



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS III - GUARABIRA  
CENTRO DE HUMANIDADES  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**MÁRCIO ANDRÉ MAIA COUTO**

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A ADO N. 26/DF:  
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO PODER JUDICIÁRIO**

**GUARABIRA – PB  
2019**

MÁRCIO ANDRÉ MAIA COUTO

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A ADO N. 26/DF:  
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Direito Penal e Constitucional

**Orientador:** Prof. Esp. Kleyton César Alves da Silva Viriato.

**GUARABIRA – PB  
2019**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

C871p Couto, Márcio André Maia.

O princípio da legalidade penal e a ADO N.26/DF  
[manuscrito] : criminalização da homotransfobia pelo poder  
judiciário / Marcio Andre Maia Couto. - 2019.

25 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades ,  
2019.

"Orientação : Prof. Esp. Kleyton César Alves da Silva Viriato  
, Coordenação do Curso de Direito - CH."

1. Princípio da Legalidade. 2. Homofobia. 3. Transfobia. 4.  
ADO N26/DF. I. Título

21. ed. CDD 345

MÁRCIO ANDRÉ MAIA COUTO


**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A ADO N. 26/DF:  
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO PODER JUDICIÁRIO**

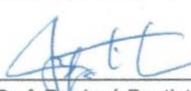
Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Departamento do Curso  
de Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.


**Área de Concentração:** Direito Penal e  
Direito Constitucional

Aprovado em: 29 / 11 / 2019

**BANCA EXAMINADORA**

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Esp. Kleyton César Alves da Silva Viriato (ORIENTADOR)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. José Baptista de Mello Neto  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Me. Carlos Bráulio da Silveira Chaves  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu pai Valdemar (*in memoriam*) e à  
minha mãe Erla, meus grandes  
exemplos de dignidade, minha maior  
força e inspiração na vida.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: HISTÓRICO, ASPECTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS .....</b>	<b>10</b>
<b><i>2.1 Breve evolução histórica do princípio da legalidade.....</i></b>	<b>11</b>
<b><i>2.2 Significado político do princípio da legalidade .....</i></b>	<b>12</b>
<b><i>2.3 Significado jurídico do Princípio da Legalidade.....</i></b>	<b>13</b>
<b>3 ANALOGIA DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COM O CRIME DE RACISMO .....</b>	<b>15</b>
<b><i>3.1 A homofobia e transfobia e a criminalização dessas condutas.....</i></b>	<b>15</b>
<b><i>3.2 A ADO n. 26/DF e o crime de racismo.....</i></b>	<b>16</b>
<b>4 A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADO N. 26/DF .....</b>	<b>18</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>21</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>23</b>

# O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A ADO N. 26/DF: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO PODER JUDICIÁRIO

Márcio André Maia Couto\*

## RESUMO

A presente pesquisa surge em um contexto de omissão legislativa em que, há quase duas décadas, existe pressão social para regular a matéria criminal referente a homofobia e transfobia. Assim, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.26/DF, em junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as condutas homofóbicas e transfóbicas devem ser equiparadas ao tratamento legal dado ao crime de racismo. Nesse sentido, o objetivo geral desse artigo é analisar a relação do Princípio da Legalidade com o resultado obtido do uso da analogia citada. A problemática central busca saber se essa decisão está em discordância com o Princípio da Legalidade. Assim, esse trabalho foi elaborado de forma teórico-normativa, utilizando-se, portanto, da pesquisa bibliográfica, análise de legislação e artigos científicos. Foram utilizados teóricos do Direito Penal, como Fernando Capez (2012) e Cláudio Brandão (2010), e do Direito Constitucional, como José Afonso da Silva (2014). A justificativa se dá na importância que carrega o Princípio da Legalidade em realizar o Estado Democrático de Direito e sua relevância se dá face à necessidade de combater a violência sofrida pelas pessoas homossexuais e transexuais. O presente trabalho tem por resultado a aferição de que é preciso reafirmar o caminho constitucional para que se atinja esse fim através do Processo Legislativo, em que se é realmente possível criar tipos penais.

**Palavras-chave:** Princípio da Legalidade. Homofobia. Transfobia. ADO n.26/DF.

## RESUMEN

La presente investigación surge en un contexto de omisión legislativa en el que, durante casi dos décadas, ha habido presión social para regular la homofobia y la transfobia. Por lo tanto, al juzgar la Acción directa para la inconstitucionalidad por defecto (ADO) No. 266 / DF, en junio de 2019, la Corte Suprema Federal dictaminó que la conducta homofóbica y transfóbica debe equipararse con el tratamiento legal dado al delito de racismo. En este sentido, el objetivo general de este artículo es analizar la relación del Principio de Legalidad con el resultado obtenido del uso de la analogía antes mencionada. El problema central busca saber si esta decisión está en desacuerdo con el Principio de Legalidad. Así, este trabajo se elaboró de manera teórica y normativa, utilizando, por lo tanto, la investigación bibliográfica, el análisis de legislación y los artículos científicos. Se utilizaron teóricos del derecho penal como Fernando Capez (2012) y Cláudio Brandão (2010) y derecho constitucional como José Afonso da Silva (2014). Se justifica la importancia del Principio de Legalidad en la realización del Estado de Derecho Democrático y su relevancia se da la necesidad de combatir la violencia sufrida por personas homosexuales y transgénero. El presente trabajo da como

---

\* Márcio André Maia Couto é graduando no curso de Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, campus III. Endereço eletrônico: <marciodi@hotmail.com>.

resultado la verificación de que es necesario reafirmar el camino constitucional para lograr este fin a través del Proceso Legislativo, donde es realmente posible crear tipos criminales.

**Palabras clave:** Principio de legalidad. Homofobia. Transfobia. ADO No. 26 / DF.



## 1 INTRODUÇÃO

Se partirmos da ideia do Direito Penal podemos vislumbrar o porquê do Princípio da Legalidade ser a missão e o objetivo do próprio Direito Penal, que se constitui como a forma mais agressiva do Estado interferir na conduta humana, pois somente através dele se pode impor uma pena. Além disso, a ideia de Direito Penal é legada de violência: enquanto a ação criminosa nega o mandamento proibitivo da lei penal, geralmente com violência, é violenta também a reação do Estado para estas ações, ou seja, a pena.

Ocorre que, há décadas, existe uma omissão das casas legislativas em regular matéria criminal referente a homofobia e transfobia, apesar de intensa pressão da população LGBT's e demais apoiadores da causa, face a violência sofrida por esses grupos. Assim, o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.26/DF, no mês de junho de 2019, decidiu que as condutas homofóbicas e transfóbicas devem ser equiparadas ao tratamento legal dado ao crime de racismo.

Nesse diapasão, essa pesquisa tem por objetivo geral analisar a relação do Princípio da Legalidade com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO) n.26/DF, quando da analogia/"criação" de tipos penais através da criminalização da homofobia e transfobia ao equiparar esses comportamentos ao crime de racismo, já previsto em lei. Com isso, quanto aos objetivos específicos, fora procurado conhecer mais a fundo o princípio, seu histórico e suas aplicações em âmbito jurídico e político. Além de tal, foi preciso apresentar os conceitos de homofobia, transfobia, e o que é uma ADO. E também compreender o molde de criação das leis penais incriminadoras pelo Poder Legislativo. Assim, pergunta-se: trata a ADO em questão de uma dissonância com o Princípio da Legalidade?

Pois, como será visto, a legalidade penal se completa com o Princípio da Legalidade de várias formas, inclusive através da espécie do Princípio da Anterioridade, segundo o qual não há crime sem lei penal anterior que o defina. Assim, através deste estudo, portanto, demonstraremos como o a lei penal incriminadora – e sua criação – deve estar fundada no Princípio da Legalidade.

Para tanto, no item 2 haverá um apanhado geral sobre o Princípio da Legalidade e sua previsão Constitucional e Penal. A partir disso, faz-se a apresentação da breve evolução histórica do princípio da legalidade, que se constitui como um dos temas basilares do Direito Penal, sendo um grande avanço. Assim, será visto, ao final o significado jurídico e político do princípio em questão, do qual decorrem consequências importantes.

No item 3, há a apresentação dos conceitos pertinentes ao que se entende por homofobia e transfobia, caracterizando esses estados mentais negativos. Também serão apresentadas noções acerca da ADO. N. 26/DF, em que se acredita haver analogia *in malam partem* a partir da ótica da aplicação da decisão para quem comete o crime.

No item 4, por fim, fora demonstrado como a Ação Direta de Inconstitucionalidade em questão está em discrepância da construção dogmática alicerçada sobre o Princípio da Legalidade.

Tendo em vista a condição universal da dogmática penal, este trabalho foi elaborado de forma teórico-normativa, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, análise de legislação e artigos científicos. Foram utilizados teóricos do Direito Penal como Fernando Capez, Oscar Vilhena Viera e Cláudio Brandão, e do Direito Constitucional, como José Afonso da Silva.

Essa pesquisa é de fundamental relevância, pois o Princípio da Legalidade constituiu-se em um princípio que possibilitará ao aplicador da Lei Penal manipular os conceitos básicos de sua dogmática, a fim de realizar o Estado Democrático de Direito. Ademais, em face à necessidade de combater a violência sofrida pelas pessoas homossexuais e transexuais, é preciso reafirmar o caminho constitucional para que se atinja esse fim através do Processo Legislativo, no qual é possível criar tipos penais.

## 2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: HISTÓRICO, ASPECTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS

A legislação penal brasileira é norteadada pelo princípio descrito no artigo 1º do Código Penal de 1940: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A essa regra se dá o nome de Princípio da Legalidade, que é um princípio-gênero que compreende como espécies os princípios da reserva legal e da anterioridade. Representa importante conquista de índole política, inscrita nas constituições de todos os regimes democráticos e liberais, sendo uma “nota essencial do Estado de Direito” (SILVA, 2014, p. 423).

Trata-se do mais basilar e fundamental dos princípios penais e garante a segurança jurídica, evitando arbítrios e abusos, legitimando o *jus puniendi* do Estado em matéria penal somente mediante existência de norma expressa, escrita e prévia [...] (RODRIGUES, 2012, p. 16).

Como citado acima, o referido artigo 1º do Código Penal exige que para que haja determinado fato delituoso, exista antes a anterioridade da lei, criando o fato típico e a cominação da pena. Dessa forma, a anterioridade que se cogita é relativa ao fato e não ao julgamento, se aplicando a toda e qualquer espécie de pena, sejam elas privativa de liberdade, restritiva de direitos ou patrimoniais.

Destarte, a expressão “lei” compreende as normas jurídico-penal editadas na forma prevista pela Constituição. Ela abrange a totalidade da situação jurídica de que a pena depende. Como é possível extrair da obra de José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 já não mais autoriza o Poder Executivo legislar por meio de “decreto-lei”, antes contemplados na Constituição Federal de 1969. Também não é possível a criação de tipo penal e a cominação de penas através de medidas provisórias, previstas no artigo 59, V, da CRFB/88, eis que somente as leis, em sentido formal, constituem as normas penais, cabendo exclusivamente ao Congresso Nacional a sua edição (SILVA, 2014).

Com redação quase idêntica, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, também em dispõe seu artigo 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em outras palavras, o princípio em questão implica na proibição da lei *ex-post facto* (após o fato), também expressamente inscrita no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Vincula-se também ao Princípio da Legalidade o dispositivo constitucional que proscreeve a pena de morte “salvo em caso de guerra declarada”, as penas “de caráter perpétuo”, “de trabalhos forçados”, “de banimento” e as penas “cruéis” (artigo 5º, inciso XLVII da CFRB/88).

Nesse diapasão, a legalidade penal se completa com Princípio da Legalidade, que a doutrina brasileira resolveu chamar por Princípio da Reserva Legal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

coisa senão em virtude de lei“ (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal). Assim, segundo José Afonso da Silva, uma

[...] diferença importante entre o princípio da legalidade (genérica) e o princípio da reserva de lei (legalidade específica) em que o primeiro envolve primariamente uma situação de hierarquia das fontes normativas, enquanto o segundo envolve uma questão de competência (SILVA, 2014, p. 425).

Assim, legalidade e reserva constituem dois indícios da própria garantia de legalidade, correspondentes a um único requerimento de racionalidade no exercício do poder. Como será visto, do ponto de vista formal, a legalidade significa que a única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada.

Diante disso, o Direito Penal é a forma mais agressiva do Estado interferir na conduta humana, porque somente através dele se pode impor uma pena. Durante uma larga época, o Direito Penal foi utilizado notadamente como instrumento de arbítrio, prestando-se a garantir os interesses do Estado através da imposição de sua consequência, isto é, a pena. (CAPEZ, 2012).

### **2.1 Breve evolução histórica do princípio da legalidade**

O princípio da legalidade foi traduzido da expressão em latim “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, por Paul Johann Anselm Von Feuerbach, em meados do século XIX (CAPEZ, 2012, p. 58), em que acrescentou-lhe “uma fundamentação a partir da sua teoria da prevenção geral da pena como ‘coação psicológica’ ou mesmo nele buscando a fundamentação da sua teoria” (VIDAL, 2003, p. 17).

Originalmente, seus contornos aparecem pela primeira vez na Magna Charta Libertatum, documento de cunho libertário imposto pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, no ano de 1215. Entretanto, foi só no final do século XVIII, já sobre influência do iluminismo, que o princípio ganhou força efetiva, passando a ser aplicado com objetivo de garantir segurança jurídica e conter o arbítrio (MASSON, 2017, p. 24). Assim, em 1762, Fernando Capez demonstra que:

[...] com a teoria do Contrato Social, de Rousseau, o Princípio da Legalidade teve um grande impulso: o cidadão só aceitaria sair de seu estado natural e celebrar um pacto para viver em sociedade se tivesse garantias mínimas contra o arbítrio, dentre as quais a de não sofrer punição, salvo nas hipóteses previamente elencadas em regras gerais, objetivas e impessoais (CAPEZ, 2012, p. 58).

No ano de 1764, Beccaria, em sua consagrada obra “Dos Delitos e das Penas”, influenciado por Rousseau, escrevia: “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, 2014, p. 18). Assim, com a Revolução Francesa, acabou consagrado na Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789.

Após esse período e a partir da separação funcional dos Poderes, o legislador passou a ser responsável pela função exclusiva de selecionar, entre os comportamentos humanos, os mais nocivos ao corpo social e, assim, defini-

los como crimes e cominar-lhes dada sanção penal. (CAPEZ, 2012, p. 59) No Brasil, acolheram-no todas as nossas cartas constitucionais, a partir da Constituição de 1824, bem como todos os códigos penais. A Constituição Federal atual o prevê em seu art. 5º, inciso XXXIX. Diante disso, o princípio em questão é reconhecido como uma garantia fundamental, a fim de limitar o poder punitivo do Estado, determinando os contornos do ilícito penal.

## **2.2 Significado político do princípio da legalidade**

O Direito Penal está indissociavelmente relacionado com a política. A esse estudo se chama política criminal, que “se dá tanto antes da criação da norma penal como também por ocasião de sua aplicação” (NUCCI, 2008, p. 58). Assim, a partir desse estudo, se pode identificar a função liberal ou totalitária do Estado, isto porque, este ramo do Direito traduz o uso estatal da violência formalizado pela dogmática jurídica (OUVIÑA, 1998, p. 57). Além disso,

[...] a origem e o predominante sentido do princípio da legalidade foram fundamentalmente políticos, na medida em que, através da certeza jurídica própria do Estado de Direito, se cuidou de obter a segurança política do cidadão (FRANCO *apud* CAPEZ, 2012, p. 57).

Como o Princípio da Legalidade surgiu como reação à tirania do Estado absolutista, ele tem uma origem política. Ainda hoje este princípio tem um significado político, não reconhecê-lo é procurar dissociar o Direito Penal da realidade. (JESUS, 2018). Assim, serão investigados três tipos clássicos de Estado e sua relação com o princípio da legalidade, de acordo com o saber produzido por Cláudio Brandão. São eles: o Estado Teocrático, o Estado Totalitário e o Estado de Direito.

Assim, em linhas gerais, no Estado Teocrático a pena tinha um caráter de castigo divino, pois a essa fase da história pertencem os regimes em que a religião ocupava o centro do poder, ditando e limitando seu exercício, ao passo em que se subjugava de forma instrumental e ilimitada aos indivíduos. No mundo ocidental, por exemplo, o Estado “torna-se teocrático na medida em que a finalidade da estrutura política passa a ser o ‘aperfeiçoamento interior dos cidadãos’ em vista da ‘verdadeira justiça’ cuja fonte remete ao Deus revelado no cristianismo” (VAHL, 2018, p. 164).

No Estado Totalitário existe a necessidade manter total controle sobre seus cidadãos e, para que isso possa se realizar, o Direito Penal é um instrumento totalmente eficaz, em que, ao invés de ser a *ultima ratio*, se constitui como *prima ratio*. Assim, se o princípio em questão realmente “[...] importa na garantia da pessoa humana frente aos possíveis abusos dos detentores do poder político estatal, ele é por natureza incompatível com o Estado Totalitário” (BRANDÃO, 2010, p. 139).

Quanto ao Estado de Direito, esse nasce com os ideais iluministas, que pretendia superar o Estado absolutório e o Estado liberal clássico. Em uma visão moderna acerca do conceito, Oscar Vilhena Viera revela que:

[...] a ideia de Estado de Direito tem sido quase unanimemente defendida em nossos dias. Ela tem servido como um ideal extremamente poderoso para aqueles que têm lutado contra o autoritarismo e o totalitarismo nas duas últimas décadas e é considerada por muitos como um dos principais pilares de um regime

democrático. Para os defensores de direitos humanos, o Estado de Direito é visto como uma ferramenta indispensável para evitar a discriminação e o uso arbitrário da força (VIERA, 2007, p. 30).

Assim, o Estado de Direito, também chamado de Estado Democrático de Direito é um modelo que parte da ideia de Estado Liberal e o Estado Social, pretendendo ser uma ferramenta de realização da ordem jurídica e das garantias da pessoa humana. Enquanto o Estado Social se constitui como um intervencionista (aos moldes da Constituição nazista Alemã, no início do século XX, por exemplo), o Estado Liberal adota a forma do Estado de Direito, porém esse aparece menos intervencionista e mais preocupado com as lógicas de mercado. Em resumo:

Se afirmarmos que pelo Direito Penal podemos identificar a face política do Estado, porque ele é a mais grave forma de intervenção estatal na esfera individual, é correto se afirmar também que pelo Princípio da Legalidade podemos identificar o Estado que submete o poder político aos limites do Direito, amoldando-se na concepção, aqui exposta, do Estado Social e Democrático de Direito (BRANDÃO, 2010, p. 149).

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, diz que: A República Federativa do Brasil pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, *constituiu-se em Estado democrático de direito* e tendo como fundamentos [...]” (BRASIL, 1988, *grifo nosso*). Isso posto, pode-se afirmar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e como exposto, se norteia pelo princípio em questão.

### **2.3 Significado jurídico do Princípio da Legalidade**

Para Fernando Capez,

Somente haverá crime quando existir perfeita correspondência entre a conduta praticada e a previsão legal. Tal aspecto ganhou força com a teoria de Biding, segundo a qual as normas penais incriminadoras não são proibitivas, mas descritivas; portanto quem pratica um crime não age contra a lei, mas de acordo com esta, pois os delitos encontram-se pormenorizadamente descritos em modelos legais, chamados de tipos (CAPEZ, 2012, p. 59).

Segundo a teoria de Karl Biding, a lei penal e a norma diferem. Assim, a lei penal incriminadora é dividida em duas partes: o preceito primário, que vai descrever determinado comportamento como proibido, e o secundário, que dirá uma pena a ser aplicada caso esse comportamento venha se realizar. Dessa forma, quando se comete um crime, não se desrespeita a lei e sim a norma. Para ele, “é a norma que contém caráter mandamental proibitivo, posto que a lei possui, apenas, mero caráter descritivo da conduta considerada ilegal” (MASSON, 2017, p. 125-126).

Isso posto, do Princípio da Legalidade se depreende várias consequências jurídicas, pois a criação de lei penal, ao conter a conduta e a pena deve ser expressamente “disciplinada por uma manifestação de vontade daquele pode estatal a que, por força da Constituição, compete à faculdade de

legislar, isto é, o poder legislativo” (CAPEZ, 2012, p. 60). Ademais, o tal princípio também cria a reserva legal, como já explicado.

Outras consequências são a taxatividade e restrição do uso da analogia no direito penal. Quanto à primeira, tem-se que a lei penal incriminadora deve ser escrita, estrita, prévia e certa, portanto, taxativa. Quanto ao segundo, no Direito Penal não se admite o uso da analogia *in malam partem* (para prejuízo da parte), mas apenas em *in bonam partem* (para beneficiá-la). Como é exposto por Cristiano Rodrigues:

Não é possível incriminar um fato com base simplesmente em um costume social, ou por razões de conveniência social, bem como não se pode aplicar uma lei incriminadora a uma situação que não esteja expressamente prevista em seu texto. Por mais que a situação fática realmente se pareça com o que consta no texto legal, sempre será preciso que haja manifestação prévia do poder legislativo, através de lei, para que algo seja considerado crime (RODRIGUES, 2012, p. 19).

Guilherme Nucci atenta também para outros dois aspectos das consequências jurídicas do Princípio da Legalidade, sendo um material e outro formal. Quanto ao seu conteúdo material:

[...] denomina-se legalidade material ou substancial a impossibilidade de se considerar uma conduta criminosa, se não for considerada lesiva a interesse juridicamente tutelado, merecedora de pena, de acordo com a visão da sociedade (NUCCI, 2008, p. 87).

Assim, quanto ao seu conteúdo formal:

[...] denomina-se legalidade formal a impossibilidade de se considerar criminosa determinada conduta se esta não for considerada lesiva a um interesse juridicamente protegido, merecedora de pena, desde que esteja devidamente prevista em lei (NUCCI, 2008, p. 87).

No Brasil, a regra é a legalidade formal, mas se admite também a análise da legalidade material, o que vem a ser chamado de Princípio da Insignificância, estando ambos associados. Esse princípio tem incidência quando na análise do fato típico, em que se averigua a ofensa a bem jurídico tutelado (ROXIN, 2009), de modo que, determinado comportamento, apesar de estar proibido pelo mandamento da lei penal, não significou realmente uma ofensa a esse bem (MASSON, 2017). Diante disso, jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que, para que se aplique o Princípio da Insignificância, tem que haver cumulativamente: a) conduta minimamente ofensiva; b) grau reduzido de reprovabilidade social do comportamento; c) ausência de risco social (periculosidade) e uma d) lesão inexpressiva. Como é possível perceber abaixo.

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), com base no princípio da insignificância, concedeu Habeas Corpus (HC 144551) a uma mulher acusada de furtar um par de sapatos femininos avaliado em R\$ 99,00, posteriormente restituído ao estabelecimento comercial. O ministro considerou, no caso, que o prejuízo material foi

insignificante e a conduta não causou lesividade relevante à ordem social e determinou absolvição da ré (HC n.: 144551/STF 2018) <sup>1</sup>.

Em resumo, as consequências do princípio em comento são: a proibição da analogia em prejuízo do réu, mas apenas em seu benefício; a existência da lei penal incriminadora sendo certa, escrita, prévia e estrita e advinda do poder legislativo; e a legalidade formal como regra, embasando todo o exposto, mas a material como possível de ser admitida em certas configurações.

### **3 ANALOGIA DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COM O CRIME DE RACISMO**

Como será visto, diante da omissão do Poder Legislativo em regular matéria criminal referente à homofobia e transfobia enquanto tipo penal, o Supremo Tribunal Federal nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.26/DF rel. Min. Celso de Mello, juntamente com o Mandado de Injunção (MI) 4733 rel. Min. Edson Fachin, decidiu no dia 13 de Junho de 2019, que as condutas homofóbicas e transfóbicas devem ser equiparadas ao crime de racismo.

#### **3.1 A homofobia e transfobia e a criminalização dessas condutas**

Em apanhado geral sobre o termo homofobia, Maria Berenice Dias releva que:

O termo homofobia foi cunhado em 1972, pelo psicólogo americano George Weinberg, para identificar o medo expresso por heterossexuais de estarem na presença de homossexuais. No entanto, passou a ser utilizado para nominar o conjunto de atitudes negativas em relação a homossexuais, em alusão a situações de preconceito, discriminação contra a comunidade LGBTI. [...] Foi somente no final dos anos 1990 que os dicionários registraram pela primeira vez o termo homofobia. *Pode ser definida como hostilidade geral - psicológica e social - contra quem, supostamente, sente desejo ou tem práticas sexuais com indivíduos de seu mesmo sexo.* Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita todos os que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. É uma construção ideológica que hierarquiza as sexualidades (DIAS, 2014, p. 91, *grifo nosso*).

Sabendo que por LGBT se entende o grupo denominado “Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros”, vê-se que, do mesmo modo, essas emoções negativas, como aversão, ódio, desconforto e medo são descarregadas também no contexto da transfobia, no qual as pessoas *trans* sofrem igualmente violências estruturais, simbólicas e históricas. De modo que,

[...] são conhecidos e frequentes, no Brasil, os casos de uso da violência contra esse grupo. Em 2018, morreram no país 420 pessoas LGBT: 320 homicídios e 100 suicídios. Embora inferior aos 445 registrados em 2017, o número de 2018 significa que, pelo segundo ano consecutivo, mais de 400 pessoas LGBT perderam a vida (BAHIA, 2018, p. 1).

---

<sup>1</sup> Cf. notícia sobre o caso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=376680> Acesso em: 10 nov. 2019.

Assim, “essas emoções, em alguns casos, seriam a tradução do receio (inconsciente e ‘doentio’) de a própria pessoa homofóbica ser homossexual (ou de que os outros pensem que ela seja)” (JUNQUEIRA, 2007, p. 4). Para além da terminologia, não é recente a discussão acerca da criminalização dessas condutas, ou seja, do tipo penal específico e taxativo. Há quem se posicione contra, por considerar o direito penal como *ultima ratio*, sendo

[...] impossível que a pena sirva como dispositivo eficaz na concretização e proteção de direitos de minorias. Ela se traduz, obrigatoriamente, em fator de dominação – atuante sempre em desfavor somente daqueles que lhe são vulneráveis [...]. Por outro lado, ainda que se creia – diferentemente deste subscritor – na criminalização como expediente válido de emponderamento de minorias, deve-se admitir que, no caso em questão, tornar a homofobia um delito teria eficácia *meramente simbólica*, uma vez que a quase totalidade das violências operadas contra a população LGBT já pode hoje ser encarada como algum tipo de crime – injúria, difamação, lesão corporal, tortura, homicídio, estupro etc. (SILVA, 2015, p. 11).

E há quem seja a favor, por considerar o contexto de opressão que esse grupo populacional sofre. Como reconhecido por Luiz Carlos Gonçalves:

A partir da dicção de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, é possível reconhecer um mandado constitucional de criminalização de condutas ofensivas à liberdade de orientação e identidade sexual. A criminalização da homofobia e transfobia têm, portanto, lastro constitucional (GONÇALVES, 2015, s/p.).

Nesse mesmo sentido entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADO n.26/DF, equiparando a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, como será explorado a seguir.

### **3.2 A ADO n. 26/DF e o crime de racismo**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma ação do controle de constitucionalidade, em que geralmente o Supremo Tribunal Federal verifica a compatibilidade formal (processo legislativo) e material (essência) entre as leis e a Constituição. Nesse caso, na inconstitucionalidade por omissão é verificado se a mora do poder legislativo produz espaços de inconstitucionalidades. Está prevista pelo art. 103, §2º da Constituição Federal e pela Lei 9869/99, em que se busca combater a inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada (SILVA, 2014). Assim,

[...] verifica-se nos casos em que são seja praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática (SILVA, 2014, p. 49).

Para tanto, em linhas gerais, são seguidos uma série de princípios, como o da a) Rigidez Constitucional, que traduz a solenidade e rigidez do processo de alteração da carta magna; da b) Supremacia Constitucional, em que a



Constituição é considerada como Lei Maior a fim de manter o funcionamento das instituições de um Estado Democrático de Direito; e princípio da c) Presunção da Constitucionalidade das Leis, em que as normas originárias da constituição gozam de presunção absoluta, enquanto as demais, por ser produto do poder político estadual, gozam de presunção relativa (SILVA, 2014). Eles existem a fim de dar equilíbrio e segurança jurídica ao Estado Democrático de Direito.

Assim, no tocante ao crime de racismo, a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLII, prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). Nos termos da ADO em questão, considerou-se a

[...] dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que 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* (ADO26, 2019, p. 6 *grifo nosso*).

O resultado disso é que esses atos preconceituosos relacionados à orientação sexual se constituirão como fato típico, devendo ser punidos de acordo com a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Sobre seu contexto, é importante saber que:

[...] a Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, foi derivada do Projeto de Lei 52, de 1988 (668/88, na origem) que surgiu, conforme manifestação do Ministério da Justiça, "da convicção, demonstrada na justificação do projeto de lei, de que o Brasil é um país racista e, assim sendo, o negro, apesar de ter conquistado sua liberdade, ainda não conseguiu integrar-se à sociedade como cidadão, o que é percebido na dificuldade de acesso do discriminado à vida econômica e política do país". Em 1997, por meio da Lei 9.459, a normativa acima foi alterada para prever punição penal para a "discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". O Projeto de Lei da Câmara 122, de 2006, buscava modificar mais uma vez a redação da Lei 7.716/1989 para punir criminalmente a "discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, *gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero*", mas, infelizmente, foi arquivado (CHEKER, 2019, *grifo nosso*).

Desse modo, esse será o entendimento, até que o Congresso Nacional aprove uma lei específica sobre o tema. Ademais, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) aprovou, no dia 22 de Maio de 2019, um relatório do Senador Alessandro Vieira (Cidadania-SE) favorável a um projeto de lei de autoria do senador Weverton (PDT-MA) que criminaliza a homofobia.

Segundo o projeto, comete o crime de homofobia a pessoa que, "por motivo de intolerância, discriminação ou preconceito", negar uma promoção profissional à vítima; impedir o acesso ou recusar atendimento à vítima em estabelecimentos comerciais e, ainda, restringir "manifestação razoável de afetividade de qualquer pessoa", em locais de acesso público, exceto templos religiosos. As penas variam de um a cinco anos de prisão (NEVES, 2019, s/p.).

Outros projetos de lei já tramitaram no Congresso, como o PL 122/06, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi, em que se buscou criar uma norma geral para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, estabelecendo, para tanto as tipificações e delimitações quanto as responsabilidades do ato e dos agentes. Porém, foi arquivado após passar oito anos no Senado sem obter aprovação.<sup>2</sup>

Até o início de 2019, tramitavam ainda o PL 7582/14, da deputada federal Maria do Rosário, em que buscou definir o que se entende por crimes de ódio, compreendendo também os motivados por orientação sexual e identidade de gênero, em que se estabeleceu pena de um a seis anos de prisão e multa para quem realizar a conduta típica. Mas também foi arquivado em janeiro de 2019.<sup>3</sup>

Além desses, há também o PLS 134/18, que ainda não foi arquivado. De autoria da ex-senadora Marta Suplicy, quer criar o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, ao passo em que regulamenta o "crime de intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero", o "crime de indução à violência" e demais preconceitos e discriminações no contexto do mercado de trabalho e nas relações de consumeristas, punidos com penas de prisão de um a cinco anos. O projeto está, atualmente, sendo analisado na Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor.

É perceptível que o ordenamento jurídico carece de norma específica que proteja esses grupos sociais quem sofrem constantemente diversos tipos de violências ocasionadas pelo ódio. No entanto, a necessidade de proteção dessas comunidades não pode justificar a flexibilização das garantias que cercam o processo de criminalização das condutas.

#### **4 A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADO N. 26/DF**

De fato, toda conduta preconceituosa e discriminatória deve sofrer uma sanção penal desde que esteja descrita especificamente na norma, como demonstrado. Assim, é “vedado constitucionalmente quando se visa flexibilizar as garantias que cercam o processo da criminalização das condutas, pois somente pode ser feita por Lei, respeitado todo o processo legislativo” (ZENI, 2019, s/p.).

Dessa forma, o poder legislativo é o responsável pela criação da lei penal, tal qual o mandamento que emana da Constituição em seu art. 22, I – em que dispõe que compete *privativamente à União legislar sobre direito penal*. Ademais, o parágrafo único do referido artigo diz que lei complementar pode autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas, no âmbito do artigo supracitado (BRASIL, 1988). Dessa forma, não pode extrapolar os limites dados por dada lei complementar em questão, quando da transferência de atribuição.

O Princípio da Legalidade deve ser rigidamente considerado quando da criação da lei penal incriminadora, já que, como visto, tal princípio tem por escopo limitar o *jus puniendi* do Estado. Diante disso, a omissão do Congresso Nacional na implementação de lei que defina o referido tipo penal, não pode justificar que o STF substitua o legislador na criação de norma jurídica penal,

---

<sup>2</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 10 nov. 2019.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 10 nov. 2019.

mesmo que se deixe de atender as necessidades desse grupo vulnerável, há anos oprimido. Para tanto, é preciso que uma série de fatores esteja disposta, para que até mesmo a criação do tipo não reste como meramente simbólica. Nesse sentido,

Ainda que tenha especial papel político, o Supremo Tribunal Federal não é Legislador. A premissa básica da decisão, proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é a de que o Poder Legislativo foi omissor por não ter criado, ainda, a homofobia. O Supremo Tribunal Federal concordou com o argumento e determinou a aplicação de sua própria definição de crime enquanto o Poder Legislativo não criar legislação sobre a matéria. Embora interessante, a premissa é problemática no horizonte de uma democracia constitucional. Afinal, parte-se do pressuposto de que o Poder Legislativo tinha o dever legal de criar uma lei específica definindo um crime particular (PORTELA, 2019, s/p.).

Pois, como demonstrado, para que alguém seja punido criminalmente, é necessário que haja previamente uma norma penal descrevendo de forma clara e exata a conduta criminosa, e que ela seja emanada do Poder Legislativo, através do processo formal de leis ordinárias. Nesse entendimento está o

[...] o art. 5º, XXXIX, da Constituição, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trocando em miúdos: somente a lei pode estabelecer o que é e o que não é crime. Leis são atos políticos bastante especiais, pois resultam da vontade do Poder Legislativo. Apenas a Câmara dos Deputados e o Senado (ainda que haja espaço de atuação para o Presidente da República com seu poder de veto) podem decidir o que é e o que não é um crime (PORTELA, 2019, s/p.).

Além disso, não se admite analogia em prejuízo do réu *in malam partem*, a proibição desta é uma decorrência do Princípio da Legalidade. Se uma conduta não se amoldar perfeitamente ao modelo abstrato da ação ou da omissão que a norma penal descreve, não é possível aplicação da dita norma. Isso se dá porque no Direito Penal é defeso a aplicação das normas para incriminar condutas semelhantes aquelas típicas (MASSON, 2017). Com efeito, o juiz não pode ocupar o papel do legislador para criar um novo tipo penal ou para agravar a punibilidade dos crimes já previstos no ordenamento. Daí o porque de somente a lei poder determinar o conteúdo da ação digna de uma pena e de sua consequência jurídica, no silêncio da lei não é possível nenhum processo de integração por parte do aplicador da norma para a ampliação do conteúdo da lei ou da sua sanção. Pois, como visto, no direito penal, não é possível aplicar à analogia a lei penal para criar novas figuras de delito ou para contemplar penas ou medidas de segurança que não estejam taxativamente previstas, ou para agravar a situação do réu. Nesse mesmo sentido,

[...] o princípio da legalidade veda, também, o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham a prejudicar o agente, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes, etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) (GRECO, 2016, p. 147).

Não se pode violar a legalidade penal com a alegação do dever de proteção da Comunidade LGBT, esta não admite ponderações, já que, como dito, a reserva legal tem caráter absoluto. As questões relacionadas à sexualidade dizem respeito às liberdades individuais, portanto são direitos fundamentais e de ordem constitucional. Em relação ao mérito faz sentido criminalizar todas as condutas fundadas no ódio e na discriminação, especialmente em relação aos crimes contra a vida, desde que obedecidos os trâmites para criminalização das condutas respeitando o Princípio da Legalidade. Sobre os direitos fundamentais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é um dos marcos nesse sentido, na qual dispõe que

Art. II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Art. III – Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. [...] Art. V - Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. [...] Art. VII - Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação (ONU, 1948, s/p.).

Assim, como visto, de acordo com o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desse modo, se a norma incriminadora não foi elaborada previamente à conduta tipificada, obedecendo todas as formalidades legislativas, a criminalização não está em par com o que diz a Constituição. Cabe somente ao Poder Legislativo definir o que é crime. Ao Poder Judiciário compete aplicar a lei verificando se um acusado praticou ou não a conduta, cominando-lhe a pena correspondente. Em resumo, como apresentado por Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini,

[...] pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ainda que o fato seja imoral, antissocial ou danoso, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime. O também denominado *princípio da reserva legal* tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para definição dos crimes e cominações das sanções penais, o que afasta não só outras fontes do direito como as regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, embora tenha o mesmo efeito, como ocorre, por exemplo, com a *medida provisória*, instrumento totalmente inadequado para tal finalidade. Mesmo antes da Emenda Constitucional n.32, de 11-9-2001, que proibiu expressamente a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas a direito penal e processual penal (art. 62, § 1º, I, b, da CF) já decidira o STJ que o poder de legislar sobre matéria penal é privativo do Congresso Nacional. O postulado básico inclui também, aliás, o princípio da *anterioridade* da lei penal no relativo ao crime e à pena. Somente poderá ser aplicada ao criminoso pena que esteja prevista anteriormente na lei como aplicável ao autor do crime praticado. Trata-se, pois, de dupla garantia, de ordem criminal (*nullum crimen sine*

*prævia lege*) e penal (*nulla poena sine prævia lege*) (MIRABETE; FABBRINI, 2018, p. 39-40).

Ademais, outra questão a ser questionada, é a da elasticidade do termo homofobia que é um fator delicado na seara dessa decisão, porque pode abranger desde um comentário ou uma piada, até uma motivação pra um homicídio. Outro ponto é a interação da liberdade sexual com a liberdade de crença. Existem religiões e lideranças religiosas, que consideram a homossexualidade um pecado. Entra em discussão outro direito constitucional, ao ser restringida a liberdade religiosa. Nesta seleuma,

[...] o STF substituiu-se ao legislador e “criou norma jurídica”. Foi tão além que criou até mesmo uma causa de exclusão do delito, a *liberdade religiosa*, ou seja, não é crime o discurso homotransfóbico feito por um padre durante uma missa – se não configurar *discurso de ódio* (qualquer exteriorização que incite discriminação, hostilidade ou violência) (VIEIRA, 2019, s/p.).

Por fim, mesmo não tendo criado uma lei ou um artigo específico para o delito, o STF ao optar pela ampliação do conceito de racismo ou adaptá-lo a um conceito “social de racismo” incluindo condutas como a homofobia e a transfobia, estas completamente diversas a um tipo penal já existente, viola princípios e garantias conquistadas ao longo de muitos anos de um processo civilizatório, que garantem a democracia constitucional, o bem estar social, a proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado e fundamentam a segurança jurídica do Sistema Penal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto vimos que o Princípio da Legalidade é um princípio gênero que abarca os princípios da anterioridade e da reserva legal. Está descrito no art. 1º do Código Penal de 1940. Tratando-se do mais basilar e fundamental dos princípios penais, já que garante a segurança jurídica. A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXIX, com redação semelhante ao do Código Penal, em seu artigo 1º, dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É um princípio antigo que vem evoluindo entre os séculos, sendo finalmente traduzido por Von Feuerbach da expressão em latim “*nullum crimen, nulla poena sine prævia lege*”. Quanto ao seu significado político, foi visto que sua expressão máxima é criar e manter o Estado Democrático de Direito, no qual se busca realizar as garantias fundamentais e em que há uma série de regras que estruturam seu funcionamento. Quanto ao seu significado jurídico, o princípio em questão traz por consequências a proibição da analogia em prejuízo do réu e a taxatividade da lei que deve ser certa, escrita, prévia e estrita.

Nesse diapasão, a homofobia e a transfobia são consideradas como hostilidade geral, podendo ser psicológica e social, contra quem difere do padrão heteronormativo. Tendo em vista a situação de violência que esses grupos são submetidos e a omissão do Poder Legislativo em criar tipos penais que criminalizem essas condutas, o STF no julgamento da ADO N.26/DF decidiu equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, previsto pelo art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. Em que pese o histórico de lutas desse

grupo vulnerável, a decisão do STF figura como afetação ao Princípio da Legalidade.

A saber, uma conduta preconceituosa e discriminatória que está vulnerabilizando determinada comunidade merece atenção do Estado para apreciar a possibilidade de sua criminalização, desde que, para tal, o poder competente, no uso de suas atribuições legais, o faça. Desta forma, foi visto que cabe ao poder legislativo, única e exclusivamente, tal tarefa. Neste sentido, o Princípio da Legalidade deve ser regra absoluta, pois, o mesmo tem a função de limitar o *jus puniendi* do Estado. A omissão do Congresso Nacional não pode justificar que o STF assuma o papel do legislador na criação de norma jurídica penal, entretanto, essa foi à premissa básica da decisão, proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO N. 26/DF) que o Supremo Tribunal Federal concordou e determinou a aplicação de sua própria definição de crime ferindo o Princípio da Legalidade que veda à analogia *in malam partem*. Embora a proteção da Comunidade LGBT englobe questões relacionadas a direitos fundamentais, não se pode violar a legalidade penal. Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ao ampliar o conceito de racismo para criminalizar condutas como a homofobia e a transfobia o STF viola um princípio basilar causando instabilidade da segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

BARIFOUSE, Rafael. **STF aprova a criminalização da homofobia**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 22 de outubro 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSEMIRO, Luiza Carla. **Homofobia, lesfobia, transfobia**: toda forma de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero e a repercussão nos meios de comunicação. 2015. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo6/homofobia-lesfobia-transfobia-toda-forma-de-preconceito-e-discriminacao-por-orientacao-sexual-e-identidade-de-genero-e-a-repercussao-nos-meios-de-comunicacao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CHEKER, Monique. **Criminalização da homofobia pelo STF viola garantismo de Ferrajoli**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-03/monique-cheker-criminalizacao-homofobia-stf-viola-garantismo-ferrajoli>. Acesso em: 10 nov. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

GONÇALVES, Luiz Carlos. **Direito penal: a criminalização da homofobia como forma de proteção de direitos fundamentais**. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protECAo-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRUPO GAY DA BAHIA - GGB. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil.** Relatório 2018. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

JUNQUEIRA, R. D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 1, n. 1, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**, Parte Geral, volume 1. São Paulo: Método, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo. Editora Atlas, 2018.

NEVES, Rafael. **Senado aprova projeto que criminaliza homofobia**. Uol. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/senado-aprova-projeto-que-criminaliza-homofobia/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, Parte Especial. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

Organização das Nações Unidas - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em: 10 nov. 2019.

OUVIÑA, Guillermo. **Estado Constitucional del Derecho Penal: Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1998.

PORTELA, Fábio. **Criminalização da homofobia: riscos para a Democracia Constitucional**. 2019. Disponível em: <https://pesquisajuridica.blog.br/artigos-juridicos/criminalizacao-da-homofobia-riscos-para-a-democracia-constitucional/> Acesso em: 10 nov. 2019.

RODRIGUES, Cristiano. **Saberes do Direito: Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.



VIEIRA, Plínio. **Ativismo judicial-penal no julgamento da homotransfobia: um ativismo perigoso?** 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/07/05/ativismo-judicial-penal-no-julgamento-da-homotransfobia-um-ativismo-perigoso/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito.** 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/a03v4n6.pdf> Acesso em: 10 nov. 2019.

VIDAL, Paulo. **Evolução Histórica do Princípio da Legalidade.** 2003. Disponível em: <http://www.vidal-advogados.com/artigos/0bc1c3d9d8.pdf> Acesso em: 10 nov. 2019.

VAHL, Matheus Jeske. Teocracia ou Estado religioso? Uma reflexão sobre a natureza do Estado no pensamento político de Santo Agostinho. **Revista Contemplação**, n. 17, 2018. p. 154-171.

ZENI, Maycky Fernando. **A criminalização da homofobia pelo STF.** 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74951/a-criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me mantido forte e esperançoso durante esta pesquisa, com saúde e forças para chegar até o final.

Sou grato aos meus pais Valdemar (*in memoriam*) e Erla, por sempre me incentivarem e acreditarem que eu seria capaz de superar os obstáculos que a vida me apresentou.

A toda minha família pelo apoio incondicional.

A minha namorada Marília Mendes, por todo o seu amor e companheirismo dedicado a mim e por compreender as várias horas em que estive ausente por causa do desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço ao meu orientador Professor Kleyton, por aceitar conduzir o meu trabalho de pesquisa.

Ao irmão que ganhei na universidade, Pablo Beltrão, pela sua amizade, pela ajuda na vida acadêmica, sempre me cobrando e me incentivando a ir além e por se fazer presente em todos os momentos da minha vida, sejam eles tristes ou felizes.

À minha amiga Ana Raquel, pela imensa atenção e pela ajuda que se tornou essencial para que o projeto fosse concluído.

À minha amiga de infância Raissa Lucena por todo apoio prestado durante o período acadêmico, desde o início até o último momento.

Também quero agradecer à Universidade Estadual da Paraíba e ao seu corpo docente, que demonstrou estar comprometido com a qualidade e a excelência do ensino.