



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LUCAS DE SOUSA ALVES

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: atuação do judiciário diante de lacunas
normativas**

**Brasília
2020**

LUCAS DE SOUSA ALVES

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: atuação do judiciário diante de lacunas
normativas**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

Orientador(a): Prof(a). Camilla de Magalhães Gomes

Brasília

2020

LUCAS DE SOUSA ALVES

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: atuação do judiciário diante de lacunas
normativas**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
(Uniceub).

Orientador(a): Prof(a). Camilla de Magalhães
Gomes

Brasília, _____ de _____ de 2020

BANCA AVALIADORA

Professora Camilla de Magalhães Gomes (Orientadora)

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me proporcionado saúde e força para superar as dificuldades.

Agradeço aos meus pais por me incentivarem a estudar, por todo apoio e confiança depositados em mim e pelo amor incondicional. Agradeço a meu irmão por todo apoio e carinho.

Agradeço a minha orientadora Prof.^a. Camilla de Magalhães pelo suporte, pela dedicada e paciente orientação, pelas suas correções e incentivos.

Agradeço aos meus amigos que estiveram comigo nos momentos bons e ruins da graduação, por todo amor, carinho e suporte.

Agradeço ao UniCeub, seu corpo docente, direção e administração pelas oportunidades, experiências e aprendizados, bem como a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a legitimidade da criminalização da LGBTfobia perante o Supremo Tribunal Federal via Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão, com fundamento nos limites impostos pelos princípios da legalidade e da intervenção penal mínima. Para a discussão do tema questionou-se se homofobia e transfobia se enquadram no conceito de racismo e se a criminalização de tais condutas seriam uma forma de interpretação conforme a constituição ou analogia *in malam partem*. Assim, foi realizada uma revisão doutrinária sobre os princípios do direito penal e foi tomado como objeto os votos e os pedidos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de saber se há legitimidade na decisão e se há violação de garantias individuais. A relevância do tema consiste na comoção social e jurídica da criminalização de uma conduta até então não penalizada, no qual o Supremo Tribunal Federal ultrapassou suas funções e usurpou competência do Poder Legislativo, aplicando analogia *in malam partem*, vedada no direito penal, para abranger a homofobia e a transfobia no tipo penal de racismo.

Palavras-chave: Criminalização. Legitimidade. LGBTfobia. Princípio da Legalidade. Direito Penal Mínimo.

ABSTRACT

The present study aims at analyzing the legitimacy of the criminalization of LGBTphobia before the Supreme Court through the Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission, on the basis of the limits defined by the principles of legality and minimal intervention. In order to discuss the topic, it was questioned in the paper if homophobia and transphobia belonged to the same category as racism and whether the criminalization of LGBTphobia could be an interpretation that would conform the constitution or if it would be an analogy *in malam partem*. Therefore, a review of the criminal law doctrine was carried out and the votes from the Minister of the Supreme Court were taken as a research object, with the intention of evaluating whether the Supreme Court decision was legitimate or if it infringed the constitutional guarantees of individual rights. The relevance of the theme consists of social and legal commotion of criminalizing a conduct that has not been penalized until then. However, by penalizing LGBTphobia the Supreme Court exceeded its functions and usurped the competence of the Legislative Branch, applying an analogy in malam partem, which is prohibited in criminal law, in order to assemble homophobia and transphobia in the law of racism.

Keywords: Criminalization. Legitimacy. LGBTphobia. Principle of Legality. Minimum Intervention.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	10
2.1 Princípio da legalidade e Analogia <i>in malam partem</i>	10
2.2 Direito Penal Mínimo	13
3 ANÁLISE DOS VOTOS	15
3.1 Voto do Ministro Celso de Mello	15
3.2 Voto do Ministro Edson Fachin	22
3.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes	25
3.4 Voto do Ministro Alexandre de Moraes	29
3.5 Voto da Ministra Rosa Weber	31
3.6 Voto do Ministro Luiz Fux	32
3.7 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	34
3.8 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso	36
3.9 Voto da Ministra Cármen Lúcia	38
3.10 Voto do Ministro Marco Aurélio	41
3.11 Voto do Ministro Dias Toffoli	44
4 CRÍTICA AOS VOTOS	45
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

O termo LGBTfobia é utilizado para designar condutas discriminatórias contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis ou transexuais (comunidade LGBT) por conta da sua orientação sexual ou identidade de gênero. Tais condutas não estão expressamente descritas como infração penal. A Lei 7.716/89 tem como crime de racismo a prática, a indução ou a incitação a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não abarcando a discriminação em virtude de identidade de gênero ou de orientação sexual.

Desse modo, 30 anos após a promulgação da Constituição Federal sem a criminalização da homofobia e da transfobia pelo Poder Legislativo, o Partido Popular Socialista (PPS), bem como a LGBT+, ajuizaram respectivamente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº26) e um Mandado de Injunção (MI 4733/DF), no qual pediram o reconhecimento da omissão do Congresso Nacional ao não criminalizar a homofobia e a transfobia e o reconhecimento dessas condutas como racismo a partir do conceito de "racismo social" estabelecido no caso Ellwanger (HC 82.424/RS), criminalizando-as enquanto não for editada lei penal específica sobre o tema. Ambos processos foram julgados conjuntamente.

O interesse na presente pesquisa advém da sua relevância social e jurídica, sua amplitude de discussão a respeito da criminalização da homofobia e da transfobia em uma conjuntura de omissão legislativa e intervenção judicial, frequentes violações de direitos da população LGBT, bem como a repercussão midiática e a repercussão no interesse geral da sociedade a respeito do tema. Para o meio jurídico, a relevância consiste na inovação de um tipo penal pelo Poder Judiciário sem que seja interpretado como analogia *in malam partem* pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho tem a finalidade de discutir quais os limites da legitimidade do STF em criminalizar a LGBTfobia via ADO, considerando dois princípios do Direito Penal, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da intervenção mínima. No qual pelo princípio da legalidade, não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, enquanto no princípio da intervenção mínima o poder de incriminar do Estado é limitado, podendo se utilizar da lei penal como último recurso (*ultima ratio*). Além disso, a problemática consiste em analisar se a decisão do STF consistiu em uma interpretação analógica ou em uma analogia *in malam partem*, vedada pelo direito penal.

Para tanto, buscou-se fazer uma revisão bibliográfica da doutrina, artigos e periódicos. Em seguida foram identificados os pedidos e os argumentos dos votos dos Ministros do STF por meio de pesquisas jurisprudenciais, além de pesquisas no meio virtual. Por fim, buscou-se concatenar os fundamentos doutrinários com os votos proferidos pelo STF, bem como conceituar sociologicamente o termo racismo através de revisão de literatura e elaborar uma crítica a respeito da decisão.

O tipo de pesquisa foi descritiva, relacionando a atuação do Poder Judiciário na criminalização da homofobia e transfobia em face da omissão do Poder Legislativo, com abordagem qualitativa a respeito dos princípios do direito penal e do conceito de racismo. Quanto a técnica de pesquisa, foi a pesquisa bibliográfica e análise documental.

O estudo do trabalho se deu em três capítulos, o primeiro aborda dois princípios, o princípio da legalidade e o princípio da intervenção mínima. Assim, inicialmente, conceituou-se e contextualizou-se o princípio da legalidade, sua importância para a segurança jurídica e seus desdobramentos, como a vedação a analogia *in malam partem*. Em seguida abordou-se o Direito Penal mínimo, alertando que a aplicação simbólica do Direito Penal pode acarretar descredibilidade no ordenamento jurídico, bem como a tendência a transgredir direitos individuais.

No segundo capítulo são feitas análises dos votos dos 11 (onze) ministros do Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro Celso de Mello foi o relator da ADO nº 26 e o Ministro Edson Fachin foi o relator do MI 4.733/DF. Sendo 7 (sete) dos ministros favoráveis a criminalização da LGBTfobia por entenderem que o enquadramento de homofobia e transfobia no conceito de racismo se trataria de uma interpretação em conformidade com a Constituição.

No terceiro capítulo é feita uma crítica aos votos dos Ministros do STF tendo como fundamento os princípios da legalidade e do Direito Penal mínimo, correlacionando-os. Além disso, aborda o conceito de racismo por um viés sociológico latino-americano, contrapondo-se ao apresentado pelo Ministro relator da ADO nº 26, bem como a ressignificação do termo raça pelo movimento negro.

Por fim, a presente pesquisa chegou a conclusão de que a decisão do STF em criminalizar condutas de homofobia e transfobia violou o princípio da legalidade, pois somente ao Poder Legislativo foi atribuído a competência para legislar em matéria penal.

Violou-se também o Direito Penal mínimo, uma vez que a criminalização de condutas restringem direitos individuais de liberdade e devem ser tratados como uma exceção. Além disso, entendeu-se que enquadrar o preconceito ou discriminação em decorrência de orientação sexual e/ou identidade de gênero como racismo foi aplicação de analogia *in malam partem*, sendo, portanto, proibido, uma vez que o conceito de racismo é preciso e não admite ampliação.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

2.1 Princípio da legalidade e analogia *in malam partem*

Segundo Luiz Regis Prado (2019, p. 140), após a Revolução Francesa, o princípio da legalidade passou a ser uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual, pois garantia a liberdade do cidadão ante a intervenção arbitrária do Estado.

Fruto dos ideais iluministas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 8º prescreveu que "Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente publicada. No Brasil, tal preceito foi integrado pela primeira vez na Carta Magna de 1824, quando o Brasil ainda era Império, e, conseqüentemente, ainda permeado por ideias absolutistas, contrárias à uma democracia. (VERDAN, 2009, p. 3- 4).

Para Bitencourt (2000, p. 9), as ideias iluministas de igualdade e liberdade, conferiram ao Direito Penal um caráter menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, pois limitou a intervenção estatal nas liberdades individuais.

O regime ditatorial, que ocorreu no Brasil na década de 1960, foi marcado pelo total desrespeito às instituições basilares de um Estado Democrático, maciça repressão e desacato ao cidadão como ser humano. Diante disso, o constituinte, marcado pelo garantismo constitucional, inaugurou uma nova ordem, no qual o princípio da legalidade foi recepcionado pela atual Constituição Federal, pelo artigo 5º, inciso XXXIX, como cláusula pétreia, elencando o referido preceito como Direitos e Garantias Fundamentais. (VERDAN, 2009, p. 4- 5).

Nota-se que o objetivo primário do princípio da legalidade foi o de limitar a intervenção arbitrária e desmedida do ente estatal, inclusive seu poder punitivo. A necessidade da legalidade na esfera penal é nítida, uma vez que punir alguém fundado no mero desejo dos governantes não é plausível. (VERDAN, 2009, p. 5).

Marco Antônio Marques da Silva (2001, p. 7) apontou que:

O princípio da legalidade é, no Estado Democrático de Direito, consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana, pois remota à ideia de proteção e desenvolvimento da pessoa, que o tem como referencial. A clareza e o limite da formulação normativa dos tipos penais, no âmbito do direito penal, são exigências deste princípio, enquanto no processo penal, viabilizam as formas de intervenção do Estado na vida do cidadão, requerendo, como veremos mais adiante, a observância,

não só da legalidade desta intervenção, como também de outros princípios informadores do processo penal.

O Princípio da Legalidade se desdobra no Princípio da Anterioridade da Lei, no Princípio da Exigibilidade da Lei Escrita, Princípio da Proibição da Analogia *in Malam Partem*, Princípio da Taxatividade e Princípio da Reserva Legal. (VERDAN, 2009, p. 6)

Isso implica dizer que "*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*", ou seja, a lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato ao qual é destinado a punir, sendo vedado a edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. (VERDAN, 2009, p. 6)

É necessário a edição de uma lei escrita para criar normas penais incriminadoras, tal norma deve ser "submetida aos rígidos processos de formulação legislativa constitucionalmente estabelecidos, com obediência de todos os ritos e fórmulas para a validade formal da lei" (LOPES, 1994, p. 107).

Assim, a necessidade de tipificação é um dos resultados da legalidade, como adverte Michael Foucault (2014, p. 86):

É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem-definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar.

A analogia *in malam partem* é proibida dentro do Direito Penal, sendo vedada a criação de crimes, bem como a fundamentação e o agravamento da pena por meio de analogia. Em contrapartida, a analogia *in bonam partem* é totalmente permitida, pois sempre que for benéfica ao cidadão, será utilizada a analogia. (VERDAN, 2009, p. 8).

Greco reforça a ideia de que a aplicação de analogia só é permitida no Direito Penal para beneficiar o réu, jamais para prejudicá-lo. Assim, A respeito da analogia *in malam partem*, orienta que:

[...] é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc. (GRECO, 2015, p. 94)

Segundo Maurício Lopes (1994, p. 123), admite-se no Direito Penal o emprego da analogia, desde que respeitado o critério do *favorabilia amplianda*, permitindo a aplicação da

analogia quando esta implicar na exclusão do crime ou da culpabilidade, isenção ou atenuação da pena e extinção da punibilidade.

Além disso, Luiz Regis Prado (2010, p. 141-142) afirma que seria inconstitucional a utilização de qualquer outro ato normativo, que não seja a lei em sentido estrito, para a criação de crimes e penas. Desse modo, não seria possível a aplicação de analogia *in malam partem* para condenar o acusado:

Em resumo: a lei formal, e tão somente ela é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g., medida provisória), do costume ou do argumento analógico *in malam partem*- exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*)

Há que se diferenciar, contudo, a analogia da interpretação analógica, sendo a primeira utilizada quando não existe o direito positivo e a segunda é uma forma de interpretação do direito positivo. Assim, orienta Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2019, p. 99):

Não se deve confundir analogia com interpretação analógica. Analogia não é forma de interpretação, mas sim forma existente a um caso semelhante, em relação ao qual haja uma lacuna legal. Na analogia, o operador se vale de um método indutivo-dedutivo. Em primeiro, partindo de regras específicas busca a norma abstrata ou princípio que as orienta (indução, do particular para o geral). Reconhecido o princípio geral, o operador parte diretamente do princípio para resolver a situação de fato que revelou a lacuna na legislação (dedução, do geral para o particular).

Para Thomas Hobbes (2008, p. 248), na ausência de qualquer lei punitiva, não há que se falar em acusação. Depreende-se do evidenciado que a analogia preenche uma lacuna normativa existente no ordenamento jurídico, contudo, se há uma lacuna nos tipos penais, estes crimes não existem.

Cumprido ressaltar que, no Ordenamento Criminal Brasileiro, é proibido a criação de leis penais indeterminadas, de conceitos genéricos ou vagos, que podem dar margem a abusos e interpretações equivocadas, devendo as mesmas serem claras e precisas, pois a lei só vai exercer sua função preventiva quando for acessível a todas as pessoas, independente do nível social. (VERDAN, 2009, p. 9).

Luiz Regis Prado (2010, p. 141) observa que a reserva legal possui caráter absoluto em matéria penal, impedindo que o poder legiferante seja delegado a outro órgão, uma vez que se trata competência exclusiva do Poder Legislativo.

Pode-se dizer, então, assim como afirma Eduardo Luiz Santos Cabette (2019, p. 44-45), que a o Judiciário acaba invadindo a atribuição legislativa conferida exclusivamente ao Poder Legislativo, desprezando a garantia da legalidade penal, bem como a tripartição dos poderes, que vão além de uma mera organização estatal, mas uma função de garantia da liberdade.

Desse modo, é inconcebível que o julgador possa considerar como crimes condutas que não foram tipificadas pelo legislador. Não é possível se admitir que um Estado Constitucional de Direito se converta a um Estado de Exceção. (CABETTE, 2019, p. 45- 46).

2.2 Direito penal mínimo

Diante da ineficácia das ações do Estado, a sociedade contemporânea vive num contexto de insegurança e violência. Assim, buscam-se soluções por meio do direito penal na expectativa de proteção e segurança, contudo, o direito penal deve ser considerado como a *ultima ratio*.

Dessa forma, orienta Rosa:

Partindo-se do Direito Penal como última *ratio* (princípios da lesividade, necessidade e materialidade), a regulamentação de condutas deve se ater à realização dos Princípio Constitucionais do Estado Democrático de Direito, construindo-se, dessa forma, modelo minimalista de atuação estatal que promova, de um lado, a realização destes Princípios e, de outro, impeça suas violações, como de fato ocorre com a explosão legislativa penal contemporânea, quer pelas motivações de manutenção do *status quo*, como pela "Esquerda Punitiva". Não há dúvida que a resposta estatal é a mais violenta de todas e, por isso, não pode ser o primeiro mecanismo de controle social. (ROSA, 2014, s/p.).

Segundo Marques da Silva (2008) a ampliação do direito penal com o objetivo de reduzir os índices de criminalidade de maneira rápida, tendem a transgredir direitos individuais e fragilizar a tutela de bens jurídicos constitucionais protegidos.

Garcia (2005, p. 94) alerta que a ameaça de sanções graves é meramente simbólica, pois o legislador já sabe que tais sanções não serão capazes de proteger eficazmente os bens jurídicos a que se propõe. Acabando por criar a imagem de um Direito Penal incapaz. Corroborando com tal entendimento, Hommerding (2013, p. 28) adverte que a aplicação de lei penal de maneira simbólica pode acarretar a descredibilidade do ordenamento jurídico, bem como bloquear as funções do Direito Penal.

Segundo Luigi Ferrajoli (2014), o direito penal é indispensável à manutenção harmônica da convivência social, pois, apesar de ser um instrumento de repressão violento,

também é instrumento de garantia da liberdade individual. Além disso, o mesmo autor ressalta que a tipificação penal não é uma mera decisão do legislador, mas deve atender condições estabelecidas na Constituição, como se vê a seguir:

A estrutura do nosso ordenamento é, por conseguinte, aquela de um "Estado de direito" em sentido estrito, onde o exercício de qualquer poder - não apenas do Poder Judiciário e do Executivo e administrativo, mas também do Poder Legislativo - está subordinado aos vínculos da legalidade não só formais, mas também substanciais. O legislador penal não tem o poder de dispor ou predispor proibições, penais e juízos "quando" e "como" quiser, mas apenas na presença de condições estabelecidas como necessárias pelos princípios garantistas enunciados na Constituição (FERRAJOLI, 2014, p. 641- 642)

Indaga-se se é legítima, justificável e adequada, sob o ponto de vista do direito penal mínimo, a diferenciação qualitativa dos crimes homofóbicos em relação aos demais crimes, levando em consideração seus bens jurídicos, uma vez que, segundo afirma Luisi (2003, p. 169), o Direito Penal não tem por objeto a tutela de direitos subjetivos, como o bem da vida (homicídio homofóbico), da integridade física (lesões corporais homofóbicas) e da liberdade sexual (violação sexual homofóbica) (CARVALHO, 2014, p. 266- 267)

Carvalho (2014) responde a própria indagação, afirmando entender como legítima a demanda dos movimentos sociais LGBT pela criminalização da homofobia, pois estes grupos "possuem a mesma legitimidade postulatória para a efetivação de suas pautas políticas (positivas e negativas) que, por exemplo, o movimento de mulheres e o movimento negro".

Além disso, Carvalho (2012, p. 208) ressalta o impacto cultural positivo em criminalizar a homofobia, pois retira as agressões motivadas por discriminações contra LGBTs da invisibilidade e as põe em discussão, bem como facilita o levantamento e mapeamento de dados, aprofundamento em pesquisas, medidas protetivas específicas etc.

O mesmo autor ressalta, ainda, que, sob o ponto de vista do Direito Penal mínimo, a melhor técnica de elaboração legislativa seria a identificação desta forma de violência, e não a criação de um tipo específico e uma agravação da pena.

Para Luisi (2003, p. 175) a criminalização pode ser desnecessária e inadequada se houver outras formas de sanções ou outros meios de controle social suficientes para a tutela desse bem:

[...] necessária se faz a intervenção penal por insuficientes às outras sanções que a ordem jurídica dispõe para uma adequada tutela. O critério básico, portanto, desse processo de escolha, há de guiar-se pelo princípio da *última ratio* que, partindo da relevância o bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessária a intervenção penal.

3 ANÁLISE DOS VOTOS

Diante da inexistência da criminalização específica de condutas homofóbicas e transfóbicas, foram propostas a MI 4733/DF, pela LGBT+, e a ADO 26/DF, pelo Partido Popular Socialista (PPS), os quais foram julgados no STF. Assim, nos pedidos, buscou-se o reconhecimento formal da existência de omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo, bem como postula-se o preenchimento da lacuna normativa via judicial, de maneira a determinar que os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero dos integrantes da comunidade LGBT achem-se compreendidos na definição de racismo.

A análise dos votos dos Ministros do STF consiste em extrair das argumentações se o preenchimento da lacuna normativa via judicial, que visa criminalizar o preconceito à diversidade de gênero e orientação sexual mediante o conceito de racismo social, realmente se trata ou não de analogia in malam partem, bem como a consequência que isso pode trazer para um Estado Democrático de Direito.

3.1 Voto do Ministro Celso de Mello (relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26)

O Supremo Tribunal Federal determinou por diversas vezes que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual caracteriza-se como poder fundamental de qualquer pessoa, uma vez que não se trata de mera "ideologia de gênero" ou teoria sobre a sexualidade humana, mas expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Tal poder fundamental possui natureza constitucional, tratando-se de um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos, tal como foi feito no julgamento da união civil homoafetiva pela Suprema Corte (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, das quais foi Relator o Ministro AYRES BRITTO) e, também, no julgamento referente à alteração do prenome da pessoa transgênero, independente de cirurgia de transgenitalização e laudos de terceiros (ADI 4.275/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDISON FACHIN). (BRASIL, 2019).

É importante destacar que o Parecer Consultivo OC-24/2017, instaurado por iniciativa da República da Costa Rica ao interpretar as cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica (incorporada formalmente no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678/1992), reafirmou a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual

da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e aos desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade. (BRASIL, 2019).

No decorrer dos séculos, a repressão, a intolerância e o preconceito em razão da orientação sexual (ou, mesmo, da identidade de gênero), tomou graves proporções no Brasil. De modo a marginalizar, estigmatizar e privar essas pessoas de direitos básicos, em um contexto social hostil e vulnerador. (BRASIL, 2019).

No período colonial, em que a legislação reinol foi imposta ao Brasil por Portugal, foi possível constatar a maneira cruel com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais. Segundo afirma Veronica de Jesus Gomes (2010), em Dissertação de Mestrado, as Ordenações do Reino - as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603)- foram marcadas pelo combate aos atos de sodomia, considerada "pecado nefano", mediante sanções gravíssimas que viabilizavam, inclusive, a imposição do "supplicium extremum". Conforme já assinalavam as Ordenações Afonsinas no século XV, o julgamento do pecado/crime aos sodomitas era demasiadamente severa, chegando até a morte. (BRASIL, 2019).

Desse modo, o Ministro Relator conclui que o Estado não pode tolerar comportamentos nem elaborar deliberações normativas com caráter discriminatório que provoquem a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não. Assim, os integrantes da comunidade LGBT têm direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico estabelecido pela Constituição da República. (BRASIL, 2019)

Desde 18/03/1983 funciona o "*Grupo Gay da Bahia - GGB*", que foi admitido como "*amicus curiae*" nos autos, o qual monitora a violência contra a população LGBT, apresentando relatórios anuais que revelam por meio de dados estatísticos que a comunidade LGBT no Brasil é, constantemente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos. Por meio de informações obtidas pela rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, também, mediante voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT, foi possível ao "Grupo Gay da Bahia" chegar a algumas conclusões que serão elucidadas a seguir. (BRASIL, 2019)

Em 2017, houve um aumento de homicídios contra o grupo LGBT de 30% em relação ao ano anterior, alcançando o número de 445 mortes. Além disso, 56% desses assassinatos ocorreram em via pública. Dessas 445 mortes mencionadas, 194 (43,6%) eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, sendo esses últimos mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores. No ano de 2018, até o mês de outubro, foram registrados 347 homicídios de pessoas LGBT no Brasil. O número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no "ranking mundial", conforme afirma o Relatório Mundial da *Transgender Europe*, organização que registra dados relacionados ao tema. (BRASIL, 2019).

Cabe destacar que os dados supracitados podem ser imprecisos ante a alta taxa de subnotificação. Segundo a Manifestação Grupo Gay da Bahia, o Poder Público apresentou um relatório a respeito da homofobia e transfobia, com dados referentes a 2011, no qual foram registradas 6.809 denúncias de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre os quais 278 foram homicídios. Cumpre ressaltar que a maior parte das violências ocorre no ambiente doméstico, correspondendo a 42%, enquanto as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8 %. (BRASIL, 2019).

Diante dos números assustadores, o Ministro Celso de Mello entende que os mesmos autorizam e validam os argumentos realizados pelo advogado Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, subscritor da petição inicial em questão, uma vez que o pseudo- 'direito' das pessoas comuns se acharem detentoras de agredir, ofender, discriminar e matar pessoas por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero revela a concepção de que essas pessoas têm de que os LGBT's são menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade, de modo a se enquadrar nos termos de um comportamento racista. (BRASIL, 2019).

Segundo afirmou o Ministro Celso de Mello, constata-se que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT, uma vez que representa situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República, pois há, manifestamente, a previsão do dever estatal de criar normas legais com bases impositivas de mandado de incriminação, conforme dispõe o art. 5º, XLI, CF, quando afirma que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", bem como o artigo 5º, XLII, CF, quando afirma que "a prática de racismo constitui crime [...], nos termos da lei". (BRASIL, 2019).

Configuram requisitos para a declaração de inconstitucionalidade por omissão a imposição constitucional de legislar somada ao estado de mora do legislador, demonstrada pela superação excessiva de prazo razoável para legislar. Diante dessa situação, não se pode permitir a degradação da Constituição à condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade do legislador comum, de modo que, mediante a ação direta por omissão, a própria Constituição Federal autoriza a reação jurisdicional com a finalidade de concretizar a eficácia das cláusulas constitucionais frustradas. (BRASIL, 2019).

A alegação de que a existência de propositura legislativa no Congresso Nacional afastaria a configuração de inércia por Parte do Poder Legislativo não foi acolhida pelo Ministro Relator, uma vez que há manifesta manobra protelatória da oposição parlamentar, destinada a frustrar a tramitação legislativa de projeto de lei que tipificava crimes contra comunidades LGBT. Tem-se como exemplo concreto o Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela Deputada Federal Iara Bernardi, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados após mais de 5 anos de tramitação, contudo, depois que foi encaminhado ao Senado Federal, passando a ser designado de Projeto da Câmara nº 122/2006, teve sua apreciação encerrada, pois sua tramitação decorreu mais de 08 anos, e, segundo as normas regimentais (RISF, art.322, §1º), as proposições que se encontrem em processamento há mais de duas legislaturas serão automaticamente arquivadas. A aprovação do Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, importou na anexação do PL nº 122/2006 ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), o que demonstrou evidente embaraço e retardamento criado com a finalidade de frustrar a tramitação legislativa do projeto mencionado. Cumpre ressaltar, ainda, que, transcorridos mais de 17 anos desde a proposição do PL nº 122/2006, esta sequer teve concluída sua apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se sem prazo para ser votado até o presente momento. (BRASIL, 2019).

Diante da constatação objetiva de que houve mora inconstitucional capaz de gerar lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional descumprida (CF, art. 5º, XLI e XLII) entende-se como justificável a intervenção do Poder Judiciário de proceder à colmatação de uma omissão normativa flagrantemente inconstitucional, uma vez que não se pode tolerar a inércia dos órgãos estatais. Tolerar tal situação equivaleria a fraude à Constituição. (BRASIL, 2019).

O Ministro ressalta a ilegitimidade de uma Constituição elaborada com o intuito de apenas ser executada nos pontos que se mostrem convenientes aos desígnios governamentais ou de grupos majoritários, desrespeitando frontalmente aos direitos das minorias expostas a um quadro de vulnerabilidade.

Segundo José Afonso da Silva (2012, p. 224) não basta, com efeito, ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia, para que seja totalmente cumprida [...]. (BRASIL, 2019)

Para complementar a linha de raciocínio traçada pelo Ministro, o mesmo se utiliza, em seu voto, das palavras de J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 46) "a Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma ação inconstitucional (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma omissão inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito)." (BRASIL, 2019).

Diante do reconhecimento da existência de mora imputável ao Congresso Nacional, tem-se como possibilidades de colmatação do "*vacuum legis*", a cientificação do Congresso Nacional para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, §2º) ou o reconhecimento imediato pela Corte de que a homofobia e a transfobia enquadrem-se no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89 mediante interpretação conforme à Constituição. (BRASIL, 2019).

Em fundamento da Procuradoria-Geral da República, esta opinou no sentido de conferir a interpretação conforme à Constituição ao sentido de raça previsto na Lei 7.716/89, a fim de se reconhecer como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatório e preconceituosos contra a população LGBT, assinalando que tal proposta não traduz a aplicação de analogia "*in malam partem*" e não ofende o princípio da legalidade em matéria penal, pois o conceito de raça sob o viés biológico ou antropológico é obsoleto, devendo tal interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito, projetando-se numa dimensão abertamente cultural e sociológica de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, levando em consideração o contexto histórico e a variação no conceito de racismo conforme o tempo e o local. (BRASIL, 2019).

O Julgamento do HC 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal reafirma a proclamação contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) de que todos os

membros da família humana são dotados de igual dignidade e valor, de modo que a pretensão de subdividir a humanidade em "raças" revela-se inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na ordem internacional e nacional, bem como desprovido de legitimidade científica e jurídica (BRASIL, 2019), como é possível vislumbrar pelos trechos da decisão:

" (...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por qualquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo.

(...) 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. (BRASIL, 2004)

Parte da doutrina defende que o racismo é uma ideologia que objetiva construir hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um grupo sobre outros, tendo como fundamentos critérios pseudo-científicos para justificar a discriminação e exclusão. Dentre as doutrinas que concebem tal entendimento, destacam-se Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Fabiano Augusto Martins Silveira e Alexandre Assunção e Silva. (BRASIL, 2019).

Dessa forma, o Ministro Relator entende que, da mesma forma como se deu no HC 82.424/RS (caso Ellwanger), impõe-se ao Supremo Tribunal Federal reafirmar a orientação consagrada de que racismo não se restringe a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, mas também um conceito cultural e sociológico, abrangendo situações de homofobia e transfobia. (BRASIL, 2019).

Ressalta, ainda, que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto nacional, os critérios para se identificar a discriminação racial resultam da motivação orientada pelo preconceito e da finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens,

serviços e oportunidades, seja na esfera pública, seja na esfera privada. Razão pela qual se evidencia a correlação entre racismo com a homofobia e a transfobia. (BRASIL, 2019).

Nas palavras de Daniel Borrillo (2010, p 34- 39):

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antisemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente.

Importante também destacar o posicionamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 305), que afirma:

[...] raça é um termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, é um grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins da aplicação desta Lei, considerados como grupo racial [...] Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de 'fobia', dirigida ao ser humano, pode ser manifestação 'racista'. Daí porque inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia 'in malam partem'. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém 'parecido' com o integrante de determinada 'raça'. Ao contrário, está-se negando existir um conceito de 'raça' válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que 'racismo' ou se preferível, a discriminação ou preconceito de 'raça' é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras.

Diante do elucidado, o Ministro entende que atos de homofobia e transfobia são formas contemporâneas de racismo, de modo a inserir tais condutas na tipificação penal da Lei nº 7.716/89, a fim de preservar a garantia da dignidade da pessoa humana, bem como efetivar o preceito Constitucional consubstanciado no art. 3º, IV. Além disso, o Ministro afirma que aceitar tese diversa significaria tornar mais frágil a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos grupos em situação de vulnerabilidade, como no caso dos integrantes da comunidade LGBT. (BRASIL, 2019).

Ressalta que a interpretação do ordenamento jurídico não se confunde com o processo de produção normativa, uma vez que o procedimento hermenêutico realizado pelos Órgãos do Poder Judiciário objetiva a extração da interpretação de diversos diplomas legais vigentes que compõem o quadro normativo positivado pelo Estado para aplicar o direito. Na ação constitucional em questão, a parte autora alega que a noção conceitual de "raça" tem merecido múltiplas interpretações, entendimento consubstanciado por ilustres doutrinadores,

de modo a reconhecer como possível a configuração do crime de racismo quando a discriminação dirigida à vítima for em razão de sua orientação sexual ou sua identidade de gênero. (BRASIL, 2019).

O Ministro não ignora que é inadmissível a utilização de analogia "*in malam partem*" em matéria penal e enfatiza que seu entendimento não envolve aplicação analógica das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, mas limita-se a mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação já existente, uma vez que atos de transfobia e homofobia constituem manifestações de racismo em sua dimensão social, denominado de racismo social. (BRASIL, 2019).

3.2 Voto do Ministro Edson Fachin (Relator do Mandado de Injunção 4.733 Distrito Federal)

Preliminarmente, o Ministro registra que a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) é legitimada para impetrar o mandado de injunção, tendo em vista que preenche o requisito do art. 12, III, da Lei 13.300/2016 e seus objetivos sociais estão de acordo com o pedido formulado, conforme dispõe o art. 3º do seu estatuto social. (BRASIL, 2018).

Cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar a impetração (art. 102, I, "q", da CRFB), uma vez que, nos termos do artigo 22, I, da Constituição Federal, a omissão imputada é de competência do Congresso Nacional. (BRASIL, 2018).

Ressalta que é evidente o direito subjetivo à legislação no que tange ao objeto, pois há a imposição do dever estatal de legislar, bem como a previsão do direito a legislação no próprio texto constitucional. (BRASIL, 2018).

De acordo com a jurisprudência da Corte, os projetos de lei que tramitam sobre a matéria no Congresso Nacional não servem para afastar o reconhecimento da omissão inconstitucional, pois a omissão está constatada quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. (BRASIL, 2018)

Diante do quadro de violações sistemáticas contra a população LGBT e sob o argumento de que nenhuma instituição pode deixar de cumprir integralmente a Constituição, o Ministro rejeita as preliminares relativas ao conhecimento da ação. Além disso, julga procedente o mandado de injunção no mérito, pois o art. 5º, XLI, da CRFB prevê mandado de

criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, de modo que comporta ao Supremo Tribunal Federal, ante a omissão legislativa, a colmatação da legislação de combate à discriminação mediante interpretação conforme, até que esta seja suprida pelo Congresso Nacional. (BRASIL, 2018).

Cumprido ressaltar que, com base no artigo 5º, XLI, da CRFB, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme à Constituição para que não fossem aplicados à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher nos dispositivos da lei dos juizados especiais no julgamento da ADI 4.424, sob Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 31.07.2017, sob a seguinte alegação:

(...) No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana artigo 1º, inciso III, o direito fundamental de igualdade artigo 5º, inciso I e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais artigo 5º, inciso XLI. (BRASIL, 2018).

Assim, a proteção de direitos fundamentais pode resultar na criação de tipos penais próprios. Tal entendimento é o mesmo do julgamento do HC 104.410, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.03.2012, quando se afirmou que "a Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, §4º)". (BRASIL, 2018).

Para reconhecer o direito penal como instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos, o Supremo Tribunal Federal tem usado como fundamento o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente. (BRASIL, 2018). Tal posicionamento tem respaldo na orientação doutrinária de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007), o qual afirma que:

Nossa Constituição Federal de 1988 traz como peculiaridade a quantidade de ordens de criminalização que lançou, à espera do adimplemento pelo legislador ordinário. Elas não podem ser ignoradas, nem a omissão em cumpri-las pode ser justificada por orientações de política criminal. Não é possível acatar a Constituição quando ela está em conformidade de nossas inclinações filosóficas ou ideológicas e renegá-las à letra morta quando não está. (GONÇALVES, 2007, p. 305- 306).

Segundo André de Carvalho Ramos (2006), em "Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos", a Confederação Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, vem vislumbrando tomar medidas imediatas para evitar e combater todas as formas de

racismo, xenofobia e manifestações análogas de intolerância, apelou a todos os governos a adoção de medidas penais cabíveis e a promulgação de leis adequadas.

A redação do §3º do art. 140 do Código Penal foi alterado pela Lei 10.741/2003, passando a tipificar a injúria que utilize elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Diante da não tipificação das discriminações ligadas ao sexo e à orientação sexual, demonstra-se tal omissão legislativa, ainda mais relevante, se levada em consideração o direito à igualdade, uma vez que os parâmetros de proteção da população negra ou idosa são distintos do parâmetro de proteção à população LGBT. (BRASIL, 2018).

O reconhecimento da mora legislativa impõe o deferimento do mandado de injunção para determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, conforme dispõe o artigo 8º da Lei 13.300 Além disso, o Supremo Tribunal Federal superou sua antiga jurisprudência para reconhecer cabível a atuação do Poder Judiciário nos casos de inatividade ou omissão Legislativa quando o risco da omissão puder se transmutar em omissão jurisdicional. (BRASIL, 2018).

O entendimento de que caberia ao Judiciário estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado está prevista no artigo 8º, inciso II, da Lei 13.300. (BRASIL, 2018). Além disso, tal orientação possui respaldo na doutrina de João Francisco da Fonseca (2016):

A decisão concessiva de mandado de injunção, em suma, contém uma "ordem" - palavra sinônima tanto de mandado quanto de injunção. Primeiro, uma ordem formal para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora em prazo razoável. Depois, se isso não ocorrer, uma ordem formal para que o sujeito passivo da relação jurídica de direito material - caso tenha participado do processo - pague certa quantia, entregue um bem, realize determinada atividade ou deixe de realizá-la, conforme o objeto do mando de injunção ajuizado. (FONSECA, 2016, p. 127).

Nos termos da Lei 7.716/1989, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional são condutas típicas, contudo, não haveria crime se as mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito à identidade de gênero ou orientação sexual. Entende-se como leitura incompatível com o Texto Constitucional tolerar alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana enquanto se protege outros, pois a Constituição afirma que tem por objetivo "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (BRASIL, 2018).

É dever da Corte Constitucional proteger a integridade do direito à igualdade toda vez que o mesmo for invocado, pois tratar a dignidade das pessoas de forma diferenciada é manifestamente atentatório à Justiça. Assim, por mais que envolva matéria penal, não é possível alegar que o mandado de injunção deveria limitar-se apenas ao reconhecimento da mora. (BRASIL, 2018).

No precedente julgado pelo Plenário da Corte, relativo ao caso Ellwanger (HC 82.424), entendeu-se que não era possível afastar a imprescritibilidade do crime de racismo imputado ao paciente, que teria distribuído obras de conteúdo anti-semita, ao fundamento de que os judeus não seriam raça, pois, enquanto intérpretes da Constituição, o princípio da igualdade está a exigir dos julgadores que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, tanto para enquadrar judeus como vítimas de racismo, como homossexuais e transexuais. (BRASIL, 2018).

Desse modo, o Ministro, diante das razões suscitadas, julgou procedente o mandado de injunção para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, bem como para estender a tipificação dos crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, prevista na Lei 7.716/89, para discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

3.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes afirma que a não criminalização de crimes de homofobia e transfobia suscita um desvio dos comandos constitucionais que firmam a reprovabilidade de condutas discriminatórias, bem como expõe grupos minoritários a situações graves de violência social, o que seria uma justa causa legitimadora para a intervenção do Poder Judiciário. (BRASIL, 2019).

Ele destaca que a mera apreciação da omissão legislativa pelo Tribunal, por si só, parece ter impulsionado o Parlamento a abandonar o estado de absoluta inércia na regulamentação da matéria, pois no início do ano de 2019, em datas posteriores ao início do julgamento da ADO nº26, foram desarquivadas por deliberações das respectivas Casas Legislativas proposições legislativas sobre o tema. Quanto às propostas legislativas desarquivadas, destaca-se (i) o Projeto de Lei 9.8032/2014, que amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2016 (Lei Maria da Penha) às pessoas transexuais e transgêneros; (ii) o Projeto de Lei 336/2015, que instituiu o chamado Estatuto das Famílias do

Século XXI; e (iii) o Projeto de Lei 7.292/2017, que altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio; e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGBTcídio no rol de crimes hediondos. Esses projetos de lei, reitera-se, foram desarquivados pela Mesa Direta da Câmara nas datas de 21.2.2019 e 22.2.2019, poucos dias após o início da apreciação desta ADO pelo Plenário. (BRASIL, 2019).

Gilmar Mendes ressalta que, apesar dos avanços referidos nas propostas legislativas supracitadas, o destino das proposições legislativas examinadas é absolutamente imprevisível, razão pela qual não se mostram aptas a suprir a proteção das minorias que se almeja tutelar na ADO. Assim, o Ministro entende que não há como afastar o cabimento da ação apreciada. (BRASIL, 2019).

Afirma, ainda, que a Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º) através de mandados de criminalização expressos. Essa dimensão de feição objetiva dos direitos fundamentais legitimam a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros. (BRASIL, 2019).

Pode-se dizer que uma proteção insuficiente se configura quando o Estado não faz nada, mas também quando os instrumentos de tutela existentes não são aptos a garantir o exercício de direitos e liberdades individuais, como afirma Bernhard Sclink. Quando da fixação de mandados de criminalização, o texto constitucional impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como ultima *ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, inclusive para tutelar situações de deficiência da proteção criminalizante. (BRASIL, 2019).

Além disso, através de informações colhidas do Relatório "Violência LGBTfóbicas no Brasil", produzido pelo Ministério dos Direitos Humanos em 2018, os quais indicam abusos cotidianos dos mais variados tipos, demonstram o quadro atual de extrema vulnerabilidade dos grupos LGBT, sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas. Dados compilados do Disque Direitos

Humanos - Dique 100 demonstraram que, apenas em 2016, foram reportados ao total de 4.783 casos de denúncias e violações. (BRASIL, 2019).

O Ministro Gilmar Mendes chega a conclusão, diante dos dados supracitados, que o caso em questão vai além de uma ausência de disciplina legislativa que desenvolva política pública, mas se trata de direitos fundamentais básicos de minorias que merecem ser reconhecidos. Desse modo, afirma:

A realidade fática demonstra ostensivamente que a ausência da criminalização de atos de homofobia e transfobia acaba contribuindo para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. (BRASIL, 2019).

Foi observado também que o núcleo do tipo penal contemplado no art. 1º da Lei 7.716/1989 originalmente afigurava-se circunscrito a preconceitos de raça e de cor, no qual foi paulatinamente ampliado para outras formas de discriminação que se afiguram igualmente incompatíveis com o princípio da igualdade. Tal ampliação de proteção criminal se deu pela edição da Lei 9.459/1997, que alterou o art. 1º, firmando a reprovabilidade da discriminação resultante de etnia, religião ou procedência nacional. Quanto a interpretação constitucional da Lei Antirracismo, o Ministro afirma que, de acordo com a jurisprudência adotada pelo Tribunal julgador, a norma clama por uma ampliação progressiva de proteção criminal em direção à repressão de toda e qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 2019). Tal interpretação se extrai do julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS (o chamado Caso Ellwanger), no qual o Ministro Relator da época, Maurício Correa consignou expressamente que:

limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência de direitos humanos (BRASIL, 2004).

Diante do exposto, o Ministro Gilmar Mendes enuncia que a expressão raça não pode ser vista isoladamente como uma expressão simplesmente biológica, mas também deve se considerar as diversas acepções a que o termo se submete, sendo elas a antropológica e a sociológica. Afirma também que o termo “raça” possui o condão de dividir e classificar os seres humanos em “categorias”, resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista.

Diante da debilidade das políticas criminais que tem permitido a perpetração de violações do dever constitucional de proteção consubstanciado no art. 5º, XLI, da

Constituição, o Ministro Gilmar Mendes entende ser compatível com o Texto Constitucional a solução interpretativa do art. 20 da Lei 7.716/1989, que já criminaliza a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, para se estender a tipificação a atos de homofobia e transfobia. (BRASIL, 2019).

O Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2019) ressaltou que a Lei 13.300, de 2016, que regulamentou a ação constitucional do mandado de injunção deu uma solução ao dissídio entre jurisprudência e doutrina em torno da possibilidade de adoção de sentenças de perfil aditivo quando dispõe em seu artigo 9º o seguinte:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. (BRASIL, 2016).

Ante o exposto, o Ministro entende ser perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro a adoção de sentenças de perfil concretizador e aditivo, uma vez que o Estado tem um dever de proteção aos direitos fundamentais, o qual vem sofrendo restrições sistemáticas em um contexto generalizado de discriminação. Além disso, o Ministro afirma considerar extravagante dizer que o Congresso seria o melhor a encaminhar esse tema, devido a inércia do órgão e da não tomada de decisão por razões políticas variadas.

Em seguida, é abordado, em seu voto, a respeito do ativismo judicial, já prevendo as futuras críticas a respeito de sua decisão. Dessa forma, para afastar possíveis críticas a respeito do denominado ativismo judicial, o Ministro afirma que é preciso compreender o papel Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes, bem como num cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, especialmente no caso de minorias em que o acesso à arena de decisão política é restrito. Acrescenta, ainda, que segundo John Hart Ely (1981), é possível uma postura ativa do Judiciário com vistas a facilitar a representação política de minorias, bem como à sua proteção.

"Vimos como diversos direitos não mencionados na Constituição devem receber proteção constitucional em razão do seu papel em manter abertos os canais de mudança política. Uma análise similar parece ser aplicável à proteção das minorias." (ELY, 1981, p. 172).

O contexto norte-americano no qual a obra supracitada de Ely se insere se relaciona com o caso *Brown vs. Board of Education*, no qual a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade da segregação racial de crianças em escolas públicas. Tal decisão se

tornou um marco histórico do movimento pelos direitos civis e superou precedente da própria Corte que reconhecia como legítima a máxima "*separate but equal*". Entende-se tal postura como ativa, e não ativista, na consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmica. Aproveitando-se as similaridades dos casos, o Ministro Gilmar Mendes acrescenta que a ausência de tipo penal específico para a homofobia tem sido óbice à fruição de direitos básicos de pessoas em razão de sua orientação sexual, reconhecendo a aplicabilidade da Lei 7.716/1989 às condutas discriminatórias relacionadas à homofobia e à transfobia, enquanto não sobrevier legislação específica sobre o tema, valendo-se da proporcionalidade e da jurisprudência da Corte. (BRASIL, 2019).

3.4 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

Para a omissão constitucional do Poder Legislativo ficar constatada, é necessário a análise de duas questões sucessivas. A primeira se refere a incidência do inciso XLI do art 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia). O que, na percepção do Ministro Alexandre de Moraes, é incontestável, uma vez que a violência física, os discursos de ódio, os homicídios motivados pela orientação sexual e a identidade da vítima configuram flagrante discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Já a segunda se refere a obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, conseqüentemente, sanar o estado de mora inconstitucional. (BRASIL, 2019).

Por se tratar de tema complexo, faz-se importante a análise dos componentes internacionais mínimos e obrigatórios exigidos para a salvaguarda igualitária dos direitos e liberdades fundamentais, como a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, no qual afirma que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo ser motivo de discriminação ou abuso. (BRASIL, 2019). Assim como a Organização das Nações Unidas, a qual editou o documento "Nascidos Livres e Iguais- Orientação sexual e identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos" (*Born Free and Equal - Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*), no qual em um dos seus "CINCO PRINCIPAIS TÓPICOS" afirma:

4. Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Promulgar leis abrangentes que incluam a orientação sexual e identidade de gênero como motivos proibidos para discriminação. Em especial, assegurar o acesso não discriminatório a serviços básicos, inclusive nos contextos de emprego e assistência

médica. Prover educação e treinamento para prevenir a discriminação e estigmatização de pessoas intersexo e LGBT.

Ante o consenso internacional mencionado a respeito das medidas necessárias para a efetiva proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas, resta evidenciado a significativa omissão constitucional do Poder Legislativo. (BRASIL, 2019).

Cumprе ressaltar que a posição tópica do inciso XLI indica uma verdadeira determinação constitucional para a edição de lei penal, uma vez que faz parte do núcleo penal e processual penal do artigo 5º, protetivo ao direito de liberdade, iniciando-se no inciso XXXVII (não haverá júízo ou tribunal de exceção) e prosseguindo até o inciso LXVIII (consagração do habeas corpus); mesmo que não exclusivamente penal em alguns dispositivos. Mais importante do que isso, no entanto, é a interpretação lógica e teleológica de diversos dispositivos constitucionais protetivos de direitos e liberdades fundamentais de importantes grupos historicamente vulneráveis. (BRASIL, 2019).

Os tipos penais referentes a discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional foram implementados na Lei 7.716/89 observando o inciso XLII, do artigo 5º da CF. Bem como ocorreu em relação à implementação de medidas protetivas aos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos consumidores. (BRASIL, 2019).

Nos 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal, o Congresso Nacional editou leis necessárias para efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos tradicionalmente vulneráveis, pautando-se sempre pela necessidade de incluir a criação de tipos penais específicos, além das normas administrativas e civis. De tal forma, não há razão constitucional ou lógica para se ignorar a necessidade de edição de tipos penais para discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual e identidade de gênero. Diante do exposto, o Ministro Alexandre de Moares declara a inconstitucionalidade por omissão do Senado Federal, caracterizando-se o estado de mora inconstitucional. (BRASIL, 2019).

O princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de convivência social. Contudo, segundo o Ministro, a impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais não se

confundem com o legítimo exercício hermenêutico do Supremo Tribunal Federal no âmbito da jurisdição constitucional. (BRASIL, 2019).

Segundo Miguel Reale (1985, p. 168), o ato de julgar "não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais". Quando a norma apresentar vários significados, é possível à Suprema Corte, em sede de Jurisdição Constitucional, utilizar-se da função hermenêutica, ou seja, interpretação conforme a constituição, a fim de adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais. (BRASIL, 2019).

Segundo Canotilho (1998, p. 230), "a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela".

Desse modo, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com os seus objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I e IV), o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput e inciso I) e a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, §1º), o Ministro Alexandre de Moraes entende que os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados de modo a abranger a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, de modo que tal interpretação esteja em consonância com os fundamentos da República já mencionados. (BRASIL, 2019).

3.5 Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber entende as identidades sexual e de gênero como direito a própria individualidade e a própria identidade, traduzindo um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais. Isso por que é a partir do reconhecimento de identidade que o indivíduo pode desenvolver a sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a que pertence. Cumpre ressaltar que o direito à auto determinação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III). Desse modo, o descumprimento de tal comando pelo Poder Legislativo, no tocante a direitos e liberdades fundamentais titularizados por pessoas identificadas como homossexuais ou transexuais, abre a via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por

Omissão, que visa colmatar o vazio legislativo impeditivo da efetividade da norma constitucional. Ficando devidamente demonstrada a mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação que lhe foi imposta pelo artigo 5º, inciso XLI, da CF, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (BRASIL, 2019).

Em uma sociedade marcada pela heteronormatividade, a concretização do princípio da igualdade em relação às identidades minoritárias de gênero e orientação sexual reclama a adoção de ações em instrumentos afirmativos voltados exatamente para a neutralização da situação de desequilíbrio existente. Uma vez constatada a desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica só é alcançado materialmente ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade. (BRASIL, 2019).

No que tange ao pedido principal da ADO, que tem como precedente o HC 82.424/RS, a Ministra entendeu, assim como o Min. Relator, pela efetiva ampliação conceitual do conceito jurídico constitucional de racismo, de modo que abarque em sua abrangência semântica a discriminação com base em gênero e orientação sexual, referidos como discriminação por transfobia e homofobia. A Ministra afirma, ainda, que a nova interpretação está em conformidade com a recomendação da doutrina jurídica que afirma que diante de normas constitucionais que visam implementar proteção a direitos fundamentais seja evitado método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2019).

3.6 Voto do Ministro Luiz Fux

Inicialmente, o Ministro faz uma breve explanação a respeito da distinção entre um mero homicídio e contra um integrante homossexual, como exemplo de uma bala perdida, e o que seria uma violência motivada pela discriminação homofóbica. Ressalta, ainda, que tais condutas são fatos cotidianos, criando a impressão de um Estado de coisas inconstitucional. (BRASIL, 2019).

Em seu voto, foi inserido um relatório do Ministério dos Direitos Humanos, divulgado em 2018, que registrou um total de 2964 violações de direitos humanos sofridos por indivíduos que se diferenciam por sua orientação sexual ou posicionamento quanto a identidade de gênero consolidadas ocorrências em 2016. (BRASIL, 2019).

O Ministro também afirma que a violência, além de física, também pode ser simbólica, quando, por exemplo, um estabelecimento se recusa a contratar um indivíduo por este ser um integrante da comunidade LGBT. Configurando-se delitos homofóbicos. Além disso, o Ministro concorda que houve mora legislativa em efetivar proteção aos direitos LGBT, uma vez que, ao criar a punição do homicídio por motivo torpe ou fútil, o legislador originário não poderia imaginar que tal motivo fosse a homofobia. Ressalta também que os projetos de lei não são garantias de que serão aprovados, não afastando, portanto, a inércia legislativa. (BRASIL, 2019).

Sendo assim, acredita-se que a imposição da judicialização da questão seria adequada. Apesar das diversas críticas sofridas pela Suprema Corte diante do seu protagonismo, o Ministro afirma que é bastante difundido pelos doutrinadores o entendimento de que a jurisdição constitucional se impõe quando se trata de defesa das minorias contra as violências da maioria. (BRASIL, 2019).

Em contrapartida, afirmou-se que o Judiciário, por força do princípio da legalidade "não há crime sem lei anterior que o defina", não poderia criar uma figura, contudo, o Ministro defende que o Judiciário está apenas fazendo uma interpretação de legislação infraconstitucional, que trata do racismo à luz da homofobia. Reitera, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já havia firmado, no HC 82.424/RS, o conceito de racismo como um delito cometido contra o ser humano inferiorizado por outro, seja pela cor de pele, seja por ele ser judeu ou homossexual. Ressalta a importância de tal interpretação conforme a Constituição, pois implica em delitos imprescritíveis. (BRASIL, 2019).

A abordagem sociológica trazida em seu voto é de Axel Honneth, na denominada "A gramática moral dos conflitos sociais", reconhecendo que a criminalização das condutas altera a cultura do povo e, no caso da homofobia e transfobia, tal alteração não se dá somente pela força da imprescritibilidade, mas principalmente pela forma de inserção dos integrantes da comunidade LGBT, de modo a gerar o auto respeito e o respeito recíproco. (BRASIL, 2019).

Entende, por fim, que acolher os pedidos da comunidade LGBT é cumprir um compromisso da justiça de dar a cada um aquilo que é seu. Sendo, portanto, dever do Judiciário julgar procedente os pedidos na forma dos relatores Ministro Celso de Mello e Edson Fachin, considerando racismo os atos de violência física e simbólica contra os integrantes da comunidade LGBT, sem prejuízo ao Legislativo de criar um tipo específico para esses fatos que aniquilam a noção de humanidade. (BRASIL, 2019).

3.7 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro afirma que, atualmente, os direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, tanto nacional, quanto internacionalmente. Os Princípios de Yogyakarta voltam-se a proteger o indivíduo diante da violência, assédio, discriminação e exclusão dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero. (BRASIL, 2019).

Afirma, ainda, que a criminalização de condutas discriminatórias, além de ser um passo importante, é obrigatório, uma vez que a Constituição contém claro mandado de criminalização neste sentido (CF, art. 5º, XLI). Sendo tal artigo expressamente reconhecido pela 2ª Turma da Suprema Corte como mandado de criminalização no *Habeas Corpus* 104.410/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2019).

"A constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art.227, §4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos." (BRASIL, 2012).

O Ministro ressalta que a omissão parlamentar em cumprir o mandado de criminalização pode ser compreendido como um fenômeno político, uma vez que os atores políticos tem ciência de que são mais responsabilizados pelas suas ações impopulares do que pelas suas omissões perante seus eleitores. Dessa forma, como bem explica Ran Hirschl, o Poder Judiciários torna-se instituição sensível aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera pública. (BRASIL, 2019).

A punição criminal da homofobia e da transfobia é simbólica e, segundo pensa o Ministro, é também apenas um primeiro passo para inverter diametralmente a tendência opressora contra grupos sistematicamente privados de direitos. (BRASIL, 2019).

Fazendo um paralelo do julgamento em questão com a violência contra a mulher, o Ministro destaca o pensamento de Debora Diniz e Sinara Gumieri, autoras do livro "Violência do gênero no Brasil: ambiguidades da política criminal", no qual vêem a Lei Maria da Penha como "um instrumento de aprendizado civilizatório diante da realidade sociológica da violência de gênero e da negação histórica de acesso à justiça para mulheres". (BRASIL, 2019).

O Ministro entende estar configurada a mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, uma vez que, apesar da Câmara baixa ter aprovado o Projeto de Lei 5003/2001, que ao ser remetido ao Senado recebeu o número 122/2006, a Câmara Alta se omitiu na análise do projeto mencionado, contrariando frontalmente a Constituição. (BRASIL, 2019).

É proibida, por diversos organismos de tratados de direitos humanos da ONU, a discriminação relativa à orientação sexual ou à identidade de gênero. Existem diversas decisões e orientações gerais neste sentido emitidas pelo comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, pelo Comitê contra a Tortura e pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, valendo menção específica à Resolução 17/19 das Nações Unidas sobre "Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, dentre outros órgãos. (BRASIL, 2019).

Em seu voto, para demonstrar estatisticamente o fruto do preconceito e da intolerância, foi apresentado que, "445 LGBT+ morreram no Brasil em 2017, vítimas de homotransfobia, sendo 387 assassinatos e 58 suicídios. A cada 19 horas, um LGBT é brutalmente assassinado ou se suicida vítima da 'LGBTfobia'. Matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países onde vigora pena de morte contra os LGBT". (BRASIL, 2019).

Apesar da mora legislativa ser incontestada, o Ministro entende que não é cabível invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção- MIs 670, 708 e 712, pois a questão tratada se refere a matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta. Assim, afirma que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, exigindo, portanto, lei em sentido formal. Reitera que a Constituição é clara ao afirmar em seu artigo 5º, XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". (BRASIL, 2019). Assim, em relação ao tema da reserva legal, há o seguinte precedente do STF:

"Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional da lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF)". (BRASIL, 2015).

Para o Ministro, a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal atentaria contra o princípio da reserva legal, a qual constitui

garantia fundamental dos cidadãos, promovendo segurança jurídica a todos. Cumpre ressaltar que o princípio mencionado também está disposto no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. (BRASIL, 2019).

Desse modo, diante de todo o exposto, o Ministro vota no sentido de conhecer parcialmente a ação, reconhecendo a mora legislativa e dando ciência ao Congresso Nacional para que este adote providências necessárias. (BRASIL, 2019).

3.8 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Inicialmente, o Ministro faz uma breve nota do que seria a homofobia, conceituando-a nos seguintes termos: violência física ou psicológica contra uma pessoa em razão de sua orientação sexual, manifestando-se em agressões, ofensas e em atos discriminatórios. (BRASIL, 2019).

Ressalta que o número de violência homofóbica é bastante expressiva, de acordo com dados levantados pelo relatório *Violência LGBTfóbicas no Brasil*, divulgado em 2018 pelo Ministério dos Direitos Humanos, no qual, nos anos de 2015 e 2016 houve 3859 denúncias relacionadas à população LGBT. Também afirma que o Brasil é o país que registra o maior número de assassinatos contra transexuais no mundo, de acordo com o levantamento divulgado pela ONG *TransgenderEurope* em 2018. (BRASIL, 2019).

O Ministro afirma que não se pode interpretar o direito em abstrato, mas dentro de um contexto de uma determinada realidade social. Do ponto de vista teórico, o Ministro considera que o papel do Estado e do direito deverá ser o de intervir na defesa dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis, no caso em questão a comunidade LGBT. Acrescenta que a decisão não se restringe à liberdade sexual, mas também a integridade física, psíquica e o direito a própria vida dos integrantes da comunidade LGBT. (BRASIL, 2019).

Ressalta que a criação primária das leis é indiscutivelmente do Poder Legislativo, contudo, a interpretação constitucional é um papel típico do Supremo Tribunal Federal. O Ministro enfatiza que há uma fronteira entre a legislação e a interpretação da Constituição, a qual não é tão clara em casos complexos como a questão julgada. Tal fronteira é demarcada por uma linha que pode ser traçada em dois planos distintos. No primeiro plano, a Suprema Corte deve ser deferente diante das decisões políticas tomadas na criação de lei pelo

Congresso Nacional, devendo o Supremo Tribunal Federal invalidá-las somente quando houver manifesta afronta à Constituição. No entanto, quando o Congresso Nacional não atua em situações em que há mandamento constitucional para que atue, o Ministro entende que o papel do Supremo Tribunal Federal se amplia legitimamente para fazer valer a Constitucional. (BRASIL, 2019).

O segundo plano dessa fronteira diz respeito à matéria que esteja sendo discutida. A regra geral tem sido a de deixar o maior espaço possível para a atuação do Poder Legislativo, por este representar o povo, valendo para questões econômicas, administrativas e sociais, porém, quando estiver em risco direitos fundamentais ou a preservação das regras do Estado democrático, a postura mais proativa do Supremo Tribunal Federal torna-se justificável, uma vez que este órgão é incumbido de proteger a regra da democracia e direitos fundamentais, mesmo em oposição a vontade da maioria. (BRASIL, 2019).

Assegura, ainda, que os dois fatores que alargam a fronteira da interpretação constitucional estão presentes no julgamento em questão, havendo uma omissão do Congresso Nacional em normatizar um tema, bem como direitos fundamentais em risco, quais sejam, a liberdade, a igualdade, a integridade e a própria vida da comunidade LGBT. (BRASIL, 2019).

Afirma que o Tribunais Constitucionais como o Supremo Tribunal Federal possui três grandes papéis. O primeiro papel é o contramajoritário, que ocorre quando o Poder Judiciário invalida atos de outros Poderes, a exemplo da declaração de uma lei como inconstitucional. O segundo papel, apesar de não rotineiro, é o representativo, que ocorre quando se atende demandas da sociedade que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário, como exemplo da decisão do nepotismo, no qual não havia lei que proibisse o nepotismo, mas o Supremo, por interpretação constitucional, assim a estabeleceu. Por fim, o terceiro papel é o iluminista, que deve ser exercido em situações excepcionais e que, ao ver do Ministro, se enquadra no presente caso. O papel iluminista ocorre quando se quer empurrar a história a determinados temas mesmo contra a vontades majoritárias para se promover um avanço civilizatório, como exemplo da atuação da Suprema Corte Americana quando proibiu a segregação racial nas escolas públicas. Cumpre ressaltar que a Constituição é um dos principais produtos do iluminismo. (BRASIL, 2019).

Juridicamente, o Ministro entende pela mora constitucional diante do art. 5º, inciso XLI da CF. Entende, ainda, que é legítima a punição criminal pela relevância do bem jurídico

(integridade física/psicológica e vida) e a sistematicidade da violação desses direitos, como bem demonstram os números apresentados. Além disso, outras discriminações são punidas com o direito penal, inclusive a discriminação de caráter religioso, e, portanto, não punir a discriminação por orientação sexual da mesma forma que se pune a discriminação racial, religiosa e contra o deficiente, seria hierarquizar as violações de direitos fundamentais. (BRASIL, 2019).

Ressalta, ainda, que a punição administrativa não tem se mostrado efetiva na coibição contra a violência homofóbica diante da adoção de tais medidas por alguns Estados da Federação. Desse modo, o Ministro entende que deixar de punir a homofobia seria uma hipótese de proteção deficiente dos direitos fundamentais, que o princípio da proporcionalidade em matéria penal não admite. (BRASIL, 2019).

Assim, admite a interpretação que abrange a discriminação por homofobia e transfobia no conceito de racismo, diante de uma interpretação pré-existente do Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwander* de que o racismo é "uma realidade social e política, sem nenhuma referência a raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, em reprovável comportamento que decorre da convicção de que há entre os diversos grupos humanos uma hierarquia, suficiente para justificar atos de segregação racial, inferiorização e até mesmo de eliminação de pessoas". Reiterando que não se trata de analogia *in malam partem*, nem de criação de um tipo penal por sentença aditiva. (BRASIL, 2019).

3.9 Voto da Ministra Carmen Lúcia

Inicialmente, para resumir o quadro normativo brasileiro, a Ministra fala a respeito do preâmbulo da constituição, que, apesar de não possuir força normativa, serve como orientação para demarcar o caminho pelo qual transita a interpretação das normas, tem-se que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e 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. (BRASIL, 2019).

No art. 1º, inciso III, da Constituição, tem-se que " a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se

em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana". Já no artigo 3º, inciso IV, da Constituição tem-se que são "objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (BRASIL, 2019).

O artigo 5º, caput, da Constituição prevê que "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". O inciso III do mesmo artigo afirma que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". O inciso XLI afirma que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Já o inciso XLII do mesmo artigo prevê que "a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" Por fim, o §1º do artigo 5º CF, ressalta que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". (BRASIL, 2019).

Diante da exposição do quadro normativo e passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, há de se perguntar quantas mortes são levadas a efeito numa absurda discriminação atentatória aos direitos fundamentais daqueles que integram a comunidade LGBT para que o Legislativo tome alguma providência. Além disso, o Poder Judiciário, agora invocado diante da omissão do legislador, poderia também se omitir? (BRASIL, 2019).

No artigo 102 da Constituição, tem-se que "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição", de modo que esta seja efetivada, e não mera folha de papel. Enquanto no § 2º do mesmo artigo, atribuiu-se a Suprema Corte a obrigação de, verificado uma omissão inconstitucional que deslegitima um Estado democrático de direito pela ausência de cumprimento de direitos fundamentais, há que se colmatar essa omissão. (BRASIL, 2019).

Ainda, no art 5º, inciso LXXI, tem-se que "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Portanto, a Ministra entende que é dever do Supremo Tribunal Federal cumprir obrigação específica e expressa de guardar a Constituição, no sentido de fazê-la efetiva e eficaz, jurídica e socialmente. A Ministra ressalta que não desconhece a existência do inciso

XXXIX do mesmo artigo, o qual prevê que "não há crime sem lei anterior que o defina". (BRASIL, 2019).

Assim, em seu voto, acredita que as decisões proferidas pelos relatores conseguem fazer a Constituição efetiva e eficaz, jurídica e socialmente, sem desrespeitar o comando do princípio da legalidade (CF 5º, inciso XXXIX). (BRASIL, 2019).

Afirma, ainda, que todos os sistemas constitucionais e legais contemporâneos baseiam-se no ditame posto no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que é de cumprimento obrigatório aos países que a tenham acolhido em seu ordenamento interno, a qual sinaliza a imperiosidade de se dotar de eficácia a conquista de direitos fundamentais, na base dos quais a igual dignidade inerente a todos os seres humanos independe de se observar critério de raça, sexo, credo ou opção ideológica. No preâmbulo da Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão de 1948, se reconhece a dignidade inerente a todos os membros da família humana. O desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade. É essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei para que o homem não seja compelido como o último recurso à rebelião contra a tirania e a opressão de grupos ou Estados. Assim, dispõe o artigo 1º da mencionada declaração: "Todos as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outra com espírito de fraternidade". (BRASIL, 2019).

Assim, diante do comando impositivo de criminalização previsto no art. 5º, inciso XLI da Constituição Federal, após 30 anos de sua promulgação, bem como tantas mortes, ódio e incitação contra homossexuais, a Ministra reconhece a inércia do legislador brasileiro, afirmando-a como inconstitucional. Ressalta que os atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de barbárie, uma vez que objetiva a eliminação do que parece diferente física, psíquica e sexualmente. (BRASIL, 2019).

Desse modo, a Ministra afirma que é dever do Supremo Tribunal Federal efetivar a obrigação estabelecida pela Constituição de criminalizar ou estabelecer instrumentos punitivos para que haja averiguação e punição ao direito de não ser discriminado e desrespeitado qualquer ser humano, bem como pela sua orientação ou identidade sexual, a fim de que não se anule a efetividade do princípio da dignidade humana, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal. (BRASIL, 2019).

Ressalta que a tutela dos direitos fundamentais há de ser plena, para que a Constituição não se torne mera folha de papel. Além disso, pelo entendimento extraído pela Ministra com base no §1º do artigo 5º CF, (as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata), entende como possível enquadrar a homofobia e a transfobia como espécie na tipificação do crime de racismo, que conta com norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, para ser aproveitado como fundamento nas decisões. De modo a se entender o racismo como racismo social, que segrega e vulnerabiliza os integrantes da comunidade LGBT. (BRASIL, 2019).

A interpretação conforme a constituição não retira a proteção constitucional ao direito ao exercício das manifestações de crenças ou religiões, que são livres e cujos dogmas não podem ser questionados pelo Estado. (BRASIL, 2019).

Por fim, a Ministra vota no sentido de acompanhar os votos dos Ministros Relatores, o Min. Celso de Mello (ADO nº 26) e Min. Edson Fachin (MI 4733), reconhecendo a mora legislativa inconstitucional, para se incriminar os atos atentatórios aos direitos fundamentais reativamente aos integrantes do grupo LGBT e, até que sobrevenha o cumprimento do mandado constitucional de incriminação estabelecido nos incisos XLI XLII do art. 5º da CF, bem como enquadrar a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na Lei 7.716/1989. (BRASIL, 2019).

3.10 Voto Do Ministro Marco Aurélio

Afirma que não é no Supremo Tribunal Federal, guarda maior da Constituição, uma vez que a atuação do Poder Judiciário é vinculada ao direito positivo, ao qual cabe ao Congresso Nacional. Em suas palavras, a arte de interpretar não deve ser um ato discricionário. Ainda, afirma que, caso estejam presentes os requisitos tanto para uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, quanto para um Mandado de Injunção, os mesmos se encerram com uma simples decisão declaratória. (BRASIL, 2019).

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal tem atuado para reconhecer e efetivar os direitos fundamentais das minorias, incluindo a comunidade LGBT, contudo, sempre atento aos limites impostos pelo Texto Constitucional. (BRASIL, 2019).

É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro na ceara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria

sobre escolhas exclusivamente morais. Nos termos do artigo 102, caput, da Constituição Federal, incumbe ao Tribunal zelar para que o principal documento normativo do Estado não seja esvaziado por conduta omissiva ou comissiva dos agentes públicos, em especial dos agentes políticos e órgãos de estatura constitucional, como é o caso dos ocupantes dos Poderes Legislativo e Executivo. (BRASIL, 2019).

O constituinte de 1988 procurou fornecer instrumentos processuais voltados à obtenção da efetividade ou eficácia social das normas jurídicas presentes na Carta da República. A interpretação constitucional levada a cabo quando verificada a omissão inconstitucional tem se mostrado especialmente necessária para o sucesso dos propósitos basilares da Constituição Federal. (BRASIL, 2019).

O Relatório denominado "Mortes violentas de LGBT no Brasil", elaborado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), demonstrou a ocorrência de 320 homicídios e 100 suicídios no ano de 2018 de homossexuais, bissexuais e transgêneros no território nacional. De modo que o Brasil alcançou a posição de campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, contabilizando uma morte violenta a cada 20 horas. (BRASIL, 2019).

Tendo em vista os números apresentados, indicadores de barbárie incompatível com os avanços civilizatório obtidos nas últimas décadas, surge imperativo o reconhecimento, seja da importância da atuação combativa dos grupos admitidos nos processos em referência (ADO nº 26 e MI 4733), seja da proteção insuficiente fornecida aos integrantes desse grupo vulnerável. Destaca-se ao comando constitucional contido no inciso XLI, do artigo 5º, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", no qual o Ministro ressalta o uso do termo "lei" na norma. Assim, o Ministro entende que não é admissível dar interpretação que contrarie o princípio da legalidade. (BRASIL, 2019).

O Ministro considerou inadequado o uso do Mandado de Injunção no caso, pois acredita não haver demonstração de direito subjetivo de determinada coletividade, no caso, os integrantes da comunidade LGBT, cujo exercício do direito estaria inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora a versar sobre a criminalização específica de todas as formas de transfobia e homofobia. O Ministro entende como incompatível a providência de criar um tipo penal provisório, mediante pronunciamento judicial, bem como incompatível com a natureza declaratória da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. (BRASIL, 2019).

Afirma que os pedidos formulados confundem a atuação do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes, no qual se submetem, qualquer Estado de Direito Democrático, ao princípio da Reserva de lei em matéria Penal. O ditame constitucional é claro "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (CF, art 5º, inciso XXXIX), do qual derivam garantias seculares, como a proibição à analogia, a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena, a vedação à retroatividade e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado. (BRASIL, 2019).

A estrita legalidade no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria Penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na lei maior, esvaziar o sentido literal do texto mediante a complementação de tipos penais. Ao versar sobre a discriminação aos preceito considerada raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, a lei 7.716/1989 não contempla a decorrente de orientação sexual. Acrescenta, ainda, que o HC 82.424/RS não conduz a conclusão diversa. Entende descabível a tipificação e enquadramento da homofobia e transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo em razão da taxatividade dos delitos expressamente previstos em lei penal, os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso, pois retira a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na lei 7.716/1989, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional". Entende que, do contrário, terá usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição de medidas provisórias de natureza penal pelo Presidente da República (CF, art. 62, §1º, inciso I, alínea b). (BRASIL, 2019).

Observa que o fato da interpretação não estar vinculada à lei em sentido estrito, mas ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções inatas ao Estado-juiz, causam prejuízo à segurança jurídica tão almejada. Ressalta que, logicamente, ou se declara eventual mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia, ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito ontológico constitucional de racismo, identificando-as como núcleo já contido nos tipos penais exaustivos previstos na Lei 7.716/1989, de modo que não haveria que se falar em omissão do Congresso Nacional. (BRASIL, 2019).

Entende que a possível omissão do legislador não pode ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ressalta a importância em se observar a independência e harmonia dos Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), a fim de que se perceba os limites das Separações dos Poderes e da Reserva Legal em termos penais. Adverte que a Constituição Federal, ao dispor que não há crime sem lei, exige que a lei seja em sentido formal e material. (BRASIL, 2019).

Desse modo, o Ministro diverge dos relatores para inadmitir o Mandado de Injunção, pois entende não haver seguimento que tenha direito à criminalização e, admitindo em parte a ADO, sem, no entanto, reconhecer a omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e transfobia, bem como sem ampliar o entendimento de racismo da Lei 7.716/1989 para homossexuais e transexuais. (BRASIL, 2019).

3.11 Voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente)

O Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo, foi sucinto em seu voto, limitando-se a acompanhar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski pela procedência parcial dos pedidos, reconhecendo a omissão legislativa, mas não enquadrando a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. (BRASIL, 2019).

O Presidente da Suprema Corte afirmou que, apesar da divergência nos votos proferidos, todos repudiam a discriminação, o discurso de ódio, o preconceito e a violência em função da orientação sexual e/ ou identidade de gênero de um indivíduo. (BRASIL, 2019).

O Ministro ressalta que o julgamento em questão dará efetividade ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, segundo o qual é objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2019).

4 CRÍTICA AOS VOTOS

Primeiramente, diante do que foi apresentado, entende-se que homofobia e transfobia não se trata de racismo. Segundo a definição tratada por Vala, Brito e Lopes (1999), o racismo consiste na discriminação baseada em uma configuração multidimensional de crenças, emoções e orientações comportamentais em relação a pessoas por causa da cor. (VALA; BRITO; LOPES, 1999)

Afirmar que as condutas homofóbicas e transfóbicas são racismo sob um viés social, ou racismo social, implicaria dizer que a Lei nº 7.716/89 estaria inoperante em sua plenitude antes da decisão do Supremo Tribunal Federal. Implicaria dizer também que o conceito de racismo seria impreciso, o que é vedado pelo princípio da taxatividade no direito penal.

Para René Ariel Dotti (2003, p. 60):

"enquanto o princípio da anterioridade da lei penal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. Tal exigência, como é curial, implica em outra: o da necessidade da prévia lei ser escrita".

Apesar dos dados apresentados na ADO nº 26, que demonstram violações de direitos da comunidade LGBT, não é possível concluir que a criminalização de tais condutas pela atuação do Poder Judiciário seja o meio mais adequado dentro de um Estado Democrático de Direito, no qual se pressupõe a harmonia e separação das funções entre os Poderes da República, bem como a exigência da legalidade e anterioridade da lei penal. (BRASIL, 2019)

Apesar da discricionariedade que o Poder Legislativo tem para criminalizar certas condutas e outras não, o Poder Judiciário, na ADO nº 26, entendeu que houve omissão do legislativo em criminalizar a LGBTfobia. O referido entendimento se consolidou mediante a análise do art. 5º, XLI, CF, quando afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, bem como o artigo 5º, XLII, CF, o qual afirma que “a prática de racismo constitui crime (...), nos termos da lei”. (BRASIL, 2019)

Quanto a declaração de omissão do Poder Legislativo somado ao estado de mora não há muito o que contrariar, uma vez que entendeu-se haver, manifestamente, a previsão do dever estatal de criar normas legais com bases impositivas de mandado de incriminação. A problemática advém do momento em que se entende que o Poder Judiciário teria a legitimidade de criar tais normas legais.

Não é difícil entender que o próprio dispositivo do art. 5º, XLI, CF prevê que é a lei que deve punir qualquer discriminação, bem como deve ser nos termos da lei a criminalização do racismo prevista no artigo 5º, XLII, CF. A própria Constituição Federal afirma que cabe ao Poder Legislativo o papel de legislar sobre o tema. Não é atribuição do Supremo Tribunal Federal decidir se a LGBTfobia é ou não crime, mas apenas declarar ou não a omissão do Congresso Nacional.

O ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto, argumenta que além da função típica do STF de julgar, o mesmo possui o papel representativo, o qual consiste em atender as demandas da sociedade que não foram atendidos a tempo e hora pelo processo político majoritário, bem como o papel iluminista de empurrar a história a determinados temas mesmo contra a vontades majoritárias para se promover um avanço civilizatório. No entanto, esses possíveis papéis desempenhados pelo Supremo tribunal Federal são válidos desde que não violem os preceitos constitucionais.

A Constituição é clara ao afirmar em seu artigo 5º, XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Importante destacar que o princípio da reserva legal constitui garantia fundamental dos cidadãos, promovendo segurança jurídica a todos. Sendo assim, o STF tem como uma de suas funções guardar a Constituição, porém, a decisão de criminalizar a homofobia e a transfobia pode causar um efeito contrário a isso, deixando dúvidas e incertezas no mundo jurídico brasileiro. (BRASIL, 1988).

Em diversos votos, os ministros alegam que diante da omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário também não poderia se omitir. Entretanto, não se trata de omissão quando não se trata de uma atribuição de sua competência, bem como quando se põe em cheque uma garantia constitucional a respeito da liberdade individual.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 25), o Poder Judiciário exerce um papel contramajoritário quando invalida a atuação dos demais poderes, os quais foram escolhidos pelo povo, portanto, pela maioria. Logo, a legitimidade de sua atuação se encontra em questionamento quando intervém em poderes que tiveram como origem a vontade popular, uma vez que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos, como é o caso dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

O entendimento que mais se aproxima da doutrina apresentada no primeiro capítulo da presente pesquisa é o do Ministro Ricardo Lewandowski, que não contesta a mora

legislativa, frente às violações apresentadas contra os direitos fundamentais da comunidade LGBT, mas entende ser incabível precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção (MIs 670, 708 e 712), por se tratar de matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta. Sendo assim, somente o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, prevalecendo o dogma da reserva constitucional da lei em sentido formal.

Além disso, o voto do Ministro Marco Aurélio está de acordo com o Princípio da legalidade, no qual afirma que o mesmo se trata de garantias seculares como a proibição à analogia, a vedação à retroatividade e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado.

Entende-se, ainda, que, conforme apontou o ministro Marco Aurélio, a criminalização da LGBTfobia por uma fonte jurisprudencial usurpa a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição de medidas provisórias de natureza penal pelo Presidente da República (CF, art. 62, §1º, inciso I, alínea b). (BRASIL, 2019).

Como já elucidado no primeiro capítulo da presente pesquisa, há diferenças entre analogia e interpretação analógica. O Supremo Tribunal Federal insiste em dizer que o enquadramento das práticas homofóbicas e transfóbicas como crime de racismo se trata de mera interpretação conforme a Constituição Federal.

Contudo, interpretação analógica sempre trará uma fórmula casuística e uma fórmula genérica, permitindo uma extensão *in malam partem* ou *in bonam partem*, enquanto a analogia tem por intuito suprir as lacunas da lei, sendo possível a analogia *bonam partem*, mas sendo vedada a *in malam partem*.

Sendo tal conceito preciso, não há generalidade que permita uma interpretação analógica. O que de fato o STF fez foi uma analogia *in malam partem*, pois tenta suprir a lacuna normativa existente no ordenamento jurídico, criminalizando uma conduta que até então não era crime e, portanto, sendo mais prejudicial ao réu.

A atuação ativista do STF pode acarretar cada vez mais o descrédito da população brasileira para com os parlamentares. O STF cada vez mais vem se afastando de ser um órgão meramente jurídico-constitucional, passando também a ser político, de modo que, ao interpretar o Direito, vislumbra sua decisão como substituta do texto constitucional, passando a usurpar uma função que é essencialmente política. (PINHO, 2019, p. 56- 57)

A tomada da decisão do STF em criminalizar a LGBTfobia põe em questionamento a limitação do seu poder. Bem como fomenta uma crise institucional ante a usurpação de poderes que não lhe foram conferidos pelo povo.

Cumprе salientar que a criminalização da LGBTfobia via jurisdicional infringe o princípio da legalidade, que, além de ser uma cláusula pétrea, é de fundamental importância para o Direito Penal como garantia de liberdade individual e para um Estado Democrático de Direito.

Torna-se notória a tentativa do Poder Judiciário em criar um tipo penal quando o mesmo esvai o conceito de racismo tratado na legislação brasileira, agregando diversos outros conceitos antropológicos e doutrinários. O conceito de "racismo social" é forçadamente colocado no conceito de racismo, consubstanciado na Lei nº 7.716/89.

Cumprе ressaltar que o conceito de racismo está diretamente ligado a um contexto histórico, social, cultural político e econômico (GOMES, 2012, p. 729). Sendo assim, no contexto brasileiro, coloca-se em consideração a ideia de raça interligada ao período colonial latino-americano. Para Quijano (2005, p.227) a ideia de raça é "uma construção mental que expressa a experiência básica de dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial". A lógica por trás dessa dominação está no eurocentrismo.

Quijano (2005) argumenta, ainda, que a ideia de racismo talvez tenha tido sua origem a partir das diferenças fenotípicas entre conquistadores e conquistados, mas que foi construída com base nas hipotéticas diferenças de estruturas biológicas entre esses grupos. Além disso, novas identidades sociais (indígena, negra, mestiça) surgiram devido as relações sociais fundadas na ideia de raça. Um padrão de dominação foi imposto a essas identidades, as quais foram associadas a hierarquias, lugares e papéis sociais específicos.

Na visão de Hall (2003, p. 69),

(...) raça é uma construção política e social. É a categoria discursiva em torno da qual se organiza um sistema de poder socioeconômico, de exploração e exclusão - ou seja - o racismo. Todavia, como prática discursiva, o racismo possui uma lógica própria. Tenta justificar as diferenças sociais e culturais que legitimam a exclusão racial em termos de distinções genéticas e biológicas, isto é, na natureza.

No Brasil, a ideia de raça é ressignificada e politizada pelo movimento negro como discurso e prática social, construindo novos instrumentos teóricos, ideológicos, políticos e analíticos para explicar como o racismo opera na vida cotidiana. Assim, a ressignificação e a

politização tornam visível a questão étnico racial, objetivando igualdade à população negra como sujeitos de direitos a partir do reconhecimento das diferenças sociais. Além disso, rompe-se as visões distorcidas, negativas e naturalizadas a respeito dos negros, da sua história e da sua cultura, bem como afasta a hipotética inferioridade racial pregada contra a população negra. (GOMES, 2012, p. 731).

A ideia de raça ganhou uma nova roupagem a partir da segunda metade dos anos de 1990 através da ressignificação construída pelo movimento negro, no qual as ações afirmativas ganharam espaço como propostas para a educação superior e o mercado de trabalho. Tais propostas se tornaram um compromisso em 2001, quando o Brasil foi signatário do Plano de Ação de Durban, reconhecendo internacionalmente a existência institucional do racismo. O Estado sofreu mudanças internas na sua estrutura a partir do anos 2000, no qual ocorreu a criação da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) e a criação de cotas raciais que foram adotadas por diversas universidades públicas como forma de acesso. (GOMES, 2012, p. 739).

Desse modo, percebe-se que ao longo das décadas, o conceito de racismo veio se estruturando com base na ressignificação e politização do movimento negro. Políticas públicas voltadas ao racismo ganharam espaço e modificaram a estrutura do Estado, trazendo inúmeros avanços sociais. Contudo, a decisão do STF em tornar o conceito de racismo tão abrangente e genérico, abarcando a homofobia e a transfobia, pode vir a comprometer essas políticas públicas voltadas a esse segmento específico, que ainda é um problema estrutural no Brasil.

Além disso, a criação de condutas criminosas pela via jurisdicional podem gerar diversos problemas, fomentando a insegurança jurídica. Tem-se que, com a aprovação pelo Congresso Nacional de nova lei específica sobre o tema, haverá problemas intertemporais entre a lei aprovada pelo Legislativo e a decisão do Judiciário, pois caso a lei seja mais benéfica, esta retroagirá e tornará letra morta a decisão judicial enfocada, contudo, caso a lei seja mais rígida, então alguns serão julgados mais beneficentemente de acordo com a decisão do STF e outros mais rigorosamente nos termos da legislação de regência. (CABETTE, 2019, p. 46).

Outro problema seria causado caso o Congresso crie uma lei especial tratando da homofobia e da transfobia, sem a imprescritibilidade prevista no crime de racismo, pois haverá condutas que por um determinado período foram consideradas como gravíssimas

crimes de racismo, imprescritíveis e inafiançáveis e posteriormente passaram a ser consideradas como delitos comuns, inclusive prescritíveis. (CABETTE, 2019, p. 47).

Dessa forma, tem-se que na ADO número 26, buscando soluções céleres para reduzir os índices de criminalidade contra a população LGBT, transgrediu o princípio da legalidade, bem como o da tripartição dos poderes. Insta mencionar que se tratam de garantias individuais a liberdade, uma vez que estão diretamente interligados à limitação do Poder estatal e sua arbitrária intervenção na vida dos indivíduos.

Vale destacar que a restrição de liberdade de um indivíduo é *ultima ratio*, ou seja, é uma medida que deve ser tomada em último caso, pois se trata de uma exceção à regra de liberdade individual.

Desse modo, sob a óptica do direito penal mínimo, a criminalização da LGBTfobia pelo STF sob o argumento de que há agressões, ofensas e discriminações voltadas especificamente para a comunidade LGBT se trata de uma utilização simbólica do direito penal. Como já elucidado, o Direito penal não possui finalidade pedagógica, de tal forma que dificilmente a criminalização da homofobia e da transfobia por si só irá efetivar os direitos fundamentais dessa minoria e proteger eficazmente os bens jurídicos aos quais se propõem, como foi alegado pelos Ministros do STF.

Tendo como base, a linha de raciocínio da intervenção mínima pelo Direito penal, seguem alguns questionamentos: até que ponto pode-se dizer que a proteção de bens jurídicos é insuficiente? A previsão de homicídio combate eficazmente os assassinatos? Quais garantias de que criminalizar a homofobia por si só vai minimizar as violações contra a comunidade LGBT?

Cumprido ressaltar que a ampliação do direito penal, consistente na interpretação da homofobia e da transfobia como crimes de racismo, com a finalidade de reduzir os índices de criminalidade de maneira célere, acaba por acarretar a transgressão a direitos individuais de liberdade.

Diante do elucidado, bem como sob a óptica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da ampliação do crime de racismo às condutas de homofobia e transfobia, tem-se que não foi respeitado o princípio da intervenção penal mínima, pois o órgão que possui atribuição de julgar, e não legislar, utiliza-se do Direito Penal, instrumento

repressivo que limita a liberdade dos indivíduos, para criminalizar uma conduta que não está tipificada.

O Ministro Edson Fachin afirma que o Supremo Tribunal Federal superou sua antiga jurisprudência para reconhecer cabível a atuação do Poder Judiciário nos casos de inatividade ou omissão Legislativa quando o risco da omissão puder se transmutar em omissão jurisdicional. Ocorre que quando se trata de Direito Penal e de criminalizar condutas, a atuação jurisdicional vai de encontro com o princípio da legalidade, que, como já explicitado, prevê no Código de Processo Penal, bem como na constituição, que não haverá crime sem lei anterior que o defina.

O princípio da legalidade é importante instrumento de garantia da liberdade individual. Além disso, é garantia contra as arbitrariedades estatais, assegurando que ninguém poderá ser preso por um crime que não é previsto em lei já esculpida.

A tipificação de injúria, bem como a abrangência da Lei de racismo para outros elementos além da raça, como religião, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, implica na demonstração da omissão legislativa por não abarcar discriminações ligadas ao sexo e à orientação sexual, tendo como base o direito à igualdade. Além disso, declarar a omissão do Congresso Nacional está dentro das funções do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, não implica dizer que o Poder Judiciário pode usurpar a função de outro Poder para comaltar tal lacuna normativa. Não há hierarquia entre princípios, portanto, é descabido pensar que o Princípio da igualdade pode ter maior relevância que o Princípio da Legalidade, ainda mais quando se trata de matéria de Direito Penal.

Por fim, entende-se que o posicionamento da Corte em criminalizar as discriminações motivadas por orientação sexual e identidade de gênero apenas fomentam a insegurança jurídica, pois ofendem princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como o princípio da legalidade, da separação dos poderes e do Direito Penal mínimo. Desse modo, sob a alegação de se proteger garantias individuais, estaria justamente passando por cima das mesmas.

5 CONCLUSÃO

Quando iniciou-se o trabalho de pesquisa, constatou-se que havia uma novidade no ordenamento jurídico, referente a criminalização da LGBTfobia pelo Poder Judiciário, em virtude de lacunas legislativas, uma vez que tais condutas não são tipificadas penalmente por lei em sentido estrito. Em contraponto a decisão, a Constituição federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, enfatiza que somente há crime se houver lei prévia em sentido formal. Por esta razão, diante da repercussão social, midiática e jurídica, considerou-se importante estudar sobre tema.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral analisar a legitimidade da LGBTfobia via ADO com base no princípio da legalidade e do Direito Penal mínimo. Constata-se que o objetivo geral foi atendido por que efetivamente o trabalho conseguiu demonstrar que o Supremo Tribunal Federal não teria legitimidade para criar tipos penais.

Os objetivos específicos foram atendidos, sendo que o primeiro objetivo era identificar os princípios da legalidade e da intervenção penal mínima, o qual foi realizado através de revisões de literatura.

O segundo objetivo consistiu em identificar os pedidos e argumentos dos votos dos ministros do STF na ADO nº 26 e no MI 4733/DF, o qual se cumpriu por meio de pesquisas documentais e de pesquisas no meio virtual.

O terceiro objetivo específico era analisar os argumentos dos votos com base nos princípios do direito penal, bem como verificar se o conceito de racismo admite ampliação de significado, sendo também atendido através de mais pesquisas bibliográficas e correlacionando aspectos dos princípios penais com os votos dos ministros do STF.

A pesquisa partiu da hipótese de que houve violação ao princípio da legalidade na criminalização da LGBTfobia, pois o STF aplicou analogia *in malam partem* para enquadrar homofobia e transfobia como crime de racismo. Durante o trabalho, verificou-se que a hipótese foi confirmada, uma vez que a Constituição Federal é bastante clara ao afirmar que somente o Poder Legislativo pode criminalizar condutas. Além disso, o conceito de racismo é preciso, não comportando discriminações em função da orientação sexual e/ ou identidade de gênero.

Diante da metodologia abordada, percebe-se que o presente trabalho não trouxe soluções que pudessem combater as violações aos direitos fundamentais da população LGBT. O estudo se limitou a decisão do STF como órgão não competente a legislar sobre matéria de Direito Penal.

Pesquisas futuras podem abordar esse tema com relação a políticas públicas voltadas a comunidade LGBT com o intuito de efetivar seus direitos fundamentais, bem como possíveis projetos de lei, uma vez que a criminalização da LGBTfobia por si só terá um efeito meramente simbólico se não acompanhado de políticas públicas e trabalhos pedagógicos.

Conclui-se que, embora se queira igualdade de direitos e soluções céleres, a criminalização da LGBTfobia via ADO pelo STF traz riscos a segurança jurídica, deturpa os princípios da legalidade e do Direito Penal mínimo e, em um Estado Democrático de Direito, o supostos avanços sociais não podem ser acompanhados de retrocessos nas garantias individuais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia - História e Crítica de um Preconceito*. Autêntica. 2010. p. 34- 39.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 ago. 2019.

BRASIL, *Lei 13.300, de 23 de junho de 2016*. Lei que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.300%2C%20DE%202023,coletivo%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Habeas Corpus 82.424/RS*. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). *Ag. Reg. no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.835/PE*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>. Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). *Habeas Corpus 104.410/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 06 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 04 de junho de 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (PLENÁRIO). Mandado de Injunção. *MI 4733/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 16 de novembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhes.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Mandado de Injunção. *MI 670 ES*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 30 de outubro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 12 ago. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. *Revista Jurídica*, v. 69, n. 501, p. 41-49, jul. 2019.

CANOTILHO, J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 230.

CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra. n. 2.3.4, 1991, p. 46.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. *Sistema de Penal & Violência*, v. 4, n. 2, p. 152- 168, 2012.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminologia da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. (Org.). *O direito da sociedade*. Canoas: Unilasalle, 2014. v. 1, p. 257- 281.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Tradução livre, p. 172. 1981.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, João Francisco da. *O processo do mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in) eficiência do direito penal na era da globalização. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, 2005, n.17, p.77- 104.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 305- 306).

GOMES, Nilma Lino. *Movimento negro e educação: ressignificando e politizando a raça*. Educ. Soc., Campinas, v. 33, n. 120, jul.-set. 2012. p. 727-744.

GOMES, Verônica de Jesus. *Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*. Niterói, UFF, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HALL, S. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG; Brasília, DF: Unesco no Brasil, 2003.

- HOMMERDING, Adalberto Narciso. Prefácio. In: LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito Penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 21-30.
- JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Legalidade Penal - Volume 1 - Projeções Contemporâneas*. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2.ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MARQUES DA SILVA, Ivan Luís. Direito Penal neo-constitucionalista: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM*, São Paulo, n.73. p.35- 74. 2008.
- MENEZES, Filipe. *Analogia e interpretação analógica*. Canal ciências criminais, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/analogia-interpretacao-analogica/>. Acesso em: 06 de maio de 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008 p.305.
- PINHO, Samara de Oliveira. Aspectos do contexto fático-jurídico do debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia: análise qualitativa e quantitativa da omissão legislativa em face do apelo (social) ao STF. *Revista digital constituição e garantias de direitos*, v. 12, n. 1, p. 45-68, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/17470>. Acesso em: 03 out. 2019.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro parte geral*, ats. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LAND-ER, E. (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais - perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 227-278.
- RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas de proteção das vítimas de violações de direitos humanos*. Revista brasileira de ciências criminais. n. 62, 2006, p. 9- 55.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 168.
- ROSA, Alexandre de Moraes. Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli. *Empório do Direito*. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Malheiros. n. 4, 8ª ed., 2012, p. 224.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

VALA, J.; BRITO, R.; LOPES, D. *Expressões dos racismos em Portugal*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais, 1999.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *Jurid Publicações Eletrônicas*, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <http://jornal.jurid.com.br>. Acesso em 17 nov. 2019.

WENDT, Valquíria P. Cirolini. *(Não) criminalização da homofobia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.