



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DECISÃO DE ENQUADRAMENTO DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E  
TRANSFOBIA NA LEI DE RACISMO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO TIPO  
PENAL ESPECÍFICO DE HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL

Thais Ramalho Moreira

Rio de Janeiro  
2020

THAIS RAMALHO MOREIRA

A DECISÃO DE ENQUADRAMENTO DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E  
TRANSFOBIA NA LEI DE RACISMO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO TIPO  
PENAL ESPECÍFICO DE HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2021

A DECISÃO DE ENQUADRAMENTO DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E  
TRANSFOBIA NA LEI DE RACISMO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO TIPO  
PENAL ESPECÍFICO DE HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL

Thais Ramalho Moreira

Graduada pelo Instituto Brasileiro de  
Mercados e Capitais (Ibmec RJ). Pós  
Graduanda em Direito Público e Privado na  
Escola de Magistratura do Estado do Rio  
de Janeiro.

**Resumo** – o Estado brasileiro sofre da chamada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, de maneira com que diversos mandamentos da Constituição Federal são considerados ineficazes em virtude da omissão do poder legislativo em efetivá-los. Este problema é externado e atinge a comunidade LGBTQI+ em virtude da falta de tipificação dos crimes de homotransfobia no ordenamento jurídico, motivo pelo qual levou o Supremo Tribunal Federal a prolatar a decisão de adequação de tais crimes na Lei nº 7.716/89, conforme decisão da ADO nº 26. O presente estudo tem o objetivo de analisar esta deliberação, confrontando-a com opiniões divergentes que alegam que o Supremo mais uma vez, atuou como legislador positivo, afrontando o princípio da separação dos poderes.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Omissão legislativa. Ativismo Judicial. Judicialização. Tipificação. Crimes de homofobia e transfobia. Lei de racismo.

**Sumário** – Introdução. 1. Princípio constitucional de separação de poderes. Omissões legislativas podem ensejar ativismo judicial? 2. Análise da ADO nº 26 frente aos crimes de homofobia e transfobia. Constitucionalidade. Hermenêutica constitucional. 3. Reflexos da omissão legislativa e da decisão do STF. Reflexões sobre a necessidade de tipificar crimes de homofobia e transfobia no Brasil. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a adequação dos crimes de homofobia e transfobia na Lei de Racismo nº 7.716/1989 e tem como objetivo questionar e discutir a decisão fruto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 29 de relatoria do ministro Celso de Melo e o Mandado de Injunção nº 4733 relatado pelo Ministro Edson Fachin. A decisão foi no sentido de que, em virtude da ausência de tipificação específica dos crimes de homofobia e transfobia na legislação brasileira, houvesse adequação deles na Lei nº 7.716/1989. Assim, utilizando-se o critério de interpretação conforme, a Suprema Corte deu tratamento equiparado aos crimes de homofobia e transfobia aos previstos na Lei nº 7.716/89.

Como forma de analisar a posição do Supremo, no primeiro capítulo do artigo o

autor irá fazer uma breve análise do federalismo brasileiro e do princípio da separação dos poderes como forma de embasar a discussão constitucional. Analisando brevemente as competências de cada poder brasileiro e questionando ao final se a omissão do Poder Legislativo *latu sensu* pode decidir desta forma ou se é prejudicial à democracia brasileira.

Em segundo plano, observará a decisão da ADI por omissão nº 29 de maneira específica. Analisando se houve constitucionalidade dela ou se ocorreu afronta aos princípios constitucionais e ao pacto federativo brasileiro. Neste capítulo o autor demonstrará que a decisão do STF deu uma interpretação extensiva à Lei nº 7.716/1989 em virtude da urgência de proteção aos homossexuais e heterossexuais, mas que esta decisão não impede o legislativo de tipificar o crime no ordenamento futuramente.

Já no terceiro capítulo será exposta a necessidade de criação do tipo homotransfobia como forma de retirar estes grupos do *status* de minoritários, colocando-os como legalmente protegidos. Explicando o dever que o ordenamento jurídico tem de protegê-los e reparar danos sociais históricos.

A pesquisa, por sua vez, irá se utilizar do método hipotético dedutivo, uma vez que o pesquisador construirá premissas de que a tipificação dos crimes de homofobia e transfobia é preciso. A partir destas, haverá necessidade de comprová-las ao longo do trabalho, com o objetivo de convencer e comprovar seu leitor sobre sua posição.

Para tanto, a abordagem será qualitativa, vez que irá se preocupar com o aprofundamento do assunto de ativismo judicial, a necessidade de proteção destes grupos mais vulneráveis e a decisão proferida pelo STF utilizando-se de bibliografia específica pertinente à temática para sustentação da tese defendida pelo autor.

## 1. ATIVISMO JUDICIAL: REMÉDIO OU VENENO À DEMOCRACIA BRASILEIRA?

O federalismo originado nos Estados Unidos da América em 1787 é a forma como um Estado pode se organizar, de modo com que a existência de um poder central não impeça que responsabilidades e competências possam ser repartidas pelos demais entes políticos.

O Brasil, em virtude deste modelo, é formado pela união indissolúvel entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Estes entes detêm autonomia própria, conforme disposto no artigo 1º da Constituição Federal<sup>1</sup>, enquanto a soberania pertence à República Federativa Brasileira.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

O poder soberano é uno. E em razão de sua importância, a Constituição trouxe consigo a separação orgânica das funções essenciais do Estado brasileiro, embasada na visão de Montesquieui: Função legislativa, executiva e judiciária.

O Legislativo tem como funções típicas a legislativa e a fiscalizatória. Já atipicamente exerce função administrativa e jurisdicional. O Poder Executivo tipicamente exerce função administrativa e atipicamente a legislativa e julgadora. Em contrapartida, o Judiciário tem como função precípua o exercício da jurisdição, mas exerce a legislativa e administrativa atipicamente<sup>2</sup>.

Estes poderes são órgãos da soberania nacional e sua divisão é considerada cláusula pétrea, conforme art. 60 §4º III CRFB<sup>3</sup>. Todavia, apesar de serem harmônicos e independentes entre si, conforme alude o art. 2º da CRFB<sup>4</sup>, não são ilimitados.

Em razão da possibilidade de haver excessos e usurpação de poderes entre o legislativo, executivo e judiciário foi criada a Teoria de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances System*), consagrada pelos pensadores francêss *Charles-Louis de Secondat* e *Baron de La Brede et de Montesquieui* na obra “O espírito das leis”. Orina e Saracho<sup>5</sup> destacam que:

[...] 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 (...) Isso serviria para evitar que houvesse abusos (...) por qualquer poder (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta forma, embora cada um seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais [...]

Assim, Pereira e Da Silva<sup>6</sup>, asseguram que a Teoria da Separação nada mais é do que a concorrência dos poderes entre si, de maneira com que meçam esforços para que haja uma relação equilibrada entre eles. Em que a ponderação dos valores e de respeito às decisões do outro, ocorra. Entretanto, a cada dia que passa se tem percebido grande ameaça à teoria em razão do ativismo judicial. Segundo os autores<sup>7</sup>, “ [...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores

<sup>2</sup> MARINHO, Nádia. *Funções típicas e atípicas dos poderes*. Disponível em: <https://nnadia-marinho87.jusbrasil.com.br/artigos/395288452/funcoes-tipicas-e-atipicas-dos-tres-poderes>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Benites Antonio. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos* (Checks and Balances System). Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske> >. Acesso em: 19 de mai. 2020.

<sup>6</sup> SOUZA apud PEREIRA, Gilânio de Souza; DA SILVA, Bruno Miola. *Ativismo judicial: Uma análise do contexto contemporâneo*. Disponível em: <<https://giranio.jusbrasil.com.br/artigos/184560146/ativismo-judicial-uma-analise-no-contexto-contemporaneo?ref=serp>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>7</sup> BARROSO apud ibid.

e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes [...]”.

Desta maneira, quando há ingerência do Judiciário no Legislativo ou no Executivo ocorre grande desarmonia do sistema constitucional. Afinal, como dispõem Pereira e Da Silva<sup>8</sup> “um poder perde a independência em detrimento de outro vez que o Judiciário toma para si matérias alheias à sua atividade jurisdicional, tornando-se um poder superior aos demais”.

Ainda nesta esteira, os autores<sup>9</sup> aludem, que uma das maiores causas de ativismo judicial ocorre em virtude da omissão legislativa e executiva no cumprimento de direitos fundamentais. Em função disso, a única solução seria a utilização do ativismo?

Diante do cenário de omissão, deve-se entender a diferença entre o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização. A judicialização, para Pereira e Da Silva<sup>10</sup> “é a atribuição conferida ao judiciário para sua própria atuação no meio político e social”. Ou seja, tratam-se de atos que o judiciário pode praticar com embasamento constitucional. Inclusive, a judicialização é inerente ao sistema brasileiro, em virtude da escassez de políticas públicas para assegurar os direitos constitucionais.

Diferente do ativismo judicial que como bem dispõem Pereira e Da Silva<sup>11</sup> “é uma postura ativa, um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”

Nessa senda, diante da postura omissa, para que direitos e garantias constitucionais possam ser cumpridos, o Judiciário deverá lançar mão dos mecanismos constitucionalmente previstos para tomada de decisão. Como demonstrado por Pereira e Da Silva<sup>12</sup>:

[...] o Supremo Tribunal Federal dispõe de mecanismos previstos na Constituição Federal para tomada de suas decisões, como por exemplo, a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta de inconstitucionalidade; a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção, o que faz destacar o poder judiciário como tendo atribuições relevantes, além de agir “ativamente”[...]

Afinal, os membros deste poder não detém legitimidade firmada pela vontade popular para inovar na seara jurídica, pois não foram eleitos. Tendo que deixar a inovação e o ativismo imoderado a cargo dos poderes legitimamente eleitos: executivo e legislativo.

---

<sup>8</sup> PEREIRA; DA SILVA, op. cit.

<sup>9</sup> SITTA apud ibid.

<sup>10</sup> STRECK apud ibid.

<sup>11</sup> BARROSO apud ibid.

<sup>12</sup> Ibid.

Todavia, de forma excepcional, diante a reiterada inércia dos demais poderes, o judiciário poderá se valer do ativismo judicial. Pois, pertente à ele o título de guardião da Constituição Federal, devendo garantir todos os direitos nela previstos.

Por esta razão que a postura proativa somente deverá ser utilizada como *ultima ratio* e de forma moderada, sob pena de pôr em xeque a legitimidade da atuação do Judiciário conforme Pereira e Da Silva<sup>13</sup>:

[...] o ativismo judicial (...) tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes [...]

Diante disso, e por todos os aspectos suscitados, entende-se que o ativismo não tem o condão de suprir lacunas do legislativo e executivo. A prática reiterada desta postura pode ferir a cláusula pétra de separação dos poderes, a teoria de freios e contrapesos, bem como a democracia brasileira. Devendo ser utilizado de forma pontual na sociedade.

Afinal, como sinalizam Pereira e da Silva<sup>14</sup>, a legitimidade constitucional dos poderes, na ausência de uma postura comissiva do executivo ou legislativo, não enseja na atuação ativa do judiciário. Como se ele tivesse sempre uma solução acertada a todo tempo. Assim, concluem os atores<sup>15</sup> que “ [...] o dito “ativismo judicial”, embora bem intencionado, merece toda cautela[...]”

## 2. AUSÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No dia 13 de julho de 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26<sup>16</sup> de relatoria do Ministro Celso de Mello e o Mandado de Injunção nº 4733<sup>17</sup> relatado pelo Ministro Edson Fachin. O

<sup>13</sup> BARROSO apud ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4733*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

plenário do órgão, por maioria, entendeu que houve omissão legislativa do Congresso Nacional em virtude da não edição de lei que incrimina atos de homofobia e transfobia no ordenamento brasileiro.

A ADO e o Mandado de Injunção tinham o objetivo de obter a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia motivadas pela discriminação à orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas.

A votação restou favorável ao enquadramento destes crimes como tipo penal definido na Lei do Racismo, Lei nº 7.716/1989<sup>18</sup>. Todavia, os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, entenderam que seria necessário que houvesse aprovação de lei específica no Congresso Nacional para que tais condutas pudessem ser punidas.

Na decisão seguida por Toffoli, Lewandowski compreendeu que os direitos de homossexuais e transsexuais são reconhecidos no ordenamento nacional e internacional como essenciais à dignidade da pessoa humana. Mas que ainda há uma dívida histórica em termos de desigualdade de gênero no Brasil, motivo pelo qual este grupo demanda especial proteção do Estado. Por isso, a tipificação seria um avanço na legislação. Inclusive a atuação do legislador não é só importante, como obrigatória em razão do mandado de criminalização previsto no art. 5º XLI da CRFB<sup>19</sup>.

O dispositivo em questão que em princípio, não outorga direitos, mas determina ao legislador a criminalização de condutas para que haja efetiva proteção dos direitos constitucionalmente previstos, sob pena de acarretar proteção legislativa insuficiente, conforme destaca Gilmar Mendes<sup>20</sup> no *Habeas Corpus* nº 104.410/RS:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando (...) um postulado de proteção (*Schutzgebote*). (...) direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização (...) impõem ao legislador (...) o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 7.716/89*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%3A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20co](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%3A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20co)>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104410*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

Lewandowski ainda afirma que a omissão legislativa é um fenômeno mais do que jurídico, é político. Pois os agentes políticos, em razão de serem eleitos, evitam se comprometer por decisões tão importantes e emblemáticas com receio de serem responsabilizados frente ao seu eleitorado. Como resultado, o Judiciário é sempre requisitado por grupos minoritários excluídos da esfera protetiva estatal.

Entretanto, para o ministro, o Judiciário não pode adotar uma posição concretista, adequando condutas de discriminação à orientação sexual e identidade de gênero na lei de racismo posto que em nenhum momento é contemplada a hipótese em lei. Para ele, isso ensejaria violação do princípio de reserva legal, pois, trata-se de matéria penal reservada absolutamente ao Poder Legislativo. Nesse sentido<sup>21</sup>:

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

Todavia, a decisão majoritária proferida pelo Supremo foi oposta às fundamentações dadas pelos ministros em questão. O ministro Alexandre de Moraes fundamentou seu voto fazendo interpretação conforme à Constituição em face dos mandados constitucionais de criminalização previstos no art. 5º XLI e XLII da CRFB<sup>22</sup>. Enquadrando a prática de homofobia e transfobia nos tipos penais previstos na lei de racismo até que sobrevenha legislação editada pelo Congresso Nacional.

Como justificativa entendeu que “as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo na dimensão racismo social”<sup>23</sup>. Logo, para o Tribunal Superior, o crime de racismo ocorre quando utilizam-se estigmas cujo objetivo é segregar pessoas, atentando contra princípios constitucionais e contras aqueles que a sociedade humana é fundada: responsabilidade, dignidade do ser humano e sua pacífica convivência em âmbito social.

Mas esta decisão é fortemente criticada. Em palestra feita no Seminário Globalismo, a juíza Ludmila Lins Grilo <sup>24</sup> afirma que ocorreu ativismo judicial. Que em virtude disso o Judiciário usurpou competência do Legislativo, afrontando o princípio da reserva legal.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>23</sup> BRASIL. op. cit., nota 21. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>24</sup> YOUTUBE. *Seminário Globalismo*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Cca1ZZAHR80>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

Atuando como um poder moderador dos demais poderes políticos, o que colide frontalmente com o pacto federativo brasileiro. Todavia, esta posição não é a mais acertada.

O sistema jurídico brasileiro sofre da chamada Síndrome de Inefetividade das Normas Constitucionais. De acordo com Daniel Carvalho<sup>25</sup> trata-se da “ausência de regulamentação adequada de normas de eficácia limitada, o que impede o efetivo exercício de direitos previstos na Constituição” cujo reparo é feito mediante ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. E é isso o que ocorre no caso em tela, conforme dispõe Alexandre de Moraes<sup>26</sup>:

A existência de poucas e esparsas políticas públicas (...) para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero.

Assim, por mais que haja o mandado de criminalização do art. 5º XLI da CRFB, a omissão do Poder Legislativo, somado à abstratividade da norma e à falta de políticas públicas resulta na negação de direitos e da proteção estatal a homossexuais e transsexuais. O que em uma democracia é inadmissível. Não podendo estes grupos ficarem à margem da sociedade ou à espera do Poder Legislativo, que como bem pontuou Lewandowski em seu voto, legisla de forma mais política do que jurídica.

Desta maneira, as críticas tecidas à decisão do STF devem ser consideradas inconsistentes. No caso em questão, não se pode afirmar que o Supremo Tribunal afrontou o pacto federativo usurpando poderes do Legislativo. Vide que a decisão foi somente no sentido de declarar a omissão legislativa e dar concretude ao comando constitucional do art. 5º LXI, sem contudo, atuar como legislador ordinário, zelando pelo equilíbrio e harmonia entre poderes políticos.

Todavia, o Supremo, por ser guardião da Constituição, tem a responsabilidade de surpreender, garantir e concretizar a máxima proteção dos direitos de homossexuais e transsexuais no ordenamento jurídico, conforme sustenta Alexandre de Moraes<sup>27</sup>:

[...] é missão constitucional do Congresso Nacional legislar, com absoluta independência; e é dever constitucional do Supremo Tribunal Federal garantir e

---

<sup>25</sup> CARVALHO, Daniel. *Síndrome da inefetividade das normas constitucionais: Como Combatê-la?*. Disponível em: <[https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normas-constitucionais-como-combate-la\\_39/#:~:text=Por%20S%C3%ADndrome%20da%20Inefetividade%20das%20direitos%20previstos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o](https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normas-constitucionais-como-combate-la_39/#:~:text=Por%20S%C3%ADndrome%20da%20Inefetividade%20das%20direitos%20previstos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 23.

<sup>27</sup> MORAIS apud BACHOF, Otto *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987, p. 59.

concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais [...]

Portanto, inexistente ativismo judicial ou afronta ao princípio da reserva legal. Isso por que Judiciário atuou mediante instrumentos constitucionalmente previstos: ação de direita de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, ocorrendo somente judicialização. Utilizando também o exercício hermenêutico de interpretação da Lei nº 7.716/89 conforme a constituição, prática permitida pelo ordenamento. Adequando os dispositivos legais dela para compatibilizar aos comandos constitucionais, conforme o voto<sup>28</sup>:

[...] a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária[...]

Desta forma, em virtude da urgência de proteção destes grupos, a decisão do STF em sede da ADO nº 26<sup>29</sup> é constitucional, tem efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vincula somente o poder executivo e judiciário em todo âmbito nacional. O que não isenta a necessidade da urgente atuação do legislativo para tipificação dos crimes de homofobia e transfobia no ordenamento jurídico.

### 3. A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO CRIME DE HOMOTRANSFOBIA

O Direito Penal brasileiro, para doutrina<sup>30</sup>, detém finalidade protetiva, cujo objetivo é defender bens juridicamente tutelados pelo ordenamento. Todavia, em virtude da especificidade de certas situações, por vezes o legislador precisa criar legislações e políticas diferenciadas para salvaguardar direitos de grupos vulneráveis. Afinal, como expõe o ministro Alexandre de Moraes “a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais”<sup>31</sup>.

E é sob esta ótica que o Congresso Nacional criou, por exemplo, a Lei de Femicídio

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 23.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>30</sup> VIEIRA, Wanderson *As funções do Direito Penal e as finalidades da sanção criminal no Estado Social Democrático de Direito*. Disponível em: <[<sup>31</sup> BERNS apud BRASIL, op. cit., nota 23.](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-funcoes-do-direito-penal-e-as-finalidades-da-sancao-criminal-no-estado-social-democratico-de-direito/#:~:text=O%20Direito%20Penal%2C%20nesse%20contexto,do%20indiv%C3%ADduo%20e%20da%20sociedade.>Acesso em: 11 set. 2020.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

Lei nº 13.104/15<sup>32</sup>; o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90<sup>33</sup>; a Lei de Racismo, Lei nº 7716/89<sup>34</sup> entre outras legislações. Entretanto, após a tentativa frustrada de criminalizar a homofobia por meio do Projeto de Lei nº 5003/2001<sup>35</sup>, arquivado em 2010, até então o poder legislativo se manteve inerte frente à tipificação dos crimes de homofobia e transfobia.

No Brasil a violência contra este grupo impressiona. Em pesquisa feita por Andréa Martinelli<sup>36</sup>, constatou-se que desde 2008 o país é líder mundial de assassinato de pessoas trans, e segundo o disposto pelo ministro Ricardo Lewandowski<sup>37</sup> “[...] a cada 19 horas, um LGBT é brutalmente assassinado ou se suicida vítima da ‘LGBTfobia’. Matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países onde vigora pena de morte contra os LGBTs [...]”.

Em virtude disso, a expectativa de vida desta população é baixa quando equipada à média nacional. Dispõe o Senado Federal<sup>38</sup> que um transsexual vive até os 35 anos de idade. Frente a isso, é inevitável concluir que a violência contra estas pessoas trata-se de crime de ódio, cuja raiz é o preconceito e a intolerância.

Andréa Martinelli<sup>39</sup>, em estudo feito afirma que 80% dos assassinatos apresentaram requintes de crueldade, segundo ela: “Dos casos registrados pelo dossiê, 43% foram cometidos com armas de fogo, 28% com arma branca e 15% por espancamento, asfixia e/ou estrangulamento”<sup>40</sup>.

E é em razão da forma com que os crimes são cometidos que atitudes homotransfóbicas não podem ser, de forma definitiva, enquadradas no ordenamento jurídico atual, sendo necessária a criação de um tipo penal específico para tais práticas.

Em paralelo traçado com criminalização específica da violência praticada contra a mulher na Lei nº 13.104/15 (Lei de Femicídio)<sup>41</sup>, Lewandowski destacou que <sup>42</sup> “homens morrem mais do que mulheres como vítimas de violência, mas mulheres morrem de um jeito

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei de Femicídio*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>33</sup> BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>35</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 5003/2001*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>36</sup> MARTINELLI, Andréa. *Número de pessoas trans assassinadas no Brasil cai 24% em 2019, mas país é ainda o que mais mata*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/entry/mortes-pessoas-trans-2019\\_br\\_5e309f6cc5b6e8375f6436a1](https://www.huffpostbrasil.com/entry/mortes-pessoas-trans-2019_br_5e309f6cc5b6e8375f6436a1)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>37</sup> CASTRO apud BRASIL, op. cit., nota 21.

<sup>38</sup> BORTONI, Larissa. *Expectativa de vida de transsexuais é de 35 anos, metade da média nacional*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transsexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>39</sup> MARTINELLI, op.cit.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> BRASIL, op.cit., nota 32.

<sup>42</sup> DINIZ; GUMIERI apud BRASIL, op. cit., nota 21.

que só elas morrem”, deixando claro que a edição da Lei de Femicídio foi uma vitória legislativa.

A tipificação do feminicídio para Luciana Maibashi Gebrim e Paulo César Corrêa Borges<sup>43</sup>, garantiu um enfoque mais integral ao problema em questão. Garantindo não somente a punição do delito, como também, a prevenção e a erradicação de qualquer tipo de violência contra a mulher.

E ainda tornou clara as circunstâncias e o contexto dos homicídios de mulheres em virtude do gênero no Brasil, de forma com que o país pudesse atuar no combate à esta prática delituosa de maneira mais eficaz. Entretanto, pensar somente do ponto de vista criminal não resolve o problema definitivamente. Para os autores<sup>44</sup>, é necessário que ele seja visto por uma dimensão maior:

[...] Há que se colocar ênfase em políticas públicas que obriguem o Estado a investir em campanhas de sensibilização, capacitação contínua, garantia do acesso à Justiça, desenvolvimento de planos, programas e estratégias setoriais e territoriais, promoção de modelos de prevenção abrangentes [...]

E são a partir destes argumentos que a ideia da tipificação do crime de homotransfobia é reforçada. Para Lewandowski,<sup>45</sup> a criação da lei modificaria o *status* de grupo minoritário, tornado-os legalmente protegidos. E ainda, adicionando as categorias de orientação sexual e identidade de gênero a crimes de ódio, a lei transmitiria a mensagem da inaceitabilidade da violência contra esses grupos, conduzindo à uma mudança cultural.

Inclusive, com a atuação do Congresso Nacional os reais números e motivações da prática de crimes homotransfóbicos seriam expostos. Reduzindo a subnotificação, um problema latente no Brasil, que dificulta o monitoramento destes delitos, conforme Martinelli<sup>46</sup> “[...] a subnotificação, ou não publicação de alguns casos, compromete os resultados e faz parecer que houve uma queda nos assassinatos, quando, na verdade houve um aumento da invisibilidade dessas mortes [...]”.

Andréa também destaca a “dificuldade de registro adequado das ocorrências contra LGBTs em órgãos de segurança pública”<sup>47</sup>, o que fortalece ainda mais o padrão global de violações de direitos humanos que atingem esta população. Ricardo Lewandowski em seu voto

<sup>43</sup> GEBRIM, Luciana; BORGES, Paulo César. Periódicos eletrônicos. *Violência de gênero: Tipificar ou não o femicídio/ feminicídio?* Brasília, DF, v. 51, nº 212, 2014. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ri1\\_v51\\_n202\\_p59.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ri1_v51_n202_p59.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> ADLER apud BRASIL, op. cit., nota 21.

<sup>46</sup> MARTINELLI, op.cit.

<sup>47</sup> Ibid.

na ADO nº 26<sup>48</sup> cita a chamada dívida que o sistema jurídico e político, e sobretudo criminal, têm com homossexuais e transsexuais.

O ministro revela que muitos julgados tratam travestis no gênero masculino, não no gênero feminino, ignorando seus nomes sociais, utilizando-se os nomes de registrais nas decisões. E ainda expõe a confusão que os Tribunais fazem frente à orientação sexual e identidade de gênero; e a criminalização dos travestis, que são vistos pelo sistema como marginais, com alta periculosidade, deslegitimando as palavras destes grupos, conforme destacado<sup>49</sup>, “Um exemplo seria a insistência em caracterizar como crime de roubo ou de lesões corporais condutas que, acaso se investigassem as versões das travestis, poderiam ser enquadradas em exercício arbitrário das próprias razões.”

Assim, é notável que LGBTs, principalmente travestis têm sua voz silenciada perante o sistema brasileiro. Tendo contra elas, depoimentos policiais, muitas vezes enraizados de preconceitos, que são levados em consideração para a condenação deste grupo. O que fortalece ainda mais a cultura de segregação, marginalização e preconceito contra esta minoria.

Diante disso, a tipificação do crime de homotransfobia é necessária, mas é preciso que o problema seja enxergado de forma mais profunda. Devendo o Estado elaborar políticas públicas que compreendam sua origem, seus atores envolvidos e a necessidade que homotranssexuais têm na sociedade, assim como ocorreu na lei de feminicídio<sup>50</sup>. Para que a longo prazo o problema possa ser solucionado.

Por isso, cabe ao Estado Brasileiro efetuar medidas de inclusão deste grupo na sociedade, fixando medidas protetivas adequadas. Realizando campanhas de educação, capacitação, inclusão e conscientização da dignidade da comunidade LGBTQIA+, promovendo também ações de integração deste grupo no mercado de trabalho para que deixem de ser marginalizados e possam ocupar uma posição digna na sociedade.

Inclusive, é indispensável que haja desenvolvimento de projetos no Judiciário brasileiro para que seus atores saibam como lidar com esta parcela minoritária da sociedade, buscando sempre a isonomia entre as pessoas, direito fundamental positivado no art. 5º *caput* e inciso I da Constituição Federal<sup>51</sup>.

Com o mesmo objetivo, é necessário que seja feita uma reestruturação da infraestrutura das delegacias de polícia para que homossexuais e transsexuais possam ter suas vozes ouvidas

---

<sup>48</sup> BRAGA; SERRA apud BRASIL, op.cit, nota 21.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> BRASIL, op.cit., nota 31.

<sup>51</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

sem serem alvos de discriminação ou preconceitos para que não sejam, mais uma vez, vítimas de uma sociedade preconceituosa.

## CONCLUSÃO

A pesquisa constatou como problema precípua o crescente número de crimes praticados contra a comunidade LGBTQI+ e a inexistência de norma tipificadora específica de criminalização no ordenamento jurídico brasileiro. Em 2010, houve a tentativa de criminalização, mas restou frustrada após o arquivamento do Projeto de Lei nº 5003/2001. Em virtude disso, o Superior Tribunal Federal foi questionado em sede de ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção. A decisão fruto da ADO nº 26 resultou na adequação dos crimes de homotransfobia na lei de racismo, Lei nº 7.716/89.

A decisão foi altamente criticada. De um lado, renomados juristas entenderam que o poder judiciário praticou ativismo judicial, atuando como legislador positivo, estendendo a interpretação da lei de racismo aos crimes praticados contra a comunidade LGBTQIA+. Afinal, em nenhum momento a orientação sexual e identidade de gênero foram contempladas em lei, ensejando desrespeito à separação de poderes e ao o princípio da reserva legal, pois a tipificação de delito é matéria reservada ao Poder Legislativo, não podendo o Judiciário atuar de maneira ativa frente à omissão.

Em contrapartida, há quem considere que a decisão do STF foi acertada e não houve ativismo judicial, somente judicialização mediante a interpretação constitucional da lei feita por meio de mecanismos constitucionalmente previstos: Ação Direta de Inconstitucionalidade e Mandado de Injunção. Afinal, a compreensão do Tribunal foi de que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero de racismo, podendo haver a devida adequação à Lei nº 7.716/1989.

Isso porque a que a população LGBTQI+ não pode ficar aguardando atuação positiva do Congresso Nacional que não tem interesse social em tipificar tais crimes, afinal, como destacou Lewandowski, legisla de maneira mais política do que jurídica, se esquivando do comprometimento com decisões sociais tão importantes. Logo, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, tem obrigatoriedade de garantir e concretizar a máxima proteção desta população.

Nesta senda, da mesma maneira que o Congresso Nacional já editou legislações emblemáticas com ânimo de defender grupos vulneráveis, deveria fazer a respeito da

comunidade LGBTQIA+. No tocante ao tema, a edição da Lei de Feminicídio foi um avanço para o ordenamento jurídico, pois garantiu um maior foco ao problema, bem como as melhores formas de prevenção e punição destes crimes, tornando claras as formas e contextos dos homicídios praticados em virtude de gênero no Brasil.

Com base nisso que a criação da lei tipificadora do crime de homotransfobia seria importante, pois modificaria o *status* de vulnerabilidade, para legalmente protegidos, transmitindo a ideia de inaceitabilidade de atos preconceituosos, podendo ser expostos à sociedade a forma como os delitos ocorrem e sua prevenção, reduzindo assim subnotificação de casos.

Desta maneira, fruto das decisões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal atuou de maneira correta, que não houve ativismo judicial, somente o exercício hermenêutico de interpretação da Lei nº 7.716/89, em virtude da atual ausência de proteção legal à população LGBTQIA+. O que não isenta, em nenhuma hipótese, a edição de posterior legislação pelo Congresso Nacional. Todavia, enquanto a legislação não for editada, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 tem efeito *ex tunc, erga omnes* e vinculante.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Benites Antonio. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances System)*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei de Feminicídio*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.716/89*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JAN%20EIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sancion%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%C3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JAN%20EIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sancion%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%C3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.)>. Acesso em: 27 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 5003/2001*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104410*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4733*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BORTONI, Larissa. *Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-medianacional>>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

CARVALHO, Daniel. *Síndrome da inefetividade das normas constitucionais: como combatê-la?*. Disponível em: <[https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normasconstitucionais-como-combate-la\\_39/#:~:text=Por%20%C3%ADndrome%20da%20Inefetividade%20das,de%20direitos%20previstos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o](https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normasconstitucionais-como-combate-la_39/#:~:text=Por%20%C3%ADndrome%20da%20Inefetividade%20das,de%20direitos%20previstos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

GEBRIM, Luciana; BORGES, Paulo César. Periódicos eletrônicos. *Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/ feminicídio?* Brasília, DF, v. 51, nº 212, 2014. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril\\_v51\\_n202\\_p59.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2020.

MARINHO, Nádia. *Funções típicas e atípicas dos poderes*. Disponível em: <https://nnadiamarinho87.jusbrasil.com.br/artigos/395288452/funcoes-tipicas-e-atipicas-dos-tres-poderes>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

MARTINELLI, Andréa. *Número de pessoas trans assassinadas no Brasil cai 24% em 2019, mas país é ainda o que mais mata*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/entry/mortes-pessoas-trans-2019\\_br\\_5e309f6cc5b6e8375f6436a1](https://www.huffpostbrasil.com/entry/mortes-pessoas-trans-2019_br_5e309f6cc5b6e8375f6436a1)>. Acesso em: 11 set. 2020.

PEREIRA, Gilânio de Souza; DA SILVA, Bruno Miola. *Ativismo judicial: uma análise do contexto contemporâneo*. Disponível em: <<https://giranio.jusbrasil.com.br/artigos/184560146/ativismo-judicial-uma-analise-no-contexto-contemporaneo?ref=serp>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

YOUTUBE. Seminário Globalismo. *O ativismo judicial a serviço do globalismo*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Cca1ZZAHR80>>. Acesso em: 11 set. 2020.

VIEIRA, Wanderson *As funções do Direito Penal e as finalidades da sanção criminal no Estado Social Democrático de Direito*. Disponível em: <<https://>

[ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-funcoes-do-direito-penal-e-as-finalidades-da-sancao-criminal-no-estado-social-democratico-de-direito/#:~:text=O%20Direito%20Penal%2C%20nesse%20contexto,do%20indiv%20e%20da%20sociedade.>](http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-funcoes-do-direito-penal-e-as-finalidades-da-sancao-criminal-no-estado-social-democratico-de-direito/#:~:text=O%20Direito%20Penal%2C%20nesse%20contexto,do%20indiv%20e%20da%20sociedade.>)  
Acesso em: 11 set. 2020.