

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Escola de Direito, Turismo e Museologia

Departamento de Direito

Thaís Emanuely Barbosa de Souza

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: uma análise
do mecanismo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na criminalização da homotransfobia

Ouro Preto

2026

Thaís Emanuely Barbosa de Souza

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: uma análise
do mecanismo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na criminalização da homotransfobia

Monografia apresentada ao curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Ouro
Preto, como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André de Abreu Costa

Coorientadora: Iasmin de Oliveira Brustolini

Ouro Preto

2026



FOLHA DE APROVAÇÃO

Thaís Emanuelly Barbosa de Souza

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26:

uma análise do mecanismo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na criminalização da homotransfobia

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 04 de março de 2026.

Membros da banca

Professor Doutor André de Abreu Costa - orientador - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestranda Iasmin de Oliveira Brustolini Baltazar - coorientador - Universidade Federal de Ouro Preto
Professor Doutor Frederico Nunes de Matos - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestranda Maria Paula Correia Ramos - Universidade Federal de Ouro Preto

André de Abreu Costa, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 04 de março de 2026.



Documento assinado eletronicamente por **Andre de Abreu Costa, COORDENADOR(A) DE CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**, em 05/03/2026, às 17:16, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1070272** e o código CRC **F31CB556**.

O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim:
esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e
depois desinquieta. O que ela quer da gente é
coragem.

(João Guimarães Rosa)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me permitir viver e realizar um desejo que sempre estive em meu coração, por me sustentar e me fazer forte até aqui.

À minha mãe, Ana Paula, por sempre acreditar em mim e por me apoiar em todos os meus sonhos e projetos, por nunca me deixar acreditar que não seria capaz de algo.

Ao meu pai, Wagner, pelo apoio durante essa trajetória e pelo carinho que sempre me foi dedicado.

Aos demais familiares, pela força e torcida em todos os momentos da minha vida. Por vibrarem junto comigo em cada conquista alcançada.

Aos amigos da UFOP e de Ouro Preto, obrigada por dividirem as angústias, incertezas e conquistas ao longo dessa trajetória.

Aos mestres, em especial ao meu orientador Prof. André de Abreu Costa, agradeço a paciência e dedicação pela docência, bem como pela valiosa orientação.

À vocês, o meu sincero muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho possui como tema central a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal a luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. O objetivo é discorrer acerca dos principais argumentos apontados na referida decisão e examinar se o caminho utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como forma de criminalização da homotransfobia foi a opção correta. Apesar da temática sensível e da necessidade de tipificação e responsabilização dos responsáveis pela disseminação desse crime de ódio, necessário se faz refletir as consequências advindas da decisão. Um dos principais pontos tratados no trabalho são os impasses gerados pela interferência do Judiciário em temas que estão fora de sua alçada e seus efeitos negativos na esfera individual dos indivíduos. A metodologia utilizada é jurídico-filosófica realizada por meio de revisão bibliográfica. O tema central da pesquisa está na eficácia de tal modelo utilizado pelo STF, no emprego da hermenêutica jurídica como forma de suprir lacunas legislativas e na vedação da analogia *in malam partem* dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: homofobia, analogia, supremo tribunal federal, direito penal, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

ABSTRACT

The present study focuses on the analysis of the decision rendered by the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF) in the Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26. The objective is to discuss the main arguments presented in the aforementioned decision and to examine whether the approach adopted by the Supreme Court, as a means of criminalizing homotransphobia, was indeed the appropriate course of action. Despite the sensitivity of the subject and the need for legal classification and accountability of those responsible for spreading this hate crime, it is essential to reflect upon the consequences arising from the Court's decision. One of the main issues addressed in this research concerns the impasses generated by judicial interference in matters beyond its jurisdiction and the characterization of judicial activism and its negative effects on individual rights. The methodology applied is of a legal-philosophical nature, conducted through a bibliographical review. The central theme of the research lies in assessing the effectiveness of the model adopted by the STF, the use of legal hermeneutics as a mechanism to fill legislative gaps, and the prohibition of analogia in malam partem within the Brazilian legal system.

Keywords: homofobia, analogy, federal supreme court, criminal law, direct action of unconstitutionality by omission.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

MI – Mandado de Injunção

STF – Supremo Tribunal Federal

CF – Constituição Federal

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA.....	10
1.1 DECISÃO DO STF NA ADO 26 E NO MI 4733.....	11
1.2 A EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA AO RACISMO	13
1.3 A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS DA CRIMINALIZAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL.....	14
2. ANÁLISE TEÓRICA E PROBLEMATIZAÇÃO DA DECISÃO DO STF	16
2.1 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE DA LEI PENAL.....	17
2.2 CONCEITO E LIMITES DA ANALOGIA NO DIREITO PENAL	19
2.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E ANALOGIA	20
3. ANÁLISE CRÍTICA DA EQUIPARAÇÃO ENTRE HOMOFOBIA E RACISMO	21
3.1 DISTINÇÃO ENTRE A NATUREZA DOS CRIMES E A NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO ESPECÍFICA	22
3.2 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ANTERIORIDADE DA LEI PENAL COMO GARANTIA.....	23
3.3 RISCOS DA EXPANSÃO NO DIREITO PENAL	24
CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIAS.....	26

INTRODUÇÃO

O cenário jurídico brasileiro contemporâneo é marcado por uma crescente tensão entre a necessidade de proteção a grupos vulneráveis e a observância rigorosa dos princípios limitadores do poder punitivo estatal. No centro desse debate, encontra-se o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733 pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 2019. Na referida ocasião, a Corte reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, decidindo, por via interpretativa, enquadrar tais condutas nos tipos penais previstos na Lei de Racismo (Lei 7.716/89) até que sobrevenha norma legislativa específica.

Historicamente, o Poder Legislativo demonstrou inércia ao arquivar diversos projetos que visavam a proteção da comunidade LGBT, como o PLC 122/2006 e o PL 7.582/14, o que culminou na intervenção do Judiciário para suprir a lacuna legislativa. Entretanto, embora o objetivo da decisão tenha sido a salvaguarda de direitos fundamentais e a responsabilização por crimes de ódio, a metodologia utilizada pelo Supremo Tribunal Federal desperta severas críticas acadêmicas e doutrinárias.

A problemática central desta pesquisa reside na análise da compatibilidade jurídica da criminalização pela via judicial frente aos princípios basilares do Direito Penal e Constitucional brasileiro. Questiona-se se o uso da analogia e da hermenêutica jurídica desrespeitou os Princípios da Legalidade e da Anterioridade da Lei Penal, uma vez que a criação de tipos penais é função exclusiva do Poder Legislativo.

Ademais, discute-se acerca do papel do Judiciário ante tal criminalização, avaliando se a conduta do STF extrapolou os limites da separação dos poderes, gerando insegurança jurídica e riscos à legitimidade democrática. O estudo também se propõe a diferenciar a natureza jurídica dos crimes de racismo e homofobia, sustentando a necessidade de uma tipificação específica que respeite as particularidades de cada conduta.

Para tanto, o trabalho se estrutura em três capítulos. O primeiro capítulo expõe a apresentação e conceituação dos institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção e a decisão responsável pela criminalização da homotransfobia e os impactos advindos de uma decisão judicial. O capítulo 2 abordará uma análise teórica e a problemática da interferência do Judiciário na tipificação de condutas, expondo e conceituando os institutos da interpretação extensiva e analogia e apontando os limites deste último no âmbito do Direito Penal e, por fim, irá desenvolver sobre os princípios da anterioridade da Lei Penal e

da legalidade, este último, marco teórico do presente trabalho, que será observado sob a forma de compreensão de Guilherme de Souza Nucci¹.

Em conclusão, o capítulo 3 apresentará uma análise crítica sobre a equiparação dos crimes de racismo e homotransfobia, apresentando as diferenças entre os tipos penais, os riscos advindos da expansão no direito penal e os princípios da anterioridade e da legalidade como mecanismos de segurança jurídica.

Assim, o presente trabalho propõe uma reflexão acerca da pertinência do modelo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na criminalização do crime em comento, com o objetivo de se verificar se o caminho utilizado pelo Supremo foi o mais adequado, tendo em vista a interferência na função do Poder Legislativo, visando se chegar a uma conclusão de qual seria o caminho que deveria ter sido percorrido até se chegar ao objetivo inicial.

¹ Guilherme de Souza Nucci é jurista e magistrado brasileiro, especializado em direito penal e processual penal.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Em junho de 2019 o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional ao não editar lei para criminalização da homofobia e transfobia. Antes de adentrar especificamente no assunto, necessário se faz apresentar os conceitos dos termos mencionados. A homofobia diz respeito ao preconceito em razão da orientação sexual, ou seja, à atração afetiva que o indivíduo sente pelo outro. Em outras palavras, é o preconceito dirigido aos homossexuais. Por outro lado, a transfobia diz respeito ao preconceito em virtude da identidade de gênero, isto é, contra pessoas que não se identificam com seu sexo biológico.

O processo de criminalização da homofobia no Brasil decorreu da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) e do Mandado de Injunção (MI 4733/DF). A ADO trata-se de ação ajuizada no Supremo Tribunal Federal e tem como objetivo reconhecer uma omissão inconstitucional referente ao dever constitucional de legislar. Já o Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º inciso LXXI, da Constituição Federal (1988), e é concedido sempre que inexistir norma regulamentadora, tornando inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Frisa-se que, extenso foi o caminho até se chegar à criminalização da homofobia através da ADO, sendo que existiram projetos de leis que visavam criminalizar o referido preconceito, porém não lograram êxito, tendo em vista que foram arquivados no decorrer do processo, sendo que nem sequer foram analisados. Passemos a analisar algumas das tentativas de criminalização da homofobia.

Diversas das tentativas ocorreram através de Propostas de Emenda à Constituição, que se trata de uma alternativa para alterar a Constituição Federal. Em seu texto “Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias” (2015, p. 12-13), Alexandre Bahia e Diogo Silva citam as diversas tentativas de criminalização da homofobia. Inicialmente, as PECs 139/95, 66/2003 e 392/2005 tinham como objetivo introduzir no artigo 3º, inciso IV, a proteção contra preconceitos originados pela orientação sexual. A primeira foi arquivada e, com relação às outras, inicialmente não foram votadas e, por essa razão, acabaram sendo inativadas. Em 2007 foram desarquivadas e permaneceram sem qualquer movimentação, sendo novamente arquivadas.

Os Projetos de Lei 4242/2004, 3770/2005 e 5003/2001 possuíam como objetivo a criminalização da homofobia e transfobia, sendo que foram reunidos no PL da Câmara 122/2006.

Em 2006 foi criado o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 que possuía como objetivo a criminalização da homofobia e transfobia, visando equipará-los aos demais preconceitos já tipificados na Lei de Racismo (Lei 7716/89). Entretanto, após anos de tramitação no Senado, o Projeto de Lei foi arquivado, tendo em vista a falta de deliberação do Senado, ultrapassando o período de tramitação.

Embora tenham existido diversos projetos que visavam a efetiva tipificação de condutas homofóbicas e transfóbicas, esse objetivo não foi atingido, sendo necessário que o Supremo Tribunal Federal exercesse função atípica, qual seja, a de legislar. Diante do exposto, fica clara a inércia legislativa na criação de uma lei específica visando a criminalização da homofobia, a dúvida que emerge é se a via utilizada para a responsabilização criminal foi o caminho mais adequado.

1.1 Decisão do STF na ADO 26 e no MI 4733

A petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26² expõe os elementos essenciais da demanda, impetrada pelo Partido Popular Socialista (PPS). O objetivo da proposta era a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia com base na previsão constitucional de criminalizar relativa ao crime de racismo, com previsão no artigo 5º, XLII, da CF. Com base no argumento de mora inconstitucional, a ação enumerava alguns requerimentos, os quais passemos a analisar antes de adentrar na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Buscava-se com a ADO que fosse reconhecido a homofobia e transfobia como sendo uma espécie do gênero racismo (art. 5º, XLII, CF), ao argumento de que, tais condutas homotransfóbicas inferiorizam pessoas do grupo LGBT³ em relação às pessoas heterossexuais, corolário ao que acontece na estigmatização presente no crime de racismo. Subsidiariamente, requeria que fosse reconhecida como discriminações atentatória a direitos e liberdades fundamentais, com o intuito de enquadrá-las na previsão constitucional prevista no art. 5º, XLI, da Constituição Federal.

A declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização através de uma legislação específica, bem como, a fixação de prazo para que o Congresso aprovasse

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 28 de jan. 2026.

³ A sigla LGBT possui como significado lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros.

lei criminalizadora também era um dos pedidos elencados na peça inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Caso não ocorresse a criminalização no prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal ou caso esta entendesse desnecessária a fixação, requeria que o STF realizasse a troca de sujeitos e exercesse atividade legislativa atípica com a efetiva tipificação dos crimes de homofobia e transfobia.

Pretendia, também, a fixação da responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive de parlamentares responsáveis pela omissão tendo em vista a responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, §6º, da CF/88 com o objetivo de indenizar as vítimas de homofobia e transfobia com relação a fatos pretéritos ou, subsidiariamente, após verificado o descumprimento depois da fixação do prazo para efetivar tal criminalização.

E, por fim, pretendia a referida ação, subsidiariamente, caso não reconhecesse a equiparação do crime de homofobia ao racismo, ao menos, fosse reconhecida a mora inconstitucional do Congresso Nacional, ou seja, uma omissão inconstitucional do Poder legislativo na regulamentação de leis.

Necessário se faz discorrer acerca do Mandado de Injunção 4733⁴, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). O MI possuía o mesmo objetivo apresentado na ADO, fundamentando-se na necessidade da criminalização da homofobia e da transfobia tendo em vista que tais condutas impedem que estas minorias levem uma vida tranquila, com a vivência em um cenário equilibrado, sem a presença de inseguranças. Verifica-se, portanto, que ambas as ações visavam o reconhecimento da omissão inconstitucional, bem como, a criminalização da homofobia e transfobia.

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal optou por julgar conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e o Mandado de Injunção 4733, sendo que, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Necessário se faz elencar todos os tópicos decididos pelo STF presente no inteiro teor do acórdão.

Inicialmente, julgou-se procedente a ação para reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia, conforme determina o artigo 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal. Declarou, também, a existência de

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção nº 4733. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 28 de jan. 2026

normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, cientificando-se o Congresso para a adoção das medidas necessárias.

A decisão foi responsável por dar interpretação conforme à Constituição enquadrando a homofobia e a transfobia, independentemente da sua forma de manifestação, nos diversos tipos penais previstos na Lei 7.716/89, até que seja editada legislação autônoma que criminalize tais condutas, ao argumento de que as práticas homotransfóbicas se qualificam como espécie do gênero racismo, na dimensão do racismo social consagrada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS (caso Ellwanger)⁵, visto que, estas condutas caracterizam-se em atos de segregação visando a inferiorização de integrantes do grupo LGBT.

1.2 A equiparação da homofobia ao racismo

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal encontrou como forma de superar a lacuna legislativa e criminalizar a homofobia, o instituto da equiparação. Trata-se, pois, a equiparação, da hipótese em que não existe lei específica que tipifica e criminaliza determinada conduta e se estabelece que esta deva receber o mesmo tratamento jurídico de uma conduta já tipificada.

Como argumento, o STF alegou que o crime de homofobia se assemelha ao crime de racismo na medida em que aqueles são espécies do gênero racismo, visto que, as condutas homotransfóbicas se amoldam em atos de discriminação a direitos e liberdades fundamentais daqueles que fazem parte do grupo vulnerável em questão.

Ao equiparar os dois crimes, o Supremo Tribunal Federal determinou que a todos os delitos de discriminação contra membros do grupo LGBT sejam punidos com a aplicação da Lei do Racismo (Lei 7.716/89), tendo em vista que se enquadrariam no conceito do racismo social.

O STF ao decidir de tal forma utilizou como precedente o julgamento do HC 82.424/RS, que se refere à habeas corpus em favor de paciente que foi condenado em segunda instância pela prática do art. 20 da Lei 7.716/89 em razão da publicação e comercialização de obras que divulgavam ideias antissemitas e negavam a ocorrência do holocausto.

⁵ Por ora, não iremos adentrar na temática do referido Habeas Corpus, isto porque, este será objeto de tópico específico, no qual será conceituado e esclarecida as razões que levaram à impetração do HC, bem como, os argumentos levantados pela defesa e a decisão do Supremo Tribunal Federal. O motivo para tal se dá em razão do precedente gerado pelo Habeas Corpus e a sua relevância no julgamento da ADO 26, sendo necessário que seja feita uma conexão entre os dois temas para melhor elucidação.

Na decisão, o Supremo estabeleceu que o racismo ultrapassa o conceito de raça, devendo se considerar, também, o significado antropológico e sociológico do conceito, a fim de se construir a definição constitucional do termo, levando-se em consideração fatores históricos, políticos e sociais.

No decorrer da ação, o argumento utilizado pela defesa seria o de que o racismo estaria relacionado à cor da pele, não possuindo aplicabilidade ao povo judeu, que não constitui uma raça. Outro ponto levantado pela defesa seria o de que, mesmo se a conduta de Ellwanger fosse enquadrada como criminosa, o crime já estaria prescrito. Por outro lado, o Ministério Público sustentava que o crime de racismo envolvia questões para além de fenotípicas, sendo que a imprescritibilidade do crime se aplicaria ao caso.

Por fim, na decisão, o STF resolveu afastar a interpretação literal do art. 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988, a fim de se considerar o conceito de racismo de forma mais ampla, com o intuito de que outras condutas além daquelas previstas expressamente na lei pudessem vir a ser englobadas pela norma.

1.3 A interferência do Judiciário e os impactos da criminalização por decisão judicial

Com a decisão de criminalização pelo Supremo Tribunal Federal surgiram diversas questões acerca da compatibilidade e dos impactos de tal parecer, considerando que a função de legislar não é atribuída ao Poder Judiciário. Vale destacar que todos os Poderes possuem funções típicas e atípicas, entretanto, para o referido trabalho iremos nos incumbir de elencarmos apenas as funções primordiais de cada um deles.

Em primeiro lugar, o Poder Legislativo possui como função essencial legislar, isto é, elaborar leis, e a de fiscalizar. O Poder Executivo, por outro lado, é responsável pela administração do Estado. Por fim, o Poder Judiciário é responsável por executar as leis. Alexandre de Moraes define os três Poderes da seguinte forma:

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70). (...) O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração (...) O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu

mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios (...) (Moraes, 2025, p. 478, 537, 572).

A discussão levantada seria a inexistência de limites para tais intervenções judiciais abusivas e sem respaldo legal e os impactos gerados na vida daqueles que seriam atingidos pela decisão.

O principal ponto a ser discutido dentro dessa temática diz respeito à interferência do Judiciário na criminalização de condutas e a intervenção negativa e perigosa de tal instituto, levando-se em consideração a separação dos três Poderes da República. Neste ponto, necessário se faz distinguirmos os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

A judicialização decorre de um modelo constitucional adotado pelo ordenamento brasileiro, e não de uma deliberação de vontade política, neste caso o Judiciário decide, pois, era o que devia fazer. Se a constituição prevê uma norma e dela se extrai uma pretensão, cabe ao juiz conhecê-la, decidindo acerca do tema (Barroso, 2012, pág.25).

Por ativismo judicial se entende a postura do Poder Judiciário de atuar de forma mais expansiva, normalmente visando garantir direitos constitucionais principalmente quando existe omissão advinda dos Poderes Legislativo e Executivo. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido de alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo (...). A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (Barroso, 2012, p. 25-26).

Lênio Streck diferencia os dois institutos da seguinte forma:

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, 2011, p. 589).

Diante de todo o exposto, percebe-se, as sérias consequências que podem advir quando o Judiciário assume a posição típica do Legislador, riscos esses que envolvem principalmente a legitimidade democrática, mas, também, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional (Barroso, 2012, p. 31).

Barroso (2012) explica que o risco envolvendo a legitimidade democrática está ligado principalmente ao fato de que os membros do Judiciário operam como representantes indiretos do povo, isto é, à ideia de que os magistrados devem se atentarem estritamente àquilo previsto

na lei. Já a politização da justiça diz respeito a observâncias das consequências políticas das decisões, devendo estas sempre observarem os limites impostos pela norma. Por fim, a falta de capacidade institucional diz respeito à função dos Poderes, ou seja, deverá ser observado pelo Judiciário, no caso concreto, se aquela matéria não seria competência de outro Poder ou ente.

Mais delicada se torna a situação quando tal intervenção acontece no âmbito do Direito Penal – que foi área de intervenção na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão -, possuindo como uma de principais características ser a *ultima ratio*, ou seja, somente deve ser utilizado como último recurso na resolução de conflitos.

2. ANÁLISE TEÓRICA E PROBLEMATIZAÇÃO DA DECISÃO DO STF

Com a criminalização da homofobia e transfobia pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no Mandado de Injunção 4733 ficou evidente o impasse advindo de tal criminalização pela via judicial bem como, a questão acerca da incompatibilidade de tal deliberação. Na própria decisão da ADO, o Ministro Marco Aurélio discordou acerca da criminalização da homofobia através da via judicial, julgando improcedente a ação, ao argumento de interferência na esfera dos demais poderes da república. Nas palavras do relator:

Há mais: operada a transmutação dos delitos previstos na legislação de regência em crimes com descrições típicas indeterminadas mediante interpretação judicial, a delimitação do alcance do tipo penal não mais estará vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz – em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal (...) Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela “orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima” há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose (Aurélio, 2019, p. 554,556).

Por outro lado, também com relação aos impactos imediatos trazidos, estes esbarram em uma exponencial afronta aos princípios elementares do Direito Penal e Constitucional, em especial o da legalidade e da anterioridade da lei penal.

A essência da discussão se baseia na tese de que, ao equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, o STF estaria criando um novo tipo penal por meio da interpretação judicial. Outro ponto a ser pensado seria se o modelo utilizado pelo Supremo para suprir a

lacuna legislativa seria o caminho adequado e os impactos que tal posicionamento poderia ocasionar em prejuízo do réu.

O objetivo do presente capítulo será discorrer sobre os princípios penais e constitucionais que envolvem a vedação de condenações sem a existências de leis que tipifiquem determinadas condutas. Necessário se faz apresentar acerca da hermenêutica jurídica e os limites de tais institutos de interpretação, principalmente quanto à distinção entre a interpretação extensiva e analogia.

Outro aspecto de extrema relevância que gerou várias discussões entre os juristas foi a incidência ou não da analogia *in malam partem*, que é expressamente vedada no Direito Penal. A forma que o Supremo Tribunal Federal encontrou para tentar evitar que o debate sobre o tema pudesse vir à tona foi a tese de que a decisão possuía natureza exclusivamente interpretativa, não constituindo, portanto, novo tipo penal.

Portanto, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha como objetivo a proteção das minorias e a criminalização da homofobia visando suprir a lacuna legislativa, verifica-se que tal deliberação confronta com os princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal. O objetivo do presente capítulo será discorrer acerca de tais princípios e fazer uma análise acerca do mecanismo utilizado pelo STF na criminalização das condutas homotransfóbicas.

2.1 Princípios da legalidade e da anterioridade da Lei Penal

Podemos citar como princípios basilares do Direito Penal a legalidade e a anterioridade da lei penal, sendo que servem como uma forma de evitar eventuais abusos estatais e para oferecer uma maior segurança jurídica aos particulares. O princípio da legalidade tem previsão no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal. Estabelece este que nenhuma conduta será considerada como crime sem a existência de uma lei que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

Guilherme de Souza Nucci argumenta que a legalidade deve ser defendida através de três significados. O primeiro deles seria o prisma político, o qual protege o particular de eventuais abusos do Estado. Em segundo lugar, sob a ótica jurídica onde se destacam os sentidos lato e estrito. Por sentido amplo entende-se que nenhum sujeito será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude lei, conforme previsão do artigo 2º, II, da Constituição Federal.

Por outro lado, por sentido estrito entende-se a inexistência de crime sem lei que o defina. Com relação a este último, pode ser qualificado como princípio da reserva legal, estabelecendo que os tipos penais apenas serão criados por leis emanadas pelo Poder Legislativo (Nucci, 2025, pág. 41). O doutrinador destaca a importância de uma norma penal clara e direta a fim de que o princípio da legalidade seja seguido de forma efetiva. Nas palavras do jurista:

A definição legal da infração penal há de ser feita de forma clara e inteligível, para não gerar tipos abertos demais, causando o esvaziamento do princípio da legalidade. O tipo aberto é aquele que depende da interpretação do juiz para ser integralmente compreendido e aplicado. Levando-se em consideração que o direito penal veda o uso da analogia (processo de integração da lei, que atua através de um método de semelhança, quando houver lacuna) para criar tipos penais incriminadores, é preciso evitar a elaboração de definições legais de crimes que sejam tão vagas, quanto inseguras (Nucci, 2025, pág. 44).

Já o princípio da anterioridade da lei penal determina que uma lei incriminadora somente poderá ser aplicada caso tenha surgido antes da prática da conduta a qual pretende se responsabilizar. Frisa-se a relevância do princípio, visto que, visa assegurar segurança jurídica aos indivíduos a fim de que estes adquiram a consciência prévia das condutas criminalizadas e da responsabilização prevista para cada tipo penal.

Ao tratarmos dos referidos princípios, esbarramos, também, com o princípio da irretroatividade da lei penal, previsto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, o qual preleciona que a lei penal não retroagirá, se aplicando somente a delitos ocorridos após a sua vigência. A exceção a esse princípio é a retroatividade da lei penal mais benéfica, que estipula que com a entrada em vigor de uma nova lei penal mais benéfica para o réu, esta poderá retroagir para beneficiá-lo.

Portanto, diante de discorrer acerca dos princípios, nota-se a relevância de tais para a garantia da ordem e proteção jurídica dos indivíduos. A legalidade, a anterioridade e a irretroatividade funcionam como uma forma de amparo individual e como garantia dos direitos fundamentais, tendo em vista que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os cidadãos contra arbitrariedades do Estado.

Diante da inércia legislativa em tipificar condutas que necessitam de reprovação e da inobservância dos limites constitucionais, surge a necessidade de criminalizar ações através de meios alternativos, como o uso da interpretação extensiva e da analogia. A dúvida que emerge é se tais métodos de integração da lei penal são compatíveis com a legalidade e os limites das ferramentas hermenêuticas no âmbito do Direito Penal.

2.2 Conceito e limites da analogia no Direito Penal

A hermenêutica jurídica é responsável por interpretar as normas e leis jurídicas através da argumentação em razão, ocasionada, na maioria das vezes, pela inércia legislativa ou da impossibilidade de o legislador prever a diversidade das condutas humanas. Dentre as formas de interpretação do direito temos a analogia, que se trata da hipótese em que não existe lei específica que criminalize determinada conduta e se faz necessário utilizar uma norma já existente para solucionar o caso.

Guilherme de Souza Nucci preleciona que a analogia se conceitua como o “processo de integração da lei, que atua através de um método de semelhança, quando houver lacuna” (Nucci, 2025, pág.20). Em outros termos, diz respeito a um recurso utilizado pelo juiz quando, diante da inexistência de lei específica para determinado caso, utiliza-se de uma norma existente para um caso semelhante, extraindo dela a solução jurídica com base na ideia de que casos iguais devem ser tratados de forma igual. No mesmo sentido, o jurista Cleber Masson⁶ esclarece que:

(...) Conhecida como integração analógica ou suplemento analógico, é a aplicação, ao caso não previsto em lei, de lei reguladora de caso semelhante. No Direito Penal, somente pode ser utilizada em relação às leis não incriminadoras, em respeito ao princípio da reserva legal. Seu fundamento repousa na exigência de igual tratamento aos casos semelhantes (Masson, 2025, pág. 96).

A aplicação desse instituto, contudo, é rigorosamente limitada no âmbito penal pelo princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal. Dessa forma, a analogia não é um recurso ilimitado, existindo hipóteses em que a sua utilização é vedada. Em primeiro lugar, nas leis penais incriminadoras, visto que, estas sempre restringem a liberdade do indivíduo, sendo vedado que o magistrado imponha delimitações para além daquelas tipificadas. Em leis excepcionais, o conteúdo não previsto na norma é abrangido pelas leis de caráter geral e, dessa forma, é prescindível se utilizar desse recurso integrativo. Por fim, com relação às leis fiscais, estas são semelhantes às penais, sendo a analogia não recomendável para integração (Bittencourt, 2025, pág. 178).

Diante do exposto, verifica-se que tal método integrativo não pode ser utilizado para prejudicar o réu, sob pena de violar o princípio da reserva legal. Por isso, as normas penais não

⁶ Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Cleber Masson foi assessor da Procuradoria Geral de Justiça e Diretor da Associação Paulista do Ministério Público (APMP).

incriminadoras podem ter as lacunas preenchidas pela analogia somente em situações em que ocorra para beneficiar a defesa, conhecida como analogia *in bonam partem*. Caso tal forma de integração seja usada de forma a prejudicar o réu, a chamada analogia *in malam partem*, estaríamos diante de uma afronta ao princípio da legalidade e da reserva legal.

O Direito veda os dispositivos legais que violem o princípio da reserva legal, ou seja, toda a conduta para ser criminalizada deve estar prevista em lei, tendo em vista que o réu em hipótese alguma pode ter sua situação agravada. Nesse caso, o magistrado, no momento de aplicação deve conferir a melhor interpretação à lei, sem criar normas.

Diante do exposto, verifica-se que a analogia é um mecanismo arriscado dentro do ordenamento jurídico, visto que, somente pode ser utilizado em hipóteses em que beneficie a defesa. Nota-se a existência de várias formas de interpretação de leis, sendo que cada uma delas possuem especificidades, as quais analisaremos no próximo tópico.

2.3 Diferenciação entre interpretação extensiva e analogia

No direito as normas existentes não são capazes de abarcar e tipificar todas as hipóteses de condutas criminosas, tendo em vista a sucessiva transformação da sociedade, que recebe a interferência de novas circunstâncias. Diante das lacunas do direito é necessário que elas sejam preenchidas através do processo da hermenêutica jurídica, especialmente a interpretação extensiva e analogia, as quais passamos a analisar agora.

A interpretação extensiva possui, como o próprio nome já diz, função interpretativa, visando ampliar o significado da norma. Trata-se, pois, de mecanismo que pretende conferir significado às condutas se utilizando de tipificação já existente, ampliando o seu significado. Por outro lado, a analogia é um método integrativo do sistema jurídico e se caracteriza quando inexistente legislação que tipifica determinada conduta e se estabelece uma lacuna sendo necessário que se recorra a outra norma.

Portanto, os dois institutos se distinguem na medida que a interpretação extensiva se utiliza de legislação já existente, expandindo seu significado a fim de que tal norma alcance e criminalize determinadas condutas que não são tipificadas por legislação específica. A analogia, de outra forma, acontece na medida em que não existe lei que especifique determinada circunstância, sendo necessário enquadrar esta situação em outra norma já existente se utilizando o mecanismo da semelhança.

Bittencout diferencia os dois métodos da seguinte forma:

Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Nessa hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação (...). Distingue-se, na verdade, a analogia da interpretação extensiva porque ambas têm objetos distintos: aquela visa à aplicação de lei lacunosa; esta objetiva interpretar o sentido da norma, ampliando seu alcance (Bittencourt, 2025, pág. 177).

Verifica-se, portanto, que apesar de serem parecidos, os institutos se diferenciam tendo em vista que a interpretação extensiva amplia a lei para atingir condutas que não são abarcadas pela norma, diante da obscuridade ou incerteza da diretriz; enquanto a analogia visa preencher a lacuna se utilizando da equivalência dos atos. Entretanto, esta última possui limitação legal para ser utilizada, só podendo ser aplicada em casos que beneficie o réu.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA EQUIPARAÇÃO ENTRE HOMOFOBIA E RACISMO

Nos últimos capítulos, foi percorrido acerca do processo de criminalização da homofobia e transfobia a luz da decisão do Supremo Tribunal Federal, que foi proferida através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Com isso, foi desenvolvido temas a respeito da problemática desse meio utilizado pelo STF, levando-se em consideração a interferência no âmbito do Direito Penal, tendo em vista a existência dos princípios basilares do Direito.

Diante de todo o exposto, constata-se os diversos impasses advindos de tal decisão. A principal dúvida encontra-se na validade desta criminalização realizada pela via judicial, tendo em vista a discussão entre doutrinadores e juristas acerca do modelo de interpretação utilizado. No Direito Penal garantista, a lei deve ser estrita, considerando a expressa vedação da analogia *in malam partem*, abrangendo apenas condutas que foram previstas pelo legislador, proibindo o magistrado de estender as normas existentes em caso de prejuízos para o réu.

O presente capítulo, portanto, pretende apresentar uma análise crítica do tema e apontar os motivos pelos quais acredita-se não ter sido, o mecanismo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, a forma adequada para a criminalização da homofobia e transfobia. Isso porque, dentre outros motivos que trataremos no decorrer do presente capítulo, ocorreu uma afronta à separação dos poderes, tendo em vista que a função de criar leis e criminalizar condutas é uma tarefa constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo. O STF, ao agir de tal forma, desvia-

se da sua função de guarda da Constituição para interferir em uma área normativa que exige o debate democrático.

Objetivamos, também, chegar a uma conclusão fundamentada, diante de todas as ideias já expostas, acerca do modelo utilizado na criminalização e, apontar qual seria, na prática, o caminho mais adequado para tipificação de condutas e os riscos que a interferência judicial pode gerar na vida daqueles inseridos no meio criminal.

3.1 Distinção entre a natureza dos crimes e a necessidade de tipificação específica

Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha determinado que o racismo e a homotransfobia fossem tratados de igual forma, tais crimes possuem naturezas e diferenças jurídicas distintas, diante de suas essências e origens. Outro ponto a ser destacado neste tópico seria a necessidade de uma tipificação específica para a adequada criminalização da homofobia e transfobia.

Inicialmente, percebe-se que o racismo e a homotransfobia possuem essência diversa. O racismo é um crime estrutural e histórico no Brasil e reside na ideia da superioridade de uma raça em relação à outra. Trata-se, portanto, o racismo, do ato de marginalização de pessoas ou grupos visando a inferiorização étnico-racial, gerando em um tratamento diferenciado entre os indivíduos. O artigo 1º da Lei 12.288/2010 define a discriminação da seguinte forma:

“Discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada”.⁷

Em contrapartida, a homofobia e a transfobia se relacionam com a orientação sexual e identidade de gênero. A orientação sexual refere-se à atração que o indivíduo sente por outras pessoas. Por outro lado, a identidade de gênero corresponde com a experiência interna com a qual a pessoa se identifica. Verifica-se que, enquanto a homofobia e a transfobia atacam a subjetividade individual de cada sujeito, o racismo ataca o pertencimento étnico-racial.

Por outro lado, existem também as diferenças jurídicas entre os delitos. O crime de racismo possui previsão constitucional, presente no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição

⁷ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 12.288. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 12 jan. 2026.

Federal e estabelece que se trata de crime inafiançável e imprescritível. O crime de racismo também possui tipificação específica, a Lei 7.716, que estabelece condutas discriminatórias específicas.

Entretanto, a homotransfobia não possui tipificação específica, mas sim decorre do conceito de racismo social, já mencionado em tópicos anteriores. Ao empregar tal definição, o STF abrangeu, pela lei do racismo, outros grupos vulneráveis que sofrem estigmatização. Ao unir os dois conceitos e se utilizar da mesma legislação para puni-los, o Judiciário não leva em consideração as especificidades da homofobia e transfobia, que não são abrangidas pela Lei do Racismo.

Neste ponto se revela a extrema necessidade de uma legislação específica para tipificar as condutas homofóbicas. No Direito Penal a norma deve ser precisa, indicando expressamente o comportamento que está sendo punido. Ao se estender a Lei 7.716 cria-se um espaço de extrema insegurança jurídica, onde o magistrado pode se utilizar da discricionariedade que lhe foi atribuída para transformar a sua convicção em norma e, dessa forma, ultrapassar os limites impostos pelo direito e o arbítrio judicial.

Por fim, constata-se que essa criminalização através da hermenêutica jurídica retira a função primordial da norma e insere o cidadão em uma situação de imprevisibilidade. É importante, portanto, se utilizar dos instrumentos que impedem os abusos estatais, dentre eles os princípios constitucionais, que funcionam como garantia e um mecanismo de gerar maior segurança jurídica, os quais se passará a expor no tópico seguinte.

3.2 Princípios da legalidade e anterioridade da Lei Penal como garantia

Os princípios funcionam como uma disposição que serve de base para inserção e aplicação do direito. Em outras palavras, “o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” (Bittencourt, 2025, pág. 19).

Os princípios da legalidade e da anterioridade da Lei Penal funcionam como um mecanismo de segurança jurídica. Enquanto o primeiro expõe a necessidade de uma previsão legal para que uma conduta seja considerada crime, o segundo estabelece que atos somente podem ser criminalizados caso exista uma tipificação anterior. Com esses mecanismos busca-se evitar abusos estatais ou, ao menos, seria a ideia inicial. Bittencourt discorre sobre o assunto da seguinte forma:

Para que o princípio de legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Nesse sentido profetiza Claus Roxin, afirmando que: “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo” (Bittencourt, 2025, pág.17).

Percebe-se que a legalidade atua como uma forma de conter o poder do Estado e obrigar que se siga a lei conforme prevista. Com isso, a função primordial seria evitar interpretações analógicas que ampliassem a norma penal e gerasse prejuízos para o réu. Da mesma forma e com o mesmo objetivo, a anterioridade da Lei Penal visa a não retroatividade da lei em prejuízo do réu, garantindo ao indivíduo segurança jurídica e permitindo que este tenha ciência quanto às consequências dos seus atos previamente.

Portanto, ao criminalizar a homofobia através da via judicial contata-se a afronta aos referidos princípios, tendo em vista que, inexistente lei específica criminalizando a homofobia, logo, não existiria crime, levando-se em conta a lógica do princípio da legalidade. De igual forma, não existe uma norma anterior que tipifique determinadas condutas, não podendo, portanto, um sujeito ter uma punição imposta se utilizando de uma legislação criada com outra finalidade e que define outro crime cuja natureza é totalmente distinta.

Em síntese, quando tais princípios constitucionais não são observados para suprir tensões advindas da mora do Congresso na criação de leis, acabam por retirar a função garantista do Direito Penal. Essa atitude, que visa preencher lacunas existentes no direito de forma imediata, ocasiona em riscos concernentes à expansão no Direito Penal.

3.3 Riscos da expansão no Direito Penal

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26, verifica-se uma expansão no âmbito do Direito Penal, ocasionando em riscos que influenciam diretamente em garantias fundamentais e na estrutura do ordenamento jurídico.

Inicialmente, podemos citar como um dos principais riscos a ideia do Direito Penal pensado como *ultima ratio*, ou seja, o último ramo do direito a ser utilizado para resolução de conflitos, tendo em vista que, diante da inércia legislativa na criação de leis específicas para criminalização de condutas, a via judicial começa a ser utilizada para que tais lacunas sejam preenchidas. Conforme mencionado no tópico anterior, esse processo de criminalização pela via hermenêutica confronta diretamente com os princípios da legalidade e da anterioridade da

Lei Penal, uma vez que, retira do indivíduo a segurança jurídica de ser responsabilizado pelas condutas previstas anteriormente por lei em sentido estrito.

Ao equiparar o crime de homofobia ao racismo, ocorre o risco do Judiciário se utilizar da analogia *in malam partem*, fenômeno este que é expressamente vedado no âmbito do Direito Penal diante do iminente prejuízo ao réu. Tal atitude ocasiona na insegurança jurídica, uma vez que o magistrado pode utilizar sua discricionariedade para julgar casos concretos, correndo o risco de se sobrepor àquilo que está realmente previsto na norma. De outra forma, tal expansão retira a função primordial desse ramo do direito, uma vez que, ao começar a utilizar essa ferramenta, o Estado começa a fazer interferências abusivas na esfera individual do indivíduo.

Portanto, percebe-se que a ausência de tipificação específica que observe as especificidades do crime e que reconheça a natureza distinta entre o racismo e a homotransfobia ocasiona na ineficácia da lei, uma vez que, resulta em uma aplicação genérica da norma. Tal atitude, como tratado em capítulo anterior, fere a norma constitucional de separação dos Poderes, já que, o Poder Judiciário invade a esfera dedicada ao Legislativo na criação de leis.

Por fim, diante de todo o exposto, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal carrega consigo um enorme risco. Embora tenha como objetivo preencher a mora legislativa visando a proteção de grupos vulneráveis, impõe sérios impasses no que se refere ao sistema acusatório. Quando o Supremo Tribunal Federal se utiliza de meios hermenêuticos, enfrenta o risco de que tal postura seja prejudicial ao réu e que fragilize os pilares da segurança jurídica, desrespeitando o princípio constitucional da reserva legal, que exige a necessidade de tipificação para que uma conduta seja considerada crime, gerando um enorme cenário de imprevisibilidade.

CONCLUSÃO

Por meio de análises bibliográficas, a pesquisa analisou se o modelo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal foi o caminho adequado para a criminalização da homofobia. Diante de todo o exposto, conclui-se pela inadequação do modelo utilizado pelo Supremo.

Dessa forma, o trabalho constatou que, embora o crime em questão trata-se de tema extremamente relevante que necessite ser criminalizado para responsabilidade criminal daqueles responsáveis pela disseminação desse crime de ódio, tal tipificação deve ser realizada através da via adequada, com a criação de uma norma que observe a natureza e as especificidades da homofobia. Por outro lado, verifica-se a expressa afronta aos princípios constitucionais penais da legalidade e anterioridade da lei penal, que prelecionam exatamente a necessidade de tipificação e a existência de uma lei anterior para que determinada conduta seja considerada crime.

Ademais, a pesquisa evidenciou a gravidade e o risco de que tais condutas do STF incorram na analogia *in malam partem*, desrespeitando, assim, o princípio da reserva legal, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro veda o uso desse recurso integrativo para prejudicar o réu ou criar tipos penais incriminadores. A equiparação da homofobia ao racismo, embora fundamentada no precedente do Caso Ellwanger, acaba por ignorar que o racismo e a homotransfobia possuem essências e origens distintas; enquanto o primeiro ataca o pertencimento étnico-racial, os últimos atingem a subjetividade e identidade de gênero.

Conclui-se, portanto, que o papel do Judiciário na criminalização de condutas observado na ADO 26 e no MI 4733, ao pretender suprir a inércia do Congresso Nacional, extrapolou os limites da separação dos Poderes. A busca pela proteção de grupos vulneráveis não deve se sobrepor às garantias fundamentais que limitam o poder punitivo do Estado. Assim, o caminho juridicamente sustentável exige que o Poder Legislativo exerça sua função típica, editando lei específica que garanta a segurança jurídica e a previsibilidade necessária a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5 dez. 2025.

BITENCOURT, Cezar R. Tratado de Direito Pena-Parte Geral-Volume 1 - 31ª Edição 2025. 31. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. E-book. p.178. ISBN 9788553627592. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553627592/>. Acesso em: 19 dez. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 26 jan. 2026.

BRASIL. Lei 12.288 de 20 de julho de 2010. Dispõe sobre o Estatuto da Igualdade Social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 16 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 26 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 17 de set de 2003. Diário da Justiça, Brasília-DF, 19 de março de 2004. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2082424%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 05 de dezembro de 2025.

FERREIRA, Livia. Mês do Orgulho: saiba a diferença entre orientação sexual, expressão e identidade de gênero. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2024/06/29/mes-do-orgulho-saiba-a-diferenca-entre-orientacao-sexual-expressao-e-identidade-de-genero.ghtml>. Acesso em: 16 jan. 2026.

MASSON, Cleber. Direito Penal - Parte Geral (arts. 1º a 120) - Vol. 1 - 19ª Edição 2025. 19. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. E-book. p.96. ISBN 9788530996017. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530996017/>. Acesso em: 18 dez. 2025.

NETO, Jayme Weingartner & SALTIEL, Ramiro Gomes von, 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-jan-09/legalidade-analogia-e-interpretacao-extensiva-em-direito-penal/>. Acesso em: 27 dez. 2025.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal - Volume Único - 21ª Edição 2025. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. p.41. ISBN 9788530996468. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530996468/>. Acesso em: 11 dez. 2025.

NUCCI, Guilherme de S. Código Penal Comentado - 25ª Edição 2025. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. p.20. ISBN 9788530995973. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995973/>. Acesso em: 18 dez. 2025.

REZENDE, Milka de Oliveira. Racismo no Brasil. UOL. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/racismo-no-brasil.htm>. Acesso em: 16 jan. 2026.

SILVA, B. M. I & Lopes Pepino, E.J. Estácio Periódicos Científicos, 2023. Disponível em: <https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/juresvitoria/article/view/2588/2116>. Acesso em: 07 de dezembro de 2025.

SILVA, D. B. e, & Melo Franco Bahia, A. G. (2015). NECESSIDADE DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA NO BRASIL: PORVIR DEMOCRÁTICO E INCLUSÃO DAS MINORIAS. *Revista Da Faculdade De Direito UFPR*, 60(2), 177–207. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i2.38641>. Acesso em: 01 de dezembro de 2025.

STF. Caso Ellwanger: liberdade de expressão vs. antissemitismo ou racismo. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/link_download/casos_relevantes/pt/HC_82424.pdf. Acesso em: 05 de dezembro de 2025.