

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: analogia in malam partem ou interpretação conforme a constituição?¹

Cleiton Rocha de Oliveira²

Sthefanny Chaves Freitas³

Heichon Cordeiro de Araújo⁴

RESUMO: O presente artigo, tem como objetivo principal fazer uma análise técnica a respeito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que criminalizaram as condutas de homofobia e transfobia, ADO nº26/DF e MI nº 4.733/DF, sobre a ótica dos princípios fundamentais do direito penal. As referidas decisões suscitaram divergências entre os juristas acerca da legalidade dos julgamentos, tornando necessário fazer uma análise dos institutos do ativismo judicial, princípio da separação dos poderes e função simbólica do direito penal. Foi utilizado neste trabalho o modelo de pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo e descritivo. Por fim, o presente artigo demonstrará que a equiparação das condutas homotransfóbicas a lei de racismo realizada pelo STF, ultrapassam os limites de sua competência, bem como fere os princípios da reserva legal, da vedação da analogia in malam partem e o princípio da separação dos três poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalização da homotransfobia; Princípios do Direito Penal; Ativismo judicial; Separação dos três poderes.

ABSTRACT: The main objective of this article is to make a technical analysis regarding the decisions given by the Supreme Court that criminalized the conduct of homophobia and transphobia, ADO nº26/DF and MI no. 4.733/DF, on the perspective of the fundamental principles of criminal law. These decisions have raised disagreements among jurists about the legality of trials, making it necessary to make an analysis of the institutes of judicial activism, the principle of separation of powers and the symbolic function of criminal proceedings. The

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Ano de 2020.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: cleitonrocha98.cr@gmail.com.

³ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: sthefanny.cf1998@gmail.com.

⁴ Docente da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. E-mail: heichon@hotmail.com.

bibliographic research model of qualitative and descriptive character was used in this work. Finally, this article will demonstrate that the equalization of homotransphobic conduct sings with the law of racism carried out by the Supreme Court, exceeds the limits of its jurisdiction, as well as hurts the principles of legal reserve, the sealing of analogy in malam partem and the principle of separation of the three powers.

Keywords: Criminalization of homotransphobia; Principles of Criminal Law; Judicial activism; Separation of the three powers.

Data de aprovação: 27 de outubro de 2020.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O julgamento da ADO nº 26 e o MI 4.733 realizado pelo Supremo Tribunal Federal. 3. O ativismo judicial e a violação ao princípio da separação dos poderes 4. Distinção entre analogia e a interpretação conforme a constituição. 5. Análise acerca da legalidade da decisão do STF a luz dos princípios do direito penal. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF (ADO) e Mandado de Injunção nº 4.733/DF (MI), declarou a existência de omissão legislativa acerca da criminalização da homofobia e transfobia e enquadrando tais condutas como espécie do gênero de racismo, disposta na lei nº 7.716/89⁵, objetivando a extensão do que até então se tipificava como racismo, por meio de uma interpretação conforme a Constituição Federal.

A aludida criminalização suscitou divergências em diversos grupos sociais, especialmente entre os juristas, que de um lado reprovaram a decisão, afirmando que esta lesionou os princípios do direito penal e da separação dos três poderes. Todavia, outra parte dos juristas, de maneira divergente, concordaram com as decisões do Supremo, entendendo que houve uma interpretação extensiva, com base em um conceito contemporâneo do elemento típico de raça.

O artigo em questão tem como objetivo primordial, analisar as decisões acima inferidas sobre a ótica dos princípios fundamentais do direito penal e da separação dos três poderes,

⁵ A Lei nº 7.716/ 1989, chamada de lei do racismo, define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

verificando se houve ou não a violação aos referidos princípios. Trata-se então de realizar uma análise jurídica e técnica a respeito da forma de como se deu a referida criminalização, não se analisando, portanto, no presente trabalho, a discursão da necessidade ou não de criminalizar condutas discriminatórias contra grupos LGBTI+⁶.

Foi realizado no presente artigo, uma contextualização dos julgamentos da ADO nº26 e MI nº 4.733, bem como foi mencionado o precedente judicial do caso *Ellwanger*⁷ que influenciou os referidos julgamentos. Por sua vez, foi feito breves considerações sobre o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial, além de tratar da violação do princípio da separação dos três poderes feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, é de suma importância realizar uma análise crítica dos julgamentos da ADO nº26 e MI nº 4.733 a luz dos princípios do Direito Penal, verificando se houve uma analogia in malam partem ou se houve uma interpretação extensiva permitida pelo ordenamento jurídico, assim como, verificar a repercussão das decisões para a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito.

2. O JULGAMENTO DA ADO Nº 26/DF E O MI 4.733/DF REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Precipuamente, faz-se necessário entender o conceito de discriminação e preconceito para que se possa avançar no entendimento sobre a discriminação perpetrada contra o grupo LGBTI+ (Lésbica, Gay, Bissexuais, Transsexuais, Intersexual, outros) e posteriormente realizar uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Rios (2007) preconceito é uma percepção mental negativa em relação a indivíduos e grupos que são socialmente inferiorizados, tal qual as representações sociais que estão relacionadas com estas percepções. Por sua vez, segundo o referido autor, a discriminação diz respeito a manifestação de condutas arbitrárias associadas ao preconceito, no âmbito das relações sociais, que resultam na violação de direitos individuais e coletivos.

Após a Segunda Guerra Mundial, o preconceito e a discriminação viraram temas amplamente debatidos, principalmente em relação ao antissemitismo, racismo e sexismo, mas que somente nos últimos anos, tais condutas praticadas contra a expressão da sexualidade passaram a receber a devida atenção (RIOS, 2007).

⁶ LGBTI+ (Lésbica, Gay, Bissexuais, Transsexuais, Intersexual, outros)

⁷ Habeas Corpus nº 82.424 - STF

Ademais, é relevante entender os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios de Yogyakarta⁸ (2006, p.10) compreende a orientação sexual como “a capacidade de cada indivíduo experimentar atração afetiva, emocional ou sexual por pessoas de gênero diferente, mesmo gênero ou mais de um gênero (...)”.

Os Princípios de Yogyakarta entendem o termo identidade de gênero como:

[...] estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos; (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006, p. 10).

Segundo Rios (2007), pode-se conceituar homofobia como sendo uma forma de preconceito e discriminação direcionada contra os homossexuais, da mesma forma pode se extrair de tal conceito uma similaridade com outras formas de discriminação, tais como a transfobia (transexuais), bissexualfobia (bissexuais) e lesbofobia (lésbicas).

Devido ao preconceito e discriminação sofridos pelos homossexuais e transexuais, foram apresentados diversos Projetos de Lei (PL) ao Congresso Nacional, dentre ele o PL 122/2006, tal projeto visava criminalizar a homofobia. No entanto, o referido projeto ficou em tramitação por oito anos no Senado Federal, tendo sido arquivado em 2015, por determinação do Regimento Interno da Casa que estabelece que propostas que tramitam há mais de duas legislaturas devam ser arquivadas⁹, o que mostraria a omissão do Poder Legislativo em legislar sobre este tema.

Far-se-á necessário trazer ao capítulo o caso do precedente judicial que inspirou o Supremo Tribunal Federal a realizar a interpretação do conceito de raça de um ponto de vista social para criminalização da homotransfobia no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 e Mandado de Injunção nº 4.733.

Em 14 de novembro de 1991, Siegfried Ellwanger Castan foi denunciado pelo crime de racismo com fulcro nos artigos 5º, inciso XLII e artigo 20 da Lei 7.716/89, alegando que o acusado havia escrito, editado e publicado, materiais cujo conteúdo era antissemita. Após, foi-se impetrado HC, cujo teor foi denegado, dando o prosseguimento ao recurso perante o Supremo Tribunal Federal.

⁸ Princípios que regem a aplicação do direito internacional e dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tais princípios foram elaborados em 2006, por um conjunto de especialistas de Direitos Humanos reunidos em Yogyakarta, na Indonésia, o documento elenca 29 princípios relacionados a orientação sexual e identidade de gênero.

⁹ Projeto que criminaliza homofobia será arquivado. **Senado Notícias**. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

Em sede de recurso, após aproximadamente 13 anos de andamento, já havia um precedente no entendimento de que o racismo não estaria ligado com genética ou DNA. No caso, o STF dispôs que o racismo se trata de um processo político e cultural que separava os seres humanos em grupos. Assim, durante o julgamento da ADO nº 26 e o MI 4.733, o STF utilizou-se do caso ELLWANGER para demonstrar que mediante a homotransfobia, era aplicável o mesmo entendimento.

Protocolado em 10 de maio de 2012, o Mandado de Injunção nº 4.733 ao qual se requereu nuclearmente o reconhecimento de que tanto a homofobia quanto transfobia fossem enquadrados no então conceito de racismo descrito na carta maior, bem como declarar a mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional em produzir uma legislação criminal que puna a homofobia e transfobia.

Neste sentido, o Mandado de Injunção se define como um remédio constitucional, cujo objetivo é suprir uma determinada omissão do Poder Legislativo, e desta forma, irá permitir a possibilidade da prática de um direito, liberdade ou uma prerrogativa, conforme descrito em artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal (VASCONCELOS, 2017).

Seguindo o mesmo objetivo geral do MI nº 4.733, em 19 de dezembro de 2013 fora protocolado a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ao qual requererama inclusão da homofobia e transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo¹⁰ até então existente, bem como a declaração de inconstitucionalidade do Congresso Nacional pela não criminalização específica da homofobia e transfobia. Assim, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por objetivo tornar efetiva uma determinada norma constitucional ao qual esteja sofrendo de omissão por qualquer dos Poderes, mediante provocação do judiciário para o reconhecimento desta demora.

Logo, a ADO, tem em sua pretensão, afrontar uma doença que a doutrina reconhece por síndrome de inefetividade das normas constitucionais (LENZA, 2020). Assim, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo os pedidos do MI e da ADO, julgou, em sua maioria dos votos, ser procedente a demanda suscitada.

Referente ao Mandado de Injunção nº 4.733, foi reconhecida a mora inconstitucional pelo Poder Legislativo e conseqüentemente, até que este Órgão exerça a sua função de legislar,

¹⁰ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

o Supremo Tribunal Federal estendeu a tipificação que até então era disposta ao crime de racismo para enquadro da homofobia e transfobia.

Similarmente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26, acatada pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu a mora inconstitucional do Legislativo em realizar a criminalização decorrida dos incisos XLI e XLII, artigo 5º da Constituição Federal objetivando proteger penalmente o grupo LGBTI+, deu-se a ciência ao Congresso Nacional e após, utilizando-se da interpretação conforme a constituição, enquadrou a promoção de homofobia e transfobia aos tipos penais dispostos na Lei nº 7.716/89, até que surja pelo Congresso, a edição da lei para tipificação das práticas homofóbicas no gênero de racismo.

Destarte, em decorrência do arquivamento de projetos de lei que buscavam a proteção desse grupo minoritário, o STF ao decidir o MI nº4.733 e a ADO nº 26, utilizou-se do ativismo judicial em virtude da mora legislativa, contudo, adentrando em competência exclusiva do Poder Legislativo, interferindo no princípio da separação dos três poderes abordados adiante.

3. O ATIVISMO JUDICIAL E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Segundo Moraes (2018), com a Constituição Federal de 1988 houve um fortalecimento do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, em virtude do controle de constitucionalidade e dos efeitos de suas decisões, especialmente os efeitos vinculantes e erga omnes, em conjunto com a omissão dos poderes políticos em efetivar normas constitucionais, possibilitando a atuação jurisdicional em assuntos típicos de Poder Legislativo e Poder Executivo.

Precipuamente, é preciso entender o conceito de Judicialização e Ativismo Judicial. De acordo com Barroso (2015) trata-se de judicialização quando questões políticas, sociais e morais relevantes, tipicamente tratadas em instâncias políticas tradicionais, são decididas pelo Poder Judiciário, havendo uma transferência de poder para as instituições judiciais.

A judicialização no Brasil decorre, principalmente, de um modelo constitucional analítico e abrangente, bem como do modelo de controle de constitucionalidade vigente. Por sua vez, ativismo judicial é um termo criado no Estados Unidos, que traz a ideia de uma maior participação do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, através de uma interferência no espaço de atuação do Poder Executivo e Poder Legislativo (BARROSO, 2015).

Segundo Barroso (2015, p. 442), a judicialização:

(...) é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Desta forma, o ativismo judicial é utilizado quando o Poder Legislativo se torna omissor, frustrando que determinados anseios sociais sejam atendidos. Evidentemente, foi ativismo judicial o que ocorreu nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em análise no presente artigo. O Mandado de Injunção nº 4.733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 foram propostas em razão da inércia do Poder Legislativo em legislar sobre a criminalização da homofobia e transfobia.

Ambas as decisões declaram a mora inconstitucional do Poder Legislativo e equiparam a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89, possuindo efeitos prospectivos até que o Poder Legislativo venha a legislar sobre este assunto. Neste sentido, Lenza (2020) declara que a criminalização da homotransfobia decorreu de ativismo judicial, ao suprir a declarada omissão inconstitucional do Poder Legislativo.

No que se refere ao Princípio da separação dos poderes, princípio este norteador do direito, está disposto na Carta Maior, em seu artigo 2º, o qual “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Assim, em virtude da notória importância, este princípio possui o status de cláusula pétrea, ao qual não poderá ser alvo de reformas ou revisões bem como emendas que tenham em seu objetivo, aboli-la.

Conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018) o sistema de separação de poderes, cuja inspiração advém de uma tradição norte-americana, se caracteriza pela atuação conjunta que está voltada para concretização dos objetivos constitucionais, o qual almejam o controle do poder pelo poder, realizado mediante fiscalização recíproca.

Neste sentido, aduz o filósofo Montesquieu (1993, p. 168), que o motivo gerador de tal separação se baseia em que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

Assim, de maneira modesta, pode-se definir que cada um dos poderes exercerá a sua função precípua, como é o caso do Poder Legislativo que caberá de maneira preponderante realizar a atividade de legislar e fiscalizar; ao Poder Executivo realizar as atividades pertinentes à execução das leis, além do Poder Judiciário realizar a atividade jurisdicional de julgar.

Logo, importa aduzir que a competência para legislar normas incriminadoras é privativa do Poder legislativo da União, sendo assim, não admissível que outro Poder realize atos cuja competência não é de sua exclusividade. Neste diapasão, mesmo que a criminalização realizada pelo Supremo Tribunal Federal possa ser benéfica ao grupo LGBTI+, essa competência não diz respeito as atividades concernentes ao Poder Judiciário, o qual incorreu na violação do princípio dos três poderes.

4. DISTINÇÃO ENTRE ANALOGIA E A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A princípio, deve-se distinguir a analogia da interpretação conforme a constituição. Pois bem, ao que concerne a definição da analogia, está consiste em um mecanismo de inserção do ordenamento jurídico, onde será efetuada a aplicação de uma normativa existente para resolver o problema que se assemelha, cuja tipificação deste problema não se encontra disposta em lei. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020). Segundo Guilherme de Souza Nucci (2020) a analogia é um processo de autointegração, onde por meio desta, será produzido uma norma penal, com o objetivo de preencher a lacuna legal.

Conforme Guilherme de Souza Nucci (2020), tem-se duas espécies de analogia, sendo a primeira espécie a analogia in malam partem e segunda espécie a analogia in bonam partem. No que se refere a analogia in malam partem, haverá a aplicação de determinada norma com objetivo de punir o réu em casos que sejam análogos, sendo que até o determinado instante da aplicação, não haja lei específica para tal situação. Assim, essa espécie é um procedimento ilegítimo e que sua aplicação fere o princípio da legalidade. Em contrapartida, a segunda espécie refere-se a analogia in bonam partem, sendo que, ao contrário da anterior descrita, esta analogia se aplicará em benefício do réu, utilizando-a para absolve-lo em casos análogos, onde até o momento do fato, não exista lei específica. Logo, é permitida a aplicação de analogia in bonam partem perante o Código Penal, com a observância de aplicar-se apenas em casos excepcionais.

Ademais, deve-se observar que o direito penal é regido pelo princípio da legalidade, ao qual assegura que só poderá ser criado crime ou pena por meio de lei, nos termos do artigo 1º do CP¹¹ e o artigo 5º, inciso XXXIX da CF/88.¹² Sendo assim, é vedado utilizar-se da analogia

¹¹“Art. 1º da CF/88 - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

¹²“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

in malam partem para prejudicar réu, permitido apenas a aplicação da analogia para benefício do réu.

Outrossim, tal analogia in malam partem lesiona o princípio da legalidade. De acordo com Rogerio Greco (2017), é indiscutivelmente proibido utilizar-se de analogia, observado o princípio da legalidade, com o intuito de prejudicar o réu, independentemente se for por meio de alargamento do rol de hipóteses agravantes ou mesmo o próprio texto incriminador, abarcando assim em possibilidades não dispostas no ordenamento legal criadas pelo legislador.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2020), o mecanismo da interpretação é um processo de descoberta do conteúdo legal e não um processo de criação de normas. Em relação a interpretação conforme a constituição, esta é uma técnica de decisão de normas que possuam mais de uma interpretação, devendo ser adotada aquela interpretação que mais se aproxima da constituição. A analogia e a interpretação têm objetos distintos, a primeira tem como objetivo a integração de uma lei lacunosa, já a interpretação tem como objetivo buscar o sentido da norma. De acordo com Bitencourt (2018), o escopo da interpretação é visualizar o desejo da lei, e que em contrapartida, a analogia tem a pretensão de complementar, contudo, apenas em situações que se façam desamparadas de tal pretensão.

Deste modo, a aplicação de analogia in malam partem fere o ordenamento jurídico, bem como o princípio da legalidade, admitindo-se tão somente em casos excepcionais a aplicação de analogia in bonam partem, para benefício do réu. Logo, a interpretação realizada pelo STF, enquadrando a discriminação da homofobia e transfobia ao tipo penal da Lei 7.716/89, viola os princípios penais, conforme será trabalhado em capítulo seguinte.

5. ANÁLISE ACERCA DA LEGALIDADE DA DECISÃO DO STF A LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Abordados alguns dos principais aspectos acerca das referidas decisões do Supremo Tribunal Federal que equipararam as condutas de homofobia, transfobia e antissemitismo ao elemento típico de raça, previsto no art.1º da Lei nº 7.716/89, cumpre-se fazer uma análise crítica destas decisões a luz dos princípios fundamentais do Direito Penal.

Primordialmente, cumpre-se ressaltar que nenhuma forma de discriminação ou preconceito deve ser tolerados ou defendidos, conforme o art.3º da Constituição Federal de 1988 no qual assevera que uns dos objetivos da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de

discriminação”. Assim como, uns dos fundamentos da República Federativa do Brasil é o princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do art.1º, inciso III, da Lei maior.

Entretanto, a proteção das minorias, tal como a comunidade LGBTI+, deve ocorrer dentro dos limites previstos no ordenamento jurídico. No julgamento da ADO nº 26 e MI nº4.733, fundamentadas no precedente judicial do caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal (ADO nº26, pg.2) conceitua racismo como:

(...) racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero). (grifo nosso)

Desta forma, racismo é, segundo ao Supremo Tribunal Federal, um processo político e cultural de separar os seres humanos em determinados grupos, em que há a presença de uma ideologia de superioridade ou inferioridade de um grupo em relação a outro, não podendo mais interpretar o elemento típico de raça apenas sob um aspecto biológico, já que só existe um tipo de raça humana que é o ser humano.

Logo, em sede da ADO nº 26 e MI nº 4.733, o STF realizou uma interpretação conforme a constituição, nos termos do art. 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal de 1988, abordando o racismo em um aspecto social. Haveria então, com base nestes incisos constitucionais, um mandado de criminalização implícito da homotransfobia que não foi observado pelo Legislador.

As referidas decisões geram divergências entre os juristas, acerca da legalidade das decisões perante os princípios do Direito Penal e da separação dos três poderes. Em sentido favorável as decisões mencionadas, Nucci (2020) defende que não há a ocorrência de analogia in malam partem, pois o STF teria apenas realizado uma interpretação contemporânea de racismo, já que através do desenvolvimento da medicina chegou-se à conclusão que só existe um tipo de raça, a humana. Ademais, segundo o citado autor, as condutas homofóbicas merecem ser reconhecidas como atitude racista, estando tipificada na Lei de Racismo.

Todavia, apesar do respeitável posicionamento acima mencionado, é de suma importância realizar uma análise crítica das decisões sob a ótica dos princípios fundamentais do Direito Penal. De acordo com Masson (2020) o princípio da estrita legalidade ou reserva legal, proíbe a criação de delitos ou cominação de penas senão em virtude exclusiva de lei. O referido princípio possui uma indiscutível dimensão democrática, visto que revela a aceitação da sociedade na criação da norma no âmbito penal, já que esta é criada pelo Congresso Nacional que por sua vez representa o povo (MASSON, 2020).

Como corolário do princípio da reserva legal surge o princípio da taxatividade, que estabelece que as normas penais incriminadoras devem ser claras e bem elaboradas, de forma a garantir a certeza da conduta criminalizada ao destinatário da norma (NUCCI, 2020). Segundo Masson (2020) o fundamento jurídico do princípio da reserva legal é a taxatividade, pois exige do legislador a determinação exata do conteúdo do tipo penal e da sanção penal, assim como, exige do julgador a máxima vinculação à norma penal, inclusive para concessão de benefícios legais.

Em decorrência do princípio da taxatividade, na esfera penal não se admite analogia in malam partem, inclusive nas situações de vácuo legislativo (MASSON, 2020). Segundo Silva (2020, pg.25):

[...] leis penais não podem ser supridas ou complementadas pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais do direito, caso se dirijam contra os cidadãos. A liberdade é um direito fundamental, que tem o princípio da legalidade como um dos seus protetores.

De acordo com Braga (2019), se fosse permitido no âmbito do direito penal a analogia in malam partem, o julgador só acharia limitação apenas em sua própria habilidade de raciocínio. Em sentido contrário a decisão da ADO nº26 e MI nº4.733, Braga (2019, p.153) afirma que:

No caso da homofobia, discutido pelo STF quando do julgamento da ADO nº26 e do MI nº4.733, o tribunal recorreu-se à analogia (in malam partem, já que criadora de norma incriminadora) ao proceder à subsunção dos atos de homofobia e de transfobia ao conceito de racismo, nos diversos tipos penais definidos na lei nº 7.716/89, violando, assim, o princípio da reserva legal.

Defendendo o mesmo posicionamento, Lenza (2020) afirma que, apesar da criminalização ter sido realizado por meio de interpretação conforme à Constituição, o Supremo Tribunal Federal, no presente caso, “legislou” criando um tipo penal, não observando o princípio da estrita legalidade penal.

Destarte, constata-se que a interpretação conforme a constituição realizada pelo STF para equiparar as condutas transfóbicas e homofóbicas a lei de racismo, mostra-se uma verdadeira violação aos princípios penais da legalidade, taxatividade e vedação da analogia in malam partem.

Pois, o Supremo Tribunal Federal utilizou de uma decisão judicial para criminalizar a homotransfobia, o que evidentemente fere o princípio da reserva legal, visto que a Suprema Corte não possui legitimidade para legislar sobre Direito Penal. Está competência é privativa da União, conforme o art.22, inciso I da CF/88, só podendo ser feita exclusivamente através de lei.

Ademais, pode-se afirmar que não é possível extrair dos termos “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, previstos no art.1º da Lei nº 7.716/89, qualquer referência à orientação sexual ou identidade de gênero (BADARÓ, 2019), uma vez que “possuir orientação sexual diversa de outrem, ou mesmo se identificar como sendo de gênero diverso, não as tomam pessoas de raças distintas” (BRAGA, 2019, p.153).

No mesmo sentido, Masson (2020, p.24) diz que “Raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não se fala em gênero ou orientação sexual. A Corte Constitucional alargou demais a lei, para englobar fatos que não estão ao seu alcance”. O elemento típico de raça, previsto no art.1º da Lei nº 7.716/89, pode ser definida como grupos formados pela subdivisão de espécies de animais, no presente caso a espécie humana, dos quais possuem características distintas que se mantem durante as gerações (ANDREUCCI, 2019).

De acordo com Estefan e Gonçalves (2020), raça é o conjunto de pessoas que possuem características ou traços biológicos semelhantes, no qual transmitem tais características através da hereditariedade. Segundo os referidos autores, o STF negou a existência de diferentes raças, abordando o conceito de racismo em um aspecto geral, passando-se então o conceito de raça ser considerada sinônimo de etnia.

A Lei Afonso Arinos¹³ estabelece contravenções penais resultantes de condutas de preconceito de raça ou cor. Observasse que desde a citada lei, os conceitos penais de raça e cor são empregados no sentido de cor de pele e não no atual sentido científico de raça (BADARÓ, 2019).

No Brasil, não há um crime ou contravenção penal específica que tipifique o preconceito ou discriminação por opção ou orientação sexual (ANDREUCCI, 2019). Entretanto, importante frisar que isto não significa que tais condutas sejam atípicas no ordenamento jurídico brasileiro, visto que há outros tipos penais que punem tais atos, a depender do caso.

Logo, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de analogia in malam partem, pois empregou uma norma penal incriminadora a um caso não contemplado pela Lei de racismo, alterando o sentido do elemento típico, ferindo, assim, o princípio da taxatividade. É relevante ressaltar, que se fosse possível fazer uma interpretação conforme a Constituição das condutas de homotransfobia em equiparação a lei de racismo, sem valer-se de analogia, não haveria uma declaração de omissão legislativa e tentativas de projetos de lei para a criminalização de tais condutas (BRAGA, 2019). Outrossim, Braga (2019) afirma que:

¹³ A Lei nº 1.390/51, chamada de Lei Afonso Arinos, foi a primeira lei brasileira a tipificar condutas de preconceito contra raça e cor, estando, atualmente, em vigor. A cita da norma foi alterada pela lei 7.437/85, passando a tipificar também o preconceito contra o sexo e o estado civil (ANDREUCCI, 2019).

A utilização do recurso da analogia in malam partem, por parte do STF, no caso da homofobia, é evidente. Contrário fosse, a decisão proferida pelo tribunal não demandaria do Congresso Nacional expressa e autônoma previsão legal para fins de responsabilização penal pelas práticas de atos discriminatórios contra os integrantes do grupo LGBTQ+. (BRAGA, 2019, p. 154)

Uma das funções ilegítimas do Direito Penal é a função simbólica, que se trata de um efeito tranquilizador na mente da sociedade e do legislador que satisfaz a todos, apesar de não prevenir com eficácia os delitos que buscam evitar (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2016).

A função simbólica não é exclusiva do direito penal e não produz efeitos externos, mas somente efeitos internos na mente dos governantes e dos cidadãos. Na mente dos governantes proporciona uma sensação de terem feito algo para a defender a paz pública, por sua vez, na mente dos cidadãos há a falsa impressão que a criminalidade está sob controle das autoridades, oferecendo a estes uma sensação tranquilizadora (MASSON, 2020).

De acordo com Masson (2020, pg.9):

A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais.

Além disso, é relevante mencionar que uns dos princípios fundamentais do Direito Penal é o da intervenção mínima. Trata-se do reconhecimento que o Direito Penal possui como uma de suas características, ter as penas mais graves previstas no ordenamento jurídico, assim, só se deve utilizar o Direito Penal em ultima ratio, ou seja, como último recurso a ser manuseado pelo Estado afim de proteger algum bem jurídico (DAMÁSIO; ESTEFAN, 2020).

Deste modo, percebe-se que a decisão do STF sobre a criminalização da homotransfobia possui um caráter simbólico, na medida em que tranquiliza a comunidade LGBTQ+ de que seus direitos e garantias estão sendo tutelados, como também dá a entender que o Poder Judiciário está garantindo a paz pública, sem que exista na realidade uma medida eficaz contra o preconceito e a discriminação em relação a orientação sexual ou identidade de gênero. Neste sentido, é árduo para o Estado criar políticas públicas que são eficientes, por meio da educação, assim, cria-se um tipo penal que traz a falsa impressão que o problema foi resolvido (BADARÓ, 2019).

Dessa maneira, diante do que foi exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal na ADO nº26 e na MI 4.733 violou os princípios fundamentais do Direito Penal, que constituem limites para se combater a insegurança jurídica e o poder absoluto desenfreado. Nesta lógica, Masson (2020, p. 24) dispõe que:

(...) não se pode aniquilar direitos para tutelar outros direitos, sob pena de insegurança jurídica e, acima de tudo, de desrespeito à Constituição Federal. Nosso papel, enquanto sociedade democrática e detentora de amplo espectro de poder, é mobilizar-se no sentido de exigir firme e séria atuação do Poder Legislativo.

Para terminar, é plenamente possível, em um Estado Democrático de Direito, criar um tipo penal específico para criminalizar as condutas de preconceito e discriminação contra a orientação sexual ou identidade de gênero, bem como enquadrar tais condutas a Lei de Racismo, contudo, isto deve ser feito por meio de um processo legislativo realizado pelo Congresso Nacional e obedecendo os princípios fundamentais do Direito Penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar as decisões referentes a criminalização da homofobia e transfobia em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4.733 sobre a lente dos princípios do Direito Penal. Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi declarada a omissão inconstitucional do Poder Legislativo em cumprir com o mandato constitucional implícito de criminalização das condutas discriminatórias contra a comunidade LGBTI+, nos termos do artigo 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal de 1988.

A Corte Constitucional, por meio de ativismo judicial, equiparou a conduta de criminalização da homotransfobia ao crime de racismo tipificado no artigo 1º da Lei 7.716/89, até que o Congresso Nacional crie uma norma autônoma. Ocorre que, o STF por meio da ADO, invadiu a competência exclusiva Poder Legislativo ao legislar sobre matéria penal incriminadora, o que se constitui uma clara violação ao princípio dos três poderes.

Nota-se que, a decisão proferida por meio de interpretação conforme constituição, mostra-se na realidade uma verdadeira analogia in malam partem, pois utilizou-se de norma incriminadora de racismo, de maneira análoga, para preencher o vácuo legislativo e tipificar a discriminação homofóbica e transfóbica, aplicação está que fere o ordenamento jurídico, bem como viola o princípio da legalidade.

Observa-se que as decisões proferidas pelo STF violaram também o princípio da reserva legal, visto que a referida criminalização ocorreu por meio de decisão judicial. Segundo o artigo 1º do Código Penal, só poderá ser criminalizado por meio de lei em sentido estrito. Ademais, ocorreu também a violação do princípio da taxatividade, pois o STF ampliou o sentido de raça previsto na Lei de Racismo.

Conclui-se que o STF ultrapassou os limites de sua competência constitucional, como também violou princípios basilares do Direito Penal. Não se pode garantir direitos constitucionais sob pena de destruir outros direitos tão constitucionais quanto, cuja consequência constatar-se-ia insegurança jurídica. Assim, o precedente judicial criado pelo

Supremo Tribunal Federal mostra-se perigoso pois, torna-se possível a ampliação de elementos típicos sem observância dos princípios penais.

Outrossim, verifica-se que a decisão possui um caráter simbólico, já que não possui uma real efetividade ao combate da discriminação e preconceito contra orientação sexual e identidade de gênero.

Destarte, para que ocorra a criminalização da homofobia e transfobia de forma efetiva e legítima, deve-se a sociedade mobilizar e exigir do Poder Legislativo a sua atuação como representante do povo para se criar um tipo penal específico, por meio de um processo legislativo que observa os princípios basilares do direito penal.

7. REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 14. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019. Acesso em: 03 de agosto de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRAGA, Matheus Andrade. **A legalidade penal em tempos de ativismo judicial: uma análise crítica da decisão do supremo tribunal federal no “caso da homofobia”**. Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira, p. 141, 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848. **Código Penal. 1940**. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 08 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei ° 7.716. Lei de Racismo**. Brasília: 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso: 08 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lesbicas e Transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Interessado: União Relator: Min. Edson Fachin. Data do julgamento: 13.06.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13.06.2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

CONSTITUIÇÃO (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 08 de junho de 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

JESUS, Damásio de; atualização André Estefam. **Direito penal: parte geral** vol. 1 .37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

Projeto que criminaliza homofobia será arquivado. **Senado Notícias**. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

RIOS, Roger Raupp. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação**. Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea, p. 27-48, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais**. 2. ed. rev., ampl., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.