos de família e reprodução esperados pelo Estado.

No Brasil, o discurso médico-psiquiátrico foi amplamente utilizado como ferramenta de exclusão, período em que homens e mulheres homossexuais eram internados e submetidos a terapias de aversão, eletrochoques e outras práticas desumanas sob o pretexto de “cura” (GREEN, 2000). Instituições psiquiátricas funcionavam como espaços de correção moral, tratando a diferença como patologia, uma visão reforçada

por documentos oficiais, já que a homossexualidade figurou como transtorno mental tanto na Classificação Internacional de Doenças – CID, da Organização Mundial da Saúde, até 1990 (OMS, 1990), quanto no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM, da Associação Psiquiátrica Americana, até 1973 (APA, 1973). A retirada da homossexualidade da lista de doenças pela OMS em 1990 representou uma vitória simbólica e política, mas não eliminou de imediato as marcas deixadas por décadas de patologização, mantendo o preconceito social e a marginalização institucional que perpetuam processos de exclusão em espaços de trabalho, educação e nas relações familiares (BORRILLO, 2010).

Como apontam autoras como Judith Butler e Guacira Lopes Louro (2019), o poder que regula os corpos e define o "normal" não desaparece com a mudança das classificações médicas. Ele se reinscreve nas práticas cotidianas e nas estruturas sociais, sustentando desigualdades e violências simbólicas. A herança da patologização, portanto, segue presente na sociedade brasileira, naturalizando a exclusão e dificultando a efetiva emancipação das identidades dissidentes.

2.1.3. Redemocratização, Constituição de 1988 e avanços jurídicos

A redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988 representaram um marco no reconhecimento dos direitos fundamentais, com base na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade (BRASIL, 1988). Embora o texto constitucional não mencionasse explicitamente orientação sexual ou identidade de gênero, abriu caminho para interpretações inclusivas e progressistas (SARMENTO, 2019).

A partir da década de 1990, o fortalecimento dos movimentos sociais LGBTQIAP+ impulsionou conquistas jurídicas e políticas significativas. O Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou-se como protagonista na proteção desses direitos, com decisões históricas como o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277, em 2011) e a autorização da retificação de nome e gênero sem necessidade de decisão judicial (ADI 4275, em 2018).

O julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4.733, em 2019, representou um divisor de águas ao equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo. Fundamentado na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na proteção das minorias, o Supremo

reafirmou seu papel de concretizador da Constituição diante da omissão legislativa. Essa decisão consolidou o compromisso do Estado brasileiro com a promoção da igualdade substancial e com a erradicação das práticas discriminatórias (STF, 2019).

Em síntese, a trajetória dos direitos LGBTQIAP+ no Brasil revela um percurso de resistência e transformação, que vai da repressão moral e científica à conquista da cidadania plena. O caso de Tibira simboliza o início histórico da perseguição, enquanto as decisões recentes do STF representam o ápice jurídico dessa longa luta por reconhecimento, igualdade e dignidade humana.

2.2. A OMISSÃO LEGISLATIVA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

2.2.1. A omissão legislativa na tipificação da homofobia:

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (BRASIL, 1988), além de estabelecer, no art. 5º, incisos XLI e XLII, que toda forma de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais deve ser punida e que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível (BRASIL, 1988). Todavia, mesmo diante dessas determinações constitucionais, a ausência de legislação específica que criminalize a homofobia e a transfobia configura uma das mais evidentes manifestações de omissão legislativa inconstitucional no Brasil contemporâneo, situação amplamente reconhecida em estudos constitucionais que analisam os limites e deveres do Legislativo na proteção de minorias (BARROSO, 2018).

A chamada mora legislativa reflete um padrão recorrente de resistência institucional em temas que envolvem minorias e pautas de direitos humanos. Desde a redemocratização, o Congresso Nacional tem evitado enfrentar de forma direta a questão da criminalização da LGBTfobia. Projetos de lei como o PL nº 122/2006, que pretendia incluir a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero na Lei nº 7.716/1989, foram arquivados após sucessivas pressões de grupos religiosos e bancadas conservadoras. Essa paralisia não é meramente técnica, mas revela uma postura política e ideológica que perpetua a exclusão social da população LGBTQIAPN+.

De acordo com estudos recentes publicados em periódicos jurídicos, como o da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (2024) e o REASE (2023), a omissão do Legislativo deve ser interpretada como forma de violência institucional, pois priva cidadãos de instrumentos legais de proteção contra a discriminação e contribui para a perpetuação da violência física e simbólica. Essa inércia fere frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e compromete o dever do Estado de garantir a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

No plano internacional, o Brasil é signatário de tratados e convenções que impõem obrigações claras de combate à discriminação e promoção da igualdade, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). A falta de lei específica sobre a homofobia representa, portanto, não apenas violação constitucional, mas também descumprimento de compromissos internacionais de direitos humanos.

O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o legislador deixa de editar norma necessária à concretização de um preceito constitucional. O art. 103, §2º, da Constituição determina que, reconhecida a omissão, o Poder competente será notificado para adotar as medidas cabíveis. No entanto, em temas sensíveis como igualdade de gênero, liberdade sexual e diversidade, a omissão legislativa tende a se perpetuar, revelando a limitação de mecanismos formais de controle constitucional quando há resistência política e moral estruturada.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal foi instado a intervir por meio das ações ADO nº 26 e Mandado de Injunção nº 4.733, propostas respectivamente pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Ambas tinham como objetivo reconhecer a mora inconstitucional do Congresso e buscar uma resposta que garantisse a eficácia dos mandamentos constitucionais de igualdade e proteção contra discriminações.

O reconhecimento da omissão legislativa pelo Supremo representou um passo relevante na efetivação da Constituição de 1988. Segundo análise de estudos mais recentes, como os de Bessony de Sousa (2024) e Castro e Almeida (2023), a decisão do STF revela que a inércia do Legislativo em legislar sobre a homofobia extrapola a esfera política e alcança o campo da violação estrutural de direitos fundamentais. Essa omissão

prolongada não é apenas um ato de passividade, mas uma forma de perpetuar desigualdades, pois impede o Estado de responder de modo eficaz à violência e discriminação sistemáticas.

Portanto, a mora legislativa na tipificação da homofobia reflete um déficit democrático. O Legislativo, ao se omitir, deixa de representar adequadamente grupos minoritários, comprometendo o princípio republicano e a função representativa. Diante disso, a atuação do Supremo Tribunal Federal surge não como invasão de competência, mas como instrumento de concretização constitucional, conforme os princípios da supremacia da Constituição e da proteção dos direitos humanos.

Em síntese, a ausência de norma penal específica que puna a LGBTfobia simboliza a distância entre o texto constitucional e sua concretização efetiva. O Supremo, ao reconhecer a omissão, reafirma que a democracia não pode servir de escudo para a perpetuação da intolerância, devendo o Estado garantir que a igualdade formal prevista na Constituição se traduza em igualdade substancial, especialmente para populações historicamente marginalizadas.

2.2.2. Os fundamentos e argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nas ações ADO 26 e MI 4.733

O julgamento conjunto da ADO 26 e do Mandado de Injunção 4.733, concluído em junho de 2019, marcou um divisor de águas na jurisprudência constitucional brasileira. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão inconstitucional do Congresso Nacional e determinou a aplicação provisória da Lei nº 7.716/1989 — que tipifica os crimes de racismo — às condutas de homofobia e transfobia, até que o Parlamento edite lei específica.

A decisão foi estruturada em torno de três pilares: o mandado constitucional de criminalização, a interpretação conforme à Constituição e a função contramajoritária do Supremo. Juntos, esses fundamentos expressam a ideia de que o Poder Judiciário, diante da inércia dos demais poderes, pode e deve garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

De início, o mandado de criminalização constitucional impõe ao Estado o dever de punir práticas discriminatórias. O art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição é expresso

nesse sentido, e o STF entendeu que sua eficácia não depende de lei intermediária quando a ausência legislativa compromete a proteção de direitos fundamentais. Assim, a Corte concluiu que a criminalização da homofobia não resultou de criação judicial de norma penal, mas da aplicação direta da Constituição à realidade social.

O segundo pilar foi o uso da interpretação conforme à Constituição, técnica hermenêutica que permite adequar uma norma existente, no caso, a Lei nº 7.716/1989, aos valores e princípios constitucionais. O tribunal considerou que o conceito de racismo deve ser interpretado em sentido amplo, abrangendo não apenas discriminações baseadas em cor ou etnia, mas também aquelas que se fundamentam em identidade de gênero e orientação sexual. Trata-se do chamado racismo social ou político, que abarca toda forma de exclusão sistemática e estrutural.

A Corte, conforme apontam análises recentes publicadas em periódicos como o REASE (2023) e o Estudos Jurídicos da UNESP (2023), aplicou uma leitura teleológica e principiológica da Constituição, buscando assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Essa linha interpretativa, ainda que amplie a incidência de normas penais, é sustentada pela lógica da proteção de bens jurídicos essenciais, como a vida, a dignidade e a igualdade.

O terceiro fundamento central foi a reafirmação da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. Em um cenário político em que as maiorias parlamentares frequentemente resistem ao avanço de direitos de grupos minoritários, cabe ao Judiciário atuar como guardião das garantias constitucionais. O STF, portanto, não substituiu o Legislativo, mas exerceu seu papel de concretizador da Constituição, assegurando que a omissão do Congresso não inviabilizasse o cumprimento dos valores democráticos.

Outro aspecto de relevância jurídica e simbólica na decisão foi a delimitação entre liberdade religiosa e discurso de ódio. O tribunal reconheceu que o pluralismo de ideias é inerente ao Estado Democrático de Direito, mas que nenhuma liberdade é absoluta quando se converte em instrumento de exclusão ou incitação à violência. Assim, manifestações baseadas em convicções religiosas permanecem protegidas, desde que não representem prática discriminatória.

A decisão também foi reconhecida como dotada de efeito vinculante e caráter provisório, aplicável até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema. Essa característica reforça a natureza subsidiária da atuação judicial: o STF não criou uma nova lei, mas aplicou de modo ampliativo uma legislação existente, enquanto o Parlamento permanece responsável por elaborar norma específica e definitiva.

A análise de obras recentes, como a de Bessony de Sousa (2024), destaca que o julgamento da ADO 26 e do MI 4.733 transcende o campo jurídico, alcançando dimensão pedagógica e social. O Supremo, ao reconhecer a homofobia e a transfobia como expressões de racismo, reafirmou a centralidade da dignidade humana e projetou uma mensagem de reconhecimento e respeito à diversidade. Assim, o tribunal consolidou sua posição como instância de concretização constitucional e de promoção dos direitos humanos.

Em conclusão, o julgamento das ações ADO 26 e MI 4.733 reafirma o papel do Supremo Tribunal Federal como garantidor da eficácia das normas constitucionais e como agente de transformação social. A Corte, ao suprir a omissão legislativa, não ultrapassou seus limites institucionais, mas atuou dentro do mandato constitucional de proteção aos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de uma decisão histórica que materializa a igualdade substantiva, promove a cidadania e reforça o compromisso do Estado brasileiro com a erradicação de todas as formas de discriminação.

2.3. ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: AS TENSÕES DOUTRINÁRIAS NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

2.3.1. A concretização constitucional e a defesa dos direitos fundamentais

O julgamento da ADO nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, concluído em 2019, reacendeu o debate acerca dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. Uma das vertentes doutrinárias predominantes entende que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, não configurou um ato de ativismo judicial, mas uma legítima concretização constitucional dos direitos fundamentais.

Parte da doutrina entende que o papel do STF não se restringe à guarda abstrata da Constituição, mas também envolve a efetivação material de seus princípios fundantes, especialmente quando o legislador se mantém inerte diante de violações reiteradas à dignidade humana. A Constituição de 1988 outorgou à Corte o dever de garantir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), o que legitima a atuação judicial para suprir omissões legislativas inconstitucionais.

Para essa corrente, a omissão do Congresso Nacional em criminalizar condutas homotransfóbicas comprometeu o próprio núcleo essencial dos direitos à vida, à igualdade e à não discriminação. Assim, a intervenção do Judiciário não configuraria invasão de competência, mas exercício do dever constitucional de impedir a inefetividade de garantias fundamentais. Nesse sentido, Bessony de Sousa (2024) argumenta que o STF atuou em conformidade com a "função contramajoritária" que lhe é atribuída, ao proteger grupos vulneráveis que, historicamente, não encontram representação política suficiente no Parlamento.

Os autores Gomes e Nascimento (2025) destacam que a Corte aplicou uma leitura dinâmica e sistemática do texto constitucional, reconhecendo que o racismo, enquanto categoria jurídica, ultrapassa a noção biológica e alcança formas sociais e políticas de exclusão, entre as quais se inserem a homofobia e a transfobia. Essa interpretação teleológica reforça a ideia de que o Estado deve assegurar igualdade substancial, e não apenas formal, entre os cidadãos, sobretudo quando se trata de grupos historicamente marginalizados.

Outra linha de sustentação dessa posição favorável é o entendimento de que a decisão do Supremo possui efeito simbólico e pedagógico, capaz de influenciar positivamente o comportamento social e institucional. Conforme apontam Figueiredo e Coelho (2025), a criminalização da homofobia pelo STF enviou uma mensagem inequívoca de que o Estado brasileiro não tolera práticas discriminatórias baseadas em identidade de gênero ou orientação sexual, fortalecendo o compromisso público com a promoção da diversidade e com o combate à violência estrutural.

Essa vertente doutrinária também sublinha que a hermenêutica utilizada pelo tribunal – a interpretação conforme à Constituição – respeita o princípio da legalidade penal, pois não cria nova figura típica, mas apenas reconhece a aplicação de norma

preexistente (Lei nº 7.716/1989) a situações análogas de discriminação. A leitura ampliada do conceito de racismo, nessa perspectiva, é compatível com o desenvolvimento evolutivo do direito constitucional contemporâneo, em que a norma é interpretada à luz da realidade social e dos valores fundamentais.

Em síntese, os defensores dessa corrente veem na decisão do STF um marco de efetivação constitucional, pautado na defesa da dignidade da pessoa humana e na superação da inércia legislativa. Para eles, o Supremo não inovou no ordenamento jurídico, mas apenas assegurou que os direitos já reconhecidos pela Constituição fossem aplicados a uma realidade social negligenciada pelo Legislativo.

2.3.2. Corrente crítica: o ativismo judicial e os limites da jurisdição constitucional

Em contrapartida, parte significativa da doutrina enxerga a decisão do Supremo Tribunal Federal como expressão de ativismo judicial e afronta ao princípio da reserva legal penal. Essa vertente entende que, embora o contexto social e político justificasse uma resposta estatal à violência contra pessoas LGBTQIAPN+, a via escolhida pelo STF extrapolou os limites de sua competência e violou o princípio da separação dos poderes.

Autores como Nascimento, Costa e Verbicaro (2025) afirmam que o Supremo, ao estender os dispositivos da Lei nº 7.716/1989 para abarcar a homofobia e a transfobia, acabou por criar uma norma penal sem previsão legislativa específica, o que contraria o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, XXXIX). Para essa linha argumentativa, somente o Parlamento, como órgão dotado de legitimidade democrática direta, pode definir condutas e penas no âmbito do direito penal.

Sob esse prisma, a Corte teria atuado como legislador positivo, substituindo a função típica do Congresso Nacional sob o pretexto de garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Essa postura, segundo essa corrente, pode gerar precedentes perigosos para a estabilidade do Estado Democrático de Direito, uma vez que abre espaço para que o Judiciário, em nome da moral constitucional, avance sobre competências políticas e normativas reservadas aos representantes eleitos.

Além disso, alguns autores apontam que a decisão, embora motivada por fins legítimos, carece de segurança jurídica e apresenta lacunas práticas em sua aplicação.

Como observam Gomes e Nascimento (2025), há dificuldades na adequação típica das condutas homotransfóbicas ao conceito legal de racismo, o que pode gerar interpretações arbitrárias e inconsistentes nos tribunais inferiores. Tal indefinição compromete a coerência do sistema penal e cria um campo de incerteza para o exercício do poder punitivo estatal.

A vertente crítica também enfatiza que o direito penal deve ser utilizado como última ratio na proteção de bens jurídicos, sob pena de banalização da criminalização e expansão indevida do poder punitivo. Assim, ao recorrer ao direito penal sem lei específica, o STF teria incorrido em um ativismo de natureza simbólica, priorizando a resposta política e midiática em detrimento da técnica jurídica. A solução, segundo esses autores, deveria advir de políticas públicas de prevenção e de legislação própria, e não da ampliação judicial de tipos penais preexistentes.

Por fim, a corrente crítica alerta para os riscos de se consolidar uma supremacia judicial sobre o processo democrático. Conforme adverte Figueiredo e Coelho (2025), ainda que a decisão do Supremo tenha buscado proteger minorias vulneráveis, a criação de parâmetros normativos pelo Judiciário pode enfraquecer o princípio da legitimidade popular e afastar a deliberação democrática das instâncias representativas. Desse modo, o ativismo judicial, mesmo quando bem-intencionado, pode gerar um desequilíbrio institucional que compromete a harmonia entre os poderes.

2.3.3. Perspectivas conciliatórias e o papel do STF na efetividade dos direitos fundamentais

Entre as duas correntes extremas, há uma vertente intermediária na doutrina que busca uma interpretação conciliatória entre legalidade penal e concretização constitucional. Essa posição reconhece os excessos potenciais do ativismo judicial, mas também entende que, diante da persistente omissão legislativa e da escalada de violência contra a população LGBT+, a intervenção do STF foi juridicamente necessária e moralmente legítima.

Pesquisadores como Bessony de Sousa (2024) e Chaves et al. (2025) destacam que o Supremo atuou dentro de uma zona de excepcionalidade constitucional, em que a defesa dos direitos humanos prevalece sobre a inércia institucional. A decisão, portanto, deve ser compreendida como medida provisória de salvaguarda, válida até que o

Congresso Nacional cumpra sua obrigação de legislar. Essa leitura equilibra o respeito à separação de poderes com a necessidade de proteção imediata de direitos fundamentais.

Além disso, essa corrente enfatiza que a função do Supremo não se limita à repressão judicial, mas também possui caráter pedagógico e transformador. A decisão da Corte não apenas produziu efeitos jurídicos concretos, mas também alterou o discurso público sobre diversidade e tolerância, reforçando o compromisso estatal com a pluralidade. Como afirmam Figueiredo e Coelho (2025), o reconhecimento da homofobia como crime de racismo operou um deslocamento simbólico fundamental: transformou uma questão moral e política em tema de justiça e cidadania.

Essa perspectiva conciliatória também ressalta que o STF não agiu de forma autônoma, mas com base em demandas sociais e jurídicas que expressam a pressão da sociedade civil e de movimentos sociais. Assim, a decisão deve ser lida como um ponto de convergência entre a jurisdição constitucional e a mobilização democrática, reafirmando que a efetividade dos direitos fundamentais depende tanto da atuação institucional quanto da consciência coletiva.

Em síntese, essa visão intermediária propõe que a decisão da Corte não seja rotulada unicamente como ativismo ou como concretização, mas como um ato de equilíbrio constitucional, que reafirma a centralidade da dignidade humana e o papel integrador do STF no processo de evolução social e jurídica do país.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

A análise realizada ao longo deste trabalho evidenciou que a criminalização da homofobia e da transfobia no Brasil, decorrente do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção nº 4.733 (MI 4.733), constitui um marco relevante no debate sobre a efetividade dos direitos fundamentais e o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na concretização constitucional. O estudo identificou que a decisão, proferida em 2019, foi uma resposta à omissão legislativa do Congresso Nacional, que, por longos anos, não editou norma específica para criminalizar condutas homotransfóbicas.

Com base na revisão de literatura, observou-se que a mora legislativa, expressa no arquivamento de propostas como o PL nº 122/2006, reflete não apenas um déficit institucional, mas também resistências políticas e morais em torno da pauta dadiversidade sexual. Tal cenário tem sido interpretado por autores como Bessony de Sousa (2024) e Castro e Almeida (2023) como uma forma de violência institucional e

de negação prática do princípio da igualdade substancial previsto na Constituição de 1988.

O julgamento da ADO 26 e do MI 4.733 foi fundamentado em três eixos centrais: o mandado constitucional de criminalização, a interpretação conforme à Constituição e a função contramajoritária do STF. A Corte reconheceu a inconstitucionalidade por omissão e determinou a aplicação provisória da Lei nº 7.716/1989 — que trata dos crimes de racismo — às condutas de homofobia e transfobia, até que o Parlamento legisle sobre o tema. Para parte da doutrina, como Gomes e Nascimento (2025) e Figueiredo e Coelho (2025), a medida representou uma forma de concretização constitucional voltada à proteção de grupos vulneráveis e à preservação da dignidade humana, reforçando o papel educativo e simbólico da jurisdição constitucional.

Em contrapartida, há posicionamentos críticos, como os de Nascimento, Costa e Verbicaro (2025), que compreendem a decisão como expressão de ativismo judicial, sustentando que a ampliação do alcance de norma penal sem previsão legislativa específica viola o princípio da legalidade e extrapola a competência do Judiciário. Essa vertente alerta para o risco de insegurança jurídica e de tensionamento entre os poderes, ao passo que reconhece o caráter emergencial da intervenção e sua relevância diante da omissão parlamentar.

De modo geral, os dados teóricos e doutrinários indicam que o julgamento analisado reflete uma atuação judicial de caráter excepcional, situada em um contexto de omissão prolongada e de necessidade de tutela dos direitos fundamentais. O entendimento predominante na literatura aponta que a Corte buscou assegurar a efetividade dos valores constitucionais, sem necessariamente substituir a função legislativa, mas suprindo uma lacuna normativa que comprometia a concretização dos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana.

Em síntese, os resultados revelam que o julgamento da ADO 26 e do MI 4.733 projeta o STF como agente de defesa dos direitos fundamentais, ainda que o debate sobre seus limites institucionais e a legitimidade de sua atuação permaneça aberto. A decisão, assim, insere-se no campo de tensão entre a necessidade de proteção imediata e o respeito à separação dos poderes, constituindo importante objeto de reflexão sobre a função do Judiciário na consolidação do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa permitiu compreender que a discussão acerca da criminalização da homofobia e da transfobia no Brasil envolve, simultaneamente, aspectos jurídicos, políticos e sociais. O julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4.733, concluído pelo Supremo Tribunal Federal em 2019, configurou um marco de interpretação constitucional ao enfrentar a omissão legislativa e propor uma solução provisória baseada nos princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação.

A análise teórica e histórica demonstrou que a trajetória dos direitos LGBTQIAPN+ no país é marcada por avanços graduais e por persistentes formas de resistência. Desde o período colonial, com episódios simbólicos como a execução de Tibira do Maranhão, até os marcos constitucionais da redemocratização, observa-se um processo contínuo de luta por reconhecimento e efetivação de direitos. Nesse contexto, a atuação do STF na ADO 26 e no MI 4.733 representa uma resposta institucional à omissão legislativa, refletindo a complexidade das relações entre os poderes e a necessidade de concretização dos preceitos constitucionais.

Os resultados evidenciaram que a decisão do STF possui interpretações distintas. Para uma parte da doutrina, ela corresponde a uma manifestação legítima de concretização constitucional; para outra, caracteriza-se como ativismo judicial que tensiona a separação dos poderes. Assim, mais do que uma conclusão fechada, a análise aponta para a coexistência dessas perspectivas, que expressam a vitalidade do debate jurídico em torno da função contramajoritária da Corte e de sua responsabilidade na defesa dos direitos fundamentais.

Dessa forma, conclui-se que o julgamento da ADO 26 e do MI 4.733 representa um precedente de grande relevância na consolidação dos direitos da população LGBTQIAPN+, mas também um convite à reflexão sobre os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. A decisão produziu efeitos jurídicos e simbólicos significativos, contribuindo para o fortalecimento da cidadania e da justiça social, sem, contudo, encerrar o debate acerca do equilíbrio entre os poderes e da legitimidade das intervenções judiciais em contextos de omissão legislativa.

REFERÊNCIAS

APA – American Psychiatric Association. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. 2. ed. Washington, DC: APA, 1968. Suplemento: 7th Printing, 1973 — Retirada da homossexualidade como transtorno.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BENTO, Berenice. *Transfeminismo e políticas de gênero*. São Paulo: Annablume, 2017.

BESSONY DE SOUSA, Solon Flores. A promessa da ADO nº 26/DF e do MI nº 4.733/DF enquanto a omissão se mantém: por que continua tão difícil a persecução criminal da homotransfobia no Brasil. *Revista da Defensoria Pública do RS*, Porto Alegre, v. 15, n. 34, p. 118–138, 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Projeto de Lei nº 122/2006. Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br. Acesso em: 28 out. 2025

BRITO, Tamires Pereira; GOMES, Flávio Luiz. A criminalização da homofobia no STF: análise da ADO 26 e do MI 4733 à luz do ativismo judicial. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 26, n. 2, 2023.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTRO, Mariana Lopes; ALMEIDA, João Victor. O papel do Supremo Tribunal Federal na defesa dos direitos da população LGBTQIAP+: análise crítica da ADO 26 e do MI 4733. *Revista REASE*, v. 9, n. 11, 2023.

CHAVES, Aline; BARBOSA, Lúcia; ROCHA, Daniela. Direitos fundamentais e diversidade: desafios contemporâneos na efetivação das garantias constitucionais. In: *R161 – Direitos Fundamentais e Diversidade*. São Paulo: Atlas, 2025.

CNN BRASIL. *Brasil é o país que mais mata pessoas trans e travestis, aponta dossiê.* São Paulo, 29 jan. 2025. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-pessoas-trans-e-travestis-aponta-dossie/. Acesso em: 28 out. 2025.

FIGUEIREDO, Luana; COELHO, Renan. A liberdade religiosa e o discurso de ódio contra pessoas LGBTQIAPN+: análise da ADO 26 e do MI 4733. *Revista Científica Multidisciplinar O Saber (RCMOS)*, v. 6, n. 2, p. 210–232, 2025.

FREUD, Sigmund. *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*. In: FREUD, Sigmund. Obras completas, volume 6: Três ensaios sobre a teoria da sexualidade, Análise fragmentária de uma histeria ("O caso Dora") e outros textos (1901-1905). Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1.ª ed., 2016.

GREEN, James N. *Além do Carnaval: a homossexualidade no Brasil do século XX*. São Paulo: UNESP, 2000.

GOMES, Marília; NASCIMENTO, Jéssica. Direito penal e identidade de gênero: desafios na tipificação de crimes de transfobia no Brasil. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, v. 11, n. 4, p. 52–73, 2025.

MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças*. São Paulo: Autêntica, 2012.

NASCIMENTO, Rafaela; COSTA, Henrique; VERBICARO, Lívia. A criminalização da homofobia no Brasil: a ADO 26 e a omissão legislativa. In: *Territorialidades, Conflitos Socioambientais e Perspectivas de Luta*. Cuiabá: Editora Pantanal, 2025.

OMS – Organização Mundial da Saúde. *International Classification of Diseases*. 10th revision. Geneva: World Health Organization, 1990.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VEIGA, Edison. O índio executado a tiro de canhão tido como "primeiro mártir da homofobia no Brasil". *BBC Brasil*, 28 dez. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55462549. Acesso em: 28 out. 2025.