

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF: INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA OU ANALOGIA EM DESFAVOR DO RÉU

Renata Rocha Gircis Calixto¹

Luciano Pereira de Souza²

Recebido em: 08/04/2020

Aceito em: 09/11/2020

RESUMO

O presente artigo trata das decisões do STF proferidas em duas ações de controle concentrado de constitucionalidade julgadas no ano de 2019 que criminalizaram a homofobia como forma de racismo até que sobrevenha lei penal específica sobre o tema. O objetivo da pesquisa consistiu em examinar o voto vencedor e a decisão do STF na ADO 26 à luz do princípio penal constitucional da estrita legalidade, no que refere à vedação do emprego da analogia *in malam partem*. O trabalho empregou a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, adotando abordagem positivista, sem adentrar o mérito da questão envolvendo esta forma de preconceito. O método utilizado foi o técnico jurídico, contrapondo opiniões colhidas na doutrina e jurisprudência. Verificou-se que, apesar do Ministro Relator Celso de Mello e da maioria vencedora reconhecerem que a decisão, nos moldes em que foi adotada, não empregou analogia em desfavor do réu, entretanto a minoria vencida encarou a tipificação proposta na decisão como capaz de desafiar o princípio da legalidade penal, alertando para a necessidade de elaboração legislativa.

Palavras-chave: homofobia; racismo; preconceito; estrita legalidade; analogia; direito penal.

ABSTRACT

This issue deals with the decisions of the Brazilian Supreme Court issued in two actions of concentrated control of constitutionality judged in 2019 that criminalized homophobia as a form of racism until a specific criminal law on the subject comes up. The scope of the research was to examine the winning vote and the decision of the STF adopted in ADO 26 in the light of the constitutional criminal principle of strict legality, with regard to the prohibition of using the *in malam partem* analogy. The study utilizes the technique of bibliographic and documentary research, adopting a positivist approach, without entering into the merits of the issue involving this form of prejudice. The method used was the interpretative also called technical juridical, contrasting opinions gathered from doctrine and jurisprudence. It was found that, despite the reporting Justice Celso de Mello and the winning majority recognizing that the decision, in the manner in which it was adopted, did not use an analogy to the disadvantage of the defendant, however the defeated minority faced the typification proposed in the decision as capable of challenging the principle of criminal legality, highlighting the need for legislative drafting.

Keywords: homophobia; racism; prejudice; strict legality; analogy; criminal law.

¹ Jornalista, formanda em Direito pela Universidade Santa Cecília.

² Advogado, Mestre e Doutor em Direito, Professor de Direito Penal na Universidade Santa Cecília, professor visitante na Escola Superior da Advocacia ESA/Santos.

1 INTRODUÇÃO

Em meados do ano de 2019, um julgamento fez uma grande expectativa pairar sobre integrantes de grupos LGBTs e despertou a atenção de juristas e estudiosos de Direito em todo o Brasil. A causa, analisada pelo Supremo Tribunal Federal, definiria mais do que o futuro de diversas minorias do país. O desfecho dado, ao que ficou conhecido como a “criminalização da homofobia”, foi aguardado por todo o mundo jurídico e teve um final inédito. Não que o STF nunca tivesse decidido outros impasses importantes, nunca tivesse dado sua interpretação em outras causas polêmicas ou até mesmo precisado legislar sobre um assunto em que o Poder Legislativo tivesse se calado. Afinal isso não é mais do que uma de suas competências. Mas dar esse passo no Direito Penal, onde o Princípio da Legalidade prevalece... Ah! Isso nunca!

O objetivo do presente trabalho tem como problema central avaliar se a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ações de controle de Constitucionalidade sobre a criminalização do preconceito homotransfóbico ([ADO 26](#) e o [MI 4.733](#)) está em conformidade com o Princípio da Legalidade no Direito Penal.

Como se sabe, o princípio da Legalidade, ou da Reserva Legal, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1.988 e no art. 1º do Código Penal estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina.

Entretanto, o Supremo utiliza a Lei do Racismo, a Lei nº 7.716/89, para criminalizar o preconceito homotransfóbico. Precisamos entender se a lei prevê genericamente o preconceito homotransfóbico ou se se trata da aplicação por analogia de uma legislação a um fato não regulado – no caso, o preconceito homotransfóbico – em razão da semelhança entre o preconceito homotransfóbico e o preconceito resultante de raça ou de cor e de outras espécies previstas expressamente na lei em comento.

É sabido e aceita-se que existe um mandado de criminalização no art. 5º, XLI, da CF/88, que determina que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” e que o STF decidiu declarar a mora do legislador em cumprir este mandado de criminalização e, por via de consequência, reconhecer a existência do tipo penal correspondente nas disposições da Lei nº 7.716/89.

Estaria aí um aparente paradoxo. Pois, se já existe a lei tipificando a conduta, não há mora e o Supremo deveria então ter julgado improcedente a ação e reconhecido que a lei existente já tipifica o crime. Se, por outro lado, há mora, é porque não

existe lei. Como poderia, então, o STF “criar tipo penal”, tendo em vista o princípio da legalidade?

É importante ressaltar que este trabalho, em momento algum, se posiciona contra a criminalização da homofobia. Muito pelo contrário. É essencial que o Estado brasileiro endureça as leis contra esse tipo de comportamento crescente. Além de proteger a população LGBT, modificar as leis manda um recado claro à sociedade sobre as intenções do Estado em relação aos crimes de ódio.

Interessante pontuar também que, paralelamente à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tramitou no Supremo o Mandado de Injunção 4733/DF, tratando do mesmo tema. No entanto, embora o voto do Ministro Relator na MI 4733, Edson Fachin, tenha reconhecido a omissão do legislador, em nenhum momento ele enfrentou a questão do emprego da analogia em Direito Penal, objeto deste trabalho.

É o voto do Ministro Celso de Mello, na ADO 26, que realmente enfrenta a problemática. Portanto, mapear o voto e analisar seus argumentos será um dos objetivos deste trabalho, que se debruçará também no levantamento das primeiras repercussões do voto, de acordo com a análise das opiniões de juristas na área penal e constitucional, que se manifestaram em mídia social ou por meio de artigos ou publicações em periódicos eletrônicos com *qualis*, até a data do encerramento da pesquisa.

Para alcançar sua finalidade, o trabalho utilizou a técnica de pesquisa bibliográfica documental e adotou abordagem positivista. O método empregado foi o técnico jurídico, desenvolvido por meio da exegese ou interpretação das fontes do direito, contrapondo opiniões de juristas, tanto da doutrina como da jurisprudência, para responder ao questionamento feito.

2 - DO OBJETO DA ADO 26

2.1 Do Controle Concentrado de Constitucionalidade por meio da ADO

Antes de ater-se ao objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, mister se faz a melhor compreensão da ADO.

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes³, a ADO é uma espécie de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, que visa declarar a inconstitucionalidade de uma omissão dos Poderes Públicos ao não tornar efetiva a norma constitucional.

³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição, Editora SaraivaJur, 2015, p. 1242.

Nestes termos, o conflito não diz respeito a uma lei ou ato normativo em relação à Constituição (o que seria uma atuação positiva contrariando a Carta Magna), mas sim um conflito entre a falta de lei ou ato normativo e a necessidade dessa atuação normativa para viabilizar direitos previstos na Constituição. Portanto, enfrenta-se aqui uma conduta negativa do Poder Público, que se queda em inércia e assim não viabiliza direitos previstos na Constituição.

Só cabe ADI por omissão em relação a um tipo de norma constitucional: a de eficácia limitada. Lenza define tais normas como aquelas que, no momento em que a Constituição é promulgada ou entra em vigor, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos. A norma precisa de uma lei integrativa infraconstitucional ou, até mesmo, de uma emenda constitucional, para que produza efeitos. Tais normas estabelecem um dever ao legislador ordinário e condicionam a legislação futura.⁴

Como efeito principal da decisão de uma ADO, o Pretório Excelso reconhece a mora e dá ciência ao poder competente recomendando que supra a omissão. A Lei nº 12.063/09, que regulamenta este tipo de Ação, estabelece prazo de 30 dias para que órgãos administrativos supram a mora. Porém, para o Poder Legislativo, não há prazo na Constituição, nem mesmo na norma infraconstitucional, para que este supra a mora estabelecida pelo STF.

Uma exceção, no entanto, se deu em 2007, durante o julgamento da ADI nº 3.682⁵, quando o Ministro Gilmar Mendes estabeleceu um prazo de 18 meses para que o legislador não só apresentasse o Projeto de Lei, como também discutisse e votasse a lei, afastando realmente a omissão legislativa. Na época, o Ministro externalizou que não se tratava de um prazo obrigatório, mas do estabelecimento de um parâmetro razoável de tempo.

A partir do próximo item, será demonstrado como o autor da ação se utilizou desse instrumento constitucional para convencer os ministros da Suprema Corte.

2.2 Da petição Inicial da ADO nº 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista - PPS - partido político com representação no Congresso Nacional,

⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 236.

⁵ A ADI nº 3.682 julgou a omissão do legislador na edição de lei complementar, que é requisito para a criação de novos municípios conforme o art. 18, § 4º, CF/88.

representado por seu Presidente Nacional, Deputado Federal Roberto João Pereira Freire (PPS/SP), em face do Congresso Nacional, em 19/12/2013.⁶

A peça inicial assevera que a ação tem como objeto:

...obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).⁷

Entre os pedidos, o autor busca o reconhecimento formal, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, com conseqüente cientificação do Congresso Nacional para que adote as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (CF/88 art. 5º, XLI e XLII), estabelecendo-se prazo razoável para esse fim.⁸

Postula ainda, em caráter subsidiário, que a Corte confira interpretação conforme as disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, e explicita que os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero dos integrantes da comunidade LGBT acham-se compreendidos na definição ampla de racismo.

Requer também que o Supremo inove na ordem positiva, tipificando as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, mesmo que seja por decisão judicial, definindo a respectiva cominação penal.

E, por fim, pleiteia o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do poder Público, com a condenação da União Federal e dos congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa a indenizarem as pessoas do grupo LGBT prejudicadas pelo comportamento omissivo do Estado.

O PPS fundamenta o pedido afirmando que:

⁶ Petição inicial da ADO nº26 e site www.stj.jus.br

⁷ Petição inicial da ADO nº26, p.1

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006.p.6

o Legislativo da União estaria descumprindo, quanto aos integrantes desse grupo vulnerável, o *mandamento constitucional* que impõe ao Estado o *dever de proteção à essencial dignidade das pessoas*, a ser efetivado mediante tipificação penal dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou a identidade de gênero das vítimas de tais práticas discriminatórias.

A petição inicial alega que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de *racismo*, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo STF, no caso Ellwanger (HC 82.424/RS).

Na Lei nº 7.716/89, o legislador ordinário, ao dispensar tutela penal apenas em relação às práticas discriminatórias resultantes do preconceito de cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional em seu art. 5º, XLII.

A discriminação sofrida pelos integrantes dos grupos LGBT, além de estar compreendida na noção conceitual de racismo, encontra proteção também na norma constitucional que preconiza a punição de “*qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (art. 5º, XLI, CF).

O PPS logrou em sua missão, mas a decisão surpreendeu parte da comunidade jurídica. O Ministro Celso de Mello não só julgou procedente a ação, reconhecendo a mora do legislador em não editar lei específica para criminalizar os atos transfóbicos. Mas também reconheceu que o racismo citado na Lei nº 7.716/89 já abarcava o preconceito homotransfóbico em seus artigos e que deveria ser aplicada tal legislação para os crimes em questão.

Ora, se o ministro reconhece que a Lei de Racismo já engloba este tipo de preconceito homotransfóbico, então, não há mora do legislador e a causa deveria ser julgada improcedente.

Por outro lado, se julga procedente a ação, reconhecendo que há omissão do legislador, o ministro declara que não existe lei em vigor que abarque o crime de homofobia. Como poderiam, então, os julgadores, a partir da decisão, aplicar a lei do racismo como forma de analogia em desfavor do réu?

A seguir, será explicitado o raciocínio e os argumentos do Ministro relator Celso de Mello em sua decisão.

3 - DO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Em um voto de mais de 150 páginas, Celso de Mello, Ministro do Supremo desde 1.989, enfrentou a tão polêmica causa e analisou um a um os argumentos detalhados na inicial. O Ministro julgou procedente a ação, reconheceu a mora do legislador, mas também entendeu que o conceito de racismo citado na Lei nº 7.716/89 já abarcava o preconceito homotransfóbico em seus artigos.

Por outro lado, o pedido de indenização às vítimas foi negado.

A seguir, ponto a ponto, como o Ministro construiu seu entendimento a respeito do assunto.

3.1- Das considerações preliminares do Ministro sobre a questão de gênero, sexo e orientação sexual

O Ministro inicia seu voto esclarecendo a distinção entre sexo, gênero e orientação sexual. A importância de esclarecermos esses conceitos nesse momento é, principalmente, a de elucidarmos o entendimento da Suprema Corte a esse respeito.

Segundo Daniel Gomes de Carvalho, professor de Filosofia e Sociologia, Doutor em História Social:

O sexo é um fator biológico, ou seja, ligado à constituição físico-química do corpo humano. Outra coisa é o gênero. Quando se fala em gênero feminino, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao ser mulher; quando se fala em gênero masculino, fala-se em todas as características que a sociedade associa ao ser homem. Do ponto de vista, o gênero não é biológico-natural, mas um constructo social. Em outras palavras, ser homem ou ser mulher não é um dado natural, mas performático e social, (...) cada sociedade criou os padrões de ação e comportamento de determinado gênero.

A orientação sexual, isto é, a quais gêneros nos sentimos atraídos (física, romântica ou emocionalmente), por sua vez, seria ainda um terceiro fator, diferente de gênero ou do sexo.⁹

O Supremo Tribunal Federal já deixou claro, durante o julgamento de outros casos, o reconhecimento do direito à autodeterminação do próprio gênero, como expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, como poder fundamental de qualquer

⁹ CARVALHO, Daniel Gomes de *Apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006. p.16

pessoa humana e que deve ser reconhecido pelo Poder Público. Foi assim no reconhecimento da união civil homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, cujo relator foi o Ministro Ayres Britto) e na análise do direito à alteração do prenome da pessoa transgênero, com redesignação do gênero por ela própria autopercebido, independente de cirurgia de transgenitalização (ADI 4.275/DF, Min. Edson Fachin).¹⁰

O direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e o consequente e indispensável respeito e proteção estatais também foram tema de procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica no parecer consultivo OC-24/2017 e foi reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar as cláusulas do Pacto de San Jose da Costa Rica. Pacto formalmente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro pelo Decreto nº 678/1992¹¹:

O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero (pág. 98).

O Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas (pág. 100).¹²

3.2 - Da manifestação do Ministro quanto à indenização às vítimas

Quanto à pretensão de índole reparatória formulada pelo autor, o Ministro Celso de Mello, relator da ADO nº26, rechaçou sua possibilidade, negando a responsabilização civil do Estado e dos congressistas e sua consequente condenação, eis que, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos em ações constitucionais de perfil objetivo.

Para o Ministro, seriam necessárias a investigação de situações concretas e aprofundada análise de elementos probatórios, para que fosse possível a concessão de indenização e do reconhecimento de danos ou prejuízos causados a terceiros, o que é inadmissível num processo de controle normativo abstrato, como é a ADO. O dano e o nexo de causalidade dependem da propositura de ação individual.

3.3 - Do mandado de criminalização do racismo na Constituição Federal

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006. p.18

¹¹ Idem, p.20

¹² Idem, p.21

Apesar das negativas iniciais aos pedidos do autor, o Ministro reconhece a crescente violência contra integrantes da comunidade LGBT e define como em nível preocupante a quantidade de crimes que vem ocorrendo com cunho homotransfóbico.

O Ministro cita diversas notícias que compunham a inicial com dados alarmantes: o Brasil é campeão mundial de transfobia, sendo que, no país, o risco de uma *trans* ser assassinada é 14 vezes maior do que um *gay*. Em 2011, foram registradas 6.809 denúncias de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre os quais 278 foram homicídios. Lembrando haver necessariamente uma subnotificação dos casos.¹³

O Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, na Resolução 17/19 sobre “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero” reconhece a falha das autoridades estatais no mundo todo em criar mecanismos de proteção aos direitos e liberdades ameaçados e a exposição dos integrantes da comunidade LGBT aos riscos da violência, opressão e do constrangimento da sociedade como um todo, até de membros da própria família.¹⁴

Há, portanto, uma injustificável inércia do poder público brasileiro diante do problema, agravada pelo fato da Lei Maior do país prescrever a necessidade de atitude do legislativo contra tais atos de discriminação.

A agremiação partidária autora da ação enfatiza que as cláusulas inscritas no art. 5º, incisos XLI e XLII da Constituição consubstanciam verdadeiras imposições dirigidas ao poder público com a finalidade de vinculá-lo a uma prestação positiva de proteção às pessoas. Vejamos:

Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;¹⁵

Para o autor da ação, no momento em que a Carta Magna da República afirma “A lei punirá” está veiculando um inquestionável mandado de incriminação para o

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006, p.38

¹⁴ ONU, Resolução 17/19 *apud* voto do Ministro Celso de Mello na ADO nº 26, p.101

¹⁵ BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; Acesso em 20.ago.2019

Congresso Nacional. Em sua visão, fica caracterizada aí, portanto, uma omissão seletiva da União Federal, num claro descumprimento do comando impositivo de legislar.¹⁶

3.4 – Do reconhecimento da Omissão Legislativa

Com essa atitude, ou melhor, com a falta dela, o Legislativo brasileiro estaria se omitindo em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT, o que seria sua obrigação jurídica imposta por superior determinação constitucional.

A tese demonstrada pela agremiação partidária, já havia sido afirmada pelo Ministro Gilmar Mendes, durante a apreciação do HC 104.410/RS, quando afirma que a CF/88 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que determinam a criminalização de condutas, sendo possível identificar um mandado de criminalização expresso. E entre eles, como exemplo, cita justamente os incisos XLI e XLII do art.5º da Constituição Federal.¹⁷

Contestando os argumentos do autor da demanda judicial, o Congresso Nacional alegou que, existindo propositura legislativa na Casa, ficaria afastada a configuração de inércia. O Ministro, no entanto, não acolheu tal alegação, afinal, o Projeto de Lei nº 5.003/2001, que trata do tema, tramitou 5 anos até ser aprovado na Câmara dos Deputados e ser enviado ao Senado Federal, onde, decorridos mais 8 anos sem tramitação, foi arquivado, para depois de um pedido de desarquivamento voltar a ser apreciado pelas comissões temáticas. O julgador enxerga a atitude da Casa como uma clara manobra protelatória.¹⁸

A excessiva mora legislativa, lesiva às pessoas tuteladas pela cláusula constitucional, justifica a intervenção do Poder Judiciário, num claro ato de desprestígio da Constituição Federal.¹⁹

Decretada a existência da mora do Congresso Nacional e cientificado o Legislativo Federal para que tome as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional em 12 meses, o Ministro passa a demonstrar que reconhece que, nem sempre, a solução definida pelo magistrado é suficiente e passa a perseguir a efetividade da sua decisão.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006, p.42

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, *Apud* ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, p.43

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006, p.47 e 48

¹⁹ *Ibidem*, p.50 e 55

Há diversos precedentes em que a Suprema Corte define prazo razoável para que o legislativo dê fim ao seu estado de inconstitucionalidade. Este termo, no entanto, serve como simples parâmetro de ordem temporal.

Entende o Ministro que, caso o Congresso deixe de adotar as providências necessárias, legitimar-se-á a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal formular solução jurisdicional até que sobrevenha a legislação reclamada. Como exemplo, cita o exercício do direito de greve do servidor público civil.

Apesar da Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso VII, dar um claro mandado de criação de lei para regulamentar o direito de greve dos servidores civis da administração pública, até hoje essa lei não foi criada.

O Supremo, então, em três Mandados de Injunção – os de número 670, 708 e 712 – consolidou o entendimento de que será aplicada a Lei de Greve dos trabalhadores da iniciativa privada (Lei nº 7.783/1989) para os servidores públicos civis, enquanto o Legislativo não criar norma própria, retirando assim, esses servidores, do limbo jurídico que se formava em torno de seu direito.²⁰

3.5 - Da dimensão social do racismo e a previsão genérica do preconceito homotransfóbico como espécie de racismo

O Ministro, em seu voto, cita o parecer da Procuradoria-Geral da República, que opina no sentido de

“... conferir-se interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716/89, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT”, havendo a eminente Chefia do ministério público da União tido o cuidado de assinalar que sua proposta não traduz aplicação *de analogia in malam partem*.

O constituinte originário demonstra, em diversos artigos e incisos da Constituição Federal de 1988, que se dedicou a erradicar as práticas discriminatórias e promover a igualdade. Como exemplos, podemos citar:

Art. 5º, *caput* -Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

²⁰ FERREIRA, Camila Cotovicz. O direito de greve do servidor público parametrizado pelo Supremo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-15/camila-cotovicz-direito-greve-servidor-segundo-supremo>

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifos do autor)²¹

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**. (grifos do autor)

Art. 5º, XLI - a lei **punirá qualquer discriminação** atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (grifos do autor)

O Ministro Nelson Jobim, que integrou a Assembleia Nacional Constituinte em 1988, ao participar do julgamento do “Caso Ellwanger”, esclareceu a abrangência da palavra racismo, utilizada na Constituição Federal. Jobim explica que, apesar de se falar no negro, os constituintes discutiram a respeito dos judeus, dos homossexuais e de outras minorias que poderiam ser objeto de racismo. Por isso, a Assembleia Constituinte deixou o tema da discriminação em aberto, para que a lei abarcasse outras formas de racismo, desconhecidas no ano de 1988, mas que se manifestassem no futuro.²²

Assim, como já interpretado no julgamento do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), a noção de racismo não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, e sim, numa dimensão cultural e sociológica. Abrangendo-se as situações de agressão resultantes de discriminação em razão da orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

A definição de raça e racismo é, em realidade, desenvolvida de acordo com o contexto histórico e varia conforme o tempo e o local; não depende necessariamente de similaridade física entre as pessoas que compõem o grupo racializado. Em outras palavras, o conceito de raça é fluido, de maneira que se tornam possíveis o surgimento de novos grupamentos considerados raças e o desaparecimento de outros grupos racializados.

Interpretação atualizada da Constituição da República, calcada nos princípios da igualdade e da dignidade do ser humano, evidencia que a Lei 7.716/1989 abrange atos discriminatórios e preconceituosos praticados e motivados por orientação sexual e/ou identidade de gênero.

²¹ BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; Acesso em 21.agosto.2019

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006, p.96 e 97.

O Ministro explica em seu voto que a visão exposta pelo Ministério Público Federal é compartilhada por autores eminentes como Guilherme de Souza Nucci, Clara Moura Masiero e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que entendem que comportamentos homofóbicos visam excluir e marginalizar um determinado grupo social, que não é identificado por sua configuração étnica ou física, mas por valores e condutas comuns.

Além disso, consta na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, de 1978, documento proclamado pela Conferência Geral da ONU - Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura - a unidade intrínseca da espécie humana, isto é, todos os seres humanos pertencem à mesma espécie, têm a mesma origem. Não existem, portanto, diferentes raças, que não, a raça humana, que é única. O STF, no julgamento do HC 82.424/RS, já havia censurado a teoria racial que propõe a subdivisão artificial da espécie humana em agrupamentos raciais distintos.

Chega-se a esta conclusão também cientificamente, com o mapeamento do genoma humano, quando estudiosos chegaram à conclusão de que não existem diferenças biológicas entre os seres humanos. Todos são iguais. A diferença de raças, que hoje classificamos, é meramente político-social. Este foi o fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas, base para a decisão do STF no caso Ellwanger.

Entende-se, por consequência, que é preciso interpretar a Lei nº 7.716/89 à luz dos princípios constitucionais, principalmente o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Para o Ministro relator, os atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89.

Limitar o racismo apenas à discriminação de raças, no sentido léxico da palavra, implica a própria negação do princípio da igualdade, restringindo o direito a apenas uma parcela da população. Portanto, à luz do princípio da igualdade, entende-se que as condutas homofóbicas também são abrangidas pela Lei nº 7.716/89, não se ofendendo, por consequência, o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob um viés biológico está obsoleto e a interpretação da lei deve ser feita de acordo com o princípio da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito, incluindo-se então a homofobia e a transfobia entre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça.²³

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006, p.70 e 71

A importância de se combater a violência contra os membros da comunidade LGBT foi reconhecida pela própria Organização das Nações Unidas, que advertiu seus Estados-membros a agravarem as condutas criminosas cometidas por razões ou motivações racistas, xenofóbicas, antissemitas ou homofóbicas, resultando, assim, em punições mais elevadas.²⁴

Adverte, no entanto, o Ministro, que a interpretação do ordenamento positivo pelo poder Judiciário, não se confunde com o processo de produção normativa, o que seria uma usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República, como afirmaram nos autos o Presidente da República, o Congresso Nacional e a Advogada-Geral da União.²⁵

O Ministro defende, assim como o autor da inicial, que a noção conceitual de raça tem merecido múltiplas interpretações, sendo, então, possível, ao interpretar-se a Lei nº 7.716/89, a configuração do crime de racismo quando o delito resultar de discriminação ou preconceito pela orientação sexual ou identidade de gênero da vítima.

3.6 – Das razões invocadas pelo Relator para afastar a analogia *in malam partem*

Como é sabido, a interpretação analógica e a analogia não se confundem. Na interpretação analógica, o Código Penal detalha as situações que quer regular e, ao final, abre as hipóteses para o que é semelhante, prevendo genericamente a hipótese fática mediante o recurso a uma cláusula genérica que abrange casos análogos a uma fórmula casuística inscrita na lei. Como exemplo, o artigo 121, 2º, I, do Código Penal, que qualifica o homicídio: “mediante paga ou promessa de recompensa (*fórmula casuística*), ou por outro motivo torpe (*cláusula genérica que abrange casos análogos pela torpeza*)”²⁶.

Neste caso, o legislador é claro ao apontar as causas da qualificadora, porém, usa expressões genéricas a serem aplicadas ao caso concreto, cuja resposta está na própria norma, implicitamente ou genericamente. O legislador autoriza que se use a interpretação analógica ou *analogia intralegem* no caso concreto relacionado à norma.

A analogia ou *analogia legem*, no entanto, decorre de uma lacuna no ordenamento jurídico, e não, de uma lei pendente de interpretação. Nesse caso, não existe a lei a ser aplicada ao caso concreto, então, o julgador se socorre de uma lei similar, para aplicar o

²⁴ Assembleia Geral da ONU, 18.12.2013, Relatório sobre as formas Contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerâncias relacionadas *apud* ADO nº 26 Min. Celso de Mello, *ibidem*, p.81.

²⁵ *Ibidem*, p.93

²⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. Volume Único. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p.73 a 75.

mesmo princípio ao caso concreto: *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito). A *analogia legis* é método de autointegração do direito.

O fundamento do uso da analogia é, portanto, a inexistência da lei. Daí seu uso ser inadmissível em matéria penal, onde prevalece o princípio da reserva legal e da estrita legalidade: *nullum crimen nulla poena sine lege* (não há crime, nem pena sem lei).

A doutrina, no entanto, admite o uso da analogia, desde que, sua aplicação seja favorável ao réu. O que não seria o caso, na situação tratada por este artigo.

Todavia, o voto do Ministro relator defende que o entendimento exposto não envolve aplicação da analogia *in malam partem*, que não é admitida em direito penal, e sim, mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos preceitos da Lei nº 7.716/89, reconhecendo que homofobia e transfobia são manifestações de racismo social²⁷.

No item 7 do voto, o Ministro é claro em afirmar a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal tipificar delitos e cominar sanções de direito penal.

Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.

Citando Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, o Ministro afirma que no âmbito do Direito Penal, somente o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. A regra está entre as garantias advindas do princípio da legalidade: a reserva legal e a anterioridade, que serão tratadas em capítulo posterior.

Portanto, o voto em estudo afasta a hipótese de que a decisão do Tribunal pela criminalização da homotransfobia pudesse implicar aplicação da analogia *in malam partem*.

Em suas razões, o relator invoca o voto do Ministro Maurício Corrêa no caso Ellwanger, por meio do qual afirma que os vocábulos raça e racismo não são suficientes para determinar o alcance da norma penal. Caberia ao juiz buscar o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade a depender do momento histórico da sua incidência.²⁸

Além disso, finaliza o Ministro seu voto demonstrando que, com essa decisão, cumpre o Supremo Tribunal Federal sua função contramajoritária, conferindo efetiva

²⁷ Assembleia Geral da ONU, 18.12.2013, Relatório sobre as formas Contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerâncias relacionadas *apud* ADO nº 26 Min. Celso de Mello, p.94 e 95

²⁸ “Caso Ellwanger”, HC 82.424. Supremo Tribunal Federal. Relator do Acórdão min. Mauricio Corrêa *apud* voto Ministro Celso de Mello na ADO nº26

proteção às minorias. Justifica assim que, o princípio majoritário desempenha importante papel decisório no Estado Democrático de Direito, mas não pode legitimar a aniquilação de direitos fundamentais daqueles que não fazem parte da maioria, cumprindo, portanto, o STF o papel de garantir aos grupos minoritários expostos à vulnerabilidade social – como os LGBTs – a defesa da igualdade.²⁹

Pode-se observar que o princípio da isonomia é invocado para assegurar o tratamento igualitário tanto para as vítimas do preconceito de “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” como para as vítimas do preconceito homotransfóbico, reconhecendo também como crime esta última forma de preconceito.

3.7 - Da solução proposta pelo Ministro e do dispositivo do voto

Apresentados os fundamentos, decide o Ministro conhecer, em parte, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:

- (a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;
- (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
- (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput” da Lei nº 9.868/99;
- (d) dar interpretação conforme³⁰ à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei no 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006, p.142 e 143

³⁰ Interpretação conforme a Constituição significa que diante de normas que possuem mais de uma interpretação, o julgador deve preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e que não seja contrária ao texto constitucional. (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.)

tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

4 - DO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

O Princípio da Estrita Legalidade remonta à Magna Carta de 1215, editada na Inglaterra: “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”, ou seja, os costumes³¹. A construção do princípio latino, hoje universalmente conhecido, constituído pelo *nullum crimen, nulla poena sine praevia*, deveu-se a Feuerbach.

Para Nucci, o Estado Democrático de Direito jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade. Estão ainda inseridos no mesmo dispositivo constitucional outros dois importantes princípios penais: a anterioridade e a taxatividade. O primeiro deles é explícito, pois está indicado nos vocábulos *anterior* e *prévia*. O segundo advém da expressão *que o defina*, embora sua fiel amplitude seja decorrente da doutrina e, conseqüentemente, da interpretação.

A legalidade em sentido estrito ou penal guarda identidade com a reserva legal, isto é, somente se pode considerar crime certa conduta caso exista previsão em lei. E lei em sentido estrito, isto é, aquela emanada do Poder Legislativo.

A matéria penal, portanto, é reserva de lei e não se pode acolher qualquer outra fonte normativa para tanto, pois seria inconstitucional. Se é necessária a reserva de lei, também não é possível, portanto, a aplicação da analogia.

Fernando Capez explica que o princípio da legalidade no campo penal corresponde a uma aspiração básica do homem: a de se proteger contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do poder, sem correr o risco de ter sua liberdade cerceada pelo

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito penal – Parte Geral – Volume 1, 2ª edição, Editora Forense, 2018, p. 73.

Estado, em formas não previamente estabelecidas em regras escritas, gerais, abstratas e impessoais.³²

Observe-se com mais detalhes esses institutos.

4.1 Conceito

Existe uma diferença entre a legalidade, ou a mera legalidade, e a legalidade estrita. Enquanto a primeira é dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas, a segunda designa a reserva absoluta de lei, a taxatividade, e é uma norma voltada ao legislador.

Nucci ressalta que o ideal é sustentar a estrita legalidade, ou seja, uma infração penal deve estar descrita em lei, mas bem detalhada (taxativa), de modo a não provocar dúvidas. É insuficiente apenas a existência de uma lei anterior à conduta. É indispensável que a elaboração do tipo penal seja específica, ou seja, claramente individualizadora do comportamento delituoso.

Capez salienta a separação de poderes quando afirma que somente a lei, em seu sentido mais estrito, pode definir crimes e cominar penalidades, pois a matéria penal deve ser expressamente disciplinada por manifestação de vontade do poder legislativo, pois foi a ele que a Constituição deu a faculdade de legislar.

Nenhuma outra fonte pode gerar norma penal, pois a reserva de lei proposta pela Constituição é absoluta e não meramente relativa.

Interessante observar que, na doutrina, sempre existe a comparação com o Poder Executivo, no que diz respeito à criação de leis, mas não com o Poder Judiciário. Assim também ocorre com Capez, entre outros autores, citado apenas para ilustrar. Ao tratar do tema, o autor faz o alerta de que a Medida Provisória, ato do chefe do Poder Executivo federal, por exemplo, não é lei, não nasce no âmbito do Poder Legislativo e, portanto, não pode dispor sobre matéria penal, criar crimes e cominar penas. Mas não foram encontrados na pesquisa bibliográfica exemplos quanto às decisões do Poder Judiciário.

5 DA PROIBIÇÃO DA ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* EM MATÉRIA PENAL

Como visto, analogia é um processo de autointegração, estendendo-se uma norma penal aonde, originalmente, não existe. Integrar o sistema significa completá-lo ou preenchê-lo, de modo a se tornar coerente e satisfatório. No campo jurídico, o sistema

³² CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal; parte geral, 23ª edição. Editora SaraivaJur, 2019. p.89.

normativo pretende solucionar todo e qualquer conflito emergente. Mas surgem lacunas, casos concretos para os quais não existe norma específica. Usa-se, então, acertadamente, a analogia. Vale-se de uma norma correlata para a sua aplicação em uma situação similar. Dessa forma, não se trata a analogia de criação de norma e, sim, de integração de normas já existentes para incidir sobre fatos semelhantes ao regulado, ante a falta de lei que regule o fato a ser julgado³³.

Porém, diante do Princípio da Legalidade em matéria penal, torna-se complexa a utilização da analogia, pois não se podem usar critérios de semelhança para alcançar condutas não tipificadas em lei, ainda que correspondentes. Exige-se que a lei preveja com precisão o comportamento praticado pelo sujeito para que ele possa ser penalmente responsabilizado.

Preleciona Frederico Marques citado por Guilherme Nucci que, “no Direito Penal, a analogia não pode ser aplicada para criar-se figura delitiva não prevista expressamente, ou sanção penal que o legislador não haja estatuído. O princípio da reserva impede que figuras típicas sejam elaboradas pelo processo analógico”.³⁴

E como tudo no Direito tem uma razão de ser, o fundamento para que a analogia não seja aplicada em matéria penal, está, inicialmente, na existência dos direitos e garantias fundamentais de liberdade, na proteção do indivíduo perante o Estado, como já citado acima.

O emprego da analogia não se faz ao acaso, por puro arbítrio do intérprete, mas há uma lógica e um significado em sua utilização.

Fernando Capez chama atenção para o fato de que, quando a Constituição Federal estatui que “não há crime sem lei anterior que o *defina*”, exigiu que a lei definisse, ou melhor, descrevesse, a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que, somente no caso de integral correspondência entre a conduta e a lei incriminadora o agente pudesse ser punido. Por esta razão, a princípio da reserva legal veda por completo o emprego da analogia em matéria de norma penal incriminadora³⁵.

É proibido, portanto, o uso da analogia *in malam partem*, que, por semelhança, amplia o rol das infrações penais e das penas. Por outro lado, a analogia *in*

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito penal – Parte Geral – Volume 1, 2ª edição, Editora Forense, 2018.

³⁴ *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito penal – Parte Geral – Volume 1, 2ª edição, Editora Forense, 2018, pág. 174

³⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal; parte geral, 23ª ed., Editora SaraivaJur, 2019, p.94.

bonam partem, favorece o direito de liberdade, tanto por exclusão da criminalidade, como pelo tratamento favorável ao réu, sendo, portanto admitida na seara penal.

6 REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM FACE DA DECISÃO DO STF

Para entender a polêmica da decisão, volta-se à petição inicial da ação em estudo. Importante ressaltar que o autor faz pedidos cumulativos, requerendo que a Corte Suprema supere (...) “*a exigência de legalidade estrita parlamentar, da mesma forma que esta Corte a superou ao exercer ação legislativa/normativa em sentido estrito ao regulamentar a greve dos servidores públicos civis*”(…).

O PPS, autor da ação, busca o reconhecimento formal, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, com conseqüente cientificação do Congresso Nacional para que adote as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (CF/88 art. 5º, XLI e XLII), estabelecendo-se prazo razoável para esse fim³⁶ e postula que a Corte confira interpretação conforme às disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, e explicita que os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero dos integrantes da comunidade LGBT acham-se compreendidos na definição ampla de racismo³⁷.

Ora, se o Ministro nega o uso da analogia e compartilha do entendimento de que a Lei do Racismo, a Lei nº 7716/89, já abarca o conceito de homofobia em seu conteúdo, por que então decretou a mora do Congresso Nacional? Se a lei já existe, o que deve ser aplicado é apenas a interpretação do Supremo Tribunal sobre o texto legal supramencionado, de modo a incluir em sua nova interpretação os comportamentos discriminatórios homotransfóbicos. Nesse caso, não seria mais lógico julgar improcedente o pedido de declaração de mora legislativa, bastando reconhecer o mandado de criminalização e o seu cumprimento desde a Lei nº 7716/89, ainda que eventual falha estivesse na forma equivocada como os aplicadores do direito interpretavam a lei até então?

Porém, se o Ministro julga procedente tal ação, decretando a mora legislativa, quando decide que deve ser aplicado ao caso concreto a chamada Lei do Racismo, ao que parece está a se utilizar da analogia, que tanto foi negada pelo Ministro durante toda sua fundamentação, uma vez que aplica uma lei a um fato semelhante, porém não regulado,

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006.p.6

³⁷ Petição inicial da ADO nº26, pág. 95

ante o reconhecimento da mora legislativa, ou seja, da ausência de lei que criminalize o preconceito homotransfóbico.

7 A DECISÃO DO SUPREMO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No mesmo julgamento da ADO 26, o voto vencido do Min. Ricardo Lewandowski³⁸ alertou para a necessidade de lei para se criminalizar a homofobia.

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.

Em acórdão unânime da Primeira Turma desta Casa, no Inquérito 3.590/DF, em que se analisou o recebimento de denúncia contra o deputado federal Marco Antônio Feliciano em razão da suposta prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989, extraído do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio:

“Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º. Ante esse fato, deixo de receber a denúncia, fazendo-o com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, a revelar que, não constituindo o fato infração penal, dá-se a absolvição do réu, o que, nesta fase, sugere a simples ausência de instauração da ação penal”.

Portanto, no âmbito da própria Corte Suprema a minoria vencida já alertava que o acolhimento do pedido na parte que pleiteava interpretação conforme estaria a desafiar o princípio da reserva legal. Tanto assim, que foi invocado precedente do Pretório Excelso

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADO nº 26, voto do Ministro Ricardo Lewandowski, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006.p.17. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>

que arquivou inquérito policial promovido contra deputado federal acusado de praticar crime de preconceito homotransfóbico por considerar o fato atípico, isto é, fato não previsto em lei, nem mesmo na chamada Lei do Racismo³⁹.

Antes mesmo do julgamento do caso discutido no presente artigo, ainda em 2016, Ives Gandra Martins já alertava para o protagonismo exagerado da Máxima Corte e enxergava mudança em seu papel, postulando que esse protagonismo estaria a gerar insegurança jurídica e instabilidade institucional⁴⁰.

Compartilhando da opinião de Ives Gandra, Antonio Baptista Gonçalves, é categórico ao afirmar que o STF criou lei ao julgar o caso de criminalização da homofobia e desaprova a decisão, apesar dos benefícios à causa LGBT⁴¹.

O Delegado e Professor da Unisal, Eduardo Cabette, foi duro em sua crítica. No artigo intitulado “Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica”, Cabette considera ter havido uma clara invasão da seara do Poder Legislativo, o que chama de totalitarismo e de Ditadura do Judiciário.⁴²

Estará a Corte Suprema aderindo a uma espécie disfuncional de ativismo para atender às expectativas sociais? Esta é uma questão que escapa do objeto do presente trabalho que se dispôs a analisar a compatibilidade entre a decisão judicial e o princípio da reserva legal.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Inq: 3590 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/08/2014, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 11-09-2014 PUBLIC 12-09-2014.

⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição. Artigo publicado originalmente pelo jornal Folha de S.Paulo em 12/07/2016. Disponível na Revista Consultor Jurídico: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente>

⁴¹ GONÇALVES, Antonio Baptista. Criminalização da homofobia. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre/RS, v.19, n. 119, pág. 28 e 29, dez/jan.2020.

⁴² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/717783998/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-uma-aberracao-juridica> consultado em 07.03.2020 (como no original).

8 CONCLUSÃO

No presente trabalho observa-se que o desfecho no Supremo Tribunal Federal quanto ao enquadramento da homofobia e transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei no 7.716/89 levantou questionamentos na comunidade jurídica.

Reconhece-se que existe, na Constituição Federal, mandado de criminalização quanto à homofobia, em seu artigo 5º, inciso XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Constata-se que existe omissão legislativa e que na Lei do Racismo, a Lei nº 7716/89, o legislador ordinário dispensa tutela penal explicitamente em relação às práticas discriminatórias resultantes do preconceito de cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional, quedando-se silente quanto ao preconceito homotransfóbico.

No voto do Ministro relator da ADO 26, Ministro Celso de Mello, é reconhecida a mora do legislador, que recebeu o primeiro Projeto de Lei sobre o tema em 2001 e até hoje não deu desfecho ao assunto: nem aprovando e nem mesmo arquivando o projeto.

No mesmo voto, o Ministro nega o uso da analogia em Direito Penal, uso que é condenado por doutrinadores, por ferir o Princípio da Estrita Legalidade e entende que os atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89.

Foi visto que analogia é um processo de autointegração do ordenamento jurídico, estendendo-se a norma a uma situação semelhante para a qual, originalmente, não existe regulação, com o objetivo de solucionar as lacunas que surgem no sistema jurídico. No entanto, devido ao respeito ao princípio da estrita legalidade, não se aplica a analogia no âmbito do Direito Penal para incriminar condutas.

Foi observado que a minoria vencida no julgamento da ADO 26 encarou a tipificação proposta na decisão vencedora como capaz de desafiar o princípio da legalidade penal. Nesse sentido a manifestação do Ministro Lewandowski alertou para a necessidade de lei para que a homofobia fosse criminalizada, invocando inclusive precedente em que o inquérito policial promovido contra um deputado federal acusado de praticar crime de preconceito homotransfóbico foi arquivado por ser considerado fato atípico, não previsto nem mesmo na chamada Lei do Racismo. Também foram encontradas manifestações doutrinárias

no mesmo sentido, ou seja, de que a decisão estaria afrontando o secular princípio de defesa da liberdade.

Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. **ADO nº 26**, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. **ADO nº 26**, voto do Ministro Ricardo Lewandowski, j. 07.11.2006, DJe 27.11.2006.p.17.
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Inq: 3590 DF**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 12/08/2014, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 11-09-2014 PUBLIC 12-09-2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. Editora SaraivaJur, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Curso de Direito Penal**. Volume 1. 2ª edição. Editora Forense, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - parte geral**, 23ª edição. Editora SaraivaJur, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição. Artigo publicado originalmente pelo jornal **Folha de S.Paulo** em 12/07/2016. Disponível na Revista **Consultor Jurídico**: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente> .

GONÇALVES, Antonio Baptista. Criminalização da homofobia. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre/RS, v.19, n. 119, pág. 28 e 29, dez/jan.2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. **JusBrasil**. Disponível em:
<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/717783998/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-uma-aberracao-juridica> consultado em 07.03.2020.

FERREIRA, Camila Cotovicz. O direito de greve do servidor público parametrizado pelo Supremo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-15/camila-cotovicz-direito-greve-servidor-segundo-supremo>

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Volume Único. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.