



**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**
**THE CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSFOBIA BY SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Luane Trentin Niero¹
Eduardo Puhl²

RESUMO

Considerando-se o caso da criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal, o presente artigo objetiva verificar a necessidade de proteção legal para os grupos atingidos e discriminados, aqui descritos como Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros, além de identificar e discutir acerca dos requisitos para criação de um tipo penal e analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a criminalização do tema. O trabalho se utilizou de um método dedutivo, apoiado em técnicas de revisão bibliográfica e análise da legislação brasileira e da jurisprudência. Verificou-se que, idealmente, a homotransfobia deveria ser criminalizada via legislação ordinária, de competência exclusiva do poder legislativo, sendo que a atuação do STF se configura como ativismo judicial.

Palavras-Chave: Homotransfobia. Criminalização. Discriminação. Ativismo judicial.

ABSTRACT

Considering the case of the criminalization of homotransphobia by the Federal Supreme Court, this article aims to verify the need for legal protection for affected and discriminated groups, described here as Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender, in addition to identifying and discussing the requirements for the creation of a criminal offense and analyze the decision of the STF on the criminalization of the subject. The work used a deductive method, supported by bibliographic review techniques and analysis of Brazilian legislation and jurisprudence. It was found that, ideally, homotransphobia should be criminalized through ordinary legislation, which is the exclusive competence of the legislative power, and the role of the STF is configured as judicial activism.

Keywords: Homotransfobia. Criminalization. Discrimination. Judicial activism.

¹Graduanda em Direito na Universidade do Contestado. Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil.
E-mail: lunieroo@gmail.com

²Doutorando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado (UNC). Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-9598-3892>. E-mail: eduardopuhl@gmail.com

Artigo recebido em: 08/11/2021

Artigo aceito em: 21/12/2022

Artigo publicado em: 28/08/2023

1 INTRODUÇÃO

Os ataques incessantes a comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros, tratada neste artigo pela sigla LGBTQ+, representam grave violação aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. Diante disso, tramita no Congresso Nacional um projeto de Lei que visa a criminalização da homotransfobia. A morosidade do legislativo, entretanto, atrapalha e deixa a comunidade à mercê de uma proteção falha.

Com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, em 13 de junho de 2019, a homotransfobia como uma espécie de racismo social, enquadrando os atos discriminatórios praticados em face da população LGBTQ+ aos crimes de racismo. Este entendimento deve prevalecer até o poder legislativo elaborar uma norma sobre o tema. E é aqui que jaz o problema: teria o STF legitimidade para tal?

Objetiva-se, desta forma, identificar a necessidade de proteção da comunidade LGBTQ+, verificar quais são os requisitos para criação de um tipo penal e, por fim, analisar a atuação do STF sobre o tema.

O método utilizado foi o dedutivo, por meio de técnica de revisão bibliográfica, jurisprudencial e legal, buscando verificar a necessidade da criminalização pelo STF e se a sua atuação para enquadrar a homotransfobia como crime é adequada.

Assim, a primeira seção visa a analisar a necessidade de proteção da comunidade LGBTQ+ com a criminalização da homotransfobia. A segunda seção do artigo destina-se a analisar os requisitos necessários para a criação de um tipo legal, tendo em vista que a competência originária para elaborar pertence ao legislativo. Na terceira seção o foco foi sobre a atuação do STF, para identificar uma possível violação ao princípio da separação dos poderes. Por fim, foram realizadas as considerações finais.

2 NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA COMUNIDADE LGBT+

A luta pelos direitos das minorias faz parte do contexto histórico social, não apenas nacional, mas também mundial, em especial a luta da classe LGBT+, que teve início no Brasil na década de 1970, com a denominação de Movimento Gay (GREEN, 2018). Com a adição de outros grupos, a nomenclatura mereceu reforma, passando-se a chamar de movimento LGBT, posto que não se limitava a apenas homens gays, mas sim a lésbicas, bissexuais, travestis, transsexuais e transgêneros, trazendo uma perspectiva mais inclusiva (ALVARO; SILVA, 2018).

Foi de extrema valia a resignação do movimento, tendo em vista que a busca pela igualdade e direitos não deveria limitar-se apenas a uma orientação sexual, mas sim, a sua totalidade e também estender-se a identidade de gênero. O preconceito não se restringe apenas aos homens gays, mas sim a toda a comunidade. Trata-se de um verdadeiro axioma da cultura brasileira, pois a conduta discriminatória de muitos brasileiros percebe-se escancarada nos noticiários, tanto que o Brasil domina uma das primeiras colocações no ranking de países mais matam LGBT+, regido por motivação de ódio e violência (JUSTO, 2021).

Estampado em noticiários brasileiros, verifica-se que os ataques homofóbicos acontecem com bastante frequência, na maioria das vezes sem motivo aparente. Pode-se citar o caso do jovem esfaqueado 17 vezes, por cerca de 10 pessoas. Ao conceder uma entrevista para um canal de televisão Brasileira, o jovem de 23 anos, estudante de odontologia, diz não entender o ataque que sofreu. Segundo o jovem, “durante todo o tempo em que me espancavam, eles gritavam que era menos um homossexual. Eu vou falar homossexual para não ser tão baixo quanto as coisas que eles diziam”, relata a vítima (BECKHER, 2019).

A liberdade, direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), representa mais do que um direito consagrado representa uma autonomia própria decorrente da natureza humana materializada em dispositivos legais. Em um Estado regido pelo liberalismo, não há como impor aos cidadãos comportamentos que reprimem sua autonomia, pois esta expressão de comportamento particular, exercida por meio do seu direito liberal, deveria ser respeitada (LOPES, 2007).

Viver e compartilhar afetos é o que o grupo LGBTQ+ sempre reivindicou, como os demais indivíduos de uma sociedade. Mas do que vale a vida se não for vivida com dignidade? Esse preceito é tão fundamental que perfaz o artigo 1º, III, da CRFB/88.

Para Rizzato Nunes (2010), a dignidade da pessoa humana pode ser dividida em dois segmentos: o inerente à pessoa humana; e outro, direcionado à vida das pessoas, dentre possibilidades e direito de exercer e viver a vida com dignidade.

A dignidade é pressuposto da luz da democracia, da justiça social, de igualdade e de solidariedade humana. Esta ideia está ligada a condição de pessoa, todas iguais perante a Lei, sem distinção de gêneros.

Segundo Alexandre de Moraes (2002), a dignidade trata de valores espirituais e morais referente a pessoa, onde cada pessoa é responsável pela própria vida, e esta possui a pretensão ao respeito por parte dos demais, e de uma forma geral, todas as pessoas estarão protegidas pelo estatuto jurídico e este apenas pode limitar-se excepcionalmente em relação ao exercício dos direitos fundamentais.

Agir com dignidade, portanto, é respeitar o direito do outro e se autodeterminar, buscando abster-se de condutas que violam o seu direito e do próximo, assim, cada um possui a obrigação de buscar a efetividade e proteção do que é de sua garantia.

Para o José Afonso da Silva, (2000) a dignidade da pessoa humana, é considerada com um valor supremo, não devendo empregar-se a apenas direitos pessoais tidos como comuns, mas, estender-se aos direitos sociais do cidadão.

Conforme o posicionamento de Humberto Alcalá (2004), a dignidade humana é um valor que serve de fundamento para os direitos humanos. Este valor não serve apenas para ser aplicando negativamente a essas pessoas, mas sim, para mostrar o pleno direito que cada ser humano tem, com o seu desenvolvimento pessoal.

Assim, ao falar-se de dignidade, presume-se que uma vida digna é acompanhada da possibilidade de escolhas sem abdicar de suas emoções, sentimentos e escolhas, pelo fato de não ser tratado como os demais.

Quando se trata da criminalização da homofobia muitas discussões vêm à tona, geralmente por grupos de posicionamentos opostos. O Código Penal define crimes e comina as respectivas penas, como a lesão corporal, homicídio, difamação, dentre outros.

Sendo assim, fica claro que o direito deste grupo deve estar harmonizado com o princípio da dignidade da pessoa humana, como propõe Nucci (2014), a dignidade

da pessoa humana se constitui em princípio regente do ordenamento jurídico, inclusive do Direito Penal. Implica no sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, importante para a formação de sua personalidade.

A orientação sexual deveria ser tratada como um direito decorrente da condição humana, para o qual o indivíduo possui a liberdade de se orientar sexualmente como bem entender, sem interferência por parte dos demais.

Portanto, cabe a igualdade e o respeito entre os indivíduos, pois a dignidade advém de fatores raciais e singulares. Sendo assim, não pode limitar-se à orientação sexual de alguém, pois trata-se de um fato social, cuja conduta deve ser reconhecida pelo direito de uma forma direta e específica.

Segundo Alexandre de Moraes (2002), é dever do Estado a garantia da justiça e dos direitos de liberdade ao indivíduo. A dignidade da pessoa humana, inteiramente ligada aos direitos e garantias fundamentais, excluindo o pensamento de domínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual.

Cabe ao Estado garantir a todo cidadão o exercício pleno de seus direitos fundamentais e a manutenção do mínimo necessário para uma vida digna. Só assim seria possível estabelecer uma sociedade igualitária, reprimindo a desordem e promovendo o bem-estar, evidenciando a proteção dos direitos fundamentais. Porém, quando delimitando a análise dos direitos fundamentais no contexto das minorias, percebe-se uma garantia abrandada, ou seja, os direitos deste grupo são constantemente reprimidos, de modo que é necessário a criação de novos mecanismos legais, para que estes direitos sejam protegidos e promovidos com mais efetividade.

Segundo Fernandes (2004), ao ofender, agredir, física ou espiritualmente alguém, em razão da sua orientação sexual, o princípio da dignidade da pessoa humana também está sendo atacado e toda e qualquer forma de discriminação deve ser combatida e repelida.

Não existem motivos plausíveis que justifiquem a discriminação. Longe disto. Ver a orientação sexual de determinada classe de indivíduos como uma perversão ou doença é um posicionamento particular errôneo e que indubitavelmente deve ser reformulado. A homossexualidade é parte da personalidade do indivíduo, não devendo ser hostilizada. O respeito de fato seria o caminho para o exercício da

igualdade, pois apenas a empatia gera a compreensão da diversidade (FERNANDES, 2004).

Sendo assim, em virtude das mudanças e evolução sociais presentes na sociedade, cabe ao ordenamento jurídico acompanhar e adequar-se aos tempos hoje vividos, criando, ampliando, garantindo e promovendo direitos.

Percebe-se que, mesmo diante da penalização pela prática de atos ilícitos, especificamente crimes contra a vida tidos como hediondos, os ataques motivados pela repulsa não cessam, razões estas que tornam imprescindível a construção de um dispositivo legal que institua uma maior proteção ao público LGBTQ+, pois nem o seu direito mais que fundamental está sendo observado, vidas estão sendo ceifadas por motivos fúteis, as vezes pelo simples fato de realizar demonstrações públicas de afeto, e deste modo, privando a liberdade e a autonomia individual do indivíduo.

3 REQUISITOS PARA CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL

O respeito mútuo e a dignidade da pessoa humana são pilares que sustentam a Constituição Federal, sempre em busca a combater discriminação e a promoção comum, sem qualquer forma de preconceito.

A Lei 7.716/89 (BRASIL, 1989), a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, tipificou algumas condutas como crime, tais como preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. No entanto, lamentável dizer que esta foi omissa em relação a homofobia. E percebe-se que o maior problema enfrentado pela comunidade LGBTQ+ está no sentido de não haver norma escrita para amparar este direito.

Carvalho (2012) expõe a ideia de comparação com os demais grupos vulneráveis, que são reconhecidos na CRFB/88. Tanto o preconceito de raça e cor, como a violência contra a mulher, o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças de adolescentes, merecem a mesma proteção que o crime homofóbico e não se percebe diferença de preconceito para tais serem amparados com uma tutela diferenciada e a homotransfobia não.

Diante disto, verifica-se um grande vácuo legislativo gerador de impunidade neste meio, para o qual a comunidade LGBTQ+ possui legitimidade para buscar a

efetivação de seus direitos tanto quanto a outros movimentos de grupos de minoria social.

Agências Internacionais de Direitos Humanos constatam que no Brasil há muito mais mortes de homossexuais e transexuais do que nos 13 países do Oriente e África, países esses que tem a morte contra tal segmento (WAREHAM, 2020).

O Brasil é o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, informação comprovadas por estudos do Ministério dos Direitos Humanos em relatório engavetado pelo atual Governo Federal, estimando em nosso país uma morte de LGBT+ a cada 16 horas entre 1963-2018 (PREITE SOBRINHO, 2020).

As consequências da hostilidade dos últimos séculos e especialmente da Idade Média, ainda marcam a geração LGBT+ atual. Os posicionamentos extremistas, as torturas praticadas, o tratamento para essa possível doença (homossexualidade), retrata a aversão cultural brasileira/mundial a diferença/diversidade. Mesmo que atualmente estas condutas sejam punidas, a falta de uma legislação específica não garante uma proteção eficaz (BORRILLO, 2010).

Diante vácuo identificado no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a jurisprudência moderna, em busca de igualdade e democracia na tentativa de suprir a falta de um tipo penal específico, acaba utilizando leis esparsas para preencher as lacunas legislativas, utilizando-se de analogias e princípios para aplicação do direito.

Esses instrumentos não parecem ser eficazes ao ponto de atender os anseios da comunidade LGBT+. Apesar grande importância, necessidade e urgência desta população ter garantidos os seus direitos, ainda não há uma lei específica para tutelar de forma específica essa população.

Dessa forma, em respeito ao princípio da separação dos poderes, cada órgão deve respeitar e atuar conforme suas funções constitucionalmente atribuídas. Como menciona José Afonso da Silva (2018), o poder político é uno, indivisível e indelegável. Este se divide e consiste em funções, permitindo assim, falar-se em divisão delas, podendo estas serem denominadas em legislativa, executiva e jurisdicional.

Assim, cabe ao Estado nutrir e implementar o ordenamento jurídico, através de normas, para acompanhar as mudanças verificadas na realidade fática do país em que vivemos. Cabe ao Estado, portanto, implementar tais medidas.

Neste sentido, ao estabelecer os quesitos de observância para a criação de um tipo penal, cabe ao legislador vincular à observância do conteúdo material e vincular com os princípios constitucionais, conforme menciona Fernando Capez (2012, p. 27):

A criação do tipo penal e a adequação concreta da conduta ao tipo devem operar-se em consonância com os princípios constitucionais do Direito Penal, os quais derivam da dignidade humana que, por sua vez, encontra fundamento no Estado Democrático de Direito.

Segundo Barroso (2012), grande parte de Estados democráticos do mundo são organizados sob o modelo de separação de Poderes. Assim, as funções como de legislar, administrar e julgar, são designadas a órgãos diferentes, sendo esses, especializados e independentes. Isso não impede, porém, que tais órgãos realizem um controle sob os demais, a fim de garantir a democracia. Barroso destaca que tais Poderes interpretam a Constituição, portanto, deve-se cumprir o que nela descrito.

Para José Afonso da Silva (2018, p. 111), existem dois elementos para a divisão dos poderes. O primeiro seria a “especialização funcional”, onde cada órgão é responsável e especialista no exercício de uma função. Portanto, cabe às assembleias, a função de Legislar, ao Executivo, executar e ao judiciário, exercer a função jurisdicional. O segundo elemento seria a “independência orgânica”, a qual necessita de especialização funcional, sendo cada órgão independente dos demais.

Neste sentido, para Carvalho (2012), a criação de um norma tem um maior significado na sociedade, percebe a importância da inclusão de tipos penais específicos, especialmente no caso discutido, pois a criação de um dispositivo legal que puniria atos intolerantes de homotransfobia, representaria não apenas uma proteção específica a comunidade, mas também, um relevante avanço social, superando parcialmente os aspectos culturais intolerantes, ainda que por meio de uma “obrigação”, bem como, o reconhecimento da existência do problema por meio do congresso, que por muitos anos se manteve inerte

Ao que tange o princípio da legalidade, a Constituição Federal, elenca em seu artigo 5º, XXXIX, que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Sendo assim, as sanções e condutas tipificadas no crime, estão elencadas ao ordenamento jurídico.

O princípio da legalidade também se encontra expresso no artigo 1º do Código Penal brasileiro, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940).

Neste contexto, verifica-se que, em respeito a esse princípio, não se deve punir nenhuma conduta que não esteja prevista em Lei, cabendo ao Estado, limitar-se as normas expressas, previstas no ordenamento jurídico.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2010), o princípio da legalidade se opõe a interpretações extensivas, e este se utiliza da interpretação restritiva da lei penal para resolver os demais casos em dúvida, além da exclusiva compatibilidade com o princípio do *in dubio pro reo*.

E ainda, Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 48), menciona:

O critério geral de validade da lei penal no tempo é definido pelo princípio da legalidade, na plenitude de suas dimensões constitucionais incidentes sobre crimes, penas e medidas de segurança, definidas como (a) *lex praevia* (proibição de retroatividade da lei penal), (b) *lex scripta* (proibição do costume como fundamento de crimes ou de penas), (c) *lex stricta* (proibição da analogia como método de criminalização ou de penalização de ações humanas), e (d) *lex certa* (proibição de indefinições nos tipos legais e nas sanções penais).

Verifica-se que é necessário a criação de um tipo penal para os crimes de ódio contra a comunidade LGBTQ+. A sua elaboração, contudo, deverá observar os moldes legais. A tripartição dos poderes determinada na Constituição Federal elenca as competências de cada um dos, tendo o congresso capacidade e amparo legal para criação de tipos penais.

4 ATUAÇÃO DO STF E ATIVISMO JUDICIAL

Em alguns julgamentos, como o MI 4733/DF (BRASIL, 2012), de relatoria do Ministro Edson Fachin, e a ADO 26/DF (BRASIL, 2013), de relatoria do Ministro Celso de Melo, pode se verificar o argumento de que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLI e XLII, estabelece mandados de criminalização e obrigam o legislador a criar leis contra práticas racistas.

Tendo em vista a ampla discussão acerca do tema, o acórdão da ADO 26/DF reconheceu por unanimidade e de forma parcial os pedidos feitos, ao qual identificou-

se a mora do poder legislativo em tipificar a homotransfobia, e em consequência disto, enquadrar por meio de analogia as condutas intolerantes praticadas em face do grupo LGBT+ aos casos de racismo, até que o Congresso Nacional elabora um tipo penal específico (BRASIL, 2013).

Os ministros do Supremo Tribunal Federal argumentam no sentido de que a Constituição Federal é omissa em relação a qualquer punição a de ato discriminatório e o Congresso Nacional não se manifestou até então para criar lei própria sobre homofobia (BRASIL, 2013).

Contudo, o entendimento da corte no julgamento da ADO 26/DF, é no sentido de que a decisão foi baseada conforme à Constituição Federal, reconhecendo, portanto, homofobia como espécie de racismo social (BRASIL, 2013).

Apesar da apreciável o posicionamento, esta decisão afronta o princípio da separação dos poderes, da legalidade estrita e da reserva legal, fato este que tem o condão de acarretar danos à segurança jurídica, provocando vícios e trazendo insegurança em relação aos fatos que devem ou não ser equiparados e adequados à Lei de Racismo.

A decisão da ADO 26 (BRASIL, 2013), segundo ministros do STF, garantiu uma proteção mais efetiva a comunidade LGBT+, porém, é um grande insulto do Poder Judiciário querer para si a capacidade de legislar e criar algum tipo penal sobre alguma matéria, pois, conforme mencionado, está expresso na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIX, “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Portanto, para criminalizar alguma conduta, apenas é válido lei em sentido formal.

Entende-se que a mora do Poder Legislativo está refletindo à interferência do Poder Judiciário em preencher algumas lacunas que existem, no entanto, é claro o entendimento legal que este papel compete apenas ao Legislador, pois mediante esta conduta ocorre o desequilíbrio do sistema da separação dos poderes.

Afonso da Silva (2006), reitera a distinção e divisão das funções em poderes determinando aos órgãos as competências governamentais para gerir obrigações estatais, nomeou-se tais de legislativo, executivo e judiciário. Repartir o poder em três, garante a diversificação de funções, logo, no direito brasileiro não existe há unificação de deveres. Assim, em comparação ao objeto da presente pesquisa, percebe-se que

órgão judiciário se utilizou da função do legislativo para descrever condutas e conseqüentemente aplicar penas.

Alexandre de Moraes (2000), ao falar sobre o sistema de freios e contrapesos, ressalta a independência existente entre os poderes, como forma de autonomia, essa garantia é reconhecida como inviolável, sendo determinada por prerrogativas constitucionais, necessárias para o livre exercício das atribuições de cada poder.

Infelizmente, a mora do poder legislativo, acarreta aos problemas do judiciário, aos quais não estão munidos de um ordenamento, para utilizar-se em situações as quais os exige; este contexto, os obriga a aplicar o direito de forma análoga, criando um conflito entre a verdade e validade de uma norma.

Deste modo, a aplicação da verdade acarreta inúmeras inseguranças, uma vez que o STF acaba atraindo o papel da judicialização de assuntos que possuem um vácuo no ordenamento, causando um conflito de jurisdição.

Segundo Barroso (2012), a judicialização existente não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica do STF, pois ela limitou-se a cumprir o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

Entende-se que a ideia da judicialização, todavia, está vinculada ao ativismo judicial, que busca intensificar sua participação em outros setores, que não de sua competência, e que poderiam prejudicar a legitimidade democrática, avançando os limites de sua competência jurisdicional.

Segundo o próprio Barroso (2012), o ativismo judicial, além da insegurança jurídica resultante, também acarretaria outros problemas referentes a falta de competência do judiciário para apreciar determinadas matérias, que de origem não seriam de sua atribuição.

Sendo assim, por mais acolhedora e preocupada que seja a postura do Poder Judiciário ao intervir quando tratar-se de inércia do Poder Legislativo, a intervenção seja ela extensiva ou por analogia não deveria ocorrer, pois a mesma fere o princípio da reserva legal, a separação dos poderes, entre outros fatores que envolvam a legitimidade democrática.

O Judiciário não deveria se desviar suas funções, pois, deste modo, poderia afetar a democracia brasileira, criando uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Legislativo (BARROSO, 2012).

O Supremo Tribunal Federal poderia ter contribuído, dentro de suas atribuições, impulsionando o Poder Legislativo para a criação de leis que poderiam tutelar a proteção específica da homofobia e transfobia, sem a necessidade de criar um tipo penal por analogia, respeitando suas funções institucionais.

Para Luigi Ferrajoli (2010), a interpretação da norma jurídica está relacionada ao impasse da disputa de interesses, criando-se assim, um nexo que se conecta com os atos jurisdicionais. Onde, o nexo entre a verdade e a validade dos atos da jurisdição representam o fundamento da separação dos poderes e da independência dos poderes no Estado de Direito.

Segundo Christiano José de Andrade (1992), a norma jurídica depende de um processo de adaptação, especialmente no tocante a sua elaboração até sua implementação, devendo levar em consideração o cotidiano da sociedade, haja visto que para o cumprimento da futura disposição legal, é necessária aplicação do texto ao caso concreto, ou seja, a norma precisa, bem como, as pessoas devem se adequar a – nova - realidade social, o referido professor denomina tal processo de interpretação do direito.

Sendo assim, compreende-se que ao haver uma lei específica, a mesma deve ser melhor utilizada e aplicada na particularidade de cada caso, respeitando as particularidades deste. No mais, a aplicação de uma lei diversa, utilizando-se de analogias, não cabe a resolução do problema pois, esta busca ser utilizada para resolução de conflitos com a particularidade do grupo em questão, e a fundo, individualmente em cada caso existente.

Desta forma, não caberia ao poder judiciário, ainda que motivado a combater a intolerância e a possível omissão do legislativo, enquadrar por meio de analogia aos casos de homotransfobia o crime de racismo, tal ato é determinado como ativismo judicial ao qual apodera-se da competência de outro poder, acarretando para o ordenamento jurídico uma insegurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

Por todo exposto, entende-se que a categoria LGBTQ+ é uma minoria em nossa sociedade, acompanhada de inúmeras violências, ameaças e preconceitos. Esta,

mais do que nunca, necessita de uma segurança jurídica, onde, quando necessário, poderá buscar sua proteção no ordenamento jurídico.

Apesar de a Constituição Federal prever princípios fundamentais, de modo de abranger todos os cidadãos, como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade entre todos, esta acontece de maneira subjetiva, acabando não conseguindo abranger as peculiaridades do grupo específico e assim, os prejudicando, e não acompanhando as mudanças e evoluções sociais, devendo esta, adequar-se nos tempos atuais, e promovendo direitos a todos.

Os crimes cometidos contra este grupo minoritário e os ataques motivados pela repulsa não cessam, revelando, deste modo, um vácuo no ordenamento brasileiro, razão a qual se faz necessária a criação de um dispositivo legal para instituir uma proteção mais ampla e efetiva ao grupo LGBTQ+, tendo em vista que seus direitos fundamentais não estão sendo observados.

Verifica-se, portanto, que cabe ao Poder Legislativo reformular o ordenamento jurídico e adequar-se aos tempos atuais, legislando e tipificando a homotransfobia como crime de pela via adequada, em respeito à democracia e à tripartição dos poderes, buscando assegurar os direitos da população LGBTQ+, que a cada dia cresce no Brasil.

Sendo assim, a criação de uma lei específica, mais bem utilizada e aplicada em cada caso, respeitando suas peculiaridades, poderia melhor efetivar a proteção almejada. Ao se amparar por lei diversa, utilizando-se de analogias, como tem sido feito, posterga-se a resolução do problema de uma forma adequada e eficiente.

Não caberia ao Poder Judiciário, entretanto, combater a omissão do poder legislativo utilizando-se de práticas analógicas, incabíveis no direito penal quando realizadas para realizar o poder punitivo. Ao fazê-lo, o Poder Judiciário incorre em ativismo judicial, usurpando competência que não lhe pertence, causando insegurança no ordenamento jurídico e, indiretamente, prejudicando pessoas que não possuem um amparo Constitucional, como também, segurança na sociedade em que vivem.

REFERÊNCIAS

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino-americana. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 20, out./dez. 2004. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/130139>. Acesso em: 02 set. 2021.
- ANDRADE, Christiano. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: RT, 1992.
- BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e democracia. **Synthesis**, Rio de Janeiro, v. 5. n. 1. p. 23 – 32. 2012.
- BECKHER, Geraldo. **Jovem esfaqueado 17 vezes diz não entender ataque homofóbico**. Globo, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/10/31/nao-consigo-entender-diz-jovem-esfaqueado-17-vezes-em-ataque-homofobico-no-df.ghtml>. Acesso em: 01 jul. 2021.
- BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.
- BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 02 set. 2021.
- BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator Min. Edson Fachin. Portal STF. Processos. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 02 set. 2021.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: Perspectivas desde a criminologia queer. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 99, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334899620_Sobre_a_Criminalizacao_da_Homofobia_perspectivas_desde_a_Criminologia_Queer. Acesso: 06 ago. 2021.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e Consenso. **RBEC**, n. 4, 2010.

GREEN, James N. et al. **História do movimento LGBT no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Alameda, 2018.

JUSTO, Gabriel. Pelo 12º ano consecutivo, Brasil é país que mais mata transexuais no mundo. **Exame**, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pelo-12o-ano-consecutivo-brasil-e-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo/>. Acesso em 08 de jun. de 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais: o problema a partir da moral moderna. In: **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra dignidade sexual**. Rio de Janeiro: Forense, 2014; Martins Fontes, 2005.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, doutrina e jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PREITE SOBRINHO, Wanderley. **Brasil registra uma morte por homofobia a cada 16 horas, aponta relatório Diretoria de Promoção dos Direitos LGBT do Ministério dos Direitos Humano**. Coluna publicada em 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/20/brasil-matou-8-mil-lgbt-desde-1963-governo-dificulta-divulgacao-de-dados.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 25 abr. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal. Parte Geral**. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA, José Afonso. **Harmonia entre os poderes e governabilidade**. 2. ed. Revista de Direito do Estado, 2006. Disponível: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:2006;00763487>. Acesso: 25 ago. 2021.

SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Maurício Álvaro Felipe. **A atuação dos sistemas de proteção de direitos humanos na defesa da comunidade LGBT**. 2018. Tese (mestrado em direito internacional e relações internacionais) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/37276>. Acesso em: 26 abr. 2021.

WAREHAM, James. Murdered, hanged and lynched: 331 trans people killed this year. **Forbes**, 18 nov. 2019. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jamiewareham/2019/11/18/murdered-hanged-and-lynched-331-trans-people-killed-this-year/#6a1f76722d48>. Acesso em: 05 jun. 2021.