

# A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA POSIÇÃO CONCRETISTA EM MATÉRIA PENAL

Matheus Murat Niffa<sup>1</sup>  
Rodrigo Moraes de Oliveira<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4.733/DF, de relatoria do ministro Edson Fachin, que reconheceu a mora legislativa inconstitucional do Congresso Nacional em não editar lei para criminalizar os atos de homofobia e de transfobia, e os enquadrando no tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), com base no conceito de racismo social, conferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS (caso Ellwanger), até que o Parlamento edite lei específica sobre a matéria. Nesse exame, o trabalho busca verificar se seria possível a aplicação da posição concretista em matéria penal, considerando os princípios da separação dos poderes e o da reserva legal, assim como a proscrição à analogia *in malam partem*. Para tanto, a metodologia de pesquisa utilizada para tal fim foi a dedutiva e a dialética. As técnicas de pesquisas para coleta de dados basearam-se na revisão bibliográfica e no exame do entendimento jurisprudencial, assim como na análise da legislação nacional vigente. Com o resultado da pesquisa, foi possível concluir que o STF, ao enquadrar ao tipo penal de racismo os atos homotransfóbicos, violou os princípios da separação dos poderes e da reserva legal, bem como recaiu em analogia *in malam partem*, haja vista que os elementos descritivos da Lei de Racismo não se relacionam, minimamente, à orientação sexual ou à identidade de gênero, no que a Suprema Corte deveria apenas ter reconhecido a omissão legislativa, dando ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

**Palavras-chave:** criminalização da homofobia e da transfobia; Supremo Tribunal Federal; controle de constitucionalidade; racismo; princípio da reserva legal.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os fundamentos pelos quais o Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4.733/DF, de relatoria do ministro Edson Fachin, reconheceu a mora legislativa inconstitucional do Congresso Nacional em não editar lei para criminalizar os atos de homofobia e de transfobia, e os enquadrando no tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989) até que o Parlamento edite lei específica sobre a matéria.

Nesse contexto, o estudo tem como problemática de pesquisa a verificação sobre se seria possível a aplicação da posição concretista, jurisprudencialmente conferida pelo Supremo

---

<sup>1</sup> Acadêmico da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: matheus.niffa@edu.pucrs.br

<sup>2</sup> Orientador: advogado e professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: rodrigo.oliveira@pucrs.br

Tribunal Federal às ações que versem a respeito das omissões inconstitucionais pelos Poderes Públicos, no âmbito penal, especialmente porque, eventualmente, violadora dos princípios da separação dos poderes e o da reserva legal, inculpidos, respectivamente, nos artigos 2º e 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (CF). O problema de pesquisa busca trazer à luz a discussão acerca do papel precípua do Poder Judiciário na proteção dos interesses dos grupos políticos contramajoritários, com o objetivo de verificar, como dito, se o STF – com a clara boa intenção de proteger a comunidade LGBTQIA+ – não teria ido de encontro com ditames constitucionais caros ao Estado Democrático de Direito e, em última análise, às garantias dos cidadãos.

Dessa forma, o trabalho se inicia pelo exame do papel assumido pelo Poder Judiciário na presente quadra histórica, marcada pelo Neoconstitucionalismo e pela superação do positivismo jurídico, passando a pesquisa ao estudo dos dois institutos delineados pelo legislador constituinte de 1988 para a colmatação das omissões inconstitucionais, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Assim, é realizada a análise quanto às generalidades desses remédios constitucionais, como, também, quanto à extensão dos efeitos de suas decisões, por meio do exame da viragem jurisprudencial empreendida pelo STF quando do julgamento dos MIs que diziam respeito ao direito de greve dos servidores públicos, a fim de cotejar essa postura da Corte Constitucional de atribuir natureza constitutiva ao provimento, como aquela adotada quando do julgamento da ADO 26/DF e do MI 4.733/DF.

Especialmente acerca da criminalização da homofobia e da transfobia, o trabalho busca analisar se o enquadramento da homotransfobia baseado no conceito de racismo social, conferido pela Corte no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS (caso Ellwanger), não teria recaído em analogia *in malam partem*, a fim de examinar se não deveria a Suprema Corte apenas ter reconhecido a mora inconstitucional do Poder Legislativo, sem, todavia, adotar posicionamento concretista. Então, para isso é que se analisa a corrente vencedora proposta pelos ministros relatores e a corrente minoritária, inaugurada pelo voto divergente do ministro Ricardo Lewandowski.

No tocante aos aspectos metodológicos, o presente estudo utiliza como métodos de abordagem os dedutivo e o dialético, adotando como técnicas de pesquisas para coleta de dados a revisão bibliográfica, o exame do entendimento jurisprudencial, assim como a análise da legislação nacional vigente.

## **2. O PODER JUDICIÁRIO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Após o fim da Segunda Grande Guerra e, conseqüentemente, dos movimentos totalitaristas, os quais dizimaram a vida de milhões de pessoas e foram responsáveis por reiteradas violações aos direitos fundamentais dos cidadãos, o lugar da Constituição no ordenamento jurídico foi revisto, fazendo com que o papel e os limites de atuação dos Estados sofressem redefinições. No campo jurídico, também não poderia ser diferente, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais agora ocupam papel central no Direito, a fim de garantir a proteção do indivíduo, com os olhos a conceber o princípio da igualdade na sua dimensão material, configurando, desta forma, o que se entende por constitucionalismo social, período que tem como uma de suas marcas a orientação no sentido de que a Constituição, além de gozar de supremacia formal, passa a ter sua dimensão material, axiológica, disciplinada, prevendo normas jurídicas que, caso descumpridas, passíveis de tutela jurisdicional<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

Tal alteração de comportamento só foi possível porque se reconheceu que o Estado é composto por múltiplos grupos sociais com características próprias, sendo imperioso, pois, que estes tenham suas necessidades atendidas e que sejam protegidos pela lei. Nesse sentido, importante a lição de Paulo Gonet Branco, ao discorrer acerca da Constituição em seu sentido substancial (material):

[...] O Estado de direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social. Deu-se conta, ainda, de que a sociedade se tornou acentuadamente plúrima, em termos de concepção de vida e de interesses essenciais, e de que a todos os membros da comunidade é devida a consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica.

[...]

A integração política a que visa a Constituição não pode prescindir da verificação de que a sociedade em que atua é plural e que o atendimento das necessidades vitais de todos os seus membros configura objetivo indeclinável para a subsistência da comunidade política.

Dessa forma, a Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviços.<sup>4</sup>

Com isso, a partir do último quarto do século XX, a legalidade passou a ser subordinada a uma Constituição rígida, momento em que desenvolvido o chamado por Estado constitucional de direito<sup>5</sup>, modelo institucional de organização política no qual a ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, passando a jurisprudência a desempenhar atribuições que não lhe eram tradicionalmente suas, com o fito a interpretar criativamente as normas jurídicas à luz do texto constitucional<sup>6</sup>.

Dessa forma, cumpre frisar que o processo de consolidação da concepção material da Constituição, perfectibilizado no final do século XX, não se deu pelo fruto do acaso, mas sim, como reação crítica ao exclusivismo normativo e formalista do positivismo lógico<sup>7</sup> – pensamento “[...] esboçado por Laband, aperfeiçoado por Jellinek e conduzido às últimas conseqüências por Kelsen”<sup>8</sup>. O positivismo recebeu grande atenção pelos juristas durante o século XIX e tem como características principais a ideia de que a ciência do Direito seria

---

<sup>4</sup> BRANCO, Paulo Gustavo G. *Noções Introdutórias*. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP). *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

<sup>5</sup> A título meramente informativo, porquanto este trabalho não intenta a se debruçar longamente acerca da discussão, registre-se que não se desconhece a existência de nomenclatura diversa utilizada pela doutrina constitucional para se referir ao mesmo modelo, tais como, por exemplo, “*Estado democrático de direito*” e “*Estado constitucional democrático*” (BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 30 abr. 2022), ou “*Estado Socioambiental*” e “*Estado Socioambiental e Democrático de Direito*” (SARLET, Ingo W. *A Constituição em perspectiva histórico-evolutiva*. In: SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>. Acesso em: 30 abr. 2022).

<sup>6</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 171.

racional, completa e autossuficiente, merecendo a lei, o ordenamento jurídico e a estrutura do Direito grandes destaques, de modo que cabe ao juiz apenas a aplicação da lei, não lhe sendo facultado qualquer papel criativo<sup>9</sup>. Com isso, o sistema jurídico seria formalista e fechado em relação à realidade social que ele regula, “O positivista, como intérprete da Constituição, é conservador por excelência. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete”<sup>10</sup>.

Entretanto, os tempos mudaram, o fim do positivismo é associado à queda do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos que se utilizaram da legalidade estrita para legitimar as atrocidades cometidas<sup>11</sup>. Ora, “[...] o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos [...]”<sup>12</sup>, não havendo, destarte, fundamentação jurídica melhor para conferir aspecto de legitimidade aos terríveis atos autoritários, que não o positivismo, visto que este “[...] confere um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o Direito, amparado na crença fácil de que a sociedade, ou melhor, a realidade do Estado constitucional, se deixa reger todo por regras ou normas jurídicas”<sup>13</sup>.

Então, como dito acima, na Europa continental, findo o triste e sombrio período dos regimes autoritários, os Estados, mais do que nunca, passaram a proteger os cidadãos dos perigos do abuso do próprio poder estatal, redesenhando os papéis e atribuições de seus poderes: o Parlamento já não desfruta mais do seu tradicional espaço de primazia, visto que tolo perante às violações aos direitos dos indivíduos, enquanto que, agora, a Justiça Constitucional passa a desempenhar a nobre e necessária atribuição de proteção da Constituição, podendo os seus juízes valer-se de meios jurídicos coercitivos válidos e eficazes para tanto<sup>14</sup>. Inaugura-se o período intitulado por muitos de Neoconstitucionalismo, cujo marco filosófico é o pós-positivismo<sup>15</sup>, que abraça a noção de que o texto constitucional – embebido de valores não unicamente formais, mas também morais e éticos – subordina todos os poderes por ele constituído, por meio de mecanismos jurisdicionais de controle da constitucionalidade<sup>16</sup>. Vale citar como importantes exemplos a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a Constituição da Itália, de 1947, especialmente, após as respectivas instalações do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, e da Corte Constitucional, em 1956, e, no Brasil, a Constituição de 1988<sup>17</sup>.

Acerca da alteração do pensamento dogmático, ensina Luís Roberto Barroso:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.<sup>18</sup>

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 172.

<sup>11</sup> BARROSO, *op cit*.

<sup>12</sup> BARROSO, *op cit*.

<sup>13</sup> BONAVIDES, *op cit*. p. 171.

<sup>14</sup> BRANCO, Paulo Gustavo G. Noções Introdutórias. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP). *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

<sup>15</sup> BARROSO, *op cit*.

<sup>16</sup> BRANCO, *op. cit*.

<sup>17</sup> BARROSO, *op cit*.

<sup>18</sup> BARROSO, *op cit*.

Conseqüentemente, possuindo a Carta Magna importante e extenso rol de direitos fundamentais em seu texto e sendo o Poder Judiciário o órgão responsável, por excelência, pela interpretação da Constituição, “[...] não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo”<sup>19</sup>, valendo citar como um exemplo do protagonismo dos juizes, dentro do âmbito do Direito Constitucional, o controle jurisdicional de constitucionalidade. De antemão, reprisa-se o que se conceitua por *controle de constitucionalidade*:

[...] a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* — subjetivos, como a competência do órgão que o editou; objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição — quanto dos *requisitos substanciais* — respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição — de constitucionalidade do ato jurídico.<sup>20</sup>

Com isso, estando a Constituição no nível mais elevado da hierarquia do sistema normativo, passa ela a ser instrumento de validade para todo e qualquer ato jurídico existente — ou que vier a ser — no ordenamento jurídico pátrio. Sobre o tema, fundamentais os ensinamentos de Hans Kelsen, no sentido de que:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O facto de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem.<sup>21</sup>

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho:

[...] Da conjugação destas duas dimensões — superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição — deriva o **princípio fundamental da constituição dos actos normativos**: os atos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.<sup>22</sup>

Logo, de nada serve a existência de uma Carta Magna que, em que pese hierarquicamente superior às demais normas e disciplinadora de direitos fundamentais, se ausentes meios procedimentais legalmente previstos para garantir a sua plena eficácia, considerando que “Não basta [...] ter uma constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuari-la, completando-lhe a eficácia, para que seja formalmente cumprida [...]”<sup>23</sup>, seja para suprir lacunas, seja para corrigir as inércias materiais ou normativas dos órgãos do poder

---

<sup>19</sup> BRANCO, Paulo Gustavo G. Noções Introdutórias. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP). *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

<sup>20</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 06 maio 2022.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 269.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 890, grifos do autor.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 226.

público que, justamente, põem em risco a própria força normativa da Carta. Nesse contexto, é fundamental a atuação do Poder Judiciário como responsável pelo controle das omissões do poder público, a fim de dar concretude aos direitos ora enunciados, por meio da jurisdição constitucional<sup>24</sup>, a qual:

[...] compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.<sup>25</sup>

Agora, neste ponto do trabalho, longe de desconsiderar os extensos rios de tinta que a doutrina dedicou – e, ainda, dedica – a discorrer sobre a temática, por questão de limitação do tema da pesquisa, não será objeto deste estudo o exame acerca (a) dos pressupostos da jurisdição constitucional; (b) das espécies de inconstitucionalidade; (c) dos sujeitos do controle; (d) do modo do controle; (e) do tempo do controle; (f) de quem pede o controle e (g) de todos os exemplares de ações de controle de constitucionalidade, partindo, o trabalho, de imediato, à análise do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com especial enfoque às suas generalidades e aos efeitos das decisões judiciais no ordenamento jurídico nacional, porquanto foi por meio desses remédios constitucionais que o Supremo Tribunal Federal equiparou os atos homotransfóbicos ao crime de racismo.

### 3. DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A doutrina compreende por omissão inconstitucional, quando o Poder Público deixa de cumprir uma norma constitucional individualizada, comportando-se de modo inerte em relação ao compromisso de garantir que o texto da Carta seja plenamente eficaz<sup>26</sup>. Para solucionar o problema, o constituinte de 1988 delineou dois institutos para tanto, cada um com seus pressupostos e fins particulares, quais sejam, o mandado de injunção, “[...] para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora; [e a ação de inconstitucionalidade por omissão], para o controle por via principal e em tese das omissões normativas”<sup>27</sup>.

Então, para melhores digressões quanto ao ponto, passa-se à análise, primeiramente, da ação de inconstitucionalidade por omissão, ou também chamada por ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual encontra previsão no artigo 103, § 2º, da Carta, *in verbis*:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos Fundamentais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 10 maio 2022.

<sup>26</sup> CUNHA JÚNIOR, *op cit*.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 18 maio 2022. p. 55.

<sup>28</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 maio 2022.

Acerca desse remédio constitucional, leciona, com precisão, Dirley da Cunha Júnior:

[...] a Constituição Federal de 1988, sob marcada influência da Constituição portuguesa de 1976, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para resolver, em sede abstrata, o grave problema da inatividade por omissão do poder público, o que se reconduz a solucionar, em última instância, a própria inação dos órgãos estatais que ameaça comprometer a efetividade da Constituição.

[...]

Partindo dessa perspectiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado-principal das omissões do poder público, destinado a suprir, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em débitos na atividade de realização das imposições constitucionais.<sup>29</sup>

Portanto, instituída no ordenamento jurídico brasileiro em 1988, com inspiração na Constituição portuguesa de 1976<sup>30</sup>, não com o objetivo de solucionar litígios entre as partes de uma determinada demanda, mas sim, com o fito de proteger interesses acima delas, isto é, no plano normativo<sup>31</sup>, de modo que o “Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional”<sup>32</sup>.

Quanto aos efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, destaca Gilmar Mendes que, uma vez reconhecida a omissão por mora do legislador, “[...] o Tribunal haverá de declarar a inconstitucionalidade da omissão, devendo, nos termos da Constituição (art. 103, § 2º), dar ciência da decisão ao órgão ou aos órgãos cujo comportamento moroso se censura para que empreendam as medidas necessárias”<sup>33</sup>.

Com isso, com fulcro na redação do art. 103, §2º da Constituição Federal, fica claro que, sendo declarada a inconstitucionalidade por omissão, o poder competente será comunicado do fato, ficando ciente da omissão; enquanto que, em se tratando de órgão administrativo, fica determinado o prazo de trinta dias para adoção das medidas cabíveis, razão pela qual, parte da doutrina, como, exemplificadamente, Luís Roberto Barroso, entende que a impossibilidade de garantir de que o Judiciário atue de forma positiva no caso “[...] tem tornado a ação direta de inconstitucionalidade por omissão um remédio jurídico de baixa eficácia e, conseqüentemente, de uso limitado. A reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político [...]”<sup>34</sup>.

Conquanto, noutra norte, também é possível encontrar orientação em sentido contrário, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o qual pensa, inclusive, que a possibilidade legal do Supremo Tribunal Federal de conferir medida cautelar nos autos da referida ação, “em caso de

---

<sup>29</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 539-540.

<sup>30</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788559644599/>. Acesso em: 18 maio 2022.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 18 maio 2022.

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar F. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP). *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 18 maio 2022.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> BARROSO, *op cit.* p. 345.

excepcional urgência e relevância da matéria”, nos termos do artigo 12-F, da Lei nº 9.868/1999<sup>35</sup>, atenta contra o princípio da separação dos poderes, como se vê do excerto:

Essa “providência” tem sido vista por muitos como autorização para a Corte a estabelecer uma “legislação provisória” a vigorar até que seja suprida a omissão legislativa. É isto agressão frontal ao texto constitucional, que apenas fixa prazo para o suprimento da omissão em matéria administrativa, bem como importa em violação do princípio da separação dos poderes. Com efeito, consiste numa “legislação provisória” editada pelo Judiciário que, segundo a Constituição, obviamente não tem poder de legislar<sup>36</sup>.

A problemática quanto a solução da inação dos poderes da República, pela via judicial, no trato dos mandados constitucionais, não se encerra com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porquanto existente outro instrumento para lidar com a questão: o mandado de injunção, o qual, assim como a supracitada ação, também gera grandes debates na doutrina e na jurisprudência acerca dos efeitos de sua decisão, num enfoque de quais seriam os limites de atuação do Poder Judiciário para afastar a inércia do ente público responsável.

Pois bem, o instituto do mandado de injunção está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, e é regulado pela Lei n. 13.300/2016. No dispositivo referido, diz a Carta Política que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”<sup>37</sup>.

Então, o constituinte de 1988 criou o mandado de injunção com o objetivo de controle incidental da omissão, a fim de proteger os direitos subjetivos constitucionais, violados pela inércia do Poder Público<sup>38</sup>, considerando que “[...] alguns dos direitos e liberdades conferidos pela Constituição deixam de efetivar-se em razão da falta de norma regulamentadora que os implemente”<sup>39</sup>.

Quanto ao alcance da prestação jurisdicional, analisando o comportamento jurisprudencial, verifica-se que presente grande controvérsia quanto ao ponto, porquanto, num primeiro momento, entendia-se que cabia ao Tribunal apenas declarar a mora legislativa, cabendo cientificar o Poder Legislativo; num segundo instante, pensou-se que, além de declarar a mora, poderia o Poder Judiciário dar prazo para o Parlamento corrigir a omissão e, por derradeiro, a solução no sentido de que, reconhecida a mora, o próprio Judiciário é competente para elaborar a norma regulamentadora faltante<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 11 maio 2022.

<sup>36</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 18 maio 2022.

<sup>37</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 maio 2022.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 11 maio 2022.

<sup>39</sup> FERREIRA FILHO, *op cit*.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz G. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655593402/>. Acesso em: 11 maio 2022.



O *leading case* para ilustrar o entendimento de que o mandado de injunção tem caráter *mandamental*, servindo apenas o instituto para declarar a omissão inconstitucional, devendo, portanto, o Poder Legislativo ser cientificado da mora inconstitucional para, assim, suprir a omissão é o MI 107-3-DF, de relatoria do ministro Moreira Alves, por meio do qual entendeu a Corte Suprema que:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional<sup>41</sup>.

Mais tarde, o STF já não andou da mesma forma, visto que, ao julgar procedente o MI 283-5, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, cujo fundamento era o artigo 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF, decidiu que, caso o Legislativo, transcorrido o prazo fixado pela Corte, não promulgasse a lei que, aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica S-50-GM5, de 19.06.1964, e S-285-GM5, passaria a ser devida reparação de natureza econômica, sendo concedida ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem<sup>42</sup>, de modo que, então, persistente a omissão legislativa, reconhecida a autoaplicabilidade da norma constitucional<sup>43</sup>.

Contudo, a alteração de posicionamento foi ainda maior no momento do julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, de relatoria originária do ministro Maurício Corrêa, relator para o acórdão, ministro Gilmar Mendes, nº 708, de relatoria do ministro Gilmar Mendes e nº 712, de relatoria do ministro Eros Grau, no bojo dos quais era discutido o direito de greve dos servidores públicos, porquanto o Egrégio Tribunal mantinha posicionamento de que o direito de greve dos servidores públicos só poderia ser exercido após a edição de lei complementar

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107-3 - Distrito Federal**. MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. [...]. Recorrente: José Emídio Teixeira Lima. Recorrido: Presidente da República. Relator: Moreira Alves, 23 nov. 1989. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>. Acesso em: 14 jun. 2022. p. 1.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 283 - Distrito Federal**. [...] O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra [...]. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt. Impetrados: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Sepúlveda Pertence, 20 mar. 1991. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>. Acesso em: 14 jun. 2022.

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz G. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>. Acesso em: 11 maio 2022.

(artigo 37, VII, da CF)<sup>44</sup>, não atribuindo a Corte, portanto, concretização direta da norma constitucional<sup>45</sup>.

No entanto, nesta oportunidade, o Tribunal revisitou sua orientação, “[...] reconheceu a omissão e ofereceu-lhe solução mediante a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada”<sup>46</sup>. Aqui, ilustrativamente, oportuna a transcrição de trecho das razões do Mandado de Injunção 670/ES proferidas pelo ministro Gilmar Mendes:

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração.

[...]

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.<sup>47</sup>

Com isso, infere-se que, como bem apontado por Luiz Guilherme Marinoni, o STF, com esse novo posicionamento jurisprudencial, tem respondido que não basta, para correção da omissão legal inconstitucional, tão somente, a declaração de mora ao Poder Legislativo, podendo três opções serem adotadas pela Corte para corrigir a omissão:

[...] (i) mediante a adoção do próprio texto da norma constitucional, como se fosse autoaplicável, em caso de não observância do prazo judicial determinado para legislar, (ii) por meio de outra lei que regule situação similar e, até mesmo, (iii) por soluções normativo-judiciais criadas no caso concreto.<sup>48</sup>

Frente a tudo isso, do julgamento histórico desses mandados de injunção, tem-se o marco da alteração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos do *mandamus*, deixando o instituto de ser apenas um meio para declarar a existência de mora legislativa, para, agora, servir de veículo para o próprio Poder Judiciário disciplinar a matéria

---

<sup>44</sup> Como exemplos, vale citar os Mandados de Injunção nº 20, de relatoria do ministro Celso de Mello, nº 485, de relatoria do ministro Maurício Corrêa e nº 585, de relatoria do ministro Ilmar Galvão.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar F. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP). *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 14 maio 2022.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz G. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>. Acesso em: 11 maio 2022.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670 - Espírito Santo**. MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [...]. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator originário: Maurício Corrêa. Relator para o Acórdão: Gilmar Mendes, 25 out. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 15 jun. 2022. p. 30-36.

<sup>48</sup> MARINONI, *op.cit.*

em questão dependente de regulamentação específica, ainda que provisoriamente, podendo gozar, inclusive, em determinados casos, as decisões nos mandados de injunção de eficácia *erga omnes*, atingindo, para além dos impetrantes, aqueles casos idênticos ou semelhantes<sup>49</sup>, ganhando o provimento natureza constitutiva<sup>50</sup>.

Feitos esses comemorativos, extremamente considerável e pertinente a alteração do posicionamento jurisprudencial da Corte Suprema quanto aos efeitos das decisões da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, todavia, a inovação foi ainda maior quando do julgamento conjunto do Mandado de Injunção 4.733, de relatoria do ministro Edson Fachin, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, ambos do Distrito Federal, porque, nesta oportunidade, a intervenção do Poder Judiciário no Legislativo foi em uma das áreas do Direito na qual o rigor pela necessidade de lei escrita não se configura apenas como uma exigência formal, mas, sim, como uma garantia fundamental ao cidadão, isto é, agora, a Suprema Corte adentrou na seara penal, cuja interferência deve ser feita, sem sombra de dúvida, com a maior das cautelas, como se verá.

#### **4. DO ENQUADRAMENTO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA COMO CRIME DE RACISMO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Desde 19 de dezembro de 2013, vinha tramitando no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS)<sup>51</sup>, cujos pedidos iniciais foram requeridos nos termos colacionados pelo ministro Alexandre de Moraes:

- (a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constatare do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBR relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88;
- (b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia;
- (c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima;
- (d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar F. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP). *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>. Acesso em: 15 maio 2022.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 15 maio 2022.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26** [Andamento Processual]. Brasília, DF: STF, [2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 16 jun. 2022.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A**

Ainda, impetrado o Mandado de Injunção n.º 4.733/DF, pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, em face do Congresso Nacional, cujos objetivos eram:

obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero [...].<sup>53</sup>

Na ADO 26, o relator, ministro Celso de Mello, votou por conhecer em parte a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa parte, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, a fim de:

**(a) reconhecer** o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional **na implementação** da prestação legislativa **destinada** a cumprir o mandato de incriminação **a que se referem os incisos XLI e XLII** do art. 5º da Constituição, **para efeito** de proteção penal **aos integrantes** do grupo LGBT;

**(b) declarar**, em consequência, **a existência de omissão normativa inconstitucional** do Poder Legislativo da União;

**(c) cientificar** o Congresso Nacional, para os fins e efeitos **a que se refere** o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;

**(d) dar interpretação conforme à Constituição**, em face dos mandatos constitucionais de incriminação **inscritos nos incisos XLI e XLII** do art. 5º da Carta Política, **para enquadrar a homofobia e a transfobia**, **qualquer** que seja a forma de sua manifestação, **nos diversos tipos penais** definidos na Lei nº 7.716/89, **até que sobrevenha** legislação autônoma, **editada pelo Congresso Nacional**, **seja por considerar-se**, nos termos deste voto, **que as práticas homotransfóbicas qualificam-se** como espécies **do gênero racismo**, **na dimensão de racismo social consagrada** pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário **do HC 82.424/RS (caso Ellwanger)**, **na medida** em que tais condutas **importam em atos de segregação que inferiorizam** membros **integrantes** do grupo LGBT, **em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero**, **seja, ainda, porque** tais comportamentos de homotransfobia **ajustam-se** ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles **que compõem** o grupo vulnerável em questão; e

**(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.**<sup>54</sup>

---

**GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...].** Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 jun. 2022.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733 - Distrito Federal.** DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. [...]. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Relator: Edson Fachin, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 16 jun. 2022.

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal.** **ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...].**

Por sua vez, o relator do MI 4.733/DF, ministro Edson Fachin, votou por:

[...] (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.<sup>55</sup>

Considerando que a matéria dos dois feitos se comunicava, estes foram julgados em conjunto pelo Plenário da Corte, em sessão finalizada no dia 13 de junho de 2019, tendo sido entendido, por maioria, que estava configurada a omissão inconstitucional do Congresso Nacional ao não editar lei criminalizadora dos atos homofóbicos e transfóbicos, atos atentatórios aos direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Ao mesmo tempo, afirmaram o enquadramento dos atos homotransfóbicos nos tipos penais definidos na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989), até que o Poder Legislativo edite norma específica quanto à matéria. Votaram nesse sentido os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, os quais entenderam que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pela Casa Legislativa. O ministro Marco Aurélio votou por não reconhecer a mora legislativa<sup>56</sup>.

Com o julgamento ficou aprovada, por maioria, a tese proposta pelo ministro Relator Celso de Mello, da qual se colaciona o trecho pertinente a esse trabalho:

**1. Até que sobrevenha** lei emanada do Congresso Nacional **destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII** do art. 5º da Constituição da República, **as condutas homofóbicas e transfóbicas**, reais ou supostas, **que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero** de alguém, **por traduzirem** expressões de racismo, **compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários** de incriminação **definidos** na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, **constituindo, também, na hipótese** de homicídio doloso, *circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe* (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”);

[...];

**3. O conceito de racismo, compreendido** em sua dimensão social, **projeta-se para além** de aspectos **estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada** pelo objetivo de **justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles** que, **por integrarem grupo vulnerável** (LGBTI+) **e por não**

---

Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019, grifos do autor. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 jun. 2022.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733 - Distrito Federal**. DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. [...]. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Relator: Edson Fachin, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 16 jun. 2022.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&fbclid=IwAR1BqGIEbopFeft7ghf\\_11da8cNNF8iCiWAcxm3-gFLx8rTIRqrmze610ss](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&fbclid=IwAR1BqGIEbopFeft7ghf_11da8cNNF8iCiWAcxm3-gFLx8rTIRqrmze610ss). Acesso em: 16 jun. 2022.

*pertencerem* ao estamento **que detém** posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos**, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva *situação de exclusão* do sistema geral de proteção do direito<sup>57</sup>.

Então, como se extrai do excerto, a Corte Suprema, ao reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, julgou procedente a alegação de inconstitucionalidade aventada pelo autor da ADO 26/DF, de que os atos homotransfóbicos “**caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo**, tal como concebida [...] pelo Supremo Tribunal Federal **no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS)**”<sup>58</sup>, acolhendo a tese de que o combate à homofobia e à transfobia encontra assento no mandado de criminalização insculpido no artigo 5º, inciso XLI, da Carta Magna. Assim, definiu ser obrigação da Casa Legislativa editar norma específica incriminadora “[...] **dos atos e comportamentos resultantes** de discriminação ou de preconceito contra pessoas **em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero**”<sup>59</sup>. Nesse foco, a fim de averiguar eventuais inconsistências, passa-se à análise dos argumentos adotados pela Corte.

#### **4.1. DA SITUAÇÃO DOS LGBTQIA+S NO BRASIL E O ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL**

Se ao tempo do julgamento do MI 4.733/DF e da ADO 26/DF, a situação da comunidade LGBTQIA+ já era preocupante, o que justificou a atuação positiva pelo Poder Judiciário, como bem destacado pelo ministro Celso de Mello no seu voto<sup>60</sup>, a violência e o ódio contra os membros deste histórico grupo marginalizado aumentou ainda mais nos últimos anos. Como demonstram os recentes dados do “Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI+”, elaborado pelo Observatório de Mortes e Violências contra LGBTI+ e resultado dos trabalhos conjuntos da Acontece Arte e Política LGBTI+, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra) e a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), em 2021, houve no Brasil pelo menos 316 (trezentos e dezesseis) mortes violentas de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e pessoas intersexo (LGBTI+), representando um aumento de 33,3% em relação ao ano de 2020, quando foram registradas 237 (duzentas e trinta e sete) mortes, de modo que, a cada 27 (vinte e sete) horas, no Brasil, em 2021, foi assassinada uma pessoa LGBTQIA+<sup>61</sup>, o que ainda deve ser pior se considerarmos a existência de importante subnotificação no tema.

Diante de tamanho preconceito e ódio à comunidade LGBTQIA+ – sabidamente já existente quando do julgamento dos referidos feitos pelo Pleno da Corte, haja vista que explicitamente consignado pelos ministros em seus votos – poderia se pensar que o Poder

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...]**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019, grifos do autor. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 jun. 2022.

<sup>58</sup> *Ibid.*, grifos do autor.

<sup>59</sup> *Ibid.*, grifos do autor

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> DOSSIÊ denuncia 316 mortes e violências de pessoas LGBT em 2021. **Observatório de mortes e violências de pessoas LGBT em 2021**, [2021?]. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2021/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

Legislativo da União, sensibilizado pela dor daqueles que sentem o amor que não ousa dizer o seu nome<sup>62</sup> e que não encontram, no Poder Público, proteção legal, tivesse adotado conduta protetiva aos interesses desse grupo, cumprindo, ao menos, o mandado de criminalização constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, o qual dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”<sup>63</sup>; todavia, se assim o fosse, não teria sido necessário apelar ao Poder Judiciário para terem sua pretensão satisfeita, tampouco o presente trabalho teria alguma pertinência. Infelizmente, o Parlamento, após 30 (trinta) anos da promulgação da Carta, pouco fez. E o que fez não teve efeito prático.

Uma das tentativas de combate à homofobia pode ser identificada no Projeto de Lei nº 5.003/2001, pela Deputada Federal Iara Bernardi, em 07/08/2001<sup>64</sup>. Ele foi aprovado pela Câmara dos Deputados, em 23/11/2006, sendo, após, remetido ao Senado Federal, como Projeto da Câmara nº 122/2006<sup>65</sup>. No entanto, o projeto restou arquivado pela Câmara Alta, com base no artigo 332, do Regimento Interno do Senado Federal, em função de que se encontrava há mais de duas legislaturas em processamento, o que ensejou o seu arquivamento automático. Embora não se desconheça que, por meio da aprovação do Requerimento nº 46/2011, em 09/02/2011, o PL nº 122/2006 tenha sido desarquivado e voltado à apreciação pelas comissões temáticas, como bem salientado pelo ministro Celso de Mello:

*Essa medida, contudo, sofreu a oposição* de parlamentares, **contrários** ao adimplemento **das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação**, da homofobia e da transfobia, **circunstância essa** que os levou, *em clara manobra protelatória, destinada a frustrar* a tramitação legislativa do projeto de lei **que tipificava** crimes contra a comunidade LGBT, **a aprovar** o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, **que importou** na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), **criando, desse modo**, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

**O teor das informações oficiais** produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal **revela** que o Projeto da Câmara 122/2006, **que se acha, atualmente, anexado** ao projeto do novo Código Penal brasileiro (**PL** nº 236/2012), **não obstante transcorridos mais de dezessete (17) anos desde** a sua proposição, **sequer** teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, **encontrando-se**, até o presente momento, *“sem prazo para ser votado”*.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Em alusão ao célebre poema intitulado de “Dois Amores”, escrito por Lord Alfred Douglas, amante de Oscar Wilde, este condenado a dois anos de serviços forçados, em 1895, por sodomia, tendo sido o texto utilizado na sua inquirição como forma de buscar explicações quanto ao eufemismo para homossexualidade, conforme Cris Lasaitis (LASAITIS, Cris. O poema do “amor que não ousa dizer seu nome”. **Anatomia da vertigem**, 4 maio 2020. Disponível em: <https://cristinalasaitis.wordpress.com/2020/05/04/o-poema-do-amor-que-nao-ousa-dizer-seu-nome/>. Acesso em: 16 jun. 2022).

<sup>63</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 jun. 2022.

<sup>64</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.003, de 2001**. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 17 jun. 2022.

<sup>65</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 17 jun. 2022.

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A**

Além dessa tentativa, cabe destacar que não é de hoje que as Casas Legislativas “dão de ombros” às proposições que versem a respeito do combate à discriminação motivada por orientação sexual do indivíduo ou da identidade de gênero deste, visto que, reiteradamente, os projetos de lei inclusos nessa temática acabam arquivados. Assim, por exemplo:

O Projeto de Lei 5002/2013, de autoria do então Deputado Paulão (PT-AL), apresentado em 25.9.2013, que estabelecia “a notificação compulsória, no território nacional, no caso de violência contra transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays que forem atendidos em serviços de saúde públicos ou privados”, [o qual] foi um dos que restou frustrado. O art. 1º, § 1º, do projeto trazia uma redação interessante ao prever que os atos de violência que seriam objeto de notificação compulsória poderiam se configurar a partir de “qualquer ação ou conduta, baseada no ódio e/ou na intolerância, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico aos transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays, tanto no âmbito público como no privado”.

O PL 5002/2013, porém, sequer chegou a ser votado no Plenário da Câmara. Em 31.1.2019, a proposição foi arquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Casa.<sup>67</sup>

Do mesmo modo que o PL 5.002/2013 e que o supracitado Projeto da Câmara nº 122/2006 – que buscava a criminalização da homofobia – há tantos outros infelizes exemplos das infrutíferas proposições que ilustram o comportamento dos congressistas em não pôr, devidamente, em discussão matérias afetas a esse assunto, aparentando desconsiderar a real pertinência e necessidade de coibir atos atentatórios à dignidade da pessoa humana das pessoas LGBTQIA+, as quais sofrem no seu âmago, rotineiramente, com ataques físicos, morais e psicológicos, cometidos por conta da simples existência dos seus membros. O resultado, infelizmente, para muitos, é a morte, como referenciado acima. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomeçar todo um novo calvário para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator.<sup>68</sup>

Nesse âmbito, discordamos do entendimento adotado pelo ministro Marco Aurélio, o qual deixou de reconhecer a mora do Congresso Nacional na criminalização específica da

---

**GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...].** Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019, grifos do autor. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 jun. 2022.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...].** Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019. Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 jun. 2022.

<sup>68</sup> DIAS, Maria Berenice. Rumo a um Novo Ramo do Direito. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 249-263.



homofobia e da transfobia, votando no sentido de que “Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose”<sup>69</sup>. Acreditamos que, tendo em mente o histórico quadro de descumprimento dos direitos individuais das pessoas LGBTQIA+, porquanto “Não escapará a ninguém que tenha olhos de ver e coração de sentir que a comunidade LGBTI+ constitui um grupo vulnerável, vítima de preconceito, discriminação e violências ao longo da história da humanidade”<sup>70</sup>, aliado à reiterada omissão legislativa, há, efetivamente, mora inconstitucional por parte do Poder Legislativo da União.

Creemos que não são necessárias grandes digressões para se constatar o nítido descompasso existente entre a promessa constitucional e a realidade fática brasileira, considerando que aquela prevê a República Federativa do Brasil como tendo a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal<sup>71</sup>), incluindo como seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da CF<sup>72</sup>) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso I, da CF<sup>73</sup>); enquanto que, na realidade cotidiana, os membros da comunidade LGBTQIA+ são agredidos e assassinados das mais diferentes formas, enquanto que inexistente proteção penal específica a eles, em desatenção ao comando constitucional de que cabe ao legislador punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI, da CF<sup>74</sup>). Então, “no Brasil, a homofobia mata e, por isso, deve ser criminalizada”<sup>75</sup>.

Ainda, mais uma vez é pertinente citar Maria Berenice Dias:

O silêncio da lei, que leva à exclusão do sistema jurídico, é a forma mais perversa de condenação à invisibilidade. Forma-se um verdadeiro círculo vicioso: a ausência de punição alimenta posturas discriminatórias e a falta de uma legislação regulatória enseja a alegação de que inexistente direito a ser assegurado.<sup>76</sup>

Assim sendo, declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homotransfobia, conjecturou o ministro Celso de Mello duas possibilidades de colmatação do “*vacuum legis*”, quais sejam:

(a) **cientificação** do Congresso Nacional, **para que adote**, em prazo razoável, as medidas **necessárias** à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, “*caput*”); **ou, então**,

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...]**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 jun. 2022.

<sup>70</sup> *Ibid.* Trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>71</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 jun. 2022.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Op cit.* Trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>76</sup> DIAS, Maria Berenice. Rumo a um Novo Ramo do Direito. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 249-263.

**(b) reconhecimento imediato**, por esta Corte, *de que a homofobia e a transfobia, quaisquer* que sejam as formas pelas quais se manifestem, **enquadram-se**, mediante interpretação conforme à Constituição, **na noção conceitual de racismo prevista** na Lei nº 7.716/89, **em ordem a que se tenham** como tipificados, **na condição de delitos** previstos nesse diploma legislativo, **comportamentos discriminatórios e atentatórios** aos direitos e liberdades fundamentais **do grupo vulnerável** LGBT<sup>77</sup>.

Ao se debruçar sobre a análise da primeira opção – cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional –, o relator reconhece que a Constituição Federal, em seu artigo 103, §2º, prevê que, após a declaração de inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder omisso. No entanto, de imediato, relembra que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, avançou consideravelmente nas soluções a serem dadas ao caso posto em julgamento, elencando, o ministro, por exemplo, que a Corte já decidiu por determinar prazo razoável ao Poder Legislativo para regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada, como também já se manifestou de forma eminentemente concretista, colmatando, o próprio Poder Judiciário, a omissão legal, enquanto os congressistas não aprovarem a lei requerida faltante (como, por exemplo, no, já citado Mandado de Injunção 670/ES, no qual era discutido o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis)<sup>78</sup>.

Portanto, vislumbrou o ministro, inicialmente, ser possível o reconhecimento da mora legislativa e, posteriormente, a imposição de prazo de 12 (doze) meses para o Senado Federal desanexar o já referido Projeto de Lei nº 122/2006 do PLS 236/2012, concedendo àquele tramitação autônoma do projeto do novo Código Penal. Contudo, essa alternativa foi afastada pelo próprio relator, porquanto, reiteradamente, o Poder Legislativo da União não atende ao apelo da Corte. Propôs, em seu lugar, que o Tribunal aplicasse solução eficaz – a seu juízo – e imediata ao caso, isto é, enquadrar as práticas de homofobia e de transfobia, mediante, interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/1989.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...]**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019, grifos do autor. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 jun. 2022.

<sup>78</sup> Observe-se, por relevante, a seguinte passagem do acórdão: “**Se** o Congresso Nacional, *no entanto*, **a despeito** de cientificado por esta Corte de sua omissão, **deixar de adotar** as providências cabíveis *no prazo estipulado*, **legitimar-se-á**, segundo jurisprudência **firmada** por esta Corte, **a possibilidade** do Supremo Tribunal Federal **formular** solução jurisdicional **que viabilize**, *enquanto não sobrevier a legislação reclamada*, **a aplicação** da norma constitucional **impregnada de eficácia limitada**. **Foi o que sucedeu**, *p. ex.*, **com o exercício** do direito de greve por servidores públicos civis. **No caso** que ora refiro, esta Corte, **reconhecendo a ausência** da legislação indispensável à prática do direito de greve autorizada aos servidores civis pelo art. 37, VII, da Constituição, **determinou a aplicação** do diploma legislativo **que regula** o exercício desse mesmo direito no âmbito do setor privado, **em ordem a viabilizar**, “*como alternativa legítima*”, **a proteção judicial efetiva** requerida ao Supremo Tribunal Federal [...]. **Posta a questão** nos termos hoje **prevalentes** na jurisprudência desta Corte Suprema, **tornar-se-ia acolhível** o pedido do autor da presente ação direta, **em ordem a reconhecer** a mora inconstitucional do Congresso Nacional **e declarar a omissão** que lhe foi atribuída, **definindo-se** o prazo de 12 (doze) meses para o Senado Federal, **desanexando do** PLS 236/2012 **(que institui** o novo Código Penal brasileiro) **o Projeto de Lei** nº 122/2006, **dar-lhe tramitação autônoma e apreciá-lo** em seguida, **sem indevidas dilações**, **eis que já aprovado** pela Câmara dos Deputados, **muito embora** nem sempre resulte eficaz **esse apelo ao legislador**, **o que justifica**, **no caso**, **a adoção imediata**, **por esta Corte**, da medida **indicada no item n. 12.2 [...]. 12.2 Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia**, **mediante interpretação conforme**, **no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89”** (Ibid., grifos do autor).

## 4.2. DO CONCEITO DE RACISMO ENTENDIDO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADO 26/DF E DO MI 4733/DF

Da tese aprovada pelos ministros ao cabo do julgamento, extrai-se o seguinte conceito de racismo na atualidade:

[...] **projeta-se para além** de aspectos **estritamente** biológicos ou fenotípicos, **pois resulta**, enquanto manifestação de poder, **de uma construção** de índole histórico-cultural **motivada** pelo objetivo de **justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles** que, **por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem** ao estamento **que detém** posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos**, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, **a uma injusta e lesiva situação de exclusão** do sistema geral de proteção do direito.<sup>79</sup>

Com isso, prevalecte a orientação no sentido de que a configuração típica dos delitos disciplinados pela Lei nº 7.716/1989 reveste-se de uma “[...] dimensão **abertamente** cultural e sociológica [...]”<sup>80</sup>, baseada em noção jurídico-constitucional da palavra, não se resumindo a um conceito de ordem meramente antropológico ou biológico, mas sim em uma ideologia. Dessa forma, contemporaneamente, o que se entende por “raça” “[...] **traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante** da exploração do preconceito e da ignorância, **significando**, em sua concreta expressão, **a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta** as relações humanas.”<sup>81</sup>. E complementa, ainda, o ministro Celso de Mello:

**Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem** qualquer hierarquia **ou** distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, **somos todos pessoas**, essencialmente dotadas de **igual dignidade e impregnadas** de razão e consciência, **identificadas pelo vínculo comum** que nos projeta, **em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.**<sup>82</sup>

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...].** Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019, grifos do autor. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 jun. 2022.

<sup>80</sup> *Ibid.*, grifos do autor, trecho do voto do ministro Celso de Mello.

<sup>81</sup> *Ibid.*, grifos do autor, trecho do voto do Ministro Celso de Mello.

<sup>82</sup> *Ibid.*, grifos do autor. Nesse mesmo sentido, é a lição de Guilherme de Souza Nucci: “[...] raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, é um grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial. [...] Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de fobia, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação racista. Daí porque inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia *in malam partem*. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém parecido com o integrante de determinada raça. [...] racismo ou, se for preferível, a discriminação ou preconceito de ‘raça’ é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando

Ademais, importante destacar que o resultado do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção encontram abrigo na compreensão de racismo afirmada pela Suprema Corte no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS (caso Ellwanger). Na oportunidade, o Tribunal, como se lê no voto vencedor do ministro Maurício Corrêa, redator para o acórdão, decidiu que:

[...] limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos.

[...] Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.<sup>83</sup>

Em arremate, então, com o julgamento do caso Ellwanger, foi elaborado, pelo Supremo Tribunal Federal, o Informativo nº 321, o qual delimita qual seria o alcance da noção de racismo

---

umas em detrimento de outras. [...]. Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis. Não se pode considerar *racismo* atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, como o holocausto, mas, sobretudo, porque todos são seres humanos e *raça* é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos de igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 305-306).

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424 - Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL**. [...] 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator originário: Moreira Alves. Relator para o acórdão: Maurício Corrêa, 17 set. 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 18 jun. 2022.

Também merece referência o voto do ministro Nelson Jobim, exarado no bojo do referido *writ*, no qual esclarece que, ao tempo da elaboração da Constituição Federal, o alcance do sentido da palavra racismo também atingia aos homossexuais, não somente aos negros, conforme relato pessoal deste, como membro da Assembleia Nacional Constituinte, *in verbis*: “No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da Assembléia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000.” (*Ibid*).

disciplinada no art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal ("a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"<sup>84</sup>):

[...] o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas.<sup>85</sup>

Portanto, infere-se que foi por meio desse precedente paradigmático que a Corte equiparou, mediante interpretação analógica, as práticas homotransfóbicas àquelas previstas na Lei nº 7.716/1989, provisoriamente, até que o Congresso Nacional legislasse definitivamente sobre o tema. Dessa forma, longe de ignorar, como bem já salientamos, que, com o avanço dos tempos e com o amadurecimento da doutrina constitucional, tenha ocorrido a superação da visão positivista – a qual limitava a atuação dos juízes à interpretação rígida da lei, passando-se, assim, a conferir ao Poder Judiciário papel de maior importância no âmbito do Estado Democrático de Direito; e, sem olvidar, também, a mudança jurisprudencial empreendida pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos das decisões da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, para o fim de afastar do plano jurídico as omissões inconstitucionais, não se pode se desvencilhar, por total, dos princípios insculpidos na Carta Magna – ainda que a pretensão seja boa e necessária, como a é no caso da necessidade da criminalização da homofobia –, tais como os princípios da separação dos poderes da República e, especialmente, o da reserva absoluta da lei em matéria penal.

#### **4.3. DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA ABSOLUTA DA LEI EM MATÉRIA PENAL E DA IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE POSTURA CONCRETISTA NOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS QUE VERSEM ACERCA DO DIREITO PENAL**

Assim como já antecipado, o ministro Ricardo Lewandowski, muito embora reconheça a gravidade da conjuntura que os membros da comunidade LGBTQIA+ vivenciam no Brasil, reconhecendo, com isso, a mora do Congresso Nacional da União em legislar sobre a matéria, inaugurou divergência quanto ao comportamento a ser adotado pela Corte após o reconhecimento da omissão constitucional, o que o fez nos seguintes termos:

Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me incontestado que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta.

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.

---

<sup>84</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 jun. 2022.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF**. Brasília, DF, n. 321, set. 2003. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo321.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

[...]

A Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada conduta.

[...]

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.<sup>86</sup>

Portanto, para o ministro, em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha, historicamente, avançado na jurisprudência do remédio constitucional do mandado de injunção, adotando, por exemplo, como no caso do direito de greve dos servidores públicos, posição concretista, na casuística do julgamento do MI 4.733/DF e da ADO 26/DF, igual entendimento não poderia ser escolhido, em virtude da natureza do processo em questão, qual seja, matéria penal, que deve obedecer estritamente à reserva legal absoluta.

Nessa linha, imperioso registrar que, anteriormente ao julgamento da ADO 26/DF e do MI 4.733/DF – mas, já após ao julgamento do caso Ellwanger –, a Primeira Turma do STF, à unanimidade, no bojo do Inquérito 3.590/DF, rejeitou a denúncia oferecida contra o deputado federal Marco Antônio Feliciano, a qual dava-o como incurso na suposta prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989, haja vista que “O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual”<sup>87</sup>. Na altura, disse o relator, ministro Marco Aurélio, que:

Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º.<sup>88</sup>

Na oportunidade, os demais ministros membros da turma, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, acompanharam integralmente o relator, entendendo, portanto, que seria caso de rejeição da denúncia oferecida pela atipicidade da conduta, não sendo possível, assim, a aplicação da Lei de Racismo ao caso, com base nos fundamentos que se colacionam a seguir. Pela importância, observe-se o voto do ministro Luís Roberto Barroso:

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...]**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019. Trecho do voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 18 jun. 2022.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.590 - Distrito Federal. TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE**. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Marco Antônio Feliciano. Relator: Marco Aurélio, 12 ago. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>. Acesso em: 18 jun. 2022.

<sup>88</sup> *Ibid.*

De modo que, no plano das ideias, eu diria que o desvalor da proposição aqui em discussão ultrapassa todos os limites do erro, mas, a meu ver, não ingressa na esfera do crime. Até porque, como Vossa Excelência observou, Ministro Marco Aurélio, a tipificação do art. 20 da lei nº 7.716, desde a sua ementa, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e, em seguida, o art. 20, numa tipificação estrita como próprio, também se refere a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech* [...]. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional.

De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita.

De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia.<sup>89</sup>

Por sua vez, a ministra Rosa Weber também registrou que: “[...] forte no princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* e a partir da taxatividade do artigo 20 da lei nº 7.716/89, concluo pela atipicidade da conduta e também aplico o art. 386, III [Código de Processo Penal].”<sup>90</sup>.

Por derradeiro, o ministro Luiz Fux votou nos seguintes termos:

Por outro lado, Senhor Presidente, sob o ângulo da imunidade, se, paradoxalmente, entendêssemos que isso refletiria um delito contra a honra da pessoa, nós estaríamos realmente criando aqui um preconceito às avessas, porque entendemos que é um traço de personalidade. Então, não há ofensa nenhuma na pessoa declarar essa opção sexual, muito menos considerados como raça, porque também traria um colorido de preconceito, traria uma ideia de que são pessoas diferentes das outras.

De sorte, Senhor Presidente, que eu também acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência, com esse acréscimo - digamos assim - que é histórico no Direito Penal, na máxima de Feuerbach, que não há crime sem lei anterior.<sup>91</sup>

Destarte, da leitura do acórdão, extrai-se que a Primeira Turma do STF, teve a oportunidade de seguir o entendimento conferido à noção de racismo, posteriormente ao julgamento do caso Ellwanger, contudo, assim não o fez. Decidiu que, muito embora o investigado tivesse praticado ato discriminatório em relação aos homossexuais, seria inviável a sua punição criminal, porquanto atípica a conduta. Interessante observar que todos os ministros votantes deixaram explicitamente consignado, cada um a seu estilo, que a incursão do investigado ao art. 20, da Lei n.º 7.716/1989 viola o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal punir criminalmente a conduta de alguém, sem que antes exista lei claramente definindo-a como ilícita.

No entanto, nos autos do MI 4733/DF e da ADO 26/DF, esses mesmos magistrados votaram por enquadrar, até que sobrevenha lei pelo Congresso Nacional, as condutas homofóbicas e transfóbicas nos tipos penais previstos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989; a sinalizar que esses ministros reviram os seus posicionamentos e adotaram orientação diametralmente oposta.

---

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.590 - Distrito Federal. TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE.** O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Marco Antônio Feliciano. Relator: Marco Aurélio, 12 ago. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>. Acesso em: 18 jun. 2022.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

Dessa forma, independentemente das razões que os levaram à revisão de entendimento quanto ao ponto, não é difícil perceber a mensagem política expressa na decisão, emergindo a ideia de que seria dever da Corte Constitucional, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a defesa dos interesses da comunidade LGBTQIA+, por ser ela um grupo historicamente vulnerável, adentrando, então, no exercício da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, assim anotou o ministro relator, Celso de Mello:

**Trata-se, na realidade, de tema** que, *intimamente associado* ao debate constitucional **suscitado** nesta causa, **concerne** ao *relevantíssimo* papel que compete a esta Suprema Corte exercer **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda,** contra omissões que, **imputáveis aos grupos majoritários,** tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.  
[...]

**O Poder Legislativo,** *certamente influenciado* por valores e sentimentos **manifestados por grupos confessionais,** tem-se mostrado **infenso, nesse tema específico, à necessidade** de adequação do ordenamento nacional **a essa realidade emergente** das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro *de (inaceitável) submissão* de grupos minoritários **à vontade hegemônica** da maioria, **o que compromete,** gravemente, por reduzi-lo, **o próprio coeficiente de legitimidade democrática** da instituição parlamentar, **pois, ninguém o ignora,** o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão *da minoria* por grupos majoritários.<sup>92</sup>

Feitos esses registros, cumpre destacar que não desconhecemos a função precípua do Poder Judiciário, especialmente, a do STF, conferida nessa quadra histórica. Todavia, o nó górdio posto em análise é o de que não se pode tudo em nome dessa atribuição. Como, por exemplo, criminalizar uma conduta, mediante interpretação conforme, como fez a Corte.

Então, por certo, há determinadas limitações ao exercício dessa função. Na casuística, não se pode superar os princípios da separação dos poderes da República e o da legalidade ou da reserva legal. No ponto, não é demasiado lembrar as lições de Feuerbach ao nos brindar com a fórmula latina “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”:

I. Toda inflição de uma pena pressupõe uma lei penal (*Nulla poena sine lege*). Pois a pura e simples ameaça do mal através da lei justifica a idéia e a possibilidade jurídica de uma pena. II. A inflição de uma pena está condicionada à existência da conduta ameaçada (*Nulla poena sine crimine*). Pois através da lei a pena cominada está vinculada ao fato como um pressuposto juridicamente necessário. III. O fato ameaçado legalmente (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*). Pois através da lei se vincula à determinada lesão ao direito o mal como consequência juridicamente necessária.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...].** Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019, grifos do autor. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 18 jun. 2022.

<sup>93</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.** 2. Aufl., Gießen: G. F. Heyer, 1803, p. 20 *Apud* GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do Princípio da Legalidade no Direito Penal Alemão Vigente. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 565-582, jul./dez. 2010. p. 4 do pdf. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QfyWFhvkSczLQDT5xSknHQp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jun. 2022.



Quanto aos quatro desdobramentos do princípio da legalidade, assim elencam Nereu José Giacomolli e Pablo Rodrigo Aflen da Silva:

- a fundamentação da pena e o agravamento não podem realizar-se por meio do Direito consuetudinário (*lex scripta*);
- a impossibilidade de aplicação analógica da lei penal (*lex stricta*);
- a irretroatividade da lei penal (*lex praevia*);
- a lei penal deve ser precisa, ou seja, seu conteúdo e limites devem ser definidos, na medida do possível, pelo próprio texto de lei (*lex certa*).<sup>94</sup>

Ademais, no tocante ao *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, com precisão, escreve Andrei Zenkner Schmidt:

[...] impõe-se, por um lado, que a *criação* de um crime seja levada a cabo somente por uma lei em sentido formal, e, por outro, que aos juízes somente seja dado o poder de *aplicar* sanções mediante uma interpretação restritiva da lei penal. O *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, portanto, é um limitador *formal* tanto da atividade legislativa quanto da atividade judicial, visto que, enquanto a *proibição* está adstrita à existência de um diploma legal formal, a *repressão*, ademais, está condicionada à aplicação restritiva do Direito.<sup>95</sup>

Ainda, segue o autor:

Se o *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* é, por um lado, uma garantia vinculadora da atividade legiferante, por outro, também vincula a atividade judicante. Trata-se de uma limitação *formal* que, ao legislador, determina o processo legislativo adequado para a matéria penal e, ao juiz, a sujeição de aplicar uma pena somente nos casos expressos em lei. Neste último caso, a reserva de lei, como corolário do *princípio da separação dos poderes*, impede que o juiz crie o Direito aplicável ao caso concreto, visto que esta é tarefa do Poder Legislativo.<sup>96</sup>

Por derradeiro, relativamente às omissões das leis penais, bem destaca Néelson Hungria:

A *lei penal* é, assim, um *sistema fechado*: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais do direito”, ou pelo *costume*. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem *lacunas*. Se estas existem sob o prisma da *política criminal* (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las.<sup>97</sup>

Assim sendo, a postura adotada pelo STF, de ampliar o conceito de racismo para “qualquer inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, em um sistema de relações de poder em que o grupo dominante oprime o grupo dominado, em opressão

---

<sup>94</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Panorama do Princípio da Legalidade no Direito Penal Alemão Vigente. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 565-582, jul./dez. 2010. p. 10 do pdf. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QfyWFhvkSczLQDT5xSknHQp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jun. 2022.

<sup>95</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 147.

<sup>96</sup> *Ibid.* p. 160.

<sup>97</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. t. I. p. 21.

estrutural, sistemática, institucional e também histórica”<sup>98</sup>, desatende à necessidade de que a lei penal seja sempre interpretada da forma mais restrita possível, a fim de garantir previsibilidade ao cidadão<sup>99</sup>. Nesse sentido, quanto ao alargamento do escopo da norma incriminadora do racismo, já anunciavam, há muito, Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Streck e Flávio Pansieri, que eventual julgamento de procedência do MI 4.733-DF recairia em evidente *analogia in malam partem*<sup>100</sup>.

Igualmente, acerca da análise comparativa dos dois julgados – caso Ellwanger a ADO 26/DF –, destacam Rui Carlo Dissenha e Camila Saldanha Martins as diferenças entre as decisões, especialmente, quanto à postura adotada pela Corte:

Entretanto, se no caso Ellwanger a discussão interpretativa cingiu-se, de certa forma, ao alcance de um dos termos do tipo trazido à baila, na ADO 26 a questão foi muito mais complexa, pois se referiu à inclusão de uma nova forma típica em uma descrição criminosa que jamais a pretendeu alcançar. Ora, a discriminação ou o preconceito punível é claramente, nos termos da lei, aquele decorrente de “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Não se trata sequer de um dispositivo que admita a interpretação analógica, com a inclusão de outros elementos similares àqueles apresentados pelo tipo. Trata-se de uma lista fechada que, por determinação do princípio da legalidade, especialmente quando referido no seu efeito de *lex stricta*, não pode ser ampliada senão pelo legislador penal. Isso [...] foi feito anteriormente quando o legislador editou a Lei 9.459/97 (LGL\1997\122), que mudou o artigo 1º da Lei 7.716/89 (LGL\1989\11) alterando a expressão “preconceitos de raça ou de cor” para “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, demonstrando-se, pode-se dizer, o processo evolutivo pelo qual passa a norma penal. Não é (era, ao menos) possível ao julgador que atrepele o processo legislativo para incluir novos elementos na lista fechada – não sem uma violenta quebra da separação de poderes em um dos seus aspectos mais garantistas.<sup>101</sup>

Destarte, conseqüentemente, embora não se descure do fato de que parte da doutrina afirma que, contemporaneamente, seria possível, em alguns ramos do Direito, a relativização do princípio da legalidade, mediante a ponderação deste com os demais princípios do ordenamento jurídico<sup>102</sup>, “[...] o Direito Penal, ao contrário, erige a adequação típica a um pré-

---

<sup>98</sup> DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do Caso Ellwanger à Criminalização da Homofobia: a Atividade Legislativa do Supremo Tribunal Federal e a Violação da Reserva Absoluta da Lei em Matéria Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 172, p. 383-419, out. 2020. p. 10 do pdf. Acesso ao artigo na base de dados Revista dos Tribunais Online por assinatura. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018178567605f23d0605&docguid=Ida2236f0fee611eabd3ee5d779ca334e&hitguid=Ida2236f0fee611eabd3ee5d779ca334e&spos=2&epos=2&td=3&context=47&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 jun. 2022.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> Afirmaram eles: “3. Na medida em que a CF não estabelece a obrigação de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus. Como já referido, a CF estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de *panhermeneutismo*, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente vedada *analogia in malam partem*. Não há abrigo constitucional para tal.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin *et. al.* **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. [S. l.]: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 18 jun. 2022.).

<sup>101</sup> DISSENHA, *op. cit.* p. 13 do pdf.

<sup>102</sup> Ilustrativamente, aqui, por exemplo: TORRES, Sílvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade e do direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012; CALCINI, Fábio Pallaretti. **Princípio da legalidade: reserva legal e densidade normativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

requisito de sancionamento [...]”<sup>103</sup>, garantindo, nessa medida, segurança jurídica ao indivíduo, porquanto, “não há direito penal vagando fora da lei escrita”<sup>104</sup>, motivos pelos quais concluímos que o STF, ao decidir criminalizar a homofobia e a transfobia, enquadrando-as, ainda que provisoriamente, nos tipos penais definidos na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/1989) “andou mal na sua pretensão de fazer o bem”<sup>105</sup>, haja vista que, por maior boa vontade que tenham tido os ministros, sensibilizando-se com a dor dos inúmeros indivíduos que são vítimas de violência perpetrada em razão da sua orientação sexual ou por conta da sua identidade de gênero “não é possível extrair, em qualquer medida, de nenhum dos substantivos ‘raça, cor, etnia e religião’ ou mesmo ‘procedência nacional’ qualquer conteúdo que se conecte, minimamente, à orientação sexual ou à identidade de gênero”<sup>106</sup>.

Noutro norte, além da decisão do STF descumprir os princípios da separação dos poderes e da legalidade penal, esta padece de incongruência em seus próprios termos, em decorrência de que, ora a Corte reconhece a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homotransfobia – assentando, logicamente, que inexistente qualquer lei vigente que disponha nesse sentido –, ora equipara a LGBTfobia ao racismo, o qual já goza de legislação penal específica há muito. Isto é, tem-se uma contradição em seus próprios termos: como declarar inconstitucional a mora do Parlamento em criminalizar a homofobia e a transfobia se esses dois conceitos já estariam abarcados – segundo a orientação do STF – na noção de racismo social e, portanto, já criminalizadas as condutas? Infelizmente, a Suprema Corte não respondeu à indagação. Porém, a contradição não passou despercebida pelo ministro Marco Aurélio, o qual a consignou em seu voto<sup>107</sup>.

Em arremate, cumpre apenas destacar, também, que desse julgamento paradigmático, infelizmente, muitas dúvidas ainda se têm, principalmente, das consequências que partirão do entendimento conferido pela Corte Constitucional, visto que a mensagem que foi dada pelo STF é no sentido de que o rol de condutas abarcadas como condutas racistas é exemplificativo, porquanto toda e qualquer violência praticada por grupos hegemônicos em detrimento das minorias sociais historicamente poderão ser criminalmente censuradas, recaindo, assim, no *status* de crime inafiançável e imprescritível, nos termos do art. 5º, inciso XLII, da CF<sup>108</sup>, como,

---

<sup>103</sup> SCHMIDIT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 182.

<sup>104</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. t. I. p. 21.

<sup>105</sup> DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do Caso Ellwanger à Criminalização da Homofobia: a Atividade Legislativa do Supremo Tribunal Federal e a Violação da Reserva Absoluta da Lei em Matéria Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 172, p. 383-419, out. 2020. p. 4 do pdf. Acesso ao artigo na base de dados Revista dos Tribunais Online por assinatura. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018178567605f23d0605&docguid=Ida2236f0fee611eabd3ee5d779ca334e&hitguid=Ida2236f0fee611eabd3ee5d779ca334e&spos=2&epos=2&td=3&context=47&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 jun.

<sup>106</sup> DISSENHA, *ibid.* p. 14 do pdf.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...]**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 18 jun. 2022.

<sup>108</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 jun. 2022.

por exemplo, as agressões às mulheres e aos portadores de deficiência<sup>109</sup>. Fica, então, a dúvida sobre se seria possível “[...] o juiz de primeira instância também inovar e passar a aplicar o precedente do STF aceitando denúncias e condenando acusados por preconceitos cometidos contra outros grupos - quaisquer grupos?”<sup>110</sup>.

Desta forma, por tudo que foi dito, é que se entende que, com base nos princípios da separação dos poderes (art. 2º da CF), da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da CF, e art. 9º, da Convenção Americana sobre direitos humanos<sup>111</sup>) e na proscrição à analogia *in malam partem*, que correta e indicada a orientação do ministro Ricardo Lewandowski, segundo o qual é inviável invocar os precedentes concretistas em matéria penal, devendo o Poder Judiciário reconhecer a mora legislativa, dando ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias, sem mais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa, foi possível observar, com o avanço dos tempos, que o Poder Judiciário já não desempenha as exatas mesmas funções que outrora exercia. Agora, o Estado-Juiz possui atribuições que não eram tradicionalmente suas, desvencilhando-se, os julgadores, pois, da noção apequenada e rígida do positivismo jurídico. Despidendo-se das amarras formalistas, saindo da posição de meros aplicadores da lei escrita, podem, agora, julgar os feitos com maior poder de interpretação do Direito, com base nos ditames da Carta Política, a qual possui em seu texto, além de normas de organização do Estado, valores, princípios e direitos fundamentais dos cidadãos.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, então, o Poder Judiciário exerce a nobre e necessária função da defesa dos interesses contramajoritários, a fim de garantir que os direitos ora enunciados na Constituição Federal cheguem a todos os cidadãos, inclusive – e, principalmente – aqueles que não são devidamente representados pelos poderes da República democraticamente eleitos, isto é, garantir que as minorias políticas tradicionalmente marginalizadas e esquecidas pelo Poder Público tenham seus direitos e prerrogativas reconhecidos. Uma das formas de assegurar a eficácia do texto constitucional é por meio do controle de constitucionalidade, e, nos casos de omissão dos entes públicos, utiliza-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, cujos efeitos de suas decisões, atualmente, podem revestir-se de natureza constitutiva, como se viu no trabalho, conferindo soluções normativo-judiciais para o caso em concreto

Ademais, um dos exemplos de grupos vulneráveis é o caso da comunidade LGBTQIA+. Comunidade esta que, historicamente, é vítima de violência física, psicológica e moral (assim como de tantas outras formas de agressões), necessitando, portanto, de proteção penal, com os olhos a reprimir e evitar que novos atos lesivos se repitam.

---

<sup>109</sup> DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do Caso Ellwanger à Criminalização da Homofobia: a Atividade Legislativa do Supremo Tribunal Federal e a Violação da Reserva Absoluta da Lei em Matéria Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 172, p. 383-419, out. 2020. Acesso ao artigo na base de dados Revista dos Tribunais Online por assinatura. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018178567605f23d0605&docguid=Ida2236f0fee611eabd3ee5d779ca334e&hitguid=Ida2236f0fee611eabd3ee5d779ca334e&spos=2&epos=2&td=3&context=47&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 jun. 2022.

<sup>110</sup> DISSENHA, *ibid.* p. 15 do pdf.

<sup>111</sup> BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Casa Civil, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 18 jun. 2022.

Assim, sem se descurar desse papel do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do STF na defesa dos grupos vulneráveis, concluímos que não se pode tudo em nome dessa louvável atribuição. Por exemplo com o que aconteceu no julgamento da ADO 26/DF e do MI 4733/DF, visto que a Corte, ao enquadrar os atos homotransfóbicos ao tipo penal definido na Lei de Racismo, até que o Poder Legislativo edite norma específica quanto à matéria, descumpriu os princípios da separação dos poderes e da reserva legal para leis penais, como também, incorreu no cometimento da analogia *in malam partem*, em decorrência de que os ministros acabaram por estender o conceito de racismo, com base no precedente do caso Ellwanger, à condutas que não eram originalmente abrangidas pela Lei n.º 7.716/1989, haja vista que essa foi instituída com o fito de punir os crimes praticados em razão de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não sendo abarcadas, pois, as discriminações cometidas por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero do indivíduo.

Por derradeiro, a interpretação não restritiva e imprevisível da lei penal operada pela Corte faz despertar muitas dúvidas quanto ao alcance do tipo penal do racismo, haja vista que a interpretação genérica e aberta de que esse é, sob a sua dimensão social, qualquer ato cometido com o objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, configurando-se, assim, manifestação do poder e de dominação política e social, serve como fundamento para que outras minorias políticas também tenham proteção penal, ainda que ao arrepio da lei. Atacando, então, frontalmente, um dos postulados mais caros ao Estado Democrático de Direito, qual seja, o da absoluta necessidade de existência de lei penal prévia para a classificação de determinada conduta como criminosa.

Por fim, por tudo que foi dito, encerra-se com a conclusão de que a vertente minoritária, encampada pelo ministro Ricardo Lewandowski, é a que melhor indica o caminho pelo qual o STF deveria ter trilhado, porquanto, longe de desconsiderar a triste e cruel realidade vivenciada pelos membros da comunidade LGBTQIA+ no Brasil, sob a égide do princípio da reserva legal, apenas pode o Congresso Nacional agir como agente da criminalização, razão pela qual, embora o avanço jurisprudencial do STF no ponto, inviável invocar os precedentes concretistas em matéria penal, devendo o Poder Judiciário reconhecer a mora legislativa, dando ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 18 maio 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.003, de 2001**. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Casa Civil, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Senado Federal, 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL [...]**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26** [Andamento Processual]. Brasília, DF: STF, [2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424 - Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO.**

CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. [...] 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator originário: Moreira Alves. Relator para o acórdão: Maurício Corrêa, 17 set. 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF**. Brasília, DF, n. 321, set. 2003. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo321.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.590 - Distrito Federal**. TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Marco Antônio Feliciano. Relator: Marco Aurélio, 12 ago. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733 - Distrito Federal**. DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. [...]. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Relator: Edson Fachin, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 283 - Distrito Federal**. [...] O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra [...]. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt. Impetrados: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Sepúlveda Pertence, 20 mar. 1991. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670 - Espírito Santo**. MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO

LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [...]. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator originário: Maurício Corrêa. Relator para o Acórdão: Gilmar Mendes, 25 out. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107-3 - Distrito Federal. MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO.** [...]. Recorrente: José Emidio Teixeira Lima. Recorrido: Presidente da República. Relator: Moreira Alves, 23 nov. 1989. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.** Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&fbclid=IwAR1BqGIEbopFeft7ghf\\_11da8cNNF8iCiWAcxm3-gFLx8rTIRqrmze610ss](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&fbclid=IwAR1BqGIEbopFeft7ghf_11da8cNNF8iCiWAcxm3-gFLx8rTIRqrmze610ss). Acesso em: 16 jun. 2022.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **Princípio da legalidade:** reserva legal e densidade normativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin *et. al.* **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito.** [S. l.]: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DISSENHA, Rui Carlo; MARTINS, Camila Saldanha. Do Caso Ellwanger à Criminalização da Homofobia: a Atividade Legislativa do Supremo Tribunal Federal e a Violação da Reserva Absoluta da Lei em Matéria Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 172, p. 383-419, out. 2020. Acesso ao artigo na base de dados Revista dos Tribunais Online por assinatura. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a000018178567605f23d0605&docguid=Ida2236f0fee611eabd3ee5d779ca334e&hitguid=Ida2236f0fee611eabd3ee5d779ca334e&spos=2&epos=2&td=3&context=47&crumb-action=append&crumb->



label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.  
Acesso em: 18 jun. 2022.

DOSSIÊ denuncia 316 mortes e violências de pessoas LGBT em 2021. **Observatório de mortes e violências de pessoas LGBT em 2021**, [2021?]. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtbrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2021/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 06 maio 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do Princípio da Legalidade no Direito Penal Alemão Vigente. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 565-582, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QfyWFhvkSczLQDT5xSknHQp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jun. 2022.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. t. I.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

LASAITIS, Cris. O poema do “amor que não ousa dizer seu nome”. **Anatomia da vertigem**, 4 maio 2020. Disponível em: <https://cristinalasaitis.wordpress.com/2020/05/04/o-poema-do-amor-que-nao-ousa-dizer-seu-nome/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP). *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655593952/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso ao livro na base de dados Minha Biblioteca por assinatura. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655593402/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade e do direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.