

## **A ANALOGIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: o caso da criminalização da LGBTfobia**

Murilo Henrique de Miranda Maia (IC) e Mariana Secorun Inácio (Orientadora)

**Apoio: PIBIC Mackpesquisa**

### **RESUMO**

A presente pesquisa tem por objetivo investigar se há legalidade principiológica na decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADO 26, que equiparou a conduta de racismo com a LGBTfobia e se houve uma usurpação de poder por analogia aos conceitos de racismo à LGBTfobia. Considerando a Separação de Poderes, faz-se necessário analisar a divisão e organização dos poderes para entender se o Supremo Tribunal Federal usurpou poder, equiparando condutas. Essa equiparação no âmbito penal, em uma visão criminológica, enseja em uma analogia in malam partem de forma que viola o princípio da legalidade, e cria de maneira deliberada de criminalizar uma conduta pelo poder Judiciário, que tem o dever de aplicar as leis positivadas e não reinterpretar conceitos e criar normas. Partindo desse princípio, a pesquisa concentrou-se em analisar se houve legalidade principiológica da decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a conduta de racismo com a LGBTfobia e se houve uma usurpação de poder por analogia aos conceitos de racismo à LGBTfobia sob a ótica do Direito Penal. E para isso, conceituou-se os entendimentos doutrinários de *Queer* e da luta antirracista, bem como o princípio da Legalidade e o princípio da Separação de Poderes e a analogia em sentido amplo e estrito. Além disso, diferenciar os conceitos das lutas minoritárias para o entendimento crítico de afetação negativa.

**Palavras-chave:** Princípio da Legalidade. Usurpação de Poder. Criminalização da LGBTfobia.

### **ABSTRACT**

The present research aims to investigate whether there is a principled legality of the decision of the Federal Supreme Court, in ADO 26, which equated the conduct of racism with LGBTphobia and if there was a usurpation of power by analogy to the concepts of racism and LGBTphobia. Considering the Separation of Powers, it is necessary to analyze the division and organization of powers to understand whether the Federal Supreme Court usurped power, equating conduct. This equalization in the criminal sphere, in a criminological view, gives rise to an analogy in malam partem in a way that violates the principle of legality, and creates a deliberate way of criminalizing conduct by the Judiciary, which has the duty to apply the positive laws and not reinterpret concepts and create norms. Based on this principle, the research focused on analyzing whether there was principled legality of the decision of the Federal Supreme Court that equated the conduct of racism with LGBTphobia and if there was a usurpation of power by analogy to the concepts of racism to LGBTphobia from the perspective of Law criminal. And for that, the doctrinal understandings of *Queer* and the anti-racist struggle were conceptualized, as well as the principle of Legality and the principle of Separation of Powers and the analogy in a broad and strict sense. Also, differentiate the concepts of minority struggles for the critical understanding of negative affectation.

**Keywords:** Principle of Legality. Usurpation of Power. Criminalization of LGBTphobia.

## 1. INTRODUÇÃO

Mediante a aprovação da criminalização da homofobia e transfobia pelo Supremo Tribunal Federal (STF), foram levantados questionamentos acerca da legalidade da decisão. A Suprema Corte Brasileira, além de definir que o Poder competente adote providências para a elaboração do texto de lei, definiu também que deve ser enquadrado a conduta da LGBTfobia no crime de racismo.

Essa conduta por parte do STF é de difícil conceituação objetiva, atingindo a linha tênue de separação dos três poderes. À vista disso, levantou-se o debate de usurpação por parte do Poder Judiciário, ao “tomar” para si uma função que não lhe pertence. Cabe ao Poder Legislativo criar e revisar normas que regem o funcionamento do Estado, e ao Poder Judiciário defendê-las e aplicá-las a fim de promover ordem e justiça.

Para enquadrar a conduta de LGBTfobia no crime do racismo (lei nº 7.716/89), a Suprema Corte fez uma reinterpretação do conceito de racismo, ignorando a literalidade da lei imposta. Este novo feito foi realizado por meio da analogia extensiva para equiparar os conceitos, afetando negativamente a luta *Queer*.

Dessa forma, o estudo visa apresentar a aplicação incorreta da analogia aplicada através de princípios comparativos e jurisprudência, bem como demonstrar obstáculos à aplicação da norma e usurpação do Poder Judiciário sobre o Legislativo.

Isto posto, faz-se necessária a reflexão: ao criminalizar a homofobia e transfobia, não estaria o Supremo Tribunal Federal usurpando poder e ferindo o princípio da Legalidade através da equiparação do racismo à LGBTfobia com analogia *in malam partem* e analogia extensiva?

Em prol de responder essa questão, o presente artigo tem como objetivo principal investigar se há legalidade principiológica da decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a conduta de racismo com a LGBTfobia e se houve uma usurpação de poder por analogia aos conceitos de racismo à LGBTfobia.

Considerando a complexidade do tema, o estudo busca diferenciar os conceitos das lutas *Queer* e Antirracista, conceituando entendimento de tais grupos para o desenvolvimento do caso. Tendo em vista o caso em foco, foi necessário analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, com o prisma no Princípio da Legalidade, com o intuito de compreender a legalidade da ação tomada, e se é legítimo o uso do fenômeno “analogia extensiva” para essa situação. Uma vez que cabe apenas ao Poder Legislativo a criação de lei e definição de crime, sendo uma violação à democracia feita pelo Judiciário usurpando de poder que não é de sua competência.

Apesar da criminalização ser uma busca da luta *Queer*, para a não degradação de toda uma luta histórica e recentemente reconhecida, não deve ser comparada através de analogia. Essa analogia extensiva pode afetar a comunidade LGBTQIA+ negativamente, diminuindo a luta por seus direitos.

Ambas as lutas (*Queer* e antirracista) são importantes, porém, são lutas diferentes e devem ser tratadas individualmente, e não alocando uma conduta numa lei já existente fazendo uma equiparação do significado. Por isso, esta pesquisa estuda os conceitos que englobam o caso e se os instrumentos que são instituídos fazem jus à realidade do limite dos seus poderes.

Esse artigo pautou-se no estudo de caso com o método dedutivo em conjunto com o método auxiliar histórico-comparativo, tendo a pesquisa um caráter qualitativo, desenvolvida de maneira descritiva e explicativa com o formato da epistemologia construtivista.

E por fim, essa pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro abarca a discussão no que tange a função do Supremo Tribunal Federal no princípio da separação de poderes e como foi construído tal base. No segundo o foco esteve sob o entendimento do movimento *Queer* e sua importância, bem como o distanciamento entre o *Queer* e o Racismo, neste capítulo narra-se sobre o caso da criminalização da LGBTfobia. No terceiro abarca os conceitos do Princípio da Legalidade, bem como a analogia que se ramifica desse princípio e o enfim entendimento se houve a usurpação pelo Supremo Tribunal Federal.

## **2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO**

### **2.1 A Função do Supremo Tribunal Federal na Separação de Poderes**

A separação de Poderes, que está constitucionalmente consagrada<sup>1</sup>, traz consigo, uma forma de organização Estatal, para que não ocorra uma “tirania” daqueles que são detentores dos Poderes. Havendo uma necessidade de sobreposição limitada, para que não aconteça um arbítrio desenfreado dos Poderes (CHEVITARESE, 2015, p. 510). Deve o Poder Judiciário se manter em equilíbrio constitucional para defender o povo da usurpação de poder, assim como, os outros poderes devem se manter em equilíbrio para não intercorrer uma elevação do judiciário acima dos outros poderes, de forma que desequilibre esse princípio (SILVEIRA, 1999, p. 18).

Vale lembrar que em lições clássicas de Montesquieu (Séc. XVIII), foi demonstrado que a separação de poderes era uma forma basilar da constituição do Estado. Portanto,

---

<sup>1</sup> Art. 2º da CF: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

sucintamente, esta separação seria uma forma de repelir a usurpação de poderes, de maneira que ocorresse uma contenção de cada poder e de sua competência, a fim que os poderes retrocedessem para seu órgão originário (BRITTO, 1981, p. 121).

Como supracitado, Montesquieu, em seu livro “O Espírito das leis”, dizia que “há em cada Estado três tipos de poder: o Legislativo, o executivo administrativo e o executivo de leis” (MONTESQUIEU, 1996). Essa divisão foi formada para que um limite impedisse que um Poder fosse mais poderoso que o outro, tal sistema, chamado de “freios e contrapesos”, faria com que todos os poderes tivessem que fiscalizar uns aos outros (NUNES; COUTINHO; LAZARI, 2015, p. 210).

Essa proposta de “freios e contrapesos”, se relaciona de maneira que, os poderes estão compartilhados e sobrepostos, porém repartidos e equilibrados em três órgãos, e que há limitação para o usufruto de cada parte e sobreposição (BRITTO, 1981, p. 121). Ou seja, é um sistema em que os Poderes se controlam e podem chegar a dividir parcelas limitadas de seus poderes para os outros. Como exemplo, o Legislativo julga os crimes de responsabilidade; já o Executivo, tem poder de veto de leis; e o Poder Judiciário pode, de forma atípica, regular leis internas.

Portanto, a Separação de Poderes surge como forma de garantir a segurança e liberdade do indivíduo. Só quando os detentores do Poder são independentes entre si, e podem controlar sua competência, que se configura a segurança para o povo, portanto, protegidos do abuso do poder por parte de algum dos detentores (LOEWENSTEIN, 1976, p. 55).

O próprio Montesquieu fala da problemática em convergir os poderes. No momento em que um magistrado possui o poder de configurar leis, e ao mesmo tempo, de julgar, não vai haver liberdade e segurança para o cidadão (MONTESQUIEU, 1996, p. 168). Essa situação pode levar o sistema Democrático a um colapso, alterando sua forma de *Democrática* para *Tirânico*. E vale lembrar, que a liberdade de um cidadão, dentro de um sistema, é não precisar temer outro cidadão (MONTESQUIEU, 1996, p. 168, grifo nosso).

É importante, de maneira sucinta, ressaltar quais as funções dos Poderes que fazem parte do Princípio da Separação de Poderes. Sobre o Poder Legislativo, são funções típicas, fiscalizar e legislar. Está previsto, constitucionalmente, regras para o processo Legislativo, para que o Congresso Nacional, elabore normas jurídicas<sup>2</sup>, e fiscalize a situação contábil do

---

<sup>2</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

Poder executivo<sup>3</sup> (BRANCO; MENDES, 2021, p. 483). Nas funções atípicas, estão a administração interna dos servidores; também, a função atípica de julgar o Presidente da República, por crimes de responsabilidade (BRANCO; MENDES, 2021, p. 477).

Já no tocante ao Poder Executivo, tem a função principal relativa aos atos de chefia de estado, de governo e de administração. O Poder Executivo fica chefiado pelo Presidente da República, do qual é o braço civil da administração e o militar (BRANCO; MENDES, 2021, p. 497). E na função atípica está, também, o de legislar<sup>4</sup>, e de julgar, no contencioso administrativa, no exercício de suas funções atípicas (BRANCO; MENDES, 2021, p. 501).

E como o recorte da pesquisa demanda uma análise do Supremo Tribunal Federal, é importante ressaltar, de maneira mais profunda, quais são as funções típicas e atípicas desse Poder. As funções típicas do Poder julgador, é a função jurisdicional, ou seja, julgar casos concretos, originados de um conflito de interesses, aplicando as leis (BRANCO; MENDES, 2021, p. 521). Outro ponto usado como fonte para se entender a competência típica do Supremo Tribunal Federal é o artigo 102 da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>. Esse artigo constitucional elenca as competências do Supremo, em que, de maneira sumária, no artigo utilizam os verbos como “julgar”, “declarar” e “processar”.

Já as funções atípicas, são raras situações em que o Poder pode usar de outros poderes para si, de maneira limitada para não configurar uma usurpação. O judiciário tem como forma atípica, de maneira administrativa a concessão de férias, e prover os cargos de magistrados (BRANCO; MENDES, 2021, p. 526). E de natureza legislativa, a edição de normas regimentais internas sob o olhar das garantias processuais, basicamente organizando o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos (BRANCO; MENDES, 2021, p. 515).

Essas configurações estão sendo elencadas, para demonstrar, que o modo atual de jurisdição, no tocante da atividade jurisdicional, não deve ser confundida com a usurpação de poder, de modo que a atividade legislativa deixe de ser exercida pelo Poder Legislativo, pois caso ocorra, configura-se o fenômeno do ativismo judicial (PENIDO; GONÇALVES, 2015, p. 624).

---

<sup>3</sup> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

<sup>4</sup> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

<sup>5</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - Processar e julgar, originariamente; II - Julgar, em recurso ordinário; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

É importante, portanto, classificar o fenômeno do ativismo judicial. Esse fenômeno é configurado da maneira que o Poder Judiciário passa dos limites impostos pelo ordenamento de forma positiva (RAMOS, 2015, p. 129). Ou seja, tem a finalidade de resolver litígios e controvérsias de natureza objetiva. Porém pode ser demonstrado negativamente, pois desnaturaliza a atividade típica do Poder Judiciário em relação aos outros Poderes. O ativismo pode ter tanto o caráter de barrar as leis irregulares, quanto ter uma interpretação diversa da lei (RAMOS, 2015, p. 129).

Cass Sunstein, argumenta que, o momento inicial de identificação do ativismo, é medido pela quantidade de vezes que o(s) juiz(es) alteram, seja de forma proibitiva ou de alteração diversa dos atos normativos, principalmente quando esse vem do Poder Legislativo (SUNSTEIN, 2005, p. 42-44, tradução nossa). Pode ser considerado ativismo judicial, no momento em que, o juiz singular ou um tribunal, simplesmente decidam suprir omissões, concretas ou aparentes, dos demais poderes, na forma de suas decisões (VIEIRA, 2009, p. 48).

É importante ser dito que o ativismo judicial vai contra a formação de Estado Democrático de Direito. E para que se garanta uma base segura, para um Estado Democrático de Direito sólido, é preciso que haja garantia, de que o Poder Judiciário siga e se vincule às normas editadas pelo Estado em que está inserido (PENIDO; GONÇALVES, 2015, p. 625). A Jurisdição, além de ser a base para o Poder Judiciário, serve para demonstrar os limites em que este deve se basear, para desenvolver suas atividades. Segundo Mauro Cappeletti (1993, p. 74) não se deve confundir a discricionariedade do juiz, com arbitrariedade, de forma que o juiz está vinculado a certos limites, considerando o ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, Ronaldo Bretas de Carvalho Dias (2012, p. 122), argumenta que, os órgãos do Estado devem obedecer de maneira irrestrita o ordenamento jurídico, sem que haja uma Supremacia da Constituição, portanto, deve, o Poder Judiciário, se sujeitar exclusivamente às Normas Constitucionais, trazendo a veracidade do atual Estado Democrático de Direito.

É indispensável entender que, de qualquer forma, há um elo entre Direito e Política, que essa relação não valida a existência do ativismo, e que há um erro das pessoas em considerar judicialização da política e ativismo judicial sendo o mesmo fenômeno (TASSINARI, 2012, p. 25-26).

A judicialização da política se desenvolveu por conta de mudanças no ordenamento jurídico, tendo em vista a consagração do texto Constitucional em 1988<sup>6</sup>. Esse

---

<sup>6</sup> A judicialização da política, marca transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, deslocando o ponto de tensão do Executivo para o Judiciário. Luiz Werneck Vianna (1999, p. 15, grifo

Constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa do Direito Constitucional de colocar limites na política, por meio da Constituição Federal (TASSINARI, 2013, p. 28). Ocorre, também, o crescimento da judicialização da política, por conta do aumento de litígios do Poder Judiciário para resolver os conflitos, portanto, aumento da influência do judiciário nas ações (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 115).

Quando comparado a judicialização da política e o ativismo judicial, temos que a judicialização da política é um fenômeno contingencial<sup>7</sup>, ou seja, se desenvolve e emerge por conta de certo momento social em que há poderes omissos, do qual não precisa observar como os juízes atuam (TASSINARI, 2012, p. 26). Diferentemente do ativismo judicial, que observa a forma que os juízes do Poder Judiciário passam dos limites que lhe conferem constitucionalmente e atuam em conformidade com a sua vontade (TASSINARI, 2012, p. 26).

Diante do que foi exposto acima, e, com foco no recorte de pesquisa, deve-se desenvolver a conceituação do ativismo judicial. Sendo, portanto, necessário, findar que, o ativismo judicial, além de usurpar competências de outros Poderes, está, também, violando direitos garantidos pela própria Constituição Federal. O ativismo não se limita a procedimentos políticos de criações de leis, mas também usurpa a competência do Poder Legislativo (TASSINARI, 2012, p. 40). Nesse sentido, Lênio Luiz Streck aduz que:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) (STRECK, 2017, p. 591).

Por fim, em uma concepção de ativismo judicial, Clarissa Tassinari (2012, p. 25) leciona que de maneira sumária pode-se dizer que o ativismo judicial forma a configuração de um Poder Judiciário com poderes elevados, e, portanto, conferido de supremacia, com competências que são demonstradas constitucionalmente. E como supracitado, o ativismo judicial, tem a relação direta com a invalidação de atos de outros poderes, ou a vontade de suprir omissões, principalmente, quando ligado ao Poder Legislativo, pois tira da mão do eleitor a função daquele poder elegível (PENIDO; GONÇALVES, 2015, p. 624).

---

nosso) diz que a institucionalidade da Democracia Política traz luz na nova Constituição Federal, pois, estariam trazendo, com a positivação dos direitos fundamentais, a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.

<sup>7</sup> Termo citado por Lênio Luiz Streck, em seu livro Verdade e Consenso (2017, p. 51-56).

## 2.2. O movimento *Queer* e a Criminalização da LGBTfobia

É necessário tecer a conexão entre as perspectivas criminológicas e as demandas político-criminais, pois a visão de uma criminologia tem em si raízes de uma política-criminal por conta das pautas desenvolvidas para tentar sanar o problema de maneira ativa (CARVALHO, 2012, p. 191).

Com o movimento *Queer*<sup>8</sup> não é diferente, pois tem demandas como a despatologização e a criminalização baseado nos dados da violência, que serão tratados mais adiante. Importante relatar que a teoria *Queer* surgiu em 1990, nos Estados Unidos, como um campo de estudos com conexão entre os estudos *queer* e feministas, em oposição aos estudos sociológicos da época, pois a heterossexualidade era sinônimo de ordem social (MISKOLCI, 2009, p. 151).

Portanto, a teoria *Queer* propõe, em primeiro lugar, desconstruir a hierarquia, que tem a heterossexualidade como superior, baseado na ótica hetero-binária<sup>9</sup>, e, em segundo lugar, romper com o conceito de lógica binária, que rotula as pessoas em heterossexuais e homossexuais (CARVALHO; DUARTE, 2018, p. 207).

Na sociedade, com uma visão hetero-binária, já tem um comportamento “padrão” definido, inclusive pelas próprias instituições, nessa ótica, configura qual seria o comportamento desviante, ou diferente, perante a sociedade (CARVALHO; DUARTE, 2018, p. 202). Há formas na sociedade para “controlar” esses comportamentos, como o controle social formal<sup>10</sup>, que é articulado nos processos de criminalização e de patologização da diferença (CARVALHO; DUARTE, 2018, p. 205). Nesse sentido, Michel Foucault (1991, p. 155) diz que a regulamentação desses corpos desviantes se dá no mesmo sentido de educar um militar, com multidões desenfreadas e sem questionar, seguindo o caminho que eles querem, sempre vigiados e com sanções para punir o desviante.

É possível dizer que os compromissos dos movimentos sociais emancipatórios que dialogam diretamente com a criminologia não estão focados de maneira restrita, e, também, não privilegiam questões político-criminais (CARVALHO, 2012, p. 192). Por isso que na

---

<sup>8</sup> É um termo associado à homossexualidade. “O termo *Queer* se mantém no inglês, em razão da consolidação ibero-americana adotada. A tradução para o português é tanto agressivo quanto pejorativo, como: “bicha” e “viado” e por isso o termo deve ser mantido no inglês” (CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 202).

<sup>9</sup> Na situação da ótica hetero-binário, fica demonstrado o heterossexismo, sendo esse conceito, uma forma de opressão que tem como preceito único, denegrir a orientação sexual do indivíduo, quando essa for diferente do padrão, pois, tem a heterossexualidade como forma superior (WELZER-LANG, 2001, p. 467).

<sup>10</sup> Controle social formal é uma forma do exercício estatal de utilizar de seus órgãos e de sua força, como seus meios coercitivos e suas normas, para conter o indivíduo (BITENCOURT, 2022, p.47).

comunidade LGBTQIA+ a busca é pela aceitação de seus direitos fundamentais especificados pela Constituição, como já obteve no casamento homoafetivo e na adoção de filhos, que são direitos da vida civil.

A luta LGBTQIA+ opera em movimentos representativos, na defesa de pautas emancipatórias, com processos que visam compreender a violência e exclusão da diferença (CARVALHO; DUARTE, 2018, p. 248). Uma importante movimentação atual do grupo é a criminalização da homofobia baseada nos dados de violência<sup>11</sup> e a despatologização<sup>12</sup> da homossexualidade (ibid., p. 205).

No sentido de regulamentar os corpos, Evandro Piza Duarte e Salo de Carvalho, elencam as três formas da violência heterossexista na sociedade hetero-binária:

(...) primeiro a violência homofóbica interpessoal que implica o estudo da vulnerabilidade das masculinidades não hegemônicas e das feminilidades à violência física (violência contra pessoa e violência sexual); segundo a violência homofóbica institucional<sup>13</sup> (Estado homofóbico), que se traduz, por um lado, na construção, interpretação e aplicação sexista (misógina e homofóbica) da lei penal e, por outro, na construção de práticas sexistas violentas nas e através das agencias punitivas (p. ex., agências policial, carcerária, manicomial); terceiro, a violência homofóbica simbólica, que compreende os processos formais e informais de elaboração do discurso e da gramática heteronormativa (CARVALHO; DUARTE, 2018, p. 218).

Portanto, como supracitado, as formas gerais de violência, que em sentido estrito, se resumem no vocábulo da homofobia. A homofobia pode ser entendida como uma forma de diminuir e até mesmo violentar alguém por esse indivíduo não estar dentro do padrão heteronormativo, ou seja, ter sexualidade distinta da considerada “superior” (POCAHY; NARDI; 2007, p. 48).

Nessa perspectiva, Rogério Diniz Junqueira (2007, p. 154) leciona que a homofobia é um ato que acontece em situações de preconceito (na forma de discriminação ou violência)

---

<sup>11</sup> IPEA. Atlas da Violência 2020. Instituto de Pesquisa Econômica. Brasília, DF, 27 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 14 abr. 2021. pag. 56.

<sup>12</sup> Na 9ª edição da classificação internacional de doenças (CID-9), o homossexualismo era composto nas seções “desordens neuróticas, desordens mentais” e “desordens de personalidade e outras não psicóticas”. Na 10ª edição da CID-10 houve alteração e foi classificada como “transtornos da preferência sexual”.

<sup>13</sup> Esse tipo de homofobia institucional foi colocado no relatório da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexos (ILGA), que diz sobre normas que criminalizam as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (ILGA, 2012). Nesse relatório fica demonstrado uma aproximação das noções gerais de misoginia e racismo de Estado, apontando políticas punitivas para controlar, neutralizar ou eliminar grupos vulneráveis. Nesse sentido Michel Foucault (2002) diz que essa ideia de racismo de Estado, é uma forma de biopoder, servindo para um domínio da vida. Se a criminalidade foi pensada em termos racistas, usa-se do biopoder para condenar a morte esse “desviante” ou colocado em isolamento, tanto por formas de dizer que é loucura ou dizendo que são anomalias diversas (FOUCAULT, 2002, p. 308).

contra pessoas, que sejam homossexuais ou não, por conta de jeitos, gostos, expressões e comportamentos que não se enquadram na heteronormatividade.

É importante ser dito que, a conceituação da forma tradicional de “temor irracional” do vocábulo “fobia”, não se inclui, pois, demonstraria uma lógica de patologia na forma de construção social estigmatizante contra a população LGBTQIA+ (RIOS, 2007). No entanto, essa delimitação teórica parece privilegiar as formas mais visíveis de violência homofóbica: a violência real ou simbólica interpessoal (POCAHY; NARDI, 2007, p. 48).

Deve ficar demonstrado que não deve ser excluído as violências de Estado e de Cultura. Porém, o movimento que se alastra perante a homofobia que se consuma por ato físico ou moral de uma pessoa com a outra, se torna referência para a pauta de criminalização desse momento político-criminal que essa vertente se encontra (CARVALHO; DUARTE, 2018, p. 240). Permitindo até a individualização da conduta homofóbica e a consequente responsabilização jurídica do seu autor.

Portanto, conceituando nessa visão, crime homofóbico seria, segundo Salo de Carvalho (2012, p. 198) “condutas ofensivas a bens jurídicos penalmente protegidos motivadas pelo preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo”.

Nesse sentido, no artigo 20 da lei 7.716/1989, encontra-se um entendimento sobre da conduta delituosa de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, que são formas típicas conhecidas a legislação e na doutrina. Barbara Perry (2001, p. 10, tradução nossa), argumenta que, crimes de violência e intimidação que têm como alvo as minorias, usam disso como forma de poder e opressão para reafirmar uma suposta “hierarquia”, e moldar a ordem social, para que se mantenham no topo do poder.

Portanto, como supracitado nos argumentos de Salo de Carvalho, qualquer conduta delituosa no Código Penal pode ser encaixada no conceito de crime homofóbico, desde que, a motivação ou o animus seja de discriminação ou preconceito em relação a orientação sexual da vítima.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal, julgou no dia 13 de junho de 2019, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de número 26 (ADO 26). Essa ADO 26 definiu que a homofobia e transfobia passassem a ser considerados crimes, baseado na Lei do Racismo – Lei nº 7.716/1989. O placar da votação entre os ministros foi de 8 votos a 3,

reconhecendo, portanto, o crime de LGBTfobia enquadrada na lei citada que prevê crimes de discriminação ou preconceito por: raça, cor, etnia, religião e procedência nacional<sup>14</sup>.

A Suprema Corte entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional, por não configurar a lei que criminaliza os atos LGBTfóbicos. Ao ser aprovado, há três pontos importantes que ficaram decididos pela ADO 26.

O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, para criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas pertinentes ao que se demonstra nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal<sup>15</sup>, estas se enquadram nos crimes previstos na lei do racismo (lei n. 7.716/89), e no caso do homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica como motivo torpe.

No segundo ponto prevê que a repressão penal à prática da homofobia e transfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio e hostilidade.

E por último, o STF compreende que o conceito de racismo ultrapassa aspectos biológicos ou fenótipos, acrescentando a comunidade *Queer* em sua dimensão social. Este seria um grupo vulnerável que conseqüentemente sofre da exclusão, inferiorização e de estigmatização negativa.

Com a ADO 26 aprovada, cabia ao Supremo Tribunal Federal dar ciência ao Poder responsável (Legislativo), para tomar as devidas providências<sup>16</sup>.

Portanto, a Lei nº 7.716/1989, foi o ponto central da criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal. Lembrando que em jurisprudência anterior, no caso Ellwanger HC 82.424/RS<sup>17</sup>, modificou-a no entendimento do conceito de racismo. Então, a ADO 26 criou mecanismos de responsabilização penal, em condutas tipificadas, baseado no impedimento,

---

<sup>14</sup> Art. 1º da Lei nº 7.716/89: "Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".

<sup>15</sup> Art. 5º - XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

<sup>16</sup> Seguindo a regra do artigo 103 §2º da CF. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para fazer as providências necessárias

<sup>17</sup> Caso em que o réu foi condenado pelo crime de anti-semitismo, por publicar e vender material desse gênero. Foi nesse Habeas-Corpus (HC nº 82.424-2) que o STF desenvolve a própria definição de racismo. Durante a decisão da ADO 26, diversas vezes foi citado o Habeas Corpus nº 82.424 do caso Ellwanger que traz a definição de racismo segundo o STF. É definido pelo tribunal, que o crime de racismo é consagrado pela simples utilização desses estigmas, da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição. Conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação, o que atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana.

dificuldade e recusa do acesso de oportunidades, serviços e locais por conta de preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

### 2.3. O princípio da Legalidade e a analogia do Supremo Tribunal Federal

Tendo em vista a equiparação que o racismo e a LGBTfobia sofreram por conta da decisão do Supremo Tribunal Federal, a luta *Queer* e a luta antirracista se diferem. Conforme foi dito no capítulo anterior, a comunidade LGBTQIA + busca a aceitação de seus direitos fundamentais especificados pela constituição. Assim como já obteve com o casamento e na adoção de filhos, com o olhar atual visando a despatologização e a criminalização pelo devido processo legislativo.

Já a luta antirracista com movimentos sociais, no século XX, que assumiu um protagonismo político na época, envolvendo disputas institucionais (ALMEIDA, 2020, p. 147). No campo do direito, o antirracismo assume forma de militância jurídica nos tribunais com a finalidade garantista da cidadania e produções intelectuais acerca do tema.

Portanto, o racismo é definido pelo seu caráter sistêmico, os atos discriminatórios não são suficientes para definir isso, é preciso entender todo um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se atribui entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e relações cotidianas (ALMEIDA, 2020, p. 147). E, por isso, a lei nº 7.716 de 1989 de racismo prevê vários pontos sobre a oportunidade de empregos e estudo, bens e serviços. O racismo atua, com a segregação racial, dividindo as localidades dos indivíduos e definindo onde tal público pode/deve frequentar (ALMEIDA, 2020, p. 34).

Equiparar as duas lutas, em uma visão *Queer*, dilui a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia, procedência nacional. Cada um dos fenômenos, apesar de distintos e de igual peso, guarda uma complexidade individual, que merece ser analisada individualmente. A demanda principal da criminalização da homofobia são as violências físicas e psíquicas motivadas por preconceito e discriminação. São exatamente os dados sobre delitos violentos, impulsionados pela homofobia, que justificam empiricamente a demanda de criminalização (CARVALHO; DUARTE, 2018, p. 248).

Para entender melhor a lesividade da equiparação, que aconteceu pela Suprema Corte, bem como compreender se houve uma usurpação de poder ou ativismo judicial, é preciso analisar alguns dos votos do caso concreto mencionado. Principalmente quando se criminaliza a conduta da homofobia e transfobia por analogia ao crime de racismo.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello (2019, p. 37), sustenta a afirmação de que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos da noção de racismo, da qual foi formulada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS).

O ministro argumenta que o legislador, ao restringir-se às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 1º - Lei no 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que demonstra o texto constitucional, de modo classificado como omissão, do que estabelece a lei fundamental (art. 5º, XLII da CF).

É importante ter outras definições de racismo, para entender o desenvolvimento do conceito em comparação ao criado pelo Supremo Tribunal Federal. Tzvetan Todorov (1993) sustenta dois pontos sobre o racismo:

Como característica biológica, em que a identidade racial será atribuída por algum traço físico, como a cor da pele, por exemplo; Como característica étnico-cultural, em que a identidade será associada à origem geográfica, à religião, à língua ou outros costumes.

Nesse sentido, Silvio de Almeida (2020, p. 32) argumenta que o racismo é uma forma de preconceito que tem a raça como fundamento, podendo trazer desvantagens dependendo de qual grupo racial o indivíduo está inserido. A raça está ligada ao ato de estabelecer classificações, primeiro usadas com plantas e animais, e, ao longo do tempo, nos seres humanos (ALMEIDA, 2020, p. 32). Portanto, fica implícito que o termo teve sua construção histórica com fundamentação na situação política e econômica da sociedade.

Por isso, outro problema foi desenvolvido: a analogia feita, pela Suprema Corte, entre o racismo e a LGBTfobia. O ministro do Supremo, Marco Aurélio (2019, p. 552), ao discordar da analogia, argumenta que deve o legislativo regulamentar uma lei que criminalize a conduta, sem ultrapassar seus limites perante os outros Poderes. Sustenta:

Confunde-se com a própria delimitação do alcance da atuação do Supremo ante a relação com os demais Poderes, no que cede perante o reconhecimento de princípio ínsito a todo e qualquer Estado de Direito que se pretenda democrático: o da reserva de lei em matéria penal. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias.

Conforme o trecho supracitado, é importante ter em vista o Princípio da Legalidade na hora de se criminalizar uma conduta, para que ela seja positivamente válida. Esse princípio preserva a liberdade e a dignidade do homem e impede o uso arbitrário do direito penal, evitando que a pena seja utilizada em luta política ou sirva como instrumento de opressão (SCHMIDT, 2001, p. 147). É base do Direito Penal, dar ao indivíduo a possibilidade de prever a intervenção do poder de punir do Estado (SCHMIDT, 2001, p. 145). Nesse sentido, Claus

Roxin (1998, p. 138, tradução nossa) argumenta que o princípio da Legalidade protege o homem, tanto utilizando do Direito Penal, como também protege do próprio Direito Penal.

É expressamente demonstrado o princípio da Legalidade na Constituição Federal<sup>18</sup> em seu art. 5º inciso XXXIX, bem como no Código Penal<sup>19</sup> em seu artigo 1º. Por meio dessa garantia, a criação de leis penais é competência do Poder Legislativo. Então, para que uma lei seja válida e produza os efeitos que o legislador deseja, deve seguir os trâmites legais e estar de acordo com a Constituição vigente.

O princípio da Legalidade é base de reconhecimento de prescrições penais ou positivamente existentes, e somente delas, tem para o jurista o valor de uma regra meta-científica (FERRAJOLI, 2000, p. 305). Esse princípio é base estrutural do Estado de Direito, que valoriza a segurança jurídica, demonstrando a possibilidade de um prévio conhecimento das penas e crimes, garantindo ao cidadão que será imposta a pena descrita em lei e não outra diferente (BATISTA, 2011, p. 65).

Portanto, no princípio da legalidade em si, somente se restringe a dizer que é necessário a lei para que exista um crime. Já o princípio da legalidade estrita, pede pelas garantias para a segurança da legalidade (FERRAJOLI, 2000, p. 305). Ou seja, não há o que falar de variações do mesmo sentido da lei, pois, é preciso garantir a certeza do direito penal mínimo, contemplando uma proibição de usar analogias para a interpretação extensiva das leis penais (SCHMIDT, 2001, p. 146).

A analogia, supracitada, tem o entendimento de uma norma jurídica aplicada em outra situação parecida, que será usada no caso não regulado por lei por meio do argumento da similaridade entre os casos. Portanto, no caso de aplicação da Lei em prejuízo do sujeito, o poder do juiz penal cessa nos limites da interpretação (ROXIN, 1998, p. 140). Acontece de forma em que o jurista atribui a um caso que não dispõe de expressa legislação no ordenamento, regras previstas para um tipo de caso que ele interpreta como semelhante.

Há uma fórmula básica para entender a analogia, demonstrada por Manuel Rodriguez Atienza (1986, p. 48): em que “X” e “Y” são condutas/ações humanas do indivíduo, e “P” representa a conduta/ação proibida sob lei expressa no código, demonstrando na seguinte forma em seu livro:

1. X é P
2. Y é semelhante a X

---

<sup>18</sup> Art. 5º, XXXIX, CF – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

<sup>19</sup> Art. 1º, CP - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

### 3. Y é P

Com o preceito de combater a analogia *in malam partem*, deve ser baseado no Princípio da Legalidade.

Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio (2019, p. 554) sustenta que deve ser observado a literalidade da lei, ele diz que a discriminação ou preconceito referente a raça, a cor, a etnia, a religião ou procedência nacional (demonstrando que a Lei nº 7.716/1989) não abrange a orientação sexual do indivíduo.

Pelo entendimento do Habeas Corpus do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), a definição jurídica do racismo deve ter base as circunstâncias históricas, políticas e sociais, ante o abandono do conceito pseudo-científico de raça, por isso não cabe determinar uma tipificação de conduta como da homofobia e transfobia, ignorando o desenvolvimento histórico por ambos os conceitos.

Sendo, portanto, para o julgador, um possível ato de usurpação de competência do Congresso Nacional, por parte da Suprema Corte, do qual cabe ao Congresso legislar sobre o Direito Penal (AURÉLIO, 2019, p. 552).

Na situação em que se encontra, por enquadrar a homofobia e transfobia na lei de racismo, se forma outro ponto de prejuízo: a segurança jurídica afetada. Ficando a critério da interpretação judicial, não contendo vínculo à lei em sentido estrito, mas ao subjetivismo do juiz enquanto na função de Estado-Juiz (AURÉLIO, 2019, p. 554).

Por isso, a analogia não é algo aceito pelo ordenamento penal atual. O princípio da legalidade está ligado ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que qualquer Estado Moderno preza pela ideia do domínio da lei (BRANCO; MENDES, 2021, p. 48).

Ao entrelaçar os capítulos, entende-se que assim como a proibição da analogia *in malam partem*, conceito esse do Direito Penal que viola o princípio da legalidade, no controle de constitucionalidade, em atos de omissões, o Poder Judiciário deve se atentar aos seus limites, caso contrário, passa da sua competência e viola o princípio da Separação de Poderes (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020, p. 64).

Destarte, Antonio Baptista Gonçalves (2019, p. 29) argumenta que, apesar da criminalização da homofobia seja uma busca de uma fictícia proteção, não compete a um órgão de Poder não eleito, com um papel de resguardar a Constituição e aplicar os dogmas nos casos concretos, legislar sobre o assunto. Portanto, é entendível que em matéria penal, que trata sobre liberdade do indivíduo em suas penas, está o juiz penal restrito no dogma da lei, não devendo ampliar entendimentos, ou criar novos tipos penais, quiçá inovar em tipos penais nesse âmbito (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020, p. 65).

Neste sentido, Eugênio Pacelli e André Callegari (2019, p. 182) ensinam que:

As normas incriminadoras propriamente ditas são interpretadas pelo processo de subsunção, de tal modo que a descoberta e a aplicação do tipo penal somente terão lugar quando houver a completa e perfeita correspondência entre o fato realizado e a descrição normativa do tipo. Não é dado ao intérprete, portanto, qualquer alargamento ou construção de sentido oposto ou não adequado à tipologia penal. Pode-se dizer, com isso, que a hermenêutica das normas incriminadoras obedece a uma rígida e inflexível legalidade.

Portanto, quando ocorre uma “flexibilização” do princípio da legalidade, essa flexibilização não condiz com o sistema democrático, pois é uma forma de burlar ou quebrar regras impostas da democracia (ARRUDA, 2019, p. 36). A suposta “desculpa”, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal de “interpretação conforma constituição”, é um mecanismo antidemocrático para afrouxar o princípio da legalidade e constituir as regras que lhe convém, politicamente falando (ARRUDA, 2019, p. 37).

O que o Supremo Tribunal Federal fez, ao enquadrar as condutas LGBTfóbicas na lei 7.716/89, foi usurpar a competência do Poder Legislativo, transformando a característica de intérprete dos ministros em de legisladores (COELHO, 2003, p. 138). E, como exposto anteriormente, no que tange ao controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não pode atuar como legislador, ainda que decorrente de interpretação extensiva (COELHO, 2003, p. 138).

Fica demonstrado que a autoridade de interpretar as leis não pode ser atribuída aos juízes, pelo simples fato deles não serem legisladores, significando uma infração do princípio da Legalidade (BECCARIA, 1999, p. 33). O caso pode distorcer o sentido de toda luta *Queer*, por encaixá-la na luta de outra minoria, diminuindo, assim, a luta da comunidade LGBTQIA+ para construir seu lugar de fala e desenvolver seus direitos.

Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por fim, causou uma violação no princípio da legalidade, expandindo o entendimento de racismo para que abranja conduta LGBTfóbicas, condutas essas, que não estão expressamente ditas no tipo penal (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020, p. 69).

O STF já tinha lançado a ordem para que o Poder Legislativo agisse, e que fosse formada lei específica para criminalizar a conduta. Todavia, além disso, usurpou Poderes que não lhe conferem e legislou criando uma analogia em *malam partem* no tipo penal. A luta pela emancipação do grupo LGBTQIA+ não é passar por cima das regras legislativas do devido processo legal, porquanto, é necessário entender, para que haja legalidade, que a conduta LGBTfóbica é errada, pular por cima das regras diminui e estranha a causa da luta *Queer*.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo concentrou-se em analisar se houve legalidade principiológica da decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a conduta de racismo com a LGBTfobia e se houve uma usurpação de poder por analogia aos conceitos de racismo à LGBTfobia sob a ótica do Direito Penal. E para isso, conceituou-se os entendimentos doutrinários de *Queer* e da luta antirracista, bem como o princípio da Legalidade e o princípio da Separação de Poderes, e a analogia em sentido amplo e estrito. Além disso, diferenciar os conceitos das lutas minoritárias para o entendimento crítico de afetação negativa.

Concernente às contribuições deste trabalho, os achados confirmam que, na visão em que engloba o foco na população *Queer* sob a ótica do Direito Penal e do positivismo jurídico, é inegável que a criminalização da LGBTfobia, surgiu de uma usurpação de Poder por parte do Supremo Tribunal Federal, fazendo uma equiparação de conceitos, que ensejou em uma analogia *in malam partem*.

Ou seja, descentralizando o foco na necessidade de criminalizar a conduta LGBTfóbica, o Supremo Tribunal Federal, tem atribuições de utilizar de normas positivadas para julgar casos concretos. Portanto, suas atribuições não contemplam a reinterpretação de conceitos e normas para colocar seu decisionismo acima do legislado.

O princípio da Legalidade é claro ao dizer que não há crime sem lei anterior. Mas se a atitude que o STF tomou for frequente, em reinterpretar conceitos deliberadamente e alocar reivindicações dentro de outras para economizar tempo e trazer dúvida da legalidade, teremos um desmonte do Estado Democrático de Direito.

A analogia *in malam partem* e a analogia extensiva, é uma doença no Direito Penal, em que há a necessidade garantista de ser expurgada para o Estado não ser uma máquina deliberada de punir ao que lhe interessa.

A causa *Queer* busca pelos seus direitos e por suas reivindicações que, sim, inclui a criminalização. Porém, respeitando os trâmites legais do processo. De que forma a luta terá força de reivindicação sem ter seu devido processo. Não se busca falar em direitos, se sua forma de criação foi a partir de uma usurpação de poder, para resolver o problema de forma mais rápida, mas que coloca em pauta a legalidade da decisão.

Outro problema desenvolvido foi a equiparação do racismo e da luta *Queer*, ambas as lutas são igualmente válidas, mas estão em períodos diferentes e com reivindicações distintas no atual momento. Equiparar o *Queer* ao racismo, dilui a luta *Queer* em outra já pré-existente, de forma a alocá-la para cessar as reivindicações.

Conclui-se, portanto, que apesar de analogia *in malam partem* ser proibida pelo Princípio da Legalidade, e cercado pela Separação de Poderes, o Supremo Tribunal Federal utilizou de seus artifícios para criminalizar a LGBTfobia com aplicação da Lei nº 7.716/89, reinterprestando conceitos, e sendo desrespeitoso com o devido processo legislativo e com a Separação de Poderes, extrapolando competência e usurpando Poderes. E isso ocasiona em uma diminuição da luta *Queer*, para que se encaixe em uma lei pré-pronta, não reconhecendo sua luta própria, nem sua história.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaira, 2020.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2020.

ARRUDA, Élcio. Crime sem lei?. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 19, n. 119, p. 35-38, dez./jan. 2019. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=155247](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155247). Acesso em: 17 mar. 2022.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. *Sobre la analogia em el derecho*. Madri: Ed. Cívitas, 1986.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, 2012.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. Especial, p. 501-517, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 6. ed. Roma: Laterza, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Criminalização da homofobia. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 19, n. 119, p. 9-34, dez./jan. 2019. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=155245](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155245). Acesso em: 21 abr. 2020.

IPEA. *Atlas da Violência 2020*. Instituto de Pesquisa Econômica. Brasília, DF, 27 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 14 Abr. 2021.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Revista Bagoas*, Belo Horizonte, v.1, n. 1, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed, Barcelona, Ariel, 1976

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002.

MISKOLCI, Richard. A teoria queer e a sociologia: o desafio de uma analítica de normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 11, n. 21, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. Especial, p. 209-222, 2015.

Organização Mundial da Saúde. *Classificação Internacional de Doenças e problemas relacionados à saúde: décima revisão*. São Paulo: Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em português; 1993.

Organização Mundial da Saúde. *Manual de classificação internacional de doenças, lesões e causas de óbitos; 9ª revisão 1975*. São Paulo: Centro da OMS para Classificação de Doenças em português; 1978.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

PENIDO, Flávia Avila; GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. O restabelecimento do exame criminológico por meio da súmula vinculante nº 26: uma manifestação do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. Especial, p. 622-636, 2015.

- PERRY, Barbara. *In the name of hate: understanding hate crimes*. London: Routledge, 2001.
- POCAHY, Fernando; NARCI, Henrique C. Saindo do armário e entrando em cena: juventudes, sexualidade e vulnerabilidade social. *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 15, v.1, 2007.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1998.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da Legalidade no Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (check and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *HABEAS CORPUS*: HC 82.424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJe: 17/09/2003. Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms)>. Acesso em 11 mar. 2022.
- TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TODOROV, Tzvetan. *Nós e os outros: a reflexão francesa sobre a diversidade humana*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. VARGAS, Ana; FRAGA, Ana. Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Coimbra, n. 27, p. 31-71, jan./mar.2000.
- VARGAS, Ana; FRAGA, Ana. Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Coimbra, n. 27, p. 31-71, jan./mar.2000.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIEIRA, José Ribas; GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. (Edição Especial Direito). Disponível em: <[http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re visado.pdf](http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re%20visado.pdf)>. Acesso em: 8 dez. 2021.
- WELZER-LANG, Daniel. *A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia*. Estudos Feministas, Florianópolis, n. 2, v. 1, 2001.