

# EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO: DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL OU INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO?

*Data de aceite: 01/03/2023*

**Elisangela Maximiano**

Pós-graduanda em Ciências Criminais pela UniAmérica Centro Universitário.

**RESUMO:** A homotransfobia, responsável por grande onda de violência no país, ainda não foi objeto de lei penal por parte do poder legislativo pátrio, de forma a coibir a conduta e repreender os agressores, culminando em protestos e manifestações por parte dos defensores do público LGBTQIA+, bem como ajuizamento de ações para reconhecimento de tal comportamento como criminoso, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADI nº 26 e do Mandado de Injunção – MI nº 4.733, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – STF, levou à decisão de reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo, dividindo a doutrina entre os que concordam e os que não concordam com a decisão adotada pela suprema corte. O presente artigo científico tem como objetivo o estudo das supracitadas ações constitucionais, com o intuito de analisar os argumentos antagônicos à luz da Constituição da República Federativa do Brasil e dos princípios que regem o

direito penal, para concluir se a solução apresentada encontra respaldo no ordenamento jurídico nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Homotransfobia. Racismo. Analogia. Legalidade. Constituição. Dignidade da Pessoa Humana.

**ABSTRACT:** Homotransphobia, responsible for a great wave of violence in the country, has still not been the object of criminal law by the country's legislative power, in order to curb the conduct and punish aggressors, culminating in protests and manifestations by GLBTQIA defenders, as well as the filing of lawsuits for the recognition of such behavior as criminal, such as the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (number 26) and the Writ of Injunction (number 4.733), whose judgment by the Federal Supreme Court, led to the decision recognizing homotransphobia as a crime of racism, dividing the doctrine between those who agree and those who do not agree with the decision adopted by the supreme court. This scientific article aims to study the aforementioned constitutional actions, in order to analyze the antagonistic arguments in light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the principles that

govern criminal law, to conclude whether the solution presented is supported by the national legal system.

**KEYWORDS:** Homotransphobia. Racism. Analogy. Legality. Constitution. Dignity of the Human Person.

## 1 | INTRODUÇÃO

A homotransfobia é um mal vivenciado por pessoas no mundo todo. A violência exercida contra o público LGBTQIA+ e a falta de tipificação penal para coibir a conduta deixa vulnerável esse público, que necessita de ações protetivas exercidas pelos três poderes.

Nesse sentido, aportaram no Supremo Tribunal Federal – STF, ações constitucionais com o intuito de proteger as pessoas LGBTQIA+, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26 e o Mandado de Injunção – MI nº 4.733, e após longo julgamento, os ministros do STF reconheceram a homotransfobia como crime de Racismo, com fulcro na Lei nº 7.716/89, causando grande debate dentre os estudiosos do direito.

A doutrina se divide, já que o tema é controverso, parte discordando do posicionamento do STF, sob a alegação de desrespeito ao Princípio da Legalidade, não adoção de Analogia em Direito Penal e Violação do Princípio da Separação dos Poderes, e outra parcela defendendo o reconhecimento, com fundamento na interpretação conforme a Constituição.

O presente artigo científico tem como objetivo o estudo da decisão do STF, bem como das diferentes correntes doutrinárias, para analisar se o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo foi a decisão mais correta para solucionar a problemática.

## 2 | PESSOAS LGBTQIA+ E A HOMOTRANSFOBIA

Atualmente o gênero é mais do que feminino e masculino e a sexualidade humana não é mais definida simplesmente como heterossexual e homossexual, havendo diversas nomenclaturas para abordar diferentes identidades e expressões de gênero.

A sigla LGBTQIA+ representa apenas parcela dessas nomeações e é uma evolução da antiga sigla GLS, que significava gay, lésbicas e simpatizantes, o que hoje em dia é deveras simplório e até ultrapassado para se referir à diversidade sexual.

A letra “L” advém de lésbica; “G” de gay; “B” de bissexual; “T” de travestis e transexuais, “Q” de queer (utilizado para se referir às pessoas que transitam entre os gêneros), “I” de intersexuais (pessoas que estão entre o feminino e o masculino e não se adequam à forma binária); “A” de assexuais (pessoas que não sentem atração sexual, não importando o gênero ou identidade da outra pessoa), e o “+”, representa tantas outras

definições<sup>1</sup>. A classificação acima é de extrema importância para o reconhecimento da diversidade sexual e também para a inclusão do público LGBTQIA+ e seus direitos.

Em contrapartida, o que é diferente por vezes causa estranhamento, preconceito e medo, e muitos indivíduos expressam esses sentimentos por meio de violência, não aceitação e desrespeito ao que não julgam correto, natural ou normal.

Em estado de dicionário, fobia é o “sentimento exagerado de medo ou aversão”<sup>2</sup>. Assim, “a homotransfobia consiste na discriminação decorrente da orientação sexual, dirigida à homossexualidade, e a discriminação por identidade de gênero, dirigida aos travestis e transexuais”<sup>3</sup>.

Pelo exposto, a homotransfobia atinge não somente gays, lésbicas, travestis e transexuais, mas a todos aqueles que se identificam ou expressam sua sexualidade fora dos padrões adotados pelo homotransfóbico como aceitável, tornando esse público vulnerável aos ditames e ao comportamento agressivo e mortal de seu algoz. Estudos relacionados às mortes violentas dentro o público LGBTQIA+ no Brasil revelam um aumento de 130 mortes no ano 2.000, para um ápice de 445 em 2.017, seguido de 420 mortes no ano de 2.018, com uma redução para 329 em 2.019 e a queda de 91 casos, totalizando 237 mortes em 2.020. Contudo, apesar da queda nos últimos dois anos, o total de vítimas soma 5.047 nos últimos vinte anos. Dos 237 casos computados em 2.020, 161 são entre travestis e transexuais e 51 são de vítimas gays. Em relação ao perfil das vítimas, mais de 32% possuem entre 15 e 30 anos e 54% são negras ou pardas.<sup>4</sup>

Há de se destacar que, além das pessoas LGBTQIA+, os defensores de seus direitos, ainda que heteros cis-normativos, são sujeitos à essa barbárie, bem como como indivíduos que ao expressarem afeto por meio de abraços, por exemplo, podem ser confundidos como homossexuais.

Para Maria Berenice Dias, presidente da Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil, OAB Nacional:

É enorme preconceito de que são alvo, a perseguição que sofrem, a violência de que são vítimas. E mesmo assim, não existe legislação que reconheça direitos a gays, lésbicas, bissexuais, travestis ou transexuais, ou criminalize os atos homofóbicos de que são vítimas.<sup>5</sup>

A omissão legislativa, não apenas deixa vulnerável esse público, mas também lhes

---

1 Definição dada pelo site EDUCA + BRASIL. Disponível em: < [https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia?gclid=cj0kcqjw1dgbhd4arisanb6odn4wpk4iabq3hpvttdmrgxjqdsrpav5b\\_0umerao-6zqqkyqoyrr3qaalaaealw\\_wcb](https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia?gclid=cj0kcqjw1dgbhd4arisanb6odn4wpk4iabq3hpvttdmrgxjqdsrpav5b_0umerao-6zqqkyqoyrr3qaalaaealw_wcb)>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

2 Definição dada pelo Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/fobia/>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

3 OLIVEIRA, Frederico. **HOMOTRANSFOBIA E O ESTADO**. Disponível em: <https://www.aredacao.com.br/artigos/40547/homotransfobia-e-o-estado>>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

4 Dados divulgados pelo Observatório de Mortes Violentas de LBTI no Brasil – 2020. Disponível em: < <https://observatoriomortesviolentaslgbtbrasil.org/2020>>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

5 DIAS, Maria Berenice. **A HOMOFOBIA E A OMISSÃO DO LEGISLADOR**. Disponível em: < [http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_612\)a\\_homofobia\\_e\\_a\\_omissao\\_do\\_legislador\\_rlatorio\\_azul.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf)>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

tira a voz, vez que não encontram representatividade dentre os legisladores, que devem se atentar para os problemas que acometem a população como um todo, como bem aborda Maria Berenice Dias:

Dos segmentos minoritários, a população LGBT são as maiores vítimas da exclusão social, da discriminação. Ainda assim, projetos que busquem atender a esta parcela de cidadãos acabam não interessando ao legislador. Ora, como apresentar uma lei? Como votar a favor? Como se manifestar em prol de projeto de lei que tutele os seus interesses? Tal pode desagradar ao eleitorado. Pode comprometer a reeleição. E pode haver o risco de ser rotulado como homossexual.<sup>6</sup>

A homotransfobia é um mal real a ser combatido e a omissão legislativa revela desinteresse do poder legislativo em resolver a problemática, no entanto, as milhares de mortes e as famílias destruídas pela violência necessitam de uma solução, fazendo chegar aos tribunais demandas para atender a deficiência, fazendo nascer o debate: Pode o poder judiciário adotar medidas punitivas, ou seja, pode criminalizar uma conduta?

## 3 | PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

### 3.1 Princípio da Legalidade

Nas palavras do ilustre Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades e juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenado em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.<sup>7</sup>

Dessa forma, o princípio é um norteador de interpretação, logo, traz em seu escopo uma carga valorativa que auxilia o interprete na compreensão e aplicação da norma.

O Direito Penal é carregado de princípios, tais como o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, Princípio da Lesividade, Princípio da Alteridade, Princípio da Insignificância, dentre outros, mas seu fundamental princípio é, sem sombra de dúvidas, o Princípio da Legalidade, que de acordo com parte da doutrina, pode ser dividido em Princípio da Reserva Legal e o Princípio da Anterioridade.

O Princípio da Legalidade tem previsão constitucional no Art. 5º, XXXIX – CF: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, bem como está expresso no Código Penal, no Art. 1º - CP: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

6 DIAS, Maria Berenice. **A HOMOFOBIA E A OMISSÃO DO LEGISLADOR**. Disponível em: < [http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_612\)a\\_homofobia\\_e\\_a\\_omissao\\_do\\_legislador\\_rlatorio\\_azul.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf) Acesso em 05 de setembro de 2021.

7 REALE, Miguel. **FILOSOFIA DO DIREITO**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1986. P. 60.

De acordo com Fernando Capez:

(...) Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal (..) e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (...), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (...). Assim, a regra do artigo 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade.<sup>8</sup>

Dessa forma, é necessário que haja lei em sentido formal que defina um comportamento como criminoso, sendo que tal lei deve ser anterior a esse comportamento para que ele seja punido, e esta lei deve estabelecer os limites da pena a ser aplicada.

### 3.2 Princípio da Taxatividade

Outro princípio que exerce grande importância em matéria penal é o Princípio da Taxatividade, que expressa que os tipos penais devem ser redigidos com clareza, de forma a ser de fácil compreensão.

O princípio da taxatividade ou da determinação exige clareza quando da criação de infração penal porque a norma incriminadora deve ser de fácil entendimento por todos, ou seja, as condutas criminosas precisam ser redigidas com clareza pelo legislador para facilitar o entendimento da população em geral, portanto, não se admite tipos penais com expressão vaga.<sup>9</sup>

Nesse sentido, para que haja crime deve existir uma lei em sentido estrito, que determine que uma conduta descrita com clareza seja considerada incriminadora, sendo que para tal conduta deve haver um limite de pena, e tanto a lei como a pena devem ser anteriores ao comportamento do agente.

Logo, se a competência de legislar sobre direito penal, como estabelecido no Art. 22, I, da Constituição Federal, é do poder legislativo federal, que até o presente momento se quietou inerte em relação à criminalização da homotransfobia, esta não pode ser punida como crime na ótica dos princípios da legalidade e da taxatividade. Mas, frisa-se que além dos abordados princípios gerais do direito, são fontes mediatas os costumes e a analogia.

## 4 | ANALOGIA EM DIREITO PENAL

“Analogia significa aplicar a uma hipótese não regulada por lei, a legislação de um caso semelhante”<sup>10</sup>. As expressões latinas *ubi eadem ratio ibi idem jus* e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositivo* enunciam bem a ideia e significam, respectivamente “onde

8 CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL**. Parte Geral 1. 19ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. P. 54.  
9 MELO, Paulo César da Silva. **PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E A CONSEQUENTE FRAGMENTARIEDADE ÀS AVESSAS**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88270/principio-da-taxatividade-e-a-consequente-fragmentariedade-as-avessas>. Acesso em 06 de setembro de 2021.

10 CASTELLO, Rodrigo. **ANALOGIA EM DIREITO PENAL**. Disponível em: <https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936756/analogia-em-direito-penal>. Acesso em 06 de setembro de 2021.

houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito” e “onde impera a mesma razão deverá imperar a mesma decisão”. Destarte:

(...) a analogia consiste no complexo de meios dos quais se vale o intérprete para suprir a lacuna do direito positivo e integrá-lo com elementos buscados no próprio Direito. Nesta ótica, seu fundamento é sempre a inexistência de uma disposição precisa da lei que alcance o caso concreto.<sup>11</sup>

Compreender o que é analogia é importante para entender se é possível sua aplicação em direito penal, cuja resposta se faz negativa, com fundamento nos princípios do direito penal. Fernando Capez expõe:

A aplicação da analogia em norma penal incriminadora fere o princípio da reserva legal, uma vez que um fato não definido em lei estaria sendo considerado como tal. (...). Neste caso, um fato não considerado criminoso pela lei passaria a sê-lo, em evidente afronta ao princípio constitucional do art. 5º, XXXIX.<sup>12</sup>

Dessa maneira, como o constituinte e o legislador dispuseram expressamente a necessidade de lei formal para a criminalização de um comportamento, não é possível a analogia *in malam partem*, isto é, que seja contrária aos interesses do réu, que seja aplicada em desfavor do réu, pois tal fato poderia causar uma insegurança jurídica, visto que o indivíduo não pode ser punido por um comportamento que não foi tipificado como crime.

## 5 | OMISSÃO LEGISLATIVA

Há insegurança jurídica quando um indivíduo é punido por uma conduta não tipificada como infração penal, entretanto, também há insegurança jurídica quando um comportamento causa grande mal à população e nada se faz para coibi-lo, ademais, a insegurança não é somente jurídica, é concreta dos pontos de vista físico, emocional e psicológico, gerando consequências negativas à toda sociedade.

Como bem aborda Maria Berenice Dias:

Pontes de Miranda, o nosso juiz maior, diz que a lei carimba um fato, atribuindo-lhe uma consequência. Grosso modo esta é a função do legislador: apreender um fato social, transformá-lo numa norma jurídica e prever uma sanção em caso de descumprimento.

Portanto, as leis servem de norte de como as pessoas devem agir. Criam pautas de conduta, modelos de comportamento que irão reger a vida em sociedade. Este é o significado maior da atividade legiferante<sup>13</sup>.

Se cabe ao poder legislativo a produção das leis no objetivo de atender as

---

11 CUNHA, Rogério Sanches. **A ANALOGIA NO DIREITO PENAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/08/08/analogia-no-direito-penal-e-jurisprudencia-stj/>>. Acesso em 06 de setembro de 2021.

12 CAPEZ, Fernando. **CURSO DE PENAL**. Parte Geral 1. 19ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. P. 53.

13 DIAS, Maria Berenice. **A HOMOFOBIA E A OMISSÃO DO LEGISLADOR**. Disponível em: <[http://www.berenice-dias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_612\)a\\_homofobia\\_e\\_a\\_omissao\\_do\\_legislador\\_rlator\\_io\\_azul.pdf](http://www.berenice-dias.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlator_io_azul.pdf)>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

necessidades das pessoas, levando em consideração as mudanças no entendimento dos valores da sociedade e a evolução dos arquétipos, qual a solução quando este poder não cumpre seu papel?

A Constituição Federal prevê duas formas de se discutir e buscar soluções para uma omissão legislativa, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

## 5.1 Mandado de Injunção - MI

O Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal e na Lei nº 13.300/16, e tem seu cabimento quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das garantias inerentes da nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Com efeito, o mandado de injunção tem a finalidade de realizar concretamente em favor do impetrante, o direito, a liberdade ou a prerrogativa constitucional, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício *in concreto*. Destarte, não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional<sup>14</sup>.

O artigo 8º da Lei nº 13.300/16 determina que o Mandado de Injunção julgado procedente vincula o juízo competente a:

Lei nº 13.300/16

Art. 8º - Reconhecendo o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados, ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Dessa maneira, a decisão do poder judiciário deverá estabelecer um prazo para que o poder legislativo edite lei para tratar da matéria discutida no mandado de injunção e dar ao impetrante as condições para que este exerça seus direitos enquanto a lei não entre em vigor.

A omissão legislativa pode ser parcial ou total, sendo que o mandado de injunção constitui controle difuso de constitucionalidade e pode ser impetrado por qualquer pessoa natural ou jurídica, inclusive em primeira instância, cuja decisão do poder judiciário tem aplicação *inter partes*.

Para discutir a omissão legislativa em relação à discriminação dos direitos do público LBTQIA+ foi impetrado o Mandado de Injunção nº 4.733.

14 AMARAL, Robson Santos. **A OMISSÃO LEGISLATIVA E O MANDADO DE INJUNÇÃO**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTOS%20AMARAL.pdf>>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

## 5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO

Outra forma de se discutir a omissão legislativa é por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, prevista nos artigos 102, I, “a” e 103 da Constituição Federal, e na Lei nº 9.868/99.

Através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, busca-se combater a “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. Ou seja, aquelas normas que necessitam de leis para regulamentá-las e produzir seus efeitos jurídicos. Afinal o fundamento da impugnação da ADO é justamente o comportamento omissivo por parte do Poder Público.

Portanto, para que seja proposta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pressupõe que o Poder Público competente para legislar em determinado assunto não cumpriu o seu dever. Ou seja, não editou norma advinda de uma determinação constitucional específica<sup>15</sup>.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão constitui controle concentrado de constitucionalidade e somente pode ser proposta pelos sujeitos citados no artigo 103 da Constituição Federal, conforme manda o artigo 12 A da Lei nº 9.868/99, e intenta discutir uma norma *in abstracto*, e não a discussão de um caso concreto, como ocorre no Mandado de Injunção, cujo controle de constitucionalidade é difuso.

Insta constar que conforme o artigo 12-H da Lei nº 9.868/99, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias.

A ADO discute uma omissão legislativa, isto é, o descumprimento de uma ordem emanada na constituição. Como exemplo desse tipo de ordem podemos citar os mandados de criminalização, em que o poder constituinte determinou que o poder legislativo tipificasse crimes de racismo, tortura, dentre outros.

De acordo com Cleber Masson “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens e interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.”<sup>16</sup>

Os mandados de criminalização podem ser expressos, como no caso do artigo 5º, XLI, da Constituição Federal, que contém o mandamento de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, bem como do inciso XLII do mesmo artigo, o qual dispõe que o crime de racismo seja inafiançável e imprescritível, notando-se que além de mandar criminalizar o racismo, o referido dispositivo ordena que seja insuscetível de fiança e que não prescreva.

15 FONTENELE, Vivian. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: SAIBA MAIS**. Disponível em: < <https://masterjuris.com.br/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-saiba-mais/>>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

16 MASSON, Cleber. Apud em ORTEGA, Flavia Teixeira. **O QUE SÃO OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO**. Disponível em: < <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/388280706/o-que-sao-os-mandados-de-criminalizacao->>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

Vale salientar que além de expreso, o mandado de criminalização pode ser implícito, quando há o descumprimento de uma ordem da constituição, como a proteção dos direitos fundamentais, por exemplo.

Pelo exposto, no que tange à homotransfobia é possível concluir que há sim uma omissão legislativa, visto que o poder legislativo federal, responsável por legislar sobre direito penal, não tomou a iniciativa em punir a conduta de quem desrespeita direitos e liberdades fundamentais relacionados às pessoas LGBTQIA+.

Para discutir esta omissão foi proposta a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

## **6 I AÇÕES PARA DISCUTIR A MORA LEGISLATIVA NO QUE TANGE À DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS LGBTQIA+**

Dentre as ações e remédios constitucionais ajuizados para requerer soluções para a problemática do desrespeito de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais do público LGBTQIA+, destacam-se o Mandado de Injunção nº 4.733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, mote do presente artigo científico.

### **6.1 Mandado de Injunção – MI nº 4.733**

O Mandado de Injunção nº 4.733 foi impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT em face do Congresso Nacional, tendo como Relatador o Ministro Edson Facchin, sendo julgados procedentes os pedidos de: i) Reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e, ii) Aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 (Lei Antirracismo).

O MI nº 4.733 contou como *amicus curiae* o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, em apoio à impetrante, e o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM em apoio ao impetrado, além de tantos outros advogados, tais como Maria Berenice Dias, já citada no presente artigo.

O cabimento do referido MI teve por fundamento o artigo 5º, LXXI, CF, que dispõe que caberá 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, visto que o direito e a liberdade para ser e expressar sua sexualidade é constantemente ameaçado pela violência praticada por grupos intolerantes.

Em sua sustentação oral, o advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti expos:

Sobre o cabimento do Mandado de Injunção [4733]: embora haja um inconsciente coletivo na doutrina que acha que “só cabe” mandado de injunção para criar direito subjetivo que precisa constitutivamente criado por lei, não é isso que diz a Constituição: A Constituição diz que cabe mandado de injunção sempre que a ausência de norma regulamentadora inviabilizar direitos e liberdades constitucionais – é a primeira parte [do dispositivo] – e

prerrogativa inerentes à cidadania sua parte final. (...) Porque a ordem de criminalizar não é um amesquinamento de direitos fundamentais de quem vai ter a conduta criminalizada, (...) é um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos do grupo a ser protegido.<sup>17</sup>

O julgamento do MI nº 4.733 foi conjunto com o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26, razão pela qual os argumentos para a decisão serão abordados posteriormente.

## 6.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista em face do Congresso Nacional, pelo mesmo escopo do MI nº 4.733, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello e cujo julgamento decidiu precedente para: i) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; ii) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; iii) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; iv) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.<sup>18</sup>

## 6.3 Dos argumentos do julgamento conjunto

Conforme abordado anteriormente, o julgamento do MI nº 4.733 e da ADO nº 26 foi realizado conjuntamente, pelo fato de ambas as ações versarem sobre o mesmo tema, com a mesma causa de pedir e pedidos semelhantes.

O extenso julgamento se pautou na discussão principal de criminalização da homotransfobia, seu reconhecimento como mora inconstitucional do Congresso Nacional, responsável por legislar sobre matéria penal, com pedido de estabelecimento de prazo para edição da norma e aplicação da Lei Antirracismo até a edição de lei própria.

Os argumentos contrários aos pedidos sustentaram: i) a impossibilidade de criminalizar uma conduta que não tipificada por lei emanada pelo poder legislativo federal; ii) o descumprimento dos princípios penais como legalidade e reserva legal; iii) a inaplicação de analogia em direito penal, assim como iv) a violação do princípio da separação dos poderes, sob a alegação que o poder judiciário estaria usurpando uma atividade típica do

17 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, A HOMOTRANSFOBIA E O SEU RECONHECIMENTO COMO CRIME DE RACISMO**. Editora Spessoto. Bauru. 2020. P. 58 / 59.

18 Retirado da Decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da ADO nº 26, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

poder legislativo.

Em relação à vedação do uso da analogia em direito penal, bem como os princípios que regem a criação de uma norma criminalizadora, estes já foram abordados no início deste artigo, restando então verificar o Princípio da Separação dos Poderes, expresso no artigo 2º da Constituição Federal, que trata os poderes legislativo, executivo e judiciário como independentes e harmônicos entre si.

Para entender se há usurpação da função típica do poder legislativo pelo poder judiciário, vale salientar que os poderes possuem suas funções típicas e atípicas, sendo possível ainda o controle de um sobre o outro no chamado Sistema de Freios e Contrapesos.

O Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Dessa forma, embora cada Poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes.<sup>19</sup>

Ademais, além das funções típicas, os Poderes possuem funções atípicas, sendo certo que o Poder Judiciário possui função atípica administrativa e legislativa. “Além da função típica de julgar, é também do Judiciário a função classificada como função atípica, de natureza legislativa, a edição de normas regimentais e preenchimento de lacunas das leis mediante interpretação do caso concreto”.<sup>20</sup>

Os argumentos favoráveis aos pedidos das supracitadas ações estão embasados na interpretação conforme a Constituição Federal, ressaltando que a carta magna rege o ordenamento jurídico pátrio e seus princípios devem nortear a interpretação da legislação infraconstitucional.

A hermenêutica jurídica possibilita diversas formas de interpretação: literal, histórica, teleológica, extensiva, restritiva, dentre outras. Dessa forma, entende-se que a interpretação se dá não apenas pela decodificação gramatical do texto legal, mas deve levar em consideração o momento histórico da produção da norma e sua finalidade.

“A interpretação conforme a Constituição é aquela em que o intérprete adota a interpretação mais favorável à Constituição Federal, considerando-se seus princípios e jurisprudência, sem, contudo, se afastar da finalidade da lei.”<sup>21</sup>

Nesse sentido, Cláudio de Oliveira Santos Colnago ensina:

---

19 PISKE, Oriana e SARACHO, Antonio Benites. **CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEOORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS (CHECKS AND BALANCES SYSTEM)**. Disponível em: <<https://www.tjdf.tjus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

20 MALAQUIAS, Felipe Coli. **DA FUNÇÃO ATÍPICA ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO**. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/38383/da-funcao-atipica-atribuida-ao-poder-judiciario#:~:text=Al%C3%A9m%20da%20fun%C3%A7%C3%A3o%20t%C3%ADpica%20de,mediante%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20do%20caso%20concreto..>>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

21 LIMA, Caroline Silva **EM QUE CONSISTE O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO?** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2235579/em-que-consiste-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-caroline-silva-lima>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

(...) no que diz respeito aos fundamentos justificadores da adoção das decisões interpretativas pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina elege, basicamente, os seguintes: a) supremacia da Constituição, da qual deriva a unidade do ordenamento jurídico; b) presunção de constitucionalidade das leis; c) princípio de economia no máximo aproveitamento dos atos legislativos; d) harmonia entre os Poderes ou deferência ao legislador.

Poderíamos, ainda, destacar como fundamento relevante para as decisões interpretativas a expressão de um ativismo judicial, ou seja, de um poder discricionário de interpretação da Constituição, exercido pelas Cortes Constitucionais.<sup>22</sup>

Assim, os princípios e fundamento que levaram ao entendimento de que sim, há uma mora legislativa na não criminalização da homotransfobia, estão na Constituição Federal de 1988, a iniciar pelo fundamento expresso no artigo 1º, III – CF, a Dignidade da Pessoa Humana, expressão que possui diversos conceitos, mas que se traduz na ideia de respeito e proteção à pessoa humana, pelo simples fato de ser humana.

A Constituição Federal elenca ainda em seu artigo 4º, os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre eles: I) Construir uma sociedade livre, justa e solidária e, IV) Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, expõe que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade”.

Corroborando a DUDH, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal declara que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, entendendo-se que a orientação sexual não deve ser justificativa para a discriminação, muito menos para a violência e extermínio.

Pelo exposto, é evidente que a Constituição Federal tem como foco a proteção da pessoa humana e repudia qualquer forma de discriminação, sendo que algumas condutas o constituinte entendeu tão graves que determinou sua criminalização, são os chamados Mandados de Criminalização, dentre eles, o mandado de criminalização do racismo, expresso nos incisos XLI e XLII da Constituição Federal,

## **7 | RECONHECIMENTO DA HOMOTRANSFOBIA COMO CRIME DE RACISMO**

No julgamento do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, o Supremo Tribunal Federal reconheceu haver mora inconstitucional já que ainda não há lei que criminalize a homotransfobia, determinando a cientificação do Congresso Nacional acerca do mandamento do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal e do *caput* do artigo 12-H da Lei nº 9.868/99, isto é, que edite a norma para solução da mora inconstitucional, determinando ainda, que até a edição

<sup>22</sup> COLNADO, Cláudio de Oliveira Santos. **INTERPRETAÇÃO CONFOME A CONSTITUIÇÃO: DECISÕES INTERPRETATIVAS DO STF EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**. São Paulo. Editora Método. 2007.P. 130.

de lei própria, se reconhece a homotransfobia como crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, a Lei Antirracismo.

A decisão causou descontentamento em parte da doutrina, sob a alegação de a Lei nº 7.716/89 não deveria abarcar a homotransfobia, contudo, o STF justificou que o racismo não protege somente a raça, ou seja, não são levados em conta apenas os critérios biológicos, mas também critérios como etnia, religião e orientação sexual, que são entendidos como componentes de um racismo social.

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.<sup>23</sup>

O entendimento do STF é que o racismo social se traduz pela dominação de um grupo social por outro, por motivos ideológicos, deixando-o marginalizado e mais vulnerável, carente de proteção de seus direitos.

## 8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26, foi longo e polêmico, dividindo a doutrina e a opinião pública, de um lado os defensores da criminalização da homotransfobia, de outro os contrários à criminalização, seja por considerar correta a conduta e incorreta a manifestação da sexualidade diversa ao gênero hetero cis- normativo, seja por acreditar contrariar o ordenamento jurídico, sob a tese de desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes e aos princípios penais.

Os argumentos contrários à criminalização se fundaram na ideia de que o Poder Judiciário não pode usurpar a função típica de legislar do Poder Legislativo, além de considerar desrespeitar os princípios penais que determinam que apenas a lei em sentido estrito pode criminalizar uma conduta, lei esta que deve emanar do Congresso Nacional, sendo inadmissível também, a utilização de analogia em direito penal.

Em contrapartida, os favoráveis à criminalização suscitaram a mora legislativa, sob a alegação de que há um mandado de criminalização da conduta, expresso nos incisos XLI e XLII da Constituição Federal.

<sup>23</sup> Retirado da Decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da ADO nº 26, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 11 de outubro de 2021.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora inconstitucional, e determinou a cientificarão do Congresso Nacional para edição da lei, determinando ainda que, até a sua edição, seja a homotransfobia reconhecida como crime de racismo, com fulcro na Lei nº 7.716/89, por entender se tratar de um racismo social.

Destarte, entende-se acertada a decisão da suprema corte, pois no julgamento do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, o Supremo Tribunal Federal não criou uma nova figura típica, de forma a desrespeitar o Princípio da Separação dos Poderes e princípios penais, tampouco fez analogia *in mallam partem* ou extensiva, apenas deu à Lei nº 7.716/89 uma interpretação conforme à Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, entendendo que a homotransfobia constitui crime de racismo na medida em que é a expressão da dominação de um grupo social por outro, visto que o racismo abarca muito mais que as características biológicas do indivíduo.

Por conseguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem como um de seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana e como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, e promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, e ignorar a homotransfobia, deixando as pessoas LGBTQIA+ ainda mais vulneráveis à violência física, institucional e praticada pelo próprio Estado, configura mais que uma proteção insuficiente, é desumano e degradante.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Robson Santos. **A OMISSÃO LEGISLATIVA E O MANDADO DE INJUNÇÃO**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141087/RUBSON%20SANTO%20AMARAL.pdf>>. Acesso em 11 de setembro de 2021;

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL – Parte Geral 1**. São Paulo. Editora Saraiva. 2015;

CASTELLO, Rodrigo. **ANALOGIA EM DIREITO PENAL**. Disponível em: <https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936756/analogia-em-direito-penal>. Acesso em 06 de setembro de 2021;

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: DECISÕES INTERPRETATIVAS DO STF EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**. São Paulo. Editora Método. 2007);

CUNHA, Rogério Sanches. **A ANALOGIA NO DIREITO PENAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ**. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/08/08/analogia-no-direito-penal-e-jurisprudencia-stj/>>. Acesso em 06 de setembro de 2021;

DIAS. Maria Berenice. **A HOMOFOBIA E A OMISSÃO DO LEGISLADOR**. Disponível em: < [http://www.berenedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_612\)a\\_homofobia\\_e\\_a\\_omissao\\_do\\_legislador\\_rlatorio\\_azul.pdf](http://www.berenedias.com.br/manager/arq/(cod2_612)a_homofobia_e_a_omissao_do_legislador_rlatorio_azul.pdf)>. Acesso em 05 de setembro de 2021; FONTENELE, Vivian. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: SAIBA MAIS**. Disponível em: < <https://masterjuris.com.br/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-saiba-mais/>>. Acesso em 11 de setembro de 2021; LAURENTIIS, Lucas Catib De. **Interpretação conforme a Constituição, conceitos, técnicas e efeitos**. São Paulo. Malheiros Editores. 2012;

LIMA, Caroline Silva **EM QUE CONSISTE O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO?** Disponível em: <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2235579/em-que-consiste-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-caroline-silva-lima>. Acesso em 11 de outubro de 2021;

MALAUQUIAS, Felipe Coli. **DA FUNÇÃO ATÍPICA ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO.** Disponível em: <https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/38383/da-funcao-atipica-atribuida-ao-poder-judiciario#:~:text=Al%C3%A9m%20da%20fun%C3%A7%C3%A3o%20t%C3%ADpic%20de,mediante%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20do%20caso%20concreto..> Acesso em 11 de outubro de 2021;

MASSON, Cleber. Apud em ORTEGA, Flavia Teixeira. **O QUE SÃO OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO.** Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/388280706/o-que-sao-os-mandados-de-criminalizacao>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

MELO, Paulo César da Silva. **PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E A CONSEQUENTE FRAGMENTARIEDADE ÀS AVESSAS.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88270/principio-da-taxatividade-e-a-consequente-fragmentariedade-as-avessas>. Acesso em 06 de setembro de 2021;

PISKE, Oriana e SARACHO, Antonio Benites. **CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEOORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS (CHECKS AND BALANCES SYSTEM).** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em 11 de outubro de 2021;

REALE, Miguel. **FILOSOFIA DO DIREITO.** 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1986;

RIBEIRO, Djamilia. **Pequeno Manual Antirracista.** São Paulo. Editora Companhia das Letras. 2019;

SANTOS, Poandson. **A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSFOBIA NO BRASIL. UMA ANÁLISE DO ADO Nº 26 E DO MI Nº 4.733.** Livro Digital formato Kindle, não paginado. 2021;

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, A TRANSFOBIA E O SEU RECONHECIMENTO COMO CRIME DE RACISMO.** Bauru. Editora Spessoto. 2020.