

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA, POLÍTICA
CRIMINAL E PROCESSO I**

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RENATA BOTELHO DUTRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, criminologia, política criminal e processo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Renata Botelho Dutra

Thiago Allisson Cardoso de Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-204-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E PROCESSO I

Apresentação

O ano de 2020 trouxe consigo uma pandemia fazendo com que a humanidade repensasse conceitos, recriasse estratégias e reaprendesse a viver.

A implementação de novas tecnologias, que vão da inteligência artificial a simples utilização de aplicativos para celulares, se fizeram extremamente urgentes em tempo de isolamento social e, não diferente, no campo da ciência.

Se a pandemia trouxe incontáveis dificuldades a vencer, ela também foi oportunidade de crescimento e inovação em todos os campos. A internet aproximou pessoas de norte a sul, adentrou os lares ora levando conhecimento, ora levando informação, ora simplesmente possibilitando encontros e abraços virtuais.

Em junho de 2020 foi realizado o I Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI); e agora em dezembro do mesmo ano tivemos a oportunidade de compartilhar conhecimento e fazer ciência, mais uma vez, realizando o II Encontro Virtual do CONPEDI. Na noite de 04 de dezembro de 2020, autores dos mais diversos lugares do Brasil nos propiciaram proveitosas e frutíferas discussões acerca de temas atuais e de grande relevância, em pesquisas que foram apresentadas no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Criminologia, Política Criminal e Processo I”, sob a nossa coordenação.

A autora Fernanda Fernandes Carvalho Oliveira trouxe o tema “A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO PENAL FRENTE AO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO” discutindo fundamentos e as repercussões da inobservância de garantias fundamentais basilares para o devido processo penal, comprometido com as liberdades individuais;

Heron Vinícius Reis Oliveira, com o tema “A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUA EXTRAJUDICIALIDADE”, inovou ao analisar novas estratégias para o gerenciamento de crises, bem como perceber o movimento do restaurativismo para a reconstrução das diversas relações interpessoais afetadas pelo delito.

Eduardo Ritt e Vanessa Gabriela Krammes, no trabalho “A ATUAÇÃO DO JUIZ DE

OFÍCIO NA FASE PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL”, abriram a pauta para perceber as nuances de um sistema de Justiça Criminal e seus limites à luz do Ordenamento Pátrio.

A pesquisadora Júlia Soares Corradi, no pôster intitulado “A EVOLUÇÃO DO REGRESSO: O DESENVOLVIMENTO DE ALGORITMOS QUE PERPETUAM A OPRESSÃO DA NECROPOLÍTICA ESTATAL”, traz a pauta às diversas omissões, a naturalização da violência e os descompromissos convencionais do Estado Brasileiro.

Lanna Gleyce Mota Luz, analisando a função das ciências que estudam e colaboram com a compreensão da criminalidade, apresentou o relevante trabalho intitulado “A FENOTIPAGEM FORENSE POR DNA DESENVOLVIDA PELO LABORATÓRIO DE PESQUISAS FORENSES E GENÔMICAS (LPFG) E AS LIMITAÇÕES NORMATIVAS BRASILEIRAS SOB A PERSPECTIVA DA TESE DO CRIMINOSO NATO”.

João Paulo Trova e Gabriel Perantoni Fernandes apresentaram necessária discussão no trabalho intitulado “A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS” nesse contexto de sociedade da informação e de espetacularização.

A pesquisadora Isabela Maria Dias Cruz, em viés comparativo, defendeu o trabalho intitulado “A MULTIPLICIDADE DE RECURSOS NO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO AO PROCESSO CIVIL”, com peculiar discussão teórica.

Beatriz Vilela de Ávila e Vítor Gabriel Carvalho no trabalho intitulado “A SUBJETIVIDADE DA CONDUITA SOCIAL COMO CRITÉRIO PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE” fez análise criminológica-crítica apurada e colocou na pauta os critérios para a individualização da pena.

Thales Yuri Batista de Almeida discutiu “A VEDAÇÃO LEGAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, considerando seus fundamentos, preceitos normativos e aplicações.

A pesquisadora Bianca Costa Rosa apresentou o sensível trabalho “A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19”, refletindo dados e questões diversas, contextualmente situados.

A pesquisadora Vitória Guedes Cabral apresentou o trabalho “ABORTO: A MUDANÇA DE UMA QUESTÃO PENAL PARA UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA”, refletindo tabus e apresentando proposições para uma nova política-criminal sobre a questão.

Lorena Fontinelle Azevedo Saraiva refletiu sobre o “ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL INTRAFAMILIAR”, trazendo ao grupo questões historicamente silenciadas e dados instigantes.

Por fim, as pesquisadoras Mylla Maria Sousa Sampaio e Juliana Ester Martins Gomes apresentaram o trabalho “ADO 26 E ANALOGIA EM DIREITO PENAL: A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA EM DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, trazendo à baila novas formas de enfrentamento às diversas violências e as diversas reflexões oriundas do ativismo judicial aqui percebido.

Os temas ora expostos refletem o compromisso dos autores e dos professores orientadores, de diversas instituições brasileiras aqui conectadas, com a ciência, buscando o aperfeiçoamento do direito material e processual penal frente a sua constante e necessária adequação aos valores de cada época!

Que a publicação desses trabalhos propicie uma rica leitura: é o que desejam os organizadores!

Profa. Me. Renata Botelho Dutra

Universidade Federal de Goiás

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma

ADO 26 E ANALOGIA EM DIREITO PENAL: A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA EM DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diogo De Almeida Viana Dos Santos¹
Juliana Ester Martins Gomes
Mylla Maria Sousa Sampaio

Resumo

INTRODUÇÃO

Todas as formas de violência contra pessoas vulneráveis merecem uma atenção especial do Estado, pois situações diferenciadas exigem um tratamento diferenciado, sob o risco de proteção deficiente. Dessa forma, será trazida para pauta a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26, que realizou interpretação analógica da lei penal de Antirracismo (Lei Federal nº 7716), a fim de tornar crime os atos motivados por homofobia e transfobia.

PROBLEMA DE PESQUISA

Considerando o consenso doutrinário e jurisprudencial de que a interpretação analógica é proibida em Direito Penal, o ativismo judicial adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que negligenciou um tradicional e sedimentado entendimento, configura-se em um perigoso precedente em matéria penal?

OBJETIVO

Demonstrar que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) se tratava de analogia em matéria penal e ofensa tanto ao princípio da legalidade, tão constitucionalmente previsto, quanto ao princípio da não-discriminação, através da análise de votos dos Ministros do STF no julgamento da ADO nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733 do Distrito Federal, bem como da Lei Federal nº 7716 (Lei Antirracismo).

MÉTODO

O método utilizado é o indutivo, com abordagem quantitativa, amparo na revisão bibliográfica e na análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal-STF.

RESULTADOS ALCANÇADOS

É inaceitável qualquer conduta que cria ou estimula discriminação contra a população

¹ Orientador(a) do trabalho/resumo científico

LGBTQI+, porém a Lei Federal nº 7716 é bem clara, em seu art. 20, ao tipificar o que é o crime de racismo: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, não incluindo orientação sexual ou identidade de gênero. Nesse sentido, a extensão do tipo penal, por vias judiciais, para casos em que não foram especificamente tipificados é notoriamente reprovável pelo Direito Penal, na medida que atenta a princípios basilares como o da reserva legal, figurado tanto na Constituição Federal como direito fundamental, quanto no art. 1º do Código Penal, com a redação: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. O princípio de legalidade, quando estrito, configura a sujeição do juiz à lei como sujeição somente a ela, ao fazer do princípio de reserva legal uma reserva absoluta. (FERRAJOLI, 2002, p. 305).

Desse modo, modelos penais com legalidade atenuada abrem espaço para analogia in malam partem, na prerrogativa que correspondem a medidas preventivas. Essa adequação das penas e medidas de “defesa social” aos artigos do CP, diante da ausência de normas específicas, seria a descrição de analogia, no argumento da semelhança (TOLEDO, 1994, p. 27). O fato é que os ministros do STF alegaram estar concretizando a jurisdição constitucional com técnicas de perfil aditivo em face de uma lacuna normativa e expuseram posição favorável ao enquadramento das condutas homoesbotransfóbicas nas tipificações da Lei de Antirracismo. A flexibilização da legalidade presente na posição dos Ministros indica a autoridade do magistrado perpassando por uma espécie de instituto irracional acima das leis, que coloca o juiz como o próprio criador da norma, antes de ser guardião dela. É por essa razão que o princípio de legalidade funciona como pilar inegociável. Isso se dá de modo a permitir o funcionamento do aparelhamento democrático, visto que estabelece que as leis penais devem emanar dos órgãos legislativos do Estado, conforme Batista (2017, p. 204). Portanto, fica claro que a decisão infringiu o princípio da legalidade e a proibição da analogia in malam partem, abrindo precedente no direito penal brasileiro.

Palavras-chave: LGBTfobia, Supremo Tribunal, Analogia em matéria penal

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Voto do Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 do Distrito Federal. Requerente: Partido Popular Socialista – PPS. Intimados: Congresso Nacional e outros. Relator: Ministro Celso de

Mello. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Voto do Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 do Distrito Federal. Requerente: Partido Popular Socialista – PPS. Intimados: Congresso Nacional e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 do Distrito Federal. Requerente: Partido Popular Socialista – PPS. Intimados: Congresso Nacional e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso em 20 de set. 2019.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5.ed- São Paulo: Saraiva, 1994.