Samuel Rivetti Rocha Balloute

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF

CRÍTICA À DECISÃO DA ADO Nº 26

EXPERT
EDITORA DIGITAL

A presente obra realizou detalhado exame crítico da decisão do STF na ADO nº 26, que criminalizou por provimento jurisdicional a homotransfobia. A análise efetuada centrou-se majoritariamente no aspecto jurídico-penal, à luz da Constituição da República e dos princípios e normas que regem o Direito Penal. Objetivou-se demonstrar, de forma minuciosa, a completa teratologia da decisão, que violou não apenas a Carta Magna, mas também a legislação brasileira, a principiologia do Direito Penal e a competência dos demais Poderes da República.

Sabe-se que o tema discutido é polêmico, envolvendo fortes emoções de amplos setores sociais. Não obstante, seu enfrentamento se faz necessário, já que é apenas por meio da crítica que se consegue qualificar o debate de forma a se construir uma visão mais abrangente sobre o assunto.

O texto se desenvolve de maneira cronológica e lógica. O primeiro capítulo resumiu o acórdão e condensou os principais argumentos utilizados pelos ministros para justificar a criminalização da homotransfobia por meio de provimento jurisdicional.

O segundo capítulo expôs minuciosamente os fundamentos teóricos que embasaram a crítica à decisão, abordando os princípios e normas que regem o Direito Penal, esclarecendo suas origens e sua função no ordenamento jurídico brasileiro e em um Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo constitui o cerne da obra, já que é nele que a crítica propriamente dita à decisão é desenvolvida. Os fundamentos do acórdão foram detalhadamente esquadrinhados e criticados, demonstrando-se sua total inadequação, confrontando-os com os princípios e regras que regem o Direito Penal e com o que preceitua a Constituição e as Leis.

O quarto capítulo analisou a decisão sob o aspecto do Direito Constitucional, abordando a previsão e o regramento legal e constitucional da ADO e trazendo também a visão doutrinária sobre este instituto, demonstrando sua origem, seu procedimento e sua finalidade, de forma a atestar as diversas irregularidades cometidas no julgamento sob essa perspectiva.

Por fim, o último capítulo realizou uma breve reflexão crítica sobre o atual papel que o STF vem exercendo no país, suas virtudes e seus limites. Abordou-se, por um viés reflexivo, a proeminência que o Tribunal vem exercendo no país, bem como sua (i)legitimidade para tomar determinadas decisões que, historicamente, caberiam à população deliberar.

ISBN 978-65-6006-168-2

9 786560 061682 >

EXPERT
EDITORA DIGITAL

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF

CRÍTICA À DECISÃO DA ADO Nº 26

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
Revisão: Gabriel Rivetti Rocha Balloute
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
MOURA, Leonardo Abreu de
A criminalização da homotransfobia pelo STF: crítica à decisão da ADO nº 26. — Belo Horizonte: Editora Expert, 2025. 170 p.
Bibliografia.

ISBN: 978-65-6006-168-2

Modo de acesso: https://experteditora.com.br
CDD: 340
Direito Constitucional 2. STF 3. Direitos Humanos 4. Homotransfobia 5. Criminalização I. Título.

Índices para catálogo sistemático:

Direito Constitucional **340**

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@experteditora.com.br

Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola. Superior de Desporto de Rio Maior, Escola. Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Cèsar Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. e PUC - MInas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Samuel Rivetti Rocha Balloute

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade CERS. Para conhecer outros trabalhos do autor, acesse: https://ufmg.academia.edu/SamuelRivettiRochaBalloute

LISTA DE SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais
ANTRA	Associação Nacional de Travestis e Transexuais
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIEFDR	Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial
CN	Congresso Nacional
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DPDFT	Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
DDHC	Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão
EIR	Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10)
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LADI	Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade (9.868/99)
LGBT+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transgêneros
LMI	Lei do Mandado de Injunção (13.300/16)
LR	Lei do Racismo (7.716/89)
MI	Mandado de Injunção
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PC	Parecer Consultivo

PICDP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLS	Projeto de Lei do Senado
PPS	Partido Popular Socialista (atual Solidariedade)
PSTU	Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado
STF	Supremo Tribunal Federal

AGRADECIMENTOS

Vejo-me na obrigação de agradecer algumas pessoas especiais cuja eventual ausência ocasionaria, certamente, a não existência deste livro.

Inicialmente, agradeço ao meu irmão, Gabriel, cujo apoio incondicional é o responsável por me fazer seguir em frente com os meus objetivos. Todo o seu auxílio, seja material, intelectual ou moral, com toda certeza me fizeram chegar onde cheguei. Agradeço inicialmente pela cuidadosa revisão gramatical empreendida nesta obra, trabalho feito por quem estuda bastante e conhece profundamente a Língua Portuguesa. Agradeço igualmente pelas diversas trocas de ideias que mantemos de forma quase ininterrupta sobre os mais diversos assuntos. Graças a elas me desenvolvo intelectualmente cada vez mais, bem como tenho diversos *insights* para a consecução dos meus trabalhos. Por fim, agradeço também pelo apoio moral incondicional que me é dado, auxílio imprescindível para me fazer ir em frente e perseguir com mais obstinação os meus objetivos.

Agradeço aos meus pais, Maria Alice e Neder, por todo o apoio que me dão desde sempre, seja material, seja moral. Graças ao seu suporte sou a pessoa que sou hoje e cujo impacto positivo em minha vida eu jamais serei capaz de recompensar.

Agradeço à minha namorada, Dayane, por todo o carinho e apoio que vem me dando ao longo do tempo em que estamos juntos. A troca de ideias, as risadas, as conversas, tudo isso contribuiu e contribui de forma decisiva para o meu aprimoramento profissional e intelectual. A assistência que me é prestada sempre que eu necessito conversar e o incentivo que me é dispensado todas as vezes não tem preço.

Agradeço também aos meus padrinhos, Margarida (Tia Gaída) e Paulo por todo o apoio e incentivo que me dispensam desde sempre, auxílio necessário para me fazer continuar trilhando meu caminho.

Agradeço à minha ex-professora e agora amiga, Klelia Canabrava Aleixo, não só por ter prefaciado esta obra, mas pelo contínuo incentivo e auxílio que me presta desde que nos conhecemos, ainda em 2018.

Por fim, agradeço imensamente à toda equipe da Pós-Graduação do Curso CEI e do Introcrim. O nível do curso de Direito Penal e Criminologia foi de excelência, com professores de ponta e aulas extremamente importantes para o meu aprimoramento teórico. Outrossim, foi uma grande honra receber o prêmio de primeiro lugar no Concurso de Monografias do Curso CEI e contar com esse incentivo acadêmico. Sou extremamente grato pela premiação e pelo aprendizado proporcionado pela instituição.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS **11**

PREFÁCIO **15**

PALAVRAS PRELIMINARES **19**

INTRODUÇÃO **23**

CAPÍTULO 1 – A DECISÃO QUE CRIMINALIZOU A HOMOTRANSFOBIA

1. Voto Celso de Mello 34
2. Voto Edson Fachin 42
3. Voto Alexandre de Morais 44
4. Voto Luís Roberto Barroso 46
5. Voto Rosa Weber 50
6. Voto Luiz Fux 51
7. Voto Carmen Lúcia 55
8. Voto Gilmar Mendes 56

CAPÍTULO 2 – POSTULADOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

1. O sistema brasileiro é o *civil law* 61
2. Fontes do Direito Penal 64
3. A importância dos princípios para o Direito Penal 65
4. O Princípio da Legalidade 67
5. O Subprincípio da Taxatividade 70
6. Vedação à analogia *in malam partem* 74
7. A interpretação no Direito Penal 77

CAPITULO 3 – CRÍTICA À DECISÃO SOB O ASPECTO PENAL

1. A especificidade do Direito Penal 84
2. Existe um mandado constitucional de criminalização? 87

3. Injustificável enquadramento da orientação sexual e identidade de gênero no conceito de raça 91
4. Respeito ao contexto histórico de elaboração da norma 95
5. Fontes do Direito Penal 100
6. Analogia *in malam partem* 103
7. Interpretação extensiva em Direito Penal 105
8. Criação de um novo tipo penal pelo STF 111
9. Existe proteção insuficiente? 114

CAPÍTULO 4 – CRÍTICA À DECISÃO SOB O ASPECTO CONSTITUCIONAL

1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 123
2. Objeto 124
3. Finalidade e efeitos 125
4. Adoção da tese concretista 127
5. Desvirtuação dos efeitos da ADO 129
6. Inexistência do objeto da ADO 131
7. Violação à Separação dos Poderes 132
8. Limites da ADO 134
9. A ilegitimidade da colmatação da lacuna pelo STF 137
10. Utilização deturpada da técnica da interpretação conforme .. 141

CAPÍTULO 5 – BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AO STF

1. A proeminência e a excessiva concentração de poderes na Corte 147
2. A ilegitimidade da decisão da ADO nº 26 151
3. Crítica às supostas funções iluminista e representativa do STF 154
4. A necessidade de defender a Constituição e evitar a verticalização do poder 157

CONCLUSÃO 159

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 165

PREFÁCIO

É com imensa honra e alegria que prefacio esta obra de Samuel Rivetti Rocha Balloute que alçou o primeiro lugar no Concurso de Monografias da Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia promovido pelo Intocrim e Curso CEI.

Trata-se de um trabalho acadêmico de excelência, premiado também pela crítica contundente à decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n° 26 proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que criminalizou a conduta da homotransfobia, equiparando-a ao crime racial.

Ressalta-se que no campo do saber jurídico penal a crítica não tem apenas a função de desconstrução. Dentre as urgências prementes neste campo, a de contenção da violência extrema produzida pelo poder punitivo estatal é imperativo máximo do processo de humanização.

Neste contexto, a proposta de um pensamento crítico acaba tendo também como horizonte o avanço do processo civilizatório na história que passa também pela contenção do poder de punir habilitado pelos tribunais.

O autor inicia o seu trabalho expondo os fundamentos da decisão que criminalizou a conduta da homotransfobia ao considerá-la parte do conceito de racismo. No segundo capítulo, para fundamentar a crítica, são apresentados alguns princípios de Direito Penal, especialmente, o da Legalidade e o da Taxatividade.

Na esteira de Eugênio Raúl Zaffaroni, na obra Direito penal brasileiro, vol. I, cabe ressaltar a diferença existente entre o Direito Penal e o poder punitivo, sendo os princípios constitutivos do Direito Penal enquanto saber científico. Assim, o jurista argentino considera o Direito Penal como um saber voltado para os juízes para a contenção do poder punitivo ao mínimo.

Considera-se o terceiro capítulo como central, vez que indica e denuncia as violações do acórdão da referida decisão do STF ao Direito Penal e à Constituição da República Federativa do Brasil ao criar novo tipo penal, subsumindo a conduta homotransfóbica ao conceito de

raça através do procedimento da analogia *in malam partem* proibido em matéria penal. Esta vedação exsurge como importante dique de contenção do poder punitivo ao vincular, de maneira absoluta, a criação de normas penais criminalizadoras ao processo legislativo. As violações do acórdão à Constituição da República foram demonstradas, detalhadamente, no quarto capítulo.

Por fim, no último capítulo discute-se o atual papel exercido pelo STF na ainda incipiente democracia brasileira, destacando o seu crescente protagonismo e proeminência no atual cenário político brasileiro, o que é evidenciado no momento atual em que vivemos.

A expansão do poder punitivo habilitada pela decisão analisada minuciosamente por Samuel parte da falaciosa proteção de grupos vulneráveis através da criminalização e do empoderamento punitivo.

Destaca-se que o processo de criminalização é acompanhado da resposta penal violenta que, via de regra, é a prisão; não sendo apto para promover a dignidade humana de quem quer que seja, mas hábil para violá-la e promover a agressividade e o afastamento entre as pessoas e grupos sociais.

Importante destacar que o autor conhece bem os efeitos deletérios da prisão, vez que desenvolveu importante e dedicado trabalho de atendimento jurídico às pessoas presas.

Considera-se que o reconhecimento das diferenças e da diversidade humana são grandes e importantes desafios a serem enfrentados por todos nós, inclusive pelos tribunais.

No entanto, a valorização humana não é possível através da intervenção penal, que é essencialmente violenta, seletiva e excludente. O processo de criminalização divide a população entre "autores" e "vítimas", "bandidos" e "cidadãos do bem". A fragmentação das pessoas em categorias, classes e grupos gera afastamento, inviabiliza as resistências e a união, enfraquecendo também o Estado Democrático de Direito.

Verifica-se, pois, que a partir da crítica, brilhantemente elaborada por Samuel, inaugura-se então uma urgente reflexão sobre como devemos e podemos, efetivamente, superar a fragmentação social e

construir caminhos possíveis através dos quais todas as pessoas vivam e sejam plenamente respeitadas.

Klelia Canabrava Aleixo

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas.

PALAVRAS PRELIMINARES

O presente livro é fruto do meu Trabalho de Conclusão de Curso da Especialização em Direito Penal e Criminologia promovido pelo Curso CEI e o Introcrim. A ideia para escrever sobre o assunto nasceu no final de 2023, quando eu ainda trabalhava como advogado criminal em um escritório de Belo Horizonte e estava há quase um ano assistindo às aulas da Pós.

No entanto, este tema já me incomodava desde o julgamento da ADO nº 26, em 2019. Ainda no quinto período do curso de Direito, fui pego de surpresa pela notícia de que o STF havia criminalizado a homotransfobia. Na época, fiquei estupefato e incrédulo diante da criminalização ocorrida por meio do sistema judiciário, bem como pelos argumentos utilizados no acórdão pelos ministros para o enquadramento da prática na Lei 7.716/89.

Aquilo ia diametralmente contra tudo o que eu havia estudado apenas alguns antes, tal como o Princípio da Legalidade e da Taxatividade, a proibição da analogia *in malam partem*, a interpretação restritiva em matéria penal, a Divisão dos Poderes...

Aliado a essa excentricidade, a festa de alguns setores sociais com a referida criminalização também me deixou espantado. Apesar de entender que a criminalização representava para esses grupos um reconhecimento da necessidade de sua proteção, espantou-me a ingenuidade com que a decisão foi comemorada. Houve evidente violação ao texto constitucional, à cláusula pétrea, com total deturpação das funções do Poder Judiciário e evidente invasão de competências, mas, mesmo assim, muitos estavam comemorando.

Para utilizar um ditado popular, será que as pessoas não percebiam que "pau que dá em Chico também dá em Francisco"? Será que elas não se atinavam que a atrocidade jurídica que acabava de ser cometida poderia, em um futuro não tão distante, se voltar contra as mesmas pessoas que foram "beneficiadas" anteriormente?

Essa questão permaneceu latente em meu âmago por quase cinco anos. Até que um dia, subitamente, veio novamente à tona. Só

que dessa vez eu já estava preparado para encarar o tema de frente. Não só já havia me formado e estudado bastante, mas também já havia adquirido experiência em pesquisa, tendo escrito alguns artigos científicos sobre Direito Penal, além de também ter tido experiência prática, seja na Extensão Universitária, com o atendimento às pessoas privadas de liberdade, seja na minha incipiente jornada como advogado criminalista.

Pois bem. No momento em que essa questão surgiu em minha mente, resolvi reler todo o acórdão, com acurada atenção em seus principais pontos. A ideia inicial era escrever apenas um artigo acadêmico, modalidade também aceita como Trabalho de Conclusão de Curso pela Pós-Graduação que eu realizava.

Todavia, a cada página lida da decisão, mais reflexões críticas surgiam. E, à medida que eu as registrava em um caderno, elas pareciam se multiplicar, desvelando questões e argumentos que mereciam ser analisados, debatidos e criticados. Dessa forma, decidi fazer daquele artigo acadêmico uma monografia, que agora está publicada em um livro.

A crítica, para ter credibilidade, deve conhecer muito bem o objeto que analisa. Dessa forma, a leitura integral do acórdão, com a posterior condensação dos principais argumentos utilizados pelos ministros para dar provimento à ADO se fazia mais do que necessária. No caso, para se fazer uma crítica consistente, foi necessário conhecer a fundo cada ponto do acórdão para que o que fosse abordado tivesse a devida pertinência.

A tarefa foi árdua. Demorei algumas semanas lendo atentamente o acórdão, grifando as partes mais importantes e fazendo anotações. A leitura integral da decisão foi crucial para o refinamento da crítica, não só para escrever de forma concisa os principais pontos dos posicionamentos dos ministros, mas porque ela possibilitou novas reflexões e considerações sobre o tema.

Após resumir os votos de cada ministro favorável à ADO, foi necessário ler, reler e revisar textos de autores de Direito Penal e de Direito Constitucional que trataram de temas relacionados à ADO, tais

como o Princípio da Legalidade, a particularidade do Direito Penal e suas fontes, técnicas de interpretação, ações constitucionais, dentre outras. Dessas leituras originou-se o segundo capítulo desta obra.

Já o terceiro capítulo, cerne deste trabalho, foi fruto dos dois trabalhos anteriores e dos apontamentos e reflexões críticas que eu havia realizado quando da leitura do acórdão. As fundamentações e justificativas utilizadas pelos ministros para embasar a decisão de criminalização da homotransfobia foram confrontadas com os princípios e regras que regem o Direito Penal e com o que preceitua a Constituição e as Leis. Os fundamentos do acórdão foram minuciosamente esquadrinhados e criticados, demonstrando-se sua total inadequação.

O quarto capítulo, por sua vez, foi dedicado a analisar a decisão sobre o aspecto constitucional. Na ocasião, textos de constitucionalistas renomados foram utilizados como referência para dissertar sobre métodos de interpretação e sobre a ADO – sua legislação de regência, sua previsão constitucional e seus aspectos internos. Buscou-se demonstrar que sua utilização foi deturpada e utilizada deliberadamente para criminalizar uma conduta não prevista em lei.

Por fim, o último capítulo do livro buscou traçar um panorama crítico da Corte Suprema brasileira, a partir de considerações já encetadas por diferentes autores. Abordou-se, por um viés reflexivo, a proeminência que o Tribunal vêm exercendo no país, bem como sua (i) legitimidade para tomar determinadas decisões que, historicamente, caberiam à população deliberar.

Entendo que o tema tratado neste livro é deveras polêmico, envolvendo fortes emoções de ambos os lados do espectro político. No entanto, acredito que este é o principal motivo de ser necessário o seu enfrentamento. Apenas pela crítica é que se consegue qualificar o debate e se pensar em soluções para resolver os problemas que surgirem.

Nesse sentido, o foco do trabalho foi fazer uma análise majoritariamente jurídica do acórdão da ADO nº 26, à luz da Constituição da República e dos princípios e normas que regem o

Direito Penal. Buscou-se demonstrar, de forma minuciosa, a completa teratologia da decisão, que violou não apenas a Carta Magna, mas também a legislação brasileira e a competência dos demais Poderes da República.

Diante de tal demonstração, fica o questionamento: será que os fins justificam os meios? Será que uma causa, por mais justa que seja, legitima a completa deturpação da Constituição, da legislação e dos princípios e regras do Direito Penal, fruto de conquistas civilizatórias arduamente conquistadas ao longo dos séculos?

É preciso ter em mente que uma violação de direito, seja contra quem for e beneficie quem for, não deixa de ser uma violação de direito. E, se esse direito foi violado para "beneficiar" um grupo, o que impede que o mesmo direito não seja violado para "beneficiar" ou para prejudicar outro? A CRFB e as leis servem para assegurar a todos, independentemente de quem seja. Por esse motivo, seu desrespeito não deve ser tolerado e deve ser denunciado.

Para finalizar, deixo a citação do pastor Luterano alemão Martin Niemöller, feita após ter passado pelo regime nazista na Alemanha:

> "Primeiro eles vieram buscar os socialistas, e eu fiquei calado — porque não era socialista. Então, vieram buscar os sindicalistas, e eu fiquei calado — porque não era sindicalista. Em seguida, vieram buscar os judeus, e eu fiquei calado — porque não era judeu. Foi então que eles vieram me buscar, e já não havia mais ninguém para me defender"[1].

Espero que este trabalho sirva como um convite para a reflexão e a crítica.

1 Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/martin-niemoeller-first-they-came-for-the-socialists>. Acesso em: 25 fev. 2025.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho não pretende discutir se deve ou não deve existir um tipo penal que criminalize a homotransfobia. Tampouco se discutirá se sua criminalização é realmente efetiva no combate a esta reprovável prática. Muito menos dissertar-se-á sobre o preconceito sofrido pela comunidade LGBT+ e se a solução para tanto passaria pela tipificação de condutas discriminatórias.

O objeto da pesquisa cinge-se tão somente ao aspecto jurídico, discutindo a ADO nº 26, julgada pelo plenário do STF em 13 de junho de 2019. Por meio dessa ação constitucional, na prática, houve a criminalização, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, de uma conduta não prevista em lei, apesar de a fundamentação utilizada na decisão afirmar de forma diversa.

Não obstante a Corte Constitucional tenha realizado operação análoga anteriormente – quando, no julgamento do HC 82.424/RS, houve a aplicação retroativa da LR a um fato que, no momento em que foi cometido, não era punido por ela – o julgamento em questão é diferente. Isso se dá porque, pela primeira vez, a violação ao Princípio da Legalidade se deu em controle abstrato de constitucionalidade, com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, o que destaca a relevância desta decisão.

Passada mais de meia década, a discussão deste tema ainda se mostra deveras importante. Afinal, o STF poderia realmente ter equiparado a discriminação em relação à orientação sexual ou de gênero (homotransfobia) à discriminação criminalizada pela LR? A subsunção realizada pelo STF, enquadrando a discriminação de homossexuais e transexuais ao conceito de raça da referida lei, está concorde com o ordenamento jurídico brasileiro?

Ao longo do texto, buscar-se-á demonstrar que essa decisão não só é inconstitucional, mas também é ilegal e ilegítima. Isso porque, além de contrariar cláusula pétrea prevista na CRFB, a decisão vai de encontro ao que prevê o CP e a LADI e extrapola as atribuições da Suprema Corte, a qual não possui legitimidade popular, uma vez que seus membros não são eleitos pelo voto da população brasileira.

A despeito disso, o objeto central do presente trabalho é a crítica à decisão sob o aspecto do Direito Penal. A discussão sobre outros aspectos da decisão, tal como a relativa às condições da ADO e sua estrutura, ou reflexões sobre o papel exercido pelo STF, são importantes para dar interdisciplinaridade ao trabalho. No entanto, o foco recairá sobre a análise e crítica da decisão à luz dos fundamentos regentes do Direito Penal.

Para tanto, o primeiro capítulo do livro descreve e explica a decisão da ADO nº 26, apontando seus fundamentos, suas justificativas e seus motivos, além de resumir e condensar os votos dos ministros de maneira a expor seus principais argumentos. Apenas por meio do conhecimento do acórdão e dos pretextos utilizados pelos ministros é que se poderá realizar uma crítica mais robusta e firme, de maneira a demonstrar o desacerto da decisão.

Já o segundo capítulo se destina a expor os fundamentos teóricos que irão embasar a crítica à decisão. O capítulo discute e explica os princípios e normas que regem o Direito Penal pátrio, esclarecendo suas origens e qual a sua função no ordenamento jurídico, de forma a denotar a sua imprescindibilidade em um Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo é o cerne deste trabalho e consiste na crítica propriamente dita à decisão. Para estruturar e organizar melhor a análise feita do acórdão, é dividido em diversos tópicos, retomando os conceitos e ensinamentos abordados no capítulo anterior para subsidiar e fundamentar melhor a apreciação da decisão tomada pelo STF.

O quarto capítulo aborda a previsão e o regramento legal e constitucional da ADO, trazendo também a visão doutrinária sobre este instituto e demonstrando sua origem, seu procedimento e sua finalidade, buscando atestar as diversas irregularidades cometidas no julgamento sob essa perspectiva. Por fim, o último capítulo busca fazer uma breve reflexão crítica sobre o atual papel que o STF vem exercendo no país, suas virtudes e seus limites.

CAPÍTULO 1

A DECISÃO QUE CRIMINALIZOU A HOMOTRANSFOBIA

Em 13 de junho de 2019 foi publicado pelo Pleno do STF o acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, cujo objeto era o suprimento de suposta omissão constitucional no que tange à criminalização da homotransfobia. Esta, por sua vez, significa toda discriminação realizada contra a população homossexual ou transexual (representadas também pela sigla LGBT+) em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. A ADO nº 26 foi apregoada em conjunto com o MI nº 4.733. Enquanto a primeira ação foi proposta pelo PPS em 19/12/2013, a segunda ação foi ajuizada pela ABGLT em 27/07/2012, estando ambas as partes representadas pelo mesmo advogado.

Em síntese, as ações pugnaram: pelo enquadramento da homotransfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo; pela declaração da mora inconstitucional do CN de criminalizar especificamente a homotransfobia; pela fixação de prazo razoável para que o CN promova a referida criminalização; pela tipificação da homotransfobia pelo próprio STF caso transcorrido o prazo sem que nenhuma providência fosse tomada, seja enquadrando-a na LR, seja tipificando a conduta por ato jurisdicional; por fim, pugnou-se também pela responsabilidade civil do Estado Brasileiro e dos parlamentares pela referida inércia.

Inscreveram-se e foram aceitos como *amici curiae*, argumentando pela procedência da ação, o GGB, a ABGLT, o GADVS, o Grupo Dignidade – pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros; o PSTU, o CFP, a ANTRA e a DPDFT. Por sua vez, arguindo pela improcedência da ação, os *amici curiae* foram a ANAJURE, a Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida e a COBIM.

Ao final do julgamento, 10 ministros conheceram parcialmente da ADO e, por maioria (8 ministros), julgaram-na procedente, estabelecendo as seguintes teses: 1) até que sobrevenha lei específica, as condutas homotransfóbicas deverão estar subsumidas na LR e, em caso de homicídio fundado nessa razão, deve ser aplicada a qualificadora do art. 121, §2º, I do CP; 2) a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício

da liberdade religiosa, cuja pregação conforme sua fé é assegurada, desde que tais manifestações não constituam discurso de ódio; 3) o conceito de racismo, em sua dimensão social, é considerado para além de sua dimensão fenotípica ou puramente biológica, abrangendo a discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero.

Conforme se vislumbra, a ação também discutiu outras questões, não diretamente relacionadas ao aspecto criminal do enquadramento das condutas homotransfóbicas na LR. Entretanto, como o objeto do presente trabalho cinge-se principalmente à análise da decisão sobre o prisma do Direito Penal, em especial da discussão acerca do Princípio da Legalidade e dos princípios que regem esse ramo do Direito, foram deixados de fora alguns pontos decididos no acórdão, como o referente à possibilidade de pedir indenização em sede de ADO ou a discussão sobre a liberdade religiosa e o alcance da proibição neste contexto.

Dito isso, antes de se passar à análise pormenorizada dos principais argumentos utilizados pelos ministros que julgaram procedente a ADO para enquadrar a homotransfobia na LR, urge transcrever abaixo os principais trechos do acórdão, que sintetizam o entendimento do tribunal sobre a temática. Na ocasião, a ação foi julgada procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

> a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado 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 LGBTI+; 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 mandados 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 LGBTI+ , 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, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixaram-se as seguintes teses: 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 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, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes (BRASIL, 2019).

Como se percebe da análise do excerto acima, a Corte entendeu existir um mandado de criminalização constitucional em relação à homotransfobia, ancorado no art. 5º, XLI e XLII. Em razão disso, diante do lapso temporal decorrido desde a promulgação da CRFB e a data do julgamento sem que tivesse sido aprovada a referida legislação, declarou-se a omissão legislativa e reconheceu-se que o CN estaria em mora.

Todavia, o STF foi além e não só reconheceu a existência da mora, nos termos da LADI, como, por meio do instituto da interpretação conforme, enquadrou a homotransfobia na LR até que sobrevenha legislação autônoma, considerando que tal prática é compatível com o conceito de racismo (na dimensão do racismo social). Por fim,

determinou que os efeitos da decisão não terão aplicação retroativa (como um último suspiro ao princípio da legalidade).

O art. 1º da LR prevê a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e, por sua vez, condiciona a interpretação dos diversos tipos penais presentes na legislação. Logo, todos os crimes previstos na lei[2] se dão em função da discriminação apontada em seu art. 1º. Ocorre que, após a decisão da ADO nº 26, esse primeiro artigo obrigatoriamente passou a ser entendido como abrangendo também a discriminação ou preconceito em relação à orientação sexual ou identidade de gênero. Sendo assim, os demais tipos penais da LR agora abrangem essa conduta e têm como sujeito passivo a população homo e transexual.

Nesse sentido, importante ressaltar que em 23/05/2019 foi protocolado requerimento do Senado Federal informando que naquele ano teriam sido apresentados dois projetos de lei versando sobre a temática em discussão no julgamento – o PLS nº 860, de fevereiro de 2019, e o PLC 2.672, de maio de 2019. Ocorreu também a aprovação dos PLS nº 191/2017 e 672/2019, todos aprovados em caráter terminativo em 23/05/2019 pela CCJ do Senado. Diante disso, tal notificação do Parlamento foi trazida ao Plenário pelo relator para que este analisasse possível prejudicialidade do objeto do julgamento, haja vista que estaria ocorrendo movimento no CN apto a suprir a mora inconstitucional.

Não obstante esse fato, o relator, min. Celso de Mello, considerou inexistir qualquer obstáculo que impedisse o prosseguimento do julgamento, por considerar que a omissão em questão ainda subsistiria no ordenamento jurídico e que a mera existência de proposição legislativa no Parlamento não afastaria a mora do Legislativo. O relator foi acompanhado pelos demais ministros, com a ressalva dos

2 Tal como a recusa de inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau (art. 6º, LR), a recusa de hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar (art. 7º, LR), a recusa de atendimento em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes abertos ao público (art. 8º, LR), dentre outros.

min. Marco Aurélio Mello e Dias Toffoli, que votaram pela suspensão do julgamento. Essa questão será analisada pormenorizadamente em capítulo próprio, ocasião em que se dissertará sobre os aspectos formais (legais e constitucionais) atinentes à ADO e ao entendimento do que se considera mora legislativa pela Suprema Corte.

Dessa forma, o julgamento teve continuidade e dez ministros julgaram parcialmente procedente a ação para reconhecer a mora inconstitucional do CN e notificá-lo para que ele tomasse as providências necessárias ao seu suprimento. Desses dez, oito deles foram além e votaram para, enquanto não sobrevier legislação própria e específica, a homotransfobia ser enquadrada na LR, tendo apenas julgado totalmente improcedente a ação o então min. Marco Aurélio Mello.

A despeito de os ministros que votaram pela procedência da ADO e equipararam a homotransfobia ao racismo, em seus votos individuais, terem utilizado diversos argumentos para subsidiar sua decisão, perceber-se-á, ao longo da exposição dos principais pontos de seus votos, existirem diversas confluências, tais como a evocação do HC 82.424/RS para legitimar o fato de que a Corte já havia decidido de maneira semelhante, a consideração de que o racismo abrangeria condutas homotransfóbicas ou o argumento de que haveria proteção insuficiente à população LGBT+.

1. VOTO CELSO DE MELLO

O então decano do STF inicia seu voto assumindo uma postura combativa. Asseverou que em razão de sua conhecida posição em defesa do direito das minorias, seria proscrito pelos "cultores da intolerância, cujas mentes sombrias (...) desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas" (Brasil, 2019, p. 36). Assim, invocou a função contramajoritária atribuída ao STF, "a quem incumbe fazer prevalecer, sempre (...) a autoridade e a supremacia da Constituição e das Leis da República" (*idem*).

Em suas observações prévias, o então ministro esclareceu em que consistiria a sigla LGBT, cuja comunidade, que é caracterizada pela diversidade de seus integrantes, possui, no entanto, a vulnerabilidade social, agravada por condutas discriminatórias, como ponto em comum. Prossegue diferenciando o conceito de sexo, a ideia de gênero e a sexualidade humana, evidenciando a centralidade que essas noções possuem na definição da orientação sexual e da identidade de gênero das pessoas.

Citou também os Princípios de Yogyakarta, documento de origem privada, elaborado por especialistas no assunto, sem vinculação com seus Estados de origem e sem caráter vinculante, cujo objetivo é concretizar "a proteção indireta de pessoas em situação de vulnerabilidade" por meio da "interpretação ampliativa dos direitos existentes". São elencados 29 princípios relacionados à orientação sexual e identidade de gênero (Ramos, 2022, p. 312).

Enfatizou que "o gênero e a orientação sexual constituem elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana, integrando uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade" (Brasil, 2019, p. 48). Apesar disso, consignou que os "integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos, por ausência de adequada proteção estatal (...) degradados ao nível de quem sequer tem direito a ter direitos, posto que se lhes nega (...) o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência" (*idem*).

Nesse sentido, o STF teria, em diversas ocasiões, assinalado o direito à autodeterminação do próprio gênero, que inclusive é "um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos" (*idem,* p. 53), cujo entendimento foi exarado também pela Corte Interamericana no PC OC-24/2017, a qual reafirmou a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual e a indispensabilidade do seu respeito e da proteção estatal (*idem,* p. 55).

Antes de adentrar na fundamentação específica que culminaria na equiparação da homotransfobia ao racismo, o ministro asseverou que haveria impossibilidade jurídico-constitucional de o STF tipificar

delitos e cominar sanções mediante provimento jurisdicional (*idem* p. 61). De acordo com seu voto, tal pretensão importaria em substituição ao CN e veicularia "clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal" (*idem*).

Consignou também que não se poderia ignorar que, "em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal", e que tal princípio, "além de consagrado em nosso ordenamento positivo, também encontra expresso reconhecimento no direito internacional" (*idem,* p. 62). Dessa forma, não caberia ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo, já que "somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional" (*idem,* p. 63-64).

Em seguida, foram expostos os registros históricos e as práticas sociais que revelam o tratamento discriminatório dispensado à população LGBT, citando-se até a atividade persecutória que a Coroa de Portugal teria promovido contra os homossexuais (*idem,* p. 68). Por isso, concluiu que seria inadmissível a privação de direitos ou restrições de ordem jurídica por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero. Nas suas palavras:

> (...) os integrantes da comunidade LGBT têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer medida que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em ração de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (*idem,* p. 71).

Aclarou também que os atos lesivos praticados contra a comunidade LGBT têm atingido um nível preocupante, constatando que "a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos", sendo o Brasil o campeão mundial nesse tipo de crime (*idem,* p. 72). Na visão do ministro, isso revelaria o "inegável comportamento racista e preconceituoso dirigido, com clara motivação de ódio, contra essas pessoas" (*idem*, p. 73).

Nesse sentido, quando da análise da ADO como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas por inércia do Poder Público, assentou que "a Constituição claramente veicula, em bases impositivas, inquestionável mandado de incriminação" (*idem,* p. 77), utilizando como base o art. 5º, XLI e XLII da CRFB. Assim sendo, a omissão do CN em criminalizar a discriminação contra a comunidade LGBT traduziria situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da CRFB.

Seria, então, por meio dos mandados de criminalização expostos na CRFB, destinados impositivamente à atuação do legislador, que as liberdades fundamentais seriam protegidas contra injustas agressões provenientes de terceiros. Por isso, as omissões inconstitucionais do Estado, notadamente do Legislativo, não poderiam ser toleradas, já que o desprestígio da CRFB representaria um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental (*idem*, p. 79).

Nas palavras de Celso de Mello:

> A imposição constitucional de legislar, de um lado, e a situação de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa, de outro – caracterizada esta última, diante do estado de mora do legislador, pela superação excessiva de prazo razoável – qualificam-se, desse modo, como requisitos condicionantes da

> declaração de inconstitucionalidade por omissão. (*idem*, p. 80).

Com isso, a ADO em comento impediria que a CRFB fosse degradada à "inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum" (*idem*). Portanto, tendo decorrido mais de 30 anos da promulgação da CRFB, tal criminalização "ainda não constituiu objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT" (*idem,* p. 81). Por esse motivo, o ministro entendeu ser inacolhível a alegação de que o fato e existirem proposições legislativas no CN afastaria a mora inconstitucional.

Existe, objetivamente, um "dever estatal de prestar tutela penal efetiva contra a prática da discriminação dirigida aos homossexuais e aos transgêneros" (*idem*, p. 83). E essa constatação de mora inconstitucional por parte do Legislativo produz situação de injusta omissão geradora de manifesta lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional inadimplida, o que justifica a intervenção do STF na situação (*idem*).

No caso, tolerar essa mora inconstitucional seria como fraudar a CRFB, haja vista que, com isso, sustentar-se-ia a impossibilidade de o STF, agindo em sede de controle concentrado, de proceder à colmatação de omissão normativa flagrantemente inconstitucional. Dessa forma, a colmatação de omissões inconstitucionais "nada mais revela senão um gesto de respeito (...) pela autoridade suprema da Constituição da República" (*idem*, p. 86). A inércia do Estado em sanar esta omissão qualifica-se então como um dos processos deformadores da CRFB, traduzindo inaceitável gesto de desprezo pela Carta Maior (*idem,* p. 87).

Consignou o ministro que o art. 5º, XLI "encerra ordem de legislar vinculada à formulação de legislação criminal (e não, apenas, de mera responsabilização civil)" (*idem,* p. 94), subsidiando sua assertiva baseada na obra de alguns doutrinadores e em algumas jurisprudências do STF. Sua afirmação levou em consideração os deveres do Estado de

proteção e tutela em face da necessidade de preservação dos direitos e liberdades fundamentais, notadamente dos grupos vulneráveis, sob pena de se estar diante de proteção deficiente (*idem,* p. 95).

Em virtude de o art. 5º, XLI da CRFB consubstanciar verdadeiro mandamento constitucional de criminalização, deve o Estado "instituir, por meio de normas penais, um sistema protetivo dos direitos e das liberdades fundamentais ameaçados ou expostos a risco em decorrência de quaisquer atos de discriminação" (*idem*, p. 108). Existe o dever estatal de oferecer proteção adequada aos grupos hostilizados, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal deficiente, já que de nada valerão os direitos se deixarem de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais (*idem,* p. 107).

Apesar de reconhecer que o art. 103, §2º da CRFB determina a cientificação do Poder competente para que sejam adotadas as providências necessárias para suprir a omissão inconstitucional, Mello lavrou que "o mero apelo ao legislador (...) nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, quando não inócua" (*idem,* p. 101). No caso, entendeu que "a superação irrazoável do período de apreciação parlamentar do projeto de lei" relativo à criminalização da homotransfobia revelaria conduta procrastinatória e abusiva, não podendo ser legitimado pelo STF "sob pena de perpertuar-se (...) um estado de crônica inconstitucionalidade cuja ocorrência não deve ser tolerada" (*idem,* p. 102).

Diante dessa situação, o ministro decidiu proceder ao enquadramento das práticas homotransfóbicas no conceito de racismo da LR, mediante interpretação conforme. Para tanto, utilizou como subsídio parecer da PGR, o qual asseverou que "o conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito" (*idem*, p. 105), bem como diversos outros doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Com isso, entendeu ser "constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo" entendendo que

o racismo é a discriminação de um determinado grupo identificado por um "conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade" (*idem*, p. 107). Nesse sentido já entendeu o STF no HC 82.424/RS, que assinalou que "o racismo nada mais é do que uma ideologia (...) que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão" (*idem*, p. 112).

O ministro utilizou a orientação consagrada no precedente do HC 82.424/RS, no sentido de que o conceito de racismo, para efeito de enquadramento na Lei 7.716/89 abrange a discriminação contra pessoas em razão da orientação sexual ou identidade de gênero (*idem*, p. 115). Afirmou que tanto no plano internacional quanto nacional, os critérios que identificam a discriminação racial resultam de dois fatores: motivação orientada pelo preconceito e finalidade de submeter a vítima a situação de diferenciação (*idem*).

Indo além, asseverou que

> O exame do conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (...) revela que a comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância que, representando a negação da igualdade ou da dignidade que qualificam os seres humanos, fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais (*idem,* p. 116).

Pontuou que "o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da CRFB" de forma a "subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os (...) fórmulas vazias" (*idem,* p. 126). Por essa razão, deve o intérprete, "mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição"

dar significação compatível com os objetivos perseguidos por ela, tendo o Estado o dever de atuar na defesa dos postulados essenciais.

Ir na contramão desse entendimento, na visão do ministro, significaria tornar menos intensa e socialmente mais frágil a proteção nacional e internacional que o ordenamento jurídico dispensa aos grupos de maior vulnerabilidade (*idem*, p. 126). Uma vez que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica deve considerar necessariamente tanto as regras do direito interno quanto as regras do direito internacional. Nesse sentido:

> O procedimento hermenêutico realizado por órgãos do Poder Judiciário objetiva extrair a interpretação dos diversos diplomas legais vigentes que compõem o quadro normativo positivado pelo Estado, para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos necessários à exata aplicação odo direito, não se confundindo, por isso mesmo, com o processo de elaboração legislativa (*idem*, p. 127).

Sob tal ótica, "o processo de interpretação (...) não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República", já que a noção de raça possui conteúdo polissêmico, "consoante evidenciam diversas manifestações produzidas por ilustres doutrinadores (...) que reconhecem possível a configuração do crime de racismo quando o delito resultar de discriminação (...) em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero" (*idem,* p. 128).

Esse quadro justifica a utilização do método da interpretação conforme, não implicando em aplicação analógica e nem formulação de tipos penais, limitando-se à mera "subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação já existente", já que os atos homotransfóbicos constituem manifestações de racismo, na sua dimensão social – "instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da

humanidade" (*idem,* p. 130). Argumentou também que a decisão possui caráter estritamente interpretativo, não buscando reconstruir a noção de racismo, que já foi assentada no HC 82.424/RS.

Esse julgamento é de fundamental importância na ampliação e consolidação dos direitos fundamentais das pessoas (*idem,* p. 137). A população LGBT tem a prerrogativa de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico, cabendo ao STF, considerando a cláusula constitucional que proíbe o tratamento discriminatório, velar por sua integridade (*idem*, p. 138). Busca-se, com isso, "a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, tornando efetivo o princípio da igualdade, haja vista que os atos de preconceito com a comunidade LGBT não podem ser tolerados" (*idem,* p. 139).

2. VOTO EDSON FACHIN

Fachin inicia seu voto asseverando que, à luz dos tratados internacionais de que o país faz parte, conclui-se existir na CRFB um mandado de criminalização de todas as formas de discriminação. Fundamenta seu voto baseado na CRFB (art. 1º, III e 5º, XLI), na doutrina e em precedentes (como o MI 642 e 670, ADI 4.277 e 4.275, HC 82.424/RS, OC 24/17, caso *Toonen v. Australia*, dentre outros) (*idem,* p. 198).

Afirma que o art. 5º, XLI da CRFB contém um mandado de criminalização contra a discriminação homotransfóbica, o que respalda a mora do CN e fundamenta a colmatação da omissão pelo STF mediante interpretação conforme (*idem,* p. 199). Ressalva que, apesar de serem raros os precedentes que analisaram esse dispositivo constitucional, a jurisprudência do STF e das organizações internacionais de direitos humanos são firmes no sentido de haver sim um mandado de criminalização (*idem,* p. 202).

Nesse sentido, "o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, é o fundamento pelo qual esta

Corte tem reconhecido que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional" (*idem*, p. 205). E, em suas palavras, a CRFB não está sozinha nessa indicação, sendo amparada também pelos tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

Cita como exemplo a "Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial", o "Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial", a "Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos de Viena" e o "Comitê de Direitos Humanos". Ressaltou que o Alto Comissário as Nações Unidas, no Relatório A/HRC/19/41, recomendou que os Estados promovam legislação antidiscriminatória. Também os "Princípios de Yogyakarta", que recomenda que os estados emendem sua legislação para garantir o gozo universal de todos os direitos humanos (*idem*, p. 207-209).

Pontuou que a jurisprudência do STF em relação ao julgamento de ADO mudou desde o julgamento do MI 670, referente à ausência de regulamentação da greve dos servidores públicos, de forma a ser cabível ao Poder Judiciário atuar nos casos de inatividade ou omissão do Poder Legislativo. Ademais, nos termos do art. 8º da LMI, o Judiciário pode estabelecer condições em que se dará o exercício de direitos se a mora não for suprida pelo Legislativo (*idem*, p. 212).

De acordo com o ministro, "a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade", o que viola um "sentido mínimo de justiça" (*idem*, p. 213). Conforme suas palavras:

> Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime (*idem*, p. 213).

Indo além, para Fachin, "a colmatação da omissão legislativa constitui (...) exigência de coerência normativa", e, "ainda que envolva matéria penal, não é possível alegar que a presente ação deveria limitar-se ao mero reconhecimento da mora" (*idem*, p. 215). Cabe ao STF, sempre que invocado, proteger a integridade do direito – *in casu*, a igualdade exige da Corte, enquanto intérprete da CRFB, que se reconheça igual ofensividade à homotransfobia.

3. VOTO ALEXANDRE DE MORAIS

O ministro Alexandre de Morais inicia seu voto tecendo comentários sobre o objeto da ADO. Afirma que seu cabimento não decorre de todas as omissões atribuíveis ao Poder Público, mas tão somente em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade (*idem*, p. 231).

Assim como os demais ministros, fundamenta seu voto no art. 5º, XLI da CRFB, para quem sua incidência é inconteste, já que "a prática homofóbica e transfóbica representa inaceitável, gravíssima e odiosa discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Por sua vez, atribui ao art. 5º, XLI uma obrigatoriedade de norma penal incriminadora, tendo em vista a legislação atual ser esparsa e insuficiente (proteção insuficiente) (*idem*, p. 238).

As práticas homotransfóbicas possuem um terrível histórico no Brasil, havendo omissão inconstitucional no que tange à exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais dessa população. Morais cita como fundamento de sua posição documentos internacionais, tais como os "Princípios de Yogyakarta", o PC OC-24/2017 da CIDH, e o documento "Nascidos Livres e Iguais – Orientação sexual e identidade de gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos", da ONU (*idem*, p. 243-245).

Ao cotejar o "consenso internacional sobre as medidas necessárias para a efetiva proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas" com a legislação nacional sobre o tema, o ministro conclui existir significativa omissão do Poder Legislativo. Tal situação é corroborada pelo fato de existir no art. 5º, XLI determinação constitucional para a edição de lei penal, bem como à interpretação lógica e teleológica de diversos dispositivos constitucionais protetivos de direitos e liberdades fundamentais (*idem,* p. 247-248).

Morais atribui um comando de criminalização ao art. 5º, XLI da CRFB ao fato de o CN ter estabelecido um padrão protetivo de implementação legislativa para diversos grupos vulneráveis por meio da legislação penal (tal como se deu com os idosos, a mulher, os consumidores ou as pessoas com deficiência). Por esse motivo, não haveria dúvidas de que a proteção da população LGBT, que deve se dar nos termos do dispositivo constitucional supramencionado, deve se dar por legislação penal – por próprio padrão protetivo estabelecido pelo CN, adotado desde a promulgação da CRFB (*idem*, p. 249).

Diante desse cenário, existe necessidade de compatibilizar o princípio democrático da maioria (representado pelo Poder Legislativo) com a garantia do Estado de Direito (representado pelo exercício da Justiça Constitucional). O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à CRFB, cuja função é defender os direitos e garantias fundamentais consagrados em seu corpo. Esse, inclusive, é o fundamento básico da legitimidade material da atuação do STF – consagrar os princípios e direitos fundamentais básicos tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado (*idem*, p. 252-254).

Há patente violação ao princípio da igualdade, já que, no que tange à população LGBT, houve clara ausência de proteção legislativa efetiva em face das graves e reiteradas condutas homotransfóbicas. Logo, deve haver interpretação que compatibilize a representação popular com a efetiva defesa dos princípios e direitos fundamentais previstos na CRFB, com base nas tarefas e objetivos básicos de uma

Constituição, tais como justiça, equidade, razoabilidade, segurança jurídica, entre outros (*idem*, p. 256).

A CRFB possui supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico e força normativa inquestionável e, sem respeito a essas regras, não haverá Estado de Direito, desaparecendo a liberdade e, consequentemente, a participação popular, com a consequência nefasta do fim da Democracia, motivo pelo qual deve-se concretizar o efetivo respeito e a integral aplicação do texto constitucional (*idem*, p. 257-258). Nesse sentido, a impossibilidade de o Judiciário criar novo tipo penal, bem como de utilizar da analogia *in peius*, não se confunde com o legítimo exercício hermenêutico do STF em sede de jurisdição constitucional. Sua função hermenêutica permite a utilização da interpretação conforme para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais quando a norma apresentar vários significados (*idem*, p. 263).

A supremacia das normas constitucionais exige que seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à CRFB, cabendo ao Judiciário aplicar não só a norma mais favorável à proteção dos Direitos Humanos, mas também a que garanta a maior e mais ampla proteção (*idem*, p. 264). Logo, os dispositivos penais da LR devem ser interpretados em consonância com o art. 1º, III, 3º, I e IV e 5º, *caput*, II e §1º da CRFB, de forma a se concluir não existir diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação expressamente criminalizada na LR e a discriminação homotransfóbica (*idem*, p. 265).

4. VOTO LUÍS ROBERTO BARROSO

Em suas linhas iniciais, Barroso assevera que a homotransfobia significam a violência física ou psicológica contra uma pessoa, materializando-se por meio de agressões, ofensas ou discriminações em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Pontua serem os dados da violência contra a população LGBT no Brasil

alarmantes e que o país é o campeão no número de assassinatos de transexuais no mundo (*idem,* p. 281).

Nesse contexto, ressalta que, apesar dos diversos projetos de lei que objetivavam a criminalização da homotransfobia no CN, a maioria deles foi arquivada, declarada prejudicada ou apensada a outros projetos, tendo se passados mais de 20 anos de discussões no Parlamento sem que nenhuma lei nesse sentido tivesse sido aprovada – o que, na sua visão, destoa no cenário internacional, em que mais de 40 países possuem previsões específicas sobre o tema (*idem,* p. 283).

Ressalta que a criação primária de leis é papel típico do Poder Legislativo e que a interpretação constitucional é o papel típico do STF. Acentua que a lei é um ato de vontade e a jurisdição, um ato de razão, pontuando que às vezes a fronteira entre legislar e interpretar se torna menos nítida. Nesse sentido, quando existe omissão do CN para atuar em situações nas quais deveria tê-lo feito por mandamento constitucional, o papel do STF é ampliado com o escopo de fazer valer a CRFB (*idem,* p. 285-286). Nas palavras do ministro:

> (...) quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias (*idem,* p. 286).

Urge, portanto, uma resposta do Estado e do Direito em defesa dos direitos fundamentais dessa população, tendo em vista que a comunidade LGBT+ é um grupo vulnerável, vítima de preconceito, discriminação e violências ao longo da história (*idem,* p. 285). Assim, dois fatores alargam a fronteira da interpretação constitucional: a omissão inconstitucional e o fato de se tratar de respeito a direitos fundamentais (*idem,* p. 286).

Cita os três papéis que, em sua visão, uma corte constitucional desempenha nos estados democráticos: a) contramajoritário, pois um órgão cujos membros não são eleitos pode, em nome da CRFB, invalidar um ato legislativo votado pelo CN; b) representativo, pois atende demandas da sociedade que têm amparo na CRFB e que não foram satisfeitas pelo CN; e c) iluminista, pois a corte promove avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria (*idem*, p. 286-287).

Barroso considera que esse julgamento se equipara ao julgamento conjunto da ADI 4277 e da APDF 132, que reconheceu a união estável homossexual como núcleo familiar, e afirma que "a história bate à porta novamente" (*idem*, p. 288). Assevera que há omissão inconstitucional por ausência de norma criminal punitiva de atos de homotransfobia por ausência de regulamentação suficiente do art. 5º, XLI e XLII da CRFB. Para o ministro, "no Brasil, a homofobia mata e, por isso, deve ser criminalizada" (*idem*, p. 291).

Entende que o comando do art. 5º, XLI se refere à norma criminalizadora, tendo em vista que: a) existe sistemática violência, física e psíquica, contra a população LGBT e que, diante da grande importância dos bens jurídicos violados, é justificável a utilização do Direito Penal; b) outros tipos de discriminação contra grupos sociais minoritários são objeto de criminalização específica e a CRFB repudia todas as formas de discriminação, sem diferenciá-las. Logo, não existiria qualquer fator razoável de distinção que justificasse que apenas algumas dessas espécies fossem criminalizadas; e c) apesar de existirem algumas leis estaduais que estabelecem punições administrativas, elas têm se revelado insuficientes. Assim sendo, deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição e proteção insuficiente (*idem*, p. 292-293).

Pontuou também que, apesar de a homotransfobia não se enquadrar no sentido usualmente atribuído ao termo racismo na linguagem popular, o STF, a quem cabe interpretar o sentido e o alcance do texto constitucional, manifestou-se de forma inequívoca

a respeito do alcance a ser dado a esse conceito, adotando definição abrangente, no HC 82.424/RS. Por fim, afastou o argumento de que a existência de projetos de lei a respeito da matéria em trâmite no CN afastaria a mora inconstitucional tendo em vista que essa discussão é travada por lá há mais de duas décadas (*idem,* p. 293-294).

Barroso considera que deve ser aplicado a LR a situações de homotransfobia, mas anota que, em "circunstâncias normais", seu voto seria no sentido de apenas cientificar o CN, para, tão somente se persistisse a omissão, integrar a ordem jurídica. Porém, afirma ser este "um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional" (*idem,* p. 295). Assim, vota por atribuir interpretação conforme à CRFB ao conceito de raça para enquadrar a homotransfobia à LR até que sobrevenha legislação autônoma.

Em sua visão, o conceito de racismo teria passado por mutação constitucional, não tendo essa alteração da percepção social se refletido na vedação à discriminação homotransfóbica (*idem,* p. 296). Afirma que em 1989, ano da LR, o debate em torno dessa pauta não se encontrava suficientemente maduro, e que atualmente não se pode mais conceber como justa ou legítima a ausência de uma legislação própria aos LGBT em razão de sua especial vulnerabilidade (*idem,* p. 298-299).

Ressalta não se tratar de criação de tipos penais por via judicial, nem de analogia *in malam partem,* mas sim de reinterpretar o conceito de raça de forma consentânea com a definição que o STF atribuiu à matéria há mais de quinze anos. Sendo assim, o âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes (*idem,* p. 299).

Por fim, votou para que os art. 61, II, a e 121, §2º, I e II do CP também tenham interpretação conforme e sejam aplicados sempre que o crime for motivo por homotransfobia, e pontuou que essas normas não revelariam a inexistência de omissão constitucional haja vista que a CRFB determina a punição específica da homotransfobia, não sendo as normas do CP suficientes para suprir essa lacuna.

5. VOTO ROSA WEBER

A ministra aponta que o direito à própria individualidade/identidade traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais, na medida em que a autodeterminação sexual decorreria diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (*idem*, p. 367).

Nesse sentido, o descumprimento, pelo Poder Legislativo, por mais de três décadas, desse postulado fundamental autoriza a propositura e o recebimento da ADO. Para Weber, a existência de projetos de lei em tramitação não afastaria a mora inconstitucional, visto que esta só se daria com a efetiva conclusão do processo legislativo – o que não ocorreu (*idem*).

Os indivíduos pertencentes a grupos vulneráveis têm reconhecido pela CRFB o direito à proteção do Estado, devendo essa proteção ser estendida a todos os indivíduos que se encontrem na mesma situação de vulnerabilidade, com base no princípio constitucional da isonomia (*idem*, p. 368).

A ministra ressalta, contudo, ser inviável ao STF superar o princípio da legalidade estrita em matéria penal (*idem*, p. 369). Mas tal questão não se encaixaria no HC 82.424/RS, no qual o STF interpretou o sentido e o alcance da definição jurídico-constitucional de racismo (*idem,* p. 370). Nesse precedente, houve a ampliação conceitual do conceito de racismo e com base nele Weber afirma que o conceito abarca a discriminação com base no gênero e na orientação sexual, sendo tal possibilidade exegética totalmente compatível com o precedente citado (*idem,* p. 370-371).

Assevera que, diante de normas constitucionais que visam implementar proteções a direitos fundamentais, deve-se evitar o método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais (*idem*, p. 371). Assim, compete ao Poder Judiciário a função de interpretar a legislação e assegurar a supremacia da CFRB, já que cabe ao STF sua guarda – com isso, entendeu pela aplicação da LR, mediante interpretação

conforme, enquanto persistir o estado de mora inconstitucional (*idem*, p. 372).

6. VOTO LUIZ FUX

O ministro foi o sexto a votar, sendo o seu voto o que primeiro deu a maioria ao plenário para fazer valer a LR à discriminação homotransfóbica. Na sua visão, existe um estado de coisas inconstitucional, haja vista que a homofobia teria se generalizado – acrescendo-se a esse fato a inércia legislativa (*idem,* p. 404). Apontou que o motivo torpe ou fútil, nos casos de violência física, não foram imaginados pelo legislador originário para serem aplicados à homotransfobia (*idem,* p. 405).

Como os projetos de lei pendentes no CN não caminhariam, caberia a judicialização da questão e a palavra final ao Judiciário, já que "às vezes, voz e voto não são suficientes". Isso porque a jurisdição constitucional se impõe quando se trata da defesa das minorias contra as violências da maioria (*idem*, p. 405). Em sua visão, o Judiciário não estaria criado um tipo penal, mas sim fazendo a interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo à luz da homofobia. E essa interpretação conforme deve ser realizada porque o racismo implica delitos imprescritíveis (*idem*, p. 406).

Cabe ao STF o dever de ser contramajoritário quando as minorias devem ser defendidas no plano juspolítico, mas não recebem esse tratamento e possuem uma defesa deficiente. Sendo assim, o reconhecimento da criminalização das condutas alteraria a cultura do povo não só por força da imprescritibilidade ou da força do *imperium judicis* da decisão do STF, mas porque aumentaria a autoestima da minoria defendida e lhe daria conforto com a sensação de pertencimento à sociedade. Acolher o pedido da comunidade LGBT, então, seria cumprir o compromisso da Justiça (*idem*, p. 407).

Fux aponta que os poderes eleitos não podem furtar-se de obrigação imposta pela CRFB, não pode frustrar a aplicabilidade e a

efetividade de direito fundamental reconhecido em seu corpo, sendo que sua omissão usurpa a competência do poder constituinte. Existe um dever constitucional de criminalização, e são imprescindíveis medidas para tornar efetiva essa norma constitucional (*idem,* p. 410-412).

É aí que se encaixa a legitimidade contramajoritária por parte do Judiciário para defender os valores fundamentais da democracia, sendo uma atuação mais expansiva desse poder parte da solução para problemas político-morais e sociais de alta relevância (*idem,* p. 412). Na sua visão, o STF vem atuando de forma responsável e, a depender da situação fática apresentada ao caso concreto, cabe à corte atuar de forma mais ou menos expansiva. A democracia não se confunde com o princípio majoritário, abrangendo a defesa das minorias (*idem,* p. 413).

Apesar de não se poder exigir do Judiciário, principalmente em matéria criminal, a criminalização de condutas, existem expressivos precedentes da corte (MI 670, 708 e 712) que, valendo-se da teoria concretista, superaram a mera declaração da mora legislativa. Conforme expõe, a interação dos movimentos sociais com a CRFB remodela a percepção compartilhada pelos juízes e transforma argumentos antes extravagantes em argumentos razoáveis (*idem,* p. 415).

O ministro fundamenta seu voto no art. 5º, XLI e XLII. Se a lei deverá punir de modo efetivo todas as formas de discriminação que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais, haverá omissão inconstitucional sempre que tal medida se fizer estritamente necessária para efetivar a proteção do grupo vulnerável (*idem,* p. 416-417). Em sua visão, nem sempre é necessária uma regra constitucional expressa que imponha o dever de legislar especificamente, nem que delimite precisamente os contornos da norma a ser editada. Citando Gilmar Mendes, acentua que a omissão inconstitucional decorre tanto de comandos explícitos como de decisões fundamentais identificadas da interpretação da CRFB (*idem,* p. 418).

Diante de mandamentos de criminalização provenientes da CRFB, está mitigada a liberdade de conformação e o juízo de conveniência e oportunidade do legislador para decidir se quer ou não punir condutas discriminatórias (*idem*, p. 418). Fux vai além e aponta que o dever de criminalização decorre tanto de compromissos internacionais (DUDH, CIEFDR, PIDCP, CADH, entre outros) quanto do atual cenário cruel de discriminação. Afirmou que a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância trataram, de forma inédita, do conceito de orientação sexual como um vetor de comportamentos discriminatórios (*idem*, p. 420-421).

Na sua visão, o simples diagnóstico da gravidade da discriminação seria suficiente para impor ao poder público o dever de adotar medidas mais eficazes de combate à homotransfobia (*idem*, p. 423). E, apesar de terem sido adotadas algumas políticas públicas visando esse combate, elas não foram suficientes. Assim, como desdobramento do princípio da proporcionalidade, que proíbe o excesso, mas que veda a proteção insuficiente, o ministro entende pela necessidade de criminalização de todas as formas de homotransfobia para sanar a omissão inconstitucional (*idem*, p. 424-425).

Conforme seu entendimento, um tipo penal próprio possui efeito dissuasório, sendo que a criminalização confere visibilidade a determinadas condutas atentatórias à dignidade humana. Além disso, a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, visto que o conceito de raça possui aplicação extensiva na LR (*idem,* p. 426-427). Assim sendo, desde o HC 82.424/RS, superou-se os métodos literal e histórico e se utilizou de critérios sociológicos e antropológicos para reconhecer que é a supremacia de um grupo sobre o outro a condição que caracteriza o racismo, havendo efetiva ampliação do conceito de raça (*idem*, p. 430).

Não teria havido criação de crime sem lei e nem afronta ao princípio da reserva legal, mas sim o reconhecimento de que os tipos penais da LR abrangem qualquer discriminação. A plasticidade

da norma permitiu sua ressignificação. Sendo assim, a extensão conceitual da prática de racismo não instituiu crime sem lei. Para Fux, o fato de já existirem na LR, com precisão e de forma cristalina, tipos penais que criminalizam práticas discriminatórias contra grupos estigmatizados, faz com que a interpretação conforme seja melhor exegese do texto legal, não havendo violação à legalidade estrita (*idem*, p. 431).

Existiria certo grau de indeterminação no conceito de raça, sendo que a proibição absoluta de utilização de conceitos normativos gerais, tal como seu uso excessivo, impede a efetiva proteção dos bens jurídicos relevantes. Poderia portanto se fazer uso da ponderação, apesar de no caso ela não ser necessária, não havendo violação da segurança jurídica porque a delimitação do conceito jurídico-constitucional de racismo já foi fixado em precedente do STF (*idem,* p. 432). Fux cita Zaffaroni ao afirmar que a definição dos bens jurídicos não precisa necessariamente decorrer da maioria, sendo o espírito da época sempre argumento para justificar erros (*idem*, p. 433).

Não se trataria tampouco de analogia, visto que o STF apenas utilizou-se da interpretação para descobrir na lei quando haja um caso não especialmente regulado por ela, uma regra especial que proveja a um caso semelhante, e reduzi-la a uma regra superior que decidirá o caso não regulado. Houve a extração do espírito da lei. Inclusive, Fux aduz que a vontade hipotética do legislador pode também ser inferida da justificativa apresentada pelo deputado Paulo Paim, autor do PL que se converteu na Lei 9.459/97. Dessa forma, a aplicação dos tipos penais já previstos na LR respeita os parâmetros estabelecidos tanto pelo constituinte quanto pelo legislador ordinário (*idem,* p. 433-435).

7. VOTO CARMEN LÚCIA

A ministra inicia asseverando que o quadro exposto pelo relator aduziria o dever constitucional de legislar sobre o tema, bem como seu descumprimento, e que a existência de projetos de lei em tramitação sobre o tema não obstaria o pleito (*idem*, p. 455).

Em sua visão, a situação é de especial gravidade, tendo havido não só omissão do poder público, mas ato comissivo, haja vista que o PNDH-3 revogou previsão específica do PNDH-2 que trata do aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual – situação não observada em relação a outros crimes de ódio (*idem*, p. 459-462).

Em suas palavras, a CRFB proíbe que o Estado atue para permitir, tolerar ou deixar de cumprir seu papel de impedir qualquer forma de discriminação, sendo que a atuação para a tutela penal como mandamento constitucional é um dos fundamentos dos deveres estatais de proteção (*idem*, p. 468-470).

Nesse sentido, o HC 82.424/RS firmou a definição jurídico-constitucional de racismo, tendo prevalecido definição mais ampla. O racismo então foi tomado como um fenômeno ideológico, estruturado na discriminação de um grupo populacional física ou culturalmente identificável, tendo sido ampliada a definição para além da dimensão étnica (*idem,* p. 472-476).

Cita que o nazismo teria avançado sobre outras minorias consideradas indesejadas, como os homossexuais, não se restringindo aos grupos étnicos. Dessa maneira, o traço histórico de perseguição a comunidades homo e transexuais, conduzida por uma ideologia supremacista, impõem a subsunção da homotransfobia ao gênero do racismo (*idem*, p. 484).

Diante, portanto, do quadro de agressão, violência e homicídio, o Estado deve tomar uma atitude para impedir tal fato, já que a omissão constitucional não só tolera tais crimes de ódio, mas também os fomenta. Cita como exemplo um linchamento público de uma travesti (*idem*, p. 485).

Afirmou que a CADH prevê a necessidade de dupla normatividade na efetivação dos direitos das minorias, sendo que a alegação de possível suficiência da legislação penal ordinária seria perversa, por ignorar que a omissão anuiria com a ciranda de morte provocada ao público LGBT+ (*idem,* p. 493). Assim, votou pela subsunção da homotransfobia à LR.

8. VOTO GILMAR MENDES

O ministro inicia seu voto afirmando estar em jogo o cumprimento de um dever de proteção constitucional que visa tutelar garantias individuais centrais para a ordem democrática. Sendo assim, o combate à homotransfobia fundamenta-se nos direitos fundamentais, em especial na liberdade (*idem,* p. 517-518).

Existiria justa causa legitimadora da intervenção do Judiciário tendo em vista que houve inação do CN ao não tipificar condutas homotransfóbicas, o que gera um desvio dos comandos constitucionais de reprovação de condutas discriminatórias. Nesse sentido, mesmo que existam projetos de lei que tratem do tema, seu percurso tem sido tumultuado por diversos tipos de embaraços típicos do processo legislativo (*idem,* p. 520).

Admitiu que a mera apreciação da presente ação impulsionou o Parlamento a abandonar a sua inércia. Contudo, asseverou que a mera tramitação das propostas não modifica o estado de insuficiência da proteção à comunidade LGBT+, tendo em vista ser absolutamente imprevisível o destino de tais projetos. E, nessa toada, ressaltou que o STF admite o controle das omissões normativas mesmo quando já instaurado o processo legislativo, desde que seja constatado o estado de mora histórico e sistemático (*idem,* p. 522-523).

Haveria mandado de criminalização expresso na CRFB, e a mora legislativa consubstanciaria inegável insuficiência na proteção constitucional da população LGBT+ (*idem,* p. 524). Além disso, citou relatório do Ministério dos Direitos Humanos em que consta que 39,9%

das vítimas de atos de homofobia são negras ou pardas, sugerindo que o racismo possa fortalecer a homofobia (*idem,* p. 528).

Na visão do ministro, a LR padeceria de omissão parcial, já que o legislador não teria logrado concretizar totalmente o mandado de criminalização. Nessa esteira, a jurisprudência do STF corrobora o fato de que o sentido constitucional atribuído à norma deve ser ampliado progressivamente em direção à repreensão de toda e qualquer forma de discriminação (*idem,* p. 530-531).

Citou o HC 82.424/RS, em que restou assentado que a noção de raça resulta de um processo político-social, e que tal conceito varia conforme o local e o tempo em que seja utilizado. Assim sendo, deve-se utilizar o conceito de raça nas acepções sociológicas e antropológicas, sendo que, em sua visão, o conceito antropológico é mais importante que o cientifico (*idem,* p. 531-532).

Conforme seu entendimento, o conceito de racismo no texto constitucional não pode ser lido em sentido restrito, já que o que a CRFB visa coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de "racismo" (*idem,* p. 533). Além disso, acentuou que, diante de um texto constitucional aberto, caso não se possa aplicar uma norma tal como ela está posta, pode-se fazer uma aplicação ampliativa, aplicando-a naquilo que couber. Logo, entendeu que o mesmo raciocínio pode ser aplicado à questão decidida, de forma a aplicar a LR a condutas homotransfóbicas, já que a postura aditiva e concretizadora do STF seria absolutamente necessária diante da debilidade da situação atual (*idem,* p. 535).

Remeteu-se à atuação concretizadora da jurisdição constitucional em face da lacuna normativa em comento, adotando a concepção de que o constituinte teria dotado o STF, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, atividade parecida com a atividade legislativa. Tal entendimento foi adotado pela Corte nos MI 670, 708 e 712, de forma a se adotar uma solução para colmatar omissões inconstitucionais (*idem,* p. 535-538).

Não se poderia falar em ativismo sem compreender o papel que o Judiciário exerce em um contexto histórico de hipertrofia dos

demais poderes, bem como em um cenário de desconfiança e de falhas na concretização dos direitos fundamentais. Com isso, já que a ausência de tipo penal específico para a homotransfobia tem sido óbice à fruição dos direitos básicos de determinadas pessoas, com esteio na proporcionalidade e na jurisprudência do STF, o ministro reconheceu a aplicabilidade da LR às condutas homotransfóbicas (*idem*, p. 541-542).

CAPÍTULO 2

POSTULADOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

Antes de se adentrar à crítica da decisão propriamente dita, convém trazer à lume alguns conceitos chave que a embasam. Somente por meio do seu conhecimento e da sua fixação é que se poderá compreender de forma mais satisfatória o equívoco do acórdão em comento, que violou não só a legislação e a Constituição, mas também os princípios mais elementares que regem o estudo e a aplicação do Direito Penal.

1. O SISTEMA BRASILEIRO É O *CIVIL LAW*

É cediço que o sistema adotado no Brasil é o do *civil law*, herança da tradição jurídica romano-germânica, que tem como principal característica o fato de o ordenamento jurídico ter como base primordial a lei escrita. Esse sistema encontra esteio também na CRFB que, além de prever expressamente o princípio da legalidade em matéria penal (art. 5º, XXXIX), possui como principal diretriz a ser seguida pela Administração Pública o princípio da legalidade (art. 37, *caput*), dentre outras menções a este princípio no corpo da CRFB (5º, II, 18, §§ 2º a 4º, 25, *caput* e §3º, 29, 32, 33, 39, §3º, 43, 93, 128, §5°, 131, 142, §1°,146, 150, I, 163 e 165).

Em contrapartida, é notório também que, apesar de adotar o *civil law*, o ordenamento jurídico brasileiro possui alguns elementos do *common law*, como se percebe, por exemplo, nos art. 927 do CPC e no art. 315 do CPP. Por sua vez, essa tradição anglo-saxã tem como principal característica, ao contrário do primeiro sistema, o fato de o ordenamento jurídico ter como base principal as decisões judiciais. Por conseguinte, a partir das decisões realizadas diante de casos concretos, o Direito vai se construindo.

Fato é que desde o advento da EC/45 o ordenamento jurídico brasileiro se aproximou e vem se aproximando cada vez mais dessa tradição. Isso porque, a partir dela, foram criadas, por exemplo, as súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da CRFB que, uma vez aprovadas por dois terços dos membros do STF, possuem efeito

vinculante e eficácia *erga omnes* em relação não só a todo Poder Judiciário, mas também a toda a Administração Pública, direta ou indireta, de todas as esferas da federação.

Isso sem falar também da força que cada vez mais os precedentes da Suprema Corte vêm adquirindo no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de o STF ser acionado corriqueiramente, por meio das reclamações constitucionais (art. 103-A, §3º, CRFB), não só em razão de atos administrativos ou decisões judiciais que neguem vigência a súmulas vinculantes, como também os que contrariem decisões tomadas em sede de controle difuso.

O ponto de inflexão para essa mudança pode ser atribuído aos julgamentos das ADI nº 3406 e 3470, ocasião em que o STF adotou o entendimento de ter havido mutação constitucional no art. 52, X da CRFB. Com isso, as decisões do STF passaram a ter, em caráter concentrado ou difuso, efeito vinculante, independentemente de ato normativo praticado pelo Senado, cabendo a esta casa tão somente dar publicidade à decisão da Corte – fenômeno conhecido como abstrativização do controle difuso (Fernandes, 2021, p. 2026-2028).

Por este motivo, o então ministro Teori Zavascki afirmou que o sistema brasileiro caminharia cada vez mais em direção ao *common law*. Em sua visão, a partir do aumento da "eficácia expansiva das decisões judiciais", os precedentes judiciais ganham cada vez mais força. Assim:

> Não podemos mais dizer que decisões de eficácia erga omnes são apenas as que decorrem do controle concentrado de constitucionalidade ou da resolução do Senado que afasta a aplicação da lei declarada inconstitucional. Com a expansão do controle concentrado de constitucionalidade, a eficácia expansiva das decisões do Supremo se tornou natural, tanto para declarar uma lei inconstitucional quanto para declarar constitucional (Moreira, 2022).

Seja como for, mesmo em países que adotam o sistema do *common law*, como os EUA, ou que adotam o direito consuetudinário, como alguns países europeus, não se mostra possível a criação de tipos penais por meio de decisões judiciais (Mendonça, 2020) – o princípio da legalidade deve sempre ser respeitado em matéria penal. No mesmo sentido aponta Tavares (2020, p. 76), que afirma que "na União Europeia, o direito consuetudinário é reconhecido como direito primário, ao lado das normas escritas, mas isso não o transforma em fonte primária de lei penal".

Isso não significa, no entanto, que, apesar de o Direito Penal estar adstrito ao princípio da legalidade, ele não possa sofrer influências e determinações oriundas dos precedentes, dos costumes, da doutrina ou de outras fontes. Pelo contrário. Conforme Carvalho (2020, p. 283):

> O recurso ao direito consuetudinário, à jurisprudência e ao direito comparado é plenamente admissível em Direito Penal. Sua vedação, porém, é restrita aos casos de interpretação criminalizadora ou penalizadora, e não às técnicas de descaracterização do delito ou de exclusão da pena, possibilidades perfeitamente compatíveis com o princípio da legalidade no Estado de Direito.

O que resta indiscutível é que essas outras fontes normativas não podem influenciar o Direito Penal de forma a agravar a situação do indivíduo submetido ao poder estatal. Consequentemente, mesmo em ordenamentos jurídicos cujo sistema do *common law* ou do direito consuetudinário são adotados, sistemas em que os costumes ou as decisões judiciais possuem peso tão ou mais relevante do que as leis escritas para organizar e reger a sociedade, não é possível a criação de tipos penais sem que eles estejam materializados por uma legislação escrita – evidenciando a importância e a seriedade do Direito Penal, que deve conferir máxima garantia aos jurisdicionados, bem como

frear o poder do Estado de interferir na esfera de liberdade dos indivíduos.

2. FONTES DO DIREITO PENAL

O estudo das fontes do Direito Penal nada mais é do que o estudo das origens das normas que regem esse ramo do Direito. Zaffaroni et. al. (2011, p. 184) distinguem o objeto do saber penal (a legislação penal) e o próprio saber penal (o Direito Penal), sendo que as fontes do primeiro seriam as leis penais constitucionalmente lícitas que, por sua vez, só podem ser produzidas pelo CN, o qual é sua fonte de produção.

Apesar da ciência da diferenciação enunciada pelos eminentes penalistas, este tópico irá considerar, a título de simplificação, Direito Penal apenas como as normas jurídicas que possuem o condão de habilitar o poder punitivo estatal. Em outros termos, as normas capazes de definir condutas como criminosas e lhes cominar penas. Cabe, portanto, identificar as origens legítimas dessas normas.

Nilo Batista (2011, p. 69-70) explica que as fontes do Direito Penal se dividem entre materiais e formais. Em suas palavras, "fonte de produção (ou material) do Direito Penal é o Congresso Nacional" ao passo que "fonte direta de conhecimento (ou formal) de normas que definem crimes e cominam ou agravam penas é apenas e tão-somente a lei". Bitencourt (2017, p. 192) subdivide ainda as fontes formais em mediatas e imediatas, sendo esta última a lei, a única capaz de acionar o poder punitivo, e as primeiras o costume, a doutrina e a jurisprudência que, não obstante influenciem o Direito Penal, não possuem o condão de inovar na ordem jurídica.

No mesmo sentido leciona Cirino (2020, p. 88) ao preceituar que "o direito penal, como sistema de normas constituídas de preceito e de sanção, possui uma única e exclusiva fonte formal, a lei penal", estando concorde com Bitencourt (2017, p. 192), o qual afirma "ao direito penal, que se caracteriza por dogmas e princípios fundamentais, somente a

lei, como fonte formal, pode dar a certeza e precisão que seus elevados fins exigem".

Não é por outro motivo que Tavares (2020, p. 70-71) pontua que, "se uma conduta não estiver prevista na lei penal como criminosa, nada poderá transformá-la em criminosa, nem a vontade dos governantes, nem decisões judiciais, ainda que seus possíveis efeitos possam ser considerados socialmente relevantes".

É somente a lei escrita, formulada pelo Poder Legislativo, local onde está representada a população do país em que suas leis irão vigorar, que é capaz de habilitar uma conduta como criminosa. Isso, por sua vez, significa a possibilidade de acionar o poder estatal penal contra aquele que violar referida legislação. Logo, "em nenhum caso o Poder Executivo, o Judiciário e a Administração em geral podem criar leis penais. Somente o Congresso Nacional está habilitado para a programação criminalizante primária" (Zaffaroni et. al., 2011, p. 204).

Cabe, por conseguinte, ao Parlamento a tarefa de dispor sobre a matéria, cuja legitimação para fazer leis sobre Direito Penal, no caso brasileiro, está inscrita no art. 22, I da CRFB, que preceitua caber à União dispor sobre este tema. O ato de legislar, por sua vez, está previsto no art. 59 e s. da CRFB e compreende diversos atos normativos, dentre eles, as leis ordinárias, veículo normativo principal do Direito Penal. Por fim, cabe ao CN dispor sobre todas as matérias de competência da União (art. 48, CRFB), incluídas aí a disposição sobre a legislação penal – matéria que apenas o CN possui aptidão para tratar de forma inovadora.

3. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA O DIREITO PENAL

O Direito Penal hodierno (em especial o brasileiro) é regido por princípios e regras que visam resguardar aquele que é submetido ao Poder Estatal na condição de acusado ou investigado. Conforme leciona Cirino dos Santos (2020, p. 43), tais princípios atuam tanto na esfera da criminalização primária (definição pelo Legislativo das

condutas criminosas e suas penas) quanto na esfera da criminalização secundária (ação das agências do sistema penal sobre os indivíduos).

Nesse sentido, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal não é apenas um mero instrumento que habilita o Estado para a punição, mas sim um meio de limitar o poder estatal e preservar o indivíduo acusado de algum delito. Isto se dá pois o valor mais importante em uma democracia é a pessoa humana, e o imputado, que se contrapõe ao Estado frente a uma acusação, é a parte mais vulnerável dessa relação, devendo, consequentemente, ser protegido.

Destarte, além de seguir estritamente regras e garantias previstas legal e constitucionalmente, o Direito Penal deve observar princípios – frutos de conquistas civilizatórias – os quais visam justamente resguardar o indivíduo perante o poder estatal que, por possuir o monopólio do poder de punir, deve seguir regras estritas, como forma de contenção desse poder. Não por outro motivo, a "função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal" (Lopes Jr., 2022, p. 63).

Não obstante, como bem pontuam Zaffaroni et. al. (2011, p. 200), tais princípios, que servem como limitação ao poder estatal, não possuem aplicação absoluta, haja vista que, "se todos eles fossem enunciados de modo absoluto, urgiria admitir sua violação cotidiana". Porém, isso não significa que eles sejam meros princípios orientadores ou indicadores, caso contrário não seriam vinculantes e não cumpririam com sua função protetiva. Significa, isso sim, que devemos "considerá-los regras de elaboração progressiva ou princípios inacabados" (Zaffaroni et. al., 2011, p. 200), necessitando ser observados em seu máximo, de forma a impulsionar seu avanço e reduzir a irracionalidade do sistema penal.

No ordenamento jurídico pátrio tais regramentos estão previstos nas diversas fontes do Direito, em especial na esfera normativa (CRFB e leis penais) – apesar de não se esgotarem nessa esfera – e também na esfera doutrinária. Dessa forma, o registro desses princípios e regras no ordenamento jurídico formal tem como principal finalidade

corroborar a força desses preceitos, que devem ser seguidos pelos operadores jurídicos em seu mister.

4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio mais importante para o Direito Penal, e talvez o mais antigo, é o Princípio da Legalidade. Existe certa discussão doutrinária acerca da origem desse princípio. Cirino dos Santos (2020, p. 43-44) e Tavares (2020, p. 70), afirmam que as constituições dos estados norte-americanos de Virgínia e Maryland instituíram pela primeira vez esse princípio em 1776 sendo seguido posteriormente pela constituição dos EUA de 1787 e pela DDDHC de 1789. Já a primeira legislação penal a incorporar este postulado, conforme Cirino dos Santos (2020, p. 43-44), teria sido o CP da Bavária, posteriormente o da Prússia e, por fim, o da Alemanha.

Por sua vez, Batista (2011, p. 64) assevera que o primeiro corpo de leis penais a incluir o princípio da legalidade foi a Codificação de D. José II da Áustria, em 1787, sendo que a fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege* foi cunhada e introduzida na linguagem jurídica por Paulo João Anselmo Feuerbach, pai do famoso filósofo Ludwig Feuerbach, sendo uma articulação das fórmulas *"nulla poena sine lege", "nullum crimen sine poena legali"* e *"nulla poena (legalis) sine crimine"*, presentes em seu tratado de 1801.

Seja como for, fato é que "o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo" (Batista, 2011, p. 63), estando presente na maioria absoluta dos ordenamentos jurídicos ao redor do globo. Para Salo de Carvalho (2020, p. 282), "o princípio da legalidade, em sua dimensão formal e material, é o pressuposto ou condição *sine qua non* de um sistema jurídico democrático".

Este preceito, que revolucionou o âmbito jurídico-penal, tem seu fundamento assentado no fato de que ninguém pode ser punido por algo que não tem conhecimento de que é proibido. Sendo assim, caso

não haja a possibilidade de se saber que uma conduta é criminosa, não se pode falar em crime – podendo se dizer o mesmo em relação às penas. E, para tanto, faz-se necessário leis escritas, que devem seguir o devido processo legislativo para sua formulação.

A relevância desse princípio é afirmada e reafirmada pelo nosso ordenamento jurídico. Na CRFB ele está previsto tanto no art. 5º, II, que preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, quanto no art. 5º, XXXIX, que assegura não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Ele também está positivado no primeiro artigo do CP, com redação quase que idêntica à da Constituição: "não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

Também há sua previsão em diversos documentos internacionais dos quais o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico, tais como o art. 11 da DUDH, o art. 15 do PIDCP e, mais explicitamente, o art. 9 da CADH, que dispõe que:

> Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

O princípio da legalidade possui importância basilar porque ele "constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal" (Bitencourt, 2017, p. 52), garantia mais do que necessária a este ramo do Direito, já que a intervenção mais danosa e rigorosa prevista no ordenamento jurídico, que é a pena privativa de liberdade, somente pode ser acionada por meio do Direito Penal.

Nessa conjuntura, o princípio da reserva legal é uma das maiores conquistas da luta contra o autoritarismo e a arbitrariedade que vigia durante o período absolutista. De acordo com Batista (2007), ele "surge historicamente com a revolução burguesa, e exprime (...) o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e publicização da reação penal" (p. 65).

Conforme o autor, seu objetivo principal foi dar uma resposta aos abusos cometidos pelo absolutismo. Com ele, então, fortaleceu-se a segurança jurídica, ou seja, uma previsibilidade, mesmo que mínima, dos atos estatais, opondo-se à incerteza que até então vigorava. Ou seja, "o princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica" (Batista, 2011, p. 65). Atualmente, pode se dizer tranquilamente que o princípio da legalidade possui papel central no sistema democrático e na garantia do indivíduo perante o Estado.

No mesmo sentido preleciona Cirino dos Santos (2020, p. 44), para quem "o princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito". E não poderia ser diferente, haja vista que é por meio dele que é possível se estabelecer uma previsibilidade daquilo que é considerado pelo Estado uma conduta indevida e que, se ocorrida, será rechaçada por meio da pena privativa de liberdade.

Embora alguns autores considerem o que o "princípio da legalidade" seja sinônimo do "princípio da reserva legal", tal como Batista (2011, p. 63), existem aqueles que o diferenciam. Na visão de Bitencourt (2017, p. 53), o primeiro estabelece que "nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes (...) exista uma lei"; já o segundo preceitua que "a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de acordo com as previsões constitucionais a respeito". Apesar da divergência, este trabalho, tal como Batista (2011), utiliza os dois termos como sinônimos.

Zaffaroni et. al. (2011) elucidam que "do ponto de vista formal, a legalidade significa que a única fonte produtora de lei penal no

sistema brasileiro é os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada". Extrai-se, com isso, que apenas os legitimados constitucionalmente a legislar (Câmara dos Deputados e Senado Federal) é que podem criar normas penais.

Cabe assinalar também que dentre suas funções está a de proibir a criação de crimes pelo costume. Conforme Batista (2011, p. 67-68), "só a lei escrita, isto é, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas: não o costume". No mesmo sentido aponta Cirino dos Santos (2020, p. 88), ao afirmar que "o Direito Penal, como sistema de normas constitucionais de preceito e de sanção, possui uma única e exclusiva fonte formal: a lei penal". Por sua vez, Batista (2011, p. 69) aponta que "o princípio da legalidade proíbe a intervenção dos costumes apenas – porém incondicional e totalizantemente – no que concerne à criação (definição ou agravamento) de crimes e penas".

Malgrado a magnitude deste postulado, fato é que sua aplicação não se dá de forma absoluta e irredutível. Conforme elucida Carvalho (2020, p. 283), "é absolutamente lícito afirmar a possibilidade de flexibilidade ou relativização da legalidade penal; no entanto, apenas se esta flexibilização projetar uma ampliação nos horizontes de liberdade". Logo, sua utilização deve se dar nos exatos limites em que produza resultados que garantam o indivíduo perante o poder estatal. Caso contrário, sua utilização está permanentemente vedada em um Estado Democrático de Direito.

Esse fato se mostra tão relevante que do princípio da legalidade se origina o Subprincípio da Taxatividade e a proibição de analogia *in malam partem*, estudados a seguir.

5. O SUBPRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Tavares (2020, p. 71) leciona que "o postulado da taxatividade estabelece que a norma criminalizadora, ao definir a conduta criminosa, indique com precisão os elementos que a compõem".

Assim, "é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas" (Bitencourt, 2017, p. 53). Quando de sua edição, então, é necessário que a norma penal seja clara, coerente e coesa, afirmando de maneira expressa e simples a conduta que pretende incriminar.

Dessa forma, há maior resguardo para a sociedade, que não correrá o risco de ser surpreendida com uma interpretação completamente imprevisível, derivada de uma norma obscura, que não defina com precisão o que pretende criminalizar. Nesses termos, "a segurança jurídica que toca ao direito penal consiste exatamente em recusar tratamento aos conflitos que não se inscrevam taxativamente na criminalização primária" (Zaffaroni et. al, 2003, p. 208).

Isso se dá porque "leis penais indefinidas ou obscuras favorecem interpretações judiciais idiossincráticas e impedem ou dificultam o conhecimento da proibição, favorecendo a aplicação de penas com lesão ao princípio da culpabilidade" (Cirino, 2020, p. 46-47). Em outros termos, caso o tipo penal seja impreciso ou indeterminado, o âmbito de discricionariedade do aplicador da lei aumenta demasiadamente, podendo afetar negativamente o juízo sobre o comportamento do indivíduo – o que, por sua vez, reduz sua esfera de liberdade e amplia sobremaneira o arbítrio do julgador e o domínio do Estado.

A seu turno, Batista (2011, p. 75) assevera que "a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos". Ou seja, para cumprir com o seu objetivo de tutelar o indivíduo perante o arbítrio estatal, as normas que criminalizam condutas devem não apenas ser claras e compreensíveis, mas também não utilizar palavras desnecessárias e ambíguas, que possam abrir margem para interpretações que lesionem o direito à liberdade.

Tavares (2020, p. 73), citando Kurt Hubner, ensina que

> (...) uma ordem jurídica racional exige a presença, pelo menos, dos seguintes requisitos: a) a edificação

> de conceitos que, por sua clareza, possam ser identificados por qualquer pessoa; b) a disciplina de fatos de modo a possibilitar a compreensão de seus elementos constitutivos; c) a sistematização de normas que obedeçam a uma sequência lógica; d) a fundamentação da criminalização apenas sobre condutas e seus desdobramentos causais sensíveis; e) a subordinação das normas às características empíricas da conduta e às condições de seu autor, segundo suas possibilidades e participação no processo de elaboração legislativa.

No mesmo sentido, também pontua Tavares (2020, p. 71) que "a lei tem que ser escrita de forma escorreita, mas em uma linguagem compreensível por todos". Para Cirino (2020, p. 47), "o princípio da legalidade pressupõe um mínimo de determinação das proibições ou comandos da lei penal". Logo, dar a maior precisão possível à conduta incriminada por meio da lei garante que todos a compreendam e se sujeitem ao seu comando, evitando condutas proibidas ou agindo quando a omissão não for permitida, assentando ainda mais a legalidade penal.

Por conseguinte, a exigência de uma lei escrita para a criação de tipos penais não é suficiente. Nas palavras de Zaffaroni et. al. (2011, p. 207), "não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível", já que, conforme Batista (2011, p. 78), "a criação de incriminações vagas e indeterminadas transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos direitos humanos fundamentais". Sendo assim, somente se a taxatividade for observada é que se poderá efetivar ao máximo a garantia de proteção aos cidadãos, evitando-se a aberturas de brechas para o arbítrio daquele que está aplicando a legislação.

Entretanto, como não poderia deixar de ser, a taxatividade nem sempre pode ser cumprida de forma integral e absoluta, tendo em vista ser a linguagem um sistema complexo e multifacetado. As palavras,

muitas vezes, são polissêmicas, possuindo diversos significados e podendo se referir a diversas situações. E, obviamente, o sistema jurídico está ciente desta problemática. Conforme ensina Bitencourt (2017, p. 54), "por sua própria natureza, a ciência jurídica admite um certo grau de indeterminação".

Porém, essa indeterminação não pode ser tamanha que cause insegurança sobre a conduta incriminada, de forma a deixar totalmente aberta a incriminação, dando azo a sua instrumentalização para abarcar diversas situações. Assim, quando na lei penal existe um termo ou conceito vago ou de larga amplitude, Zaffaroni et. al. (2011, p. 207) afirmam que o direito penal tem duas opções: ou declarar a lei inconstitucional, ou aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa. Sendo assim, caso o tipo vago e indeterminado seja aplicado, deve ser interpretado o mais restritivamente possível, de forma a proteger o indivíduo.

Nessa esteira, o Subprincípio da Taxatividade, além de garantir maior segurança para os cidadãos – que poderão discernir com mais facilidade o que se pretende proibir – efetiva o Princípio da Divisão dos Poderes, já que, conforme Bitencourt (2017), uma norma penal que não seja taxativa "permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo" (p. 53). Em consonância, Zaffaroni et. al. (2011) afirmam que "em nenhum caso o Poder Executivo, o Judiciário e a Administração em geral podem criar leis penais" (p. 204) – mesmo (ou principalmente) se derivadas da interpretação.

Frisa-se então que as normas no Direito Penal devem sempre ser lidas e interpretadas restritivamente pelo aplicador da lei de forma a não se extrapolar o que o legislador primário previu quando editou aquela norma. Somente ao legislador, autorizado pela Constituição, cabe a criação de tipos penais, que, por sua vez, devem ser seguidos nos exatos termos em que foram editados.

6. VEDAÇÃO À ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*

Outra diretriz extremamente importante no Direito Penal, derivado dos princípios acima esposados e que é seguido pela unanimidade da doutrina brasileira (Batista, 2011, p. 72), é o entendimento da proibição da analogia *in malam partem*. A analogia pode ser definida como o enquadramento de uma determinada situação, que não possui regulamentação legal, em outra situação, semelhante a primeira, e que possua previsão legal.

Nas palavras de Batista (2020, p. 72):

> Chama-se analogia o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira; no direito, teríamos analogia quando o jurista atribuísse a um caso que não dispõe de expressa previsão legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante.

De maneira mais simples, Cirino (2020, p. 45) explica que a analogia "significa a aplicação da lei penal a fatos não previstos, mas semelhantes aos fatos previstos". Ou seja, na existência de vácuo normativo, em que determinada ação ou omissão não esteja criminalizada por meio de lei formal, mas que uma circunstância similar a ela seja tipificada, aplica-se a lei que rege essa circunstância para tratar da ação ou omissão não criminalizada, justamente em razão de sua similitude.

Com efeito, a função da analogia "é integrativa da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei" (Bitencourt, 2017, p. 207). Esse é o ponto central: a colmatação de uma lacuna, em razão da não existência de legislação regendo a matéria.

Sendo assim, "não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há (...) a ausência de lei que discipline especificamente essa situação" (Bitencourt, 2017, p. 208).

No entanto, é preciso assinalar que a analogia *in malam partem* – aquela que prejudica a situação do imputado, que, ao praticar uma conduta não incriminada, tem-na enquadrada em outra, criminalizada – não é permitida no ordenamento jurídico pátrio. Logo, a analogia não pode, em nenhuma situação, ser utilizada para prejudicar aquele acusado de um crime, pois isso implicaria em violação ao Princípio da Legalidade – que exige, como visto, que a conduta criminosa esteja previamente prevista em lei em sentido formal, de maneira clara e de simples entendimento.

No mesmo sentido aponta Juarez Tavares (2020, p. 62) ao afirmar que "em face de que a conduta criminosa tenha que vir definida estritamente na lei, são inadmissíveis no direito penal todas as formas de analogia, salvo quando possam beneficiar o sujeito". Logo, levando-se em consideração que para que exista crime deva existir lei, e que essa lei deva ser a mais clara possível, não se mostra factível que se utilize de analogia, ou de interpretação analógica, para encaixar uma conduta não expressamente prevista como crime em outra conduta prevista em uma lei penal.

A particularidade da analogia no Direito Penal em face de outros ramos do direito é extraordinariamente bem explicada por Zaffaroni et. al. (2011, p. 208), que lecionam:

> (...) o direito civil provê segurança jurídica tentando resolver o maior número possível de conflitos, razão pela qual "quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) (...). Enquanto o direito civil cumpre melhor sua função de segurança jurídica quando coloca o poder público a serviço da solução do maior número possível de conflitos, tendendo portanto a corresponder a um sistema contínuo –

> sem lacunas –, o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial.

Isso implica que o emprego da analogia, se admitida sua utilização pelo Judiciário, jamais poderá ser usada para prejudicar o réu, em respeito à vedação da analogia *in malam partem*, já que seu uso "integra a lei ampliando a punibilidade" (Zaffaroni, 2011, p. 40). Com isso, caso seu emprego implique num aumento do âmbito de incriminação, seu uso está totalmente vedado, haja vista que o Direito Penal tanto é mais seguro quanto menos há espaço para interpretação ou discricionariedade.

Igualmente, essa restrição se justifica tendo em vista ser este ramo do direito a *ultima ratio* do sistema jurídico, aquele que possui a sanção mais severa, interventiva e dolorosa prevista e que, por este motivo, deve ser aplicado com extrema cautela e seguindo-se todas as garantias previstas. Não é por outro motivo que, conforme Batista (2011, p. 75), "o direito penal nazista utilizava-se largamente da analogia".

Por outro prisma, cabe também diferenciar a analogia da interpretação analógica. Bitencourt (2017, p. 209) elucida que, enquanto a primeira só existe na ausência de lei, sendo um método de integração do ordenamento jurídico que equipara uma conduta não regulamentada a outra regulamentada, a interpretação analógica só existe na presença de lei, já que é o próprio texto normativo que determina que se amplie seu conteúdo ou alcance, fornecendo critério específico para isso[3]. Dessa forma, "a interpretação analógica,

3 Um exemplo de interpretação analógica permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro está na expressão "qualquer outro meio", no crime de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do CP. No caso, a redução da capacidade de resistência da vítima pode se dar de outras maneiras além da violência ou grave ameaça, autorizando a lei que o julgador possa enquadrar no crime a conduta do sujeito ativo que, utilizando-se de um entorpecente, por exemplo, reduziu a capacidade de resistência da vítima e praticou o núcleo do tipo. Note-se que houve o enquadramento da ação do sujeito ativo no crime, pelo uso de entorpecente, sem que houvesse expressa menção no tipo

ao contrário da analogia, pode ser, e normalmente é, aplicada às normas penais incriminadoras" – já que, como dito, seu uso decorre de expressa previsão legal.

Por fim, a analogia *in bonam partem*, ou seja, aquela realizada em favor do sujeito, equiparando sua conduta a outra não criminalizada ou que possua menor incriminação, é permitida pelo ordenamento jurídico, sendo, nas palavras de Batista (2011, p. 74), acolhida pela quase unanimidade dos autores brasileiros. Zaffaroni et. al. (2011, p. 210) explicam que a analogia *in bonam partem* é aquela que restringe a punibilidade aquém da letra da lei, sendo admissível desde que não seja arbitrária e cabendo particularmente "nas causas de justificação, quando os campos jurídicos aos quais remete a lei impõem-na ou admitem-na".

7. A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO PENAL

A interpretação é o processo cognitivo realizado pelo sujeito que busca atribuir significado a um objeto. No Direito, ela é utilizada pelo aplicador da lei para definir o conteúdo ou o objetivo das normas, sejam quais forem: a CRFB, as leis ou os diversos atos normativos. Sem a interpretação, a atividade jurídica se tornaria impossível, haja vista que é somente pelo intérprete que o texto legal passa a ser dotado de significação e, consequentemente, de aplicação.

Bitencourt (2017, p. 196) afirma que "interpretar é descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica". Ela pode se materializar de diversas formas, variando quanto às fontes (autêntica, jurisprudencial e doutrinária), quanto aos meios (gramatical, histórica, lógica e sistemática) e quanto aos resultados (declarativa, extensiva e restritiva) (Bitencourt, 2017, p. 198-205). Dessas, interessa ao escopo deste trabalho as três últimas.

penal sobre seu uso. A esse procedimento dá-se o nome de interpretação analógica que, como visto, é permitido pelo ordenamento jurídico, desde que haja previsão de sua utilização na própria lei.

A interpretação declarativa indica "correspondência do significado com a linguagem da lei, no sentido de que (...) a lei disse o que queria dizer", a restritiva indica "redução do significado da linguagem da lei, no sentido de que (...) a lei disse menos do que queria dizer" e, por fim, a extensiva indica "ampliação do significado da linguagem da lei, no sentido de que (...) a lei disse menos do que queria dizer – interpretação proibida pelo princípio da legalidade dos crimes e das penas" (Cirino dos Santos, 2020, p. 82).

Zaffaroni et. al. (2011, p. 210) elucidam que "dentro do alcance semântico das palavras da lei pode haver um sentido mais amplo para a criminalização ou um mais limitado ou restrito". Diante desse impasse, lecionam os autores que "as dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização". Isto é, em caso de ambiguidade no termo da lei, a interpretação que o aplicador deve realizar é a restritiva, que limite a intervenção punitiva sobre o imputado.

Por conseguinte, havendo dúvida quanto à incriminação ou quanto à presença de uma circunstância mais gravosa ao sujeito, deve-se sempre interpretar no sentido mais benéfico a ele, utilizando-se, na prática, o famoso adágio *in dubio pro reo*. Zaffaroni et. al. (2011, p. 210), afirmam que este postulado não é pacificamente aceito no Direito Penal, "pois costuma-se afirmar que não consiste em uma regra interpretativa do direito penal, mas apenas num critério de valorização processual da prova". Este é o entendimento de Bitencourt (2017, p. 197), que alega que o domínio de aplicação desse adágio é o do exame e valoração da prova, e não o do campo da interpretação da norma jurídica", posição a qual este trabalho não se filia.

Fato é que o Princípio da Legalidade e o Subprincípio da Taxatividade impõem que não se vislumbre significado na legislação criminal que não esteja expressamente evidente no texto, de forma que, "diante da clareza do texto legal, devem-se evitar outras formas de interpretação que não correspondam ao verdadeiro sentido da norma, cuja clareza e limpidez revelam-se de plano" (Bitencourt, 2017, p. 198). Não por outro motivo que Zaffaroni et. al. (2011, p. 211) defendem que

"o critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o formidável avanço da tipificação irresponsável".

Outrossim, importante também abordar as possíveis diferenças entre a analogia e o processo interpretativo. Cirino dos Santos (2020, p. 83) ensina que "a moderna teoria da lei penal afirma a igualdade lógica entre interpretação e analogia no processo de conhecimento e aplicação do direito". De acordo com o renomado penalista, a interpretação e a analogia comparam grupos de casos: enquanto "a interpretação identifica grupos de casos previstos pela lei penal, a analogia identifica grupos de casos não previstos, mas semelhantes aos casos previstos na lei penal" (Cirino dos Santos, 2020, p. 83).

Já para Bitencourt (2017, p. 207), a analogia não seria uma forma de interpretação, mas sim de aplicação da norma legal, possuindo função integrativa, colmatando-se uma lacuna da lei. A analogia se diferencia da interpretação, pois nela não se busca esclarecer o sentido exato de um texto de lei obscuro ou incerto, mas sim estender "uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos". Por sua vez, a interpretação restringe-se ao próprio texto da norma e sua finalidade é "descobrir o verdadeiro significado, ou melhor, sentido da norma jurídica (...) que será o mesmo para todos os casos e para todos os sujeitos que caibam dentro de sua compreensão" (Bitencourt, 2017, p. 197).

Por fim, no processo interpretativo de uma norma o intérprete deve estar sempre atento ao contexto em que ela foi elaborada, de forma a pautar sua atividade de maneira coerente com os objetivos almejados pelo legislador à época de sua criação. Isso se dá porque, como "as decisões judiciais, em qualquer nível de jurisdição, não criam direitos, declaram-nos", há de se levar em consideração que "a interpretação não pode em hipótese alguma desvincular-se do ordenamento jurídico e do contexto histórico-cultural no qual está inserido" (Bitencourt, 2017, p. 192-197).

Esse também é o posicionamento de Zaffaroni et. al. (2011, p. 212), para quem:

> (...) deve-se levar em conta o contexto cultural do texto legal, razão pela qual, quando se comprova um fenômeno de inusitada extensão proibitiva, urge impor-lhe uma redução histórica. A legalidade é um princípio que serve para garantir a limitação do âmbito de programação criminalizante legislativa, e não se pode reverter seu sentido convertendo-o em argumento de ampliação inusitada e jamais prevista no contexto originário do texto, cujo efeito seria conceder um espaço seletivo de criminalização que alcança os limites máximos da arbitrariedade. Um tipo penal não pode arvorar-se em instrumento de indiscriminada criminalização; o legislador não profetiza, esgotando-se seu poder na disciplina legal daquilo que conhece.

Conforme se demonstrará em capítulo próprio, o anacronismo foi um recurso utilizado por alguns ministros para justificar um suposto intuito criminalizador para todas as condutas discriminatórias por parte do legislador da LR.

CAPÍTULO 3

CRÍTICA À DECISÃO SOB O ASPECTO PENAL

Ao se analisar a efetiva criminalização da homotransfobia pelo STF não se pode concluir de forma diferente: no "melhor" dos casos, houve analogia *in malam partem* ou interpretação extensiva. No pior, houve a criação de um novo crime por meio do Judiciário. Em ambos, entretanto, a decisão contraria a legislação, a Constituição e os princípios mais elementares do Direito Penal. Consequentemente, este capítulo analisará cada uma dessas questões de forma pormenorizada, criticando-se os pressupostos utilizados pelo acórdão para enquadrar a homotransfobia na LR.

Antes de tudo, convém condensar, de forma esquemática e concisa, as principais justificativas que fundamentaram a decisão do STF. São elas: a) existe um mandamento constitucional de criminalização da homotransfobia, consubstanciado no art. 5º, XLI e XLII; b) há um estado grave de discriminação da população LGBT+; c) existe proteção insuficiente a essa população; d) o CN incorreu em omissão inconstitucional; e) o conceito de racismo abarca a homotransfobia, na modalidade racismo social; f) o STF, desde o HC 82.424/RS estendeu a abrangência do conceito de racismo para além de seu viés fenotípico; g) por esse motivo, a homotransfobia deve ser entendida como uma espécie de racismo e abrangida na LR mediante interpretação conforme.

Além disso, a Corte entendeu que: 1) não se trata de formulação de tipo penal pelo Judiciário, tratando-se apenas de mera subsunção das condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente, uma vez que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo; e 2) não se trata de analogia *in malam partem*, tendo em vista que o mandado de criminalização do art. 5º, XLII da CRFB abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, vez que o conceito de raça deve ser adequado à realidade brasileira atual.

Pois bem. Analisar-se-á, à luz do que foi exposto exaustivamente neste trabalho, cada um destes argumentos centrais, buscando demonstrar, ao final, sua completa inconstitucionalidade e desrespeito

aos princípios e garantias básicas do Direito Penal, arduamente conquistados ao longo dos séculos.

1. A ESPECIFICIDADE DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é o ramo do Direito cujo objetivo manifesto é o de proteger os bens jurídicos considerados pela coletividade como mais importantes. Estes, por sua vez, só podem ser definidos pela sociedade, haja vista que, nos termos do art. 1º, p. u. da CRFB, todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Em matéria penal, a representação popular deve ser exercida pelos seus representantes do CN, a quem incumbe dispor sobre diversos temas de interesse geral, dentre eles o Direito Penal, por meio da edição de leis – conforme se depreende dos art. 22, I, 48 e 61 da CRFB. Por sua vez, o art. 5º, XXXIX da CRFB prevê o Princípio da Legalidade, "garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático" (Bitencourt, 2017, p. 53).

Sendo assim, somente a população brasileira, por meio de seus representantes eleitos, possui a permissão de determinar quais são os bens jurídicos mais importantes e que necessitam da proteção estatal por meio da criminalização de condutas. E, como dito, essa escolha se dá pela eleição de mandatários (os políticos), que, exprimindo os anseios de seus eleitores, possuem a prerrogativa constitucional de editar leis criminalizando condutas – devendo ser seguido todo o processo legislativo disciplinado na CRFB.

Todo esse trâmite é moroso, prolongado, laborioso e imprevisível, podendo ocorrer avanços e retrocessos. Contudo, esse é o sistema adotado pela CRFB e válido para a edição das leis. E, apesar de sua demora, pelo menos em sede de Direito Penal tais características são extremamente positivas, já que tal delonga pode fazer com que existam mais debates e fomentar a discussão sobre a necessidade ou

não da criminalização de determinada conduta. Outrossim, em razão de o Direito Penal dispor de prerrogativas que são vedadas aos outros ramos jurídicos, por importarem em uma maior restrição dos direitos e garantias previstos aos cidadãos, tal reflexão se faz ainda mais necessária.

O recursos de que o Direito Penal dispõe para que possa desempenhar o seu mister são exclusivos e estão previstos na CRFB, especificamente no art. 5º, XLVI, sendo o mais rígido e severo deles a pena privativa de liberdade. Por sua especial gravidade, esta pena, que implica na restrição de uma garantia básica daquele que é submetido ao seu poder, somente pode ser acionada se forem respeitadas todas as garantias previstas no ordenamento jurídico, previstas tanto nas leis, na CRFB ou em tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Tais garantias, bem como esse "cuidado" com a proteção daquele que é acusado de um crime, decorrem do fato de o Direito Penal ser a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, como já apontado anteriormente. Nesse sentido, seu âmbito de proteção abrange apenas aqueles bens jurídicos considerados indispensáveis para a sociedade, uma vez que a intervenção penal é a mais gravosa prevista no ordenamento jurídico.

Nessa senda, enquanto as sanções dos demais ramos do Direito atingem majoritariamente a esfera financeira do indivíduo, a principal sanção penal atinge um dos valores mais caros para o ser humano e para a sociedade: a sua liberdade. Portanto, por constituir a intervenção mais severa prevista no Direito brasileiro é que a sua tipificação e sua aplicação devem seguir rígidos procedimentos.

Por sua vez, as garantias asseguradas àquele que é submetido ao poder punitivo estatal podem ser divididas entre garantias de direito material e de direito processual. As primeiras estão consubstanciadas no princípio da legalidade, da taxatividade, da proporcionalidade, da *ultima ratio*, da culpabilidade, da lesividade, da humanidade, dentre outros, ao passo que as segundas estão consubstanciadas na garantia de jurisdição e de sua imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa, do sistema acusatório, da presunção de inocência etc.

Com efeito, todas essas garantias existem justamente porque, diante da evidente disparidade entre o indivíduo e o Estado, bem como de sua prerrogativa de interferir em seus direitos básicos, podendo inclusive restringir-lhe a liberdade, deve-se buscar a contenção de tal poder. Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2022), no momento em que o crime é cometido, a parte frágil é, obviamente, a vítima. No entanto, no momento em que a denúncia é oferecida e tem início o processo penal, opera-se uma verdadeira inversão, passando o acusado agora a ser a parte hipossuficiente da relação, visto que contraposto a ele está agora o Estado.

Com isso, todas as garantias previstas no ordenamento jurídico pátrio objetivam proteger o indivíduo perante o Estado – o detentor do monopólio do poder de punir –, cuja proteção não se dá de forma desnecessária, mas sim visando equilibrar (embora efetivamente não o consiga) uma relação evidentemente desigual. É por isso, portanto, ser extremamente necessário que sejam respeitados todos os expedientes previstos legal e constitucionalmente para a edição de leis penais, bem como que sua aplicação se dê de forma restritiva e refletida.

Cabe apontar também que, ao contrário do apontado por Fux em seu voto, de que "o reconhecimento da criminalização das condutas (...) aumenta a autoestima dessa minoria e lhes conforta com a sensação de pertencimento à sociedade" (Brasil, 2019, p. 407), referindo-se à população LGBT+, não cabe ao Direito Penal a função de prover sentimento de pertencimento a um grupo, muito menos se não houver lei prevendo sua atuação.

A função deste ramo do direito, como dito, é a de proteger os bens jurídicos mais relevantes e servir de garantia ao próprio jurisdicionado. O papel de oferecer pertencimento à sociedade, incluindo determinado grupo na sociedade, é incumbência dos demais ramos do Direito, em especial o Direito Civil e o Direito Administrativo, por meio das políticas públicas.

Assim sendo, no momento em que uma conduta (de fato) é tipificada por um Poder que não detém competência para tanto,

macula-se a segurança jurídica e a confiança que as pessoas possuem (ou deveriam possuir) nas instituições. Tangenciar os devidos procedimentos para que uma conduta seja criminalizada, em frontal violação à CRFB, mesmo que seja com boas intenções, não possui outra consequência se não a de fragilizar (ainda mais) a incipiente democracia brasileira. Na ânsia de resolver os problemas e as injustiças sociais, fulminam-se os mais básicos direitos e garantias fundamentais, arduamente conquistados ao longo de séculos.

2. EXISTE UM MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO?

Para iniciar a discussão, deve-se primeiro determinar se existe ou não existe um mandado constitucional de criminalização da homotransfobia. Como exposto, os ministros do STF, em sua maioria absoluta, consideram que sim. Utilizam como fundamento para tal afirmação o disposto no art. 5º, XLI, que preceitua que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, e o disposto no art. 5º, XLII, que determina que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Urge apontar que o art. 5º, XLI apenas determina que a discriminação a qualquer direito ou liberdade fundamental deve ser punida por lei. Apenas isso. O dispositivo não especifica de que maneira essa punição deve se dar, se por meio de lei penal ou por outro ramo do direito. O que existe, dessa maneira, é um mandamento de punição para tais condutas discriminatórias, não havendo determinação expressa de que maneira essa punição deverá ser materializada.

A despeito de não haver explícita previsão criminalizadora, os ministros que deram provimento à ação entenderam de forma diferente ao julgar a ADO nº 26. Nesse sentido, partindo da premissa de haver expressa previsão criminalizadora na CRFB, Celso de Mello, por exemplo, afirma que a proteção deve se dar pela seara penal sob pena

de proteção deficiente, assegurando-se, dessa forma, a integridade dos direitos e liberdades da população LGBT+, embasando sua posição a partir de dois doutrinadores (Brasil, 2019, p. 94-95).

Barroso, por sua vez, entende que a proteção deve se dar por meio da criminalização por três motivos: existir sistemática violência física e psíquica contra a comunidade LGBT+, possuindo os bens jurídicos violados grande importância; outros tipos de discriminação contra grupos minoritários serem objeto de criminalização específica, e a CRFB repudiar todas as formas de discriminação, sem diferenciação; e pelo fato de as normativas estaduais atinentes ao tema serem insuficientes para o enfrentamento do problema (Brasil, 2019, p. 292-293).

Já outros ministros, como Alexandre de Morais, foram mais criativos, e justificaram a convicção de que o supracitado dispositivo encerra mandado de criminalização haja vista supostamente existir um padrão no CN que previu legislativamente medidas penais para todos os grupos vulneráveis que a CRFB determina especial proteção, tais como os idosos, as mulheres, os consumidores etc. (Brasil, 2019, p. 251). Seja como for, o fato é que o embasamento constitucional utilizado pelos ministros para apoiar o entendimento de que há efetivo mandado de criminalização das condutas homotransfóbicas é a previsão do art. 5º, XLI.

Contudo, tal entendimento não se sustenta à luz constitucional, não se podendo considerar haver um mandamento implícito (e muito menos explícito) na CRFB de criminalizar a discriminação contra homossexuais e transexuais – não obstante tal discriminação seja um claro atentado aos direitos e liberdades fundamentais dessa população e que, obviamente, devem ser repreendidos e censurados pelo Estado. Inclusive, pode a população, por meio de seus representantes eleitos no CN, considerar necessário a criminalização dessas condutas – caso em que deverá ser seguido o devido processo legislativo.

Cabe, então, demonstrar por que razão não se pode extrair do dispositivo em comento um mandado de criminalização das condutas homotransfóbicas. Em princípio, assinala-se que quando a CRFB quis

criminalizar uma conduta ela o fez de forma explícita, como no caso do próprio racismo (art. 5º, XLII), dos crimes hediondos, do tráfico de drogas, do terrorismo (art. 5º, XLIII) etc. Isto é, nas situações em que o constituinte entendeu ser necessário a criação de tipos penais como forma de reprimir alguma conduta, ele o fez de maneira explícita, evidente, ostensiva, prescrevendo claramente que tais condutas deveriam ser consideradas criminosas.

O mesmo, no entanto, não se pode afirmar da discriminação homotransfóbica. Não existe na CRFB menção expressa e taxativa a esse tipo específico de discriminação, não havendo determinação particular, pelo constituinte, da proteção desse grupo vulnerável (tal como fez com os consumidores ou os idosos, por exemplo). Na realidade, o que existe é um dever constitucional (genérico) de legislar, de forma a se punir qualquer discriminação aos direitos e garantias fundamentais. Porém, a CRFB não discriminou de que forma essa punição deverá se dar. Somente determinou que ela deverá se dar por meio de lei. Assim, não se pode declarar que o art. 5º, XLI da CRFB determina uma imposição constitucional de criminalização, sob pena de se incorrer em interpretação extensiva em sede de Direito Penal – modalidade vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Tampouco faz sentido se falar em um mandado "genérico" de criminalização previsto no mesmo art. 5º, XLI da CRFB – ou seja, um mandado de criminalização para toda discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, seja ela qual for. Isso se mostra discordante inclusive com a própria topografia constitucional, tendo em vista que, no inciso XLI, o comando postula que a lei "punirá" todas as formas de discriminação, sem expressar se essa punição deve ser feita por meio da criminalização (podendo ser por outros meios, inclusive cíveis ou administrativos). Já no inciso XLII, a CRFB foi clara e explícita ao prever que o racismo constitui crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, bem como no inciso XLIII ela também foi expressa ao ordenar que a tortura, o tráfico, o terrorismo e os crimes hediondos serão considerados crimes pela lei. Logo, se em um inciso a CRFB não especificou como deve se dar a punição, e nos outros dois

seguintes ela realizou essa especificação, o que se pode concluir é que não existe um mandamento de criminalização, pois, caso contrário, ele também teria sido feito de forma expressa.

Igualmente, um mandado genérico de criminalização ofenderia o princípio da legalidade e da reserva legal, previstos no art. 5º, II e XXXIX. Porém, mesmo que se pudesse falar nesse mandado genérico, é notório que em todos os dispositivos supracitados (art. 5º, XLI, XLII e XLIII) a CRFB exige que a punição às condutas descritas seja feita por meio de lei, ou seja, por meio da elaboração legislativa realizada pelos legítimos representantes da sociedade brasileira, seguindo-se todo o trâmite previsto em seu texto. Ao revés, nenhum desses dispositivos permite que tais punições sejam efetuadas por decisão judicial ou pelas idiossincrasias do intérprete.

Importante nesse sentido lembrar que a CRFB é um sistema de normas coerente e harmônico, devendo seus preceitos e seus mandamentos obedecer à sua lógica interna, sem desrespeitar cláusulas pétreas. Logo, os dispositivos constitucionais devem ser lidos como um todo coeso, de maneira que a aplicação de um deles não implique a violação de outros dispositivos (principalmente se essa violação se der em relação a cláusulas pétreas). Assim, mesmo que se considere haver um mandado de criminalização no art. 5º, XLI, este deve se dar por meio de lei, tal como preceituado em seu texto – em respeito também ao art. 5º, II e XXXIX da CRFB.

Por conseguinte, cabe sublinhar que o próprio dispositivo que fundamentou os votos dos ministros a favor da criminalização, afirmando existir um mandado constitucional de criminalização de condutas homotransfóbicas (art. 5º, XLI), afirma expressamente que será a lei que punirá tais condutas, sendo totalmente incoerente com a decisão tomada por eles. Isso porque, em que pese o objeto da ADO seja uma omissão legislativa, e supostamente ela tenha realmente ocorrido, o próprio dispositivo legitimador da decisão determina que ela deverá ser suprida por meio de lei – o que desautoriza uma decisão judicial nesse sentido – além do fato de que se está diante de uma especificidade, já que se trata de matéria penal.

Por fim, quanto ao argumento esposado pelo min. Alexandre de Morais de que existiria suposto padrão no CN de prover a proteção determinada constitucionalmente por meio da legislação penal, tal fundamento também se mostra despropositado. O CN não está obrigado ou vinculado a seguir determinado padrão só porque antes decidiu proteger determinado grupo vulnerável por meio da tipificação de condutas. O que importa é o que a CRFB determinou expressamente. E, além disso, a redação do art. 5º, XLI da CRFB se deu antes desse suposto padrão aparentemente criado pelo CN. Dessa forma, mesmo que se considerasse o argumento exposto pelo ministro, não se poderia afirmar que tal dispositivo deveria se submeter a esse padrão, por ser anterior a ele.

3. INJUSTIFICÁVEL ENQUADRAMENTO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NO CONCEITO DE RAÇA

Como foi considerado que existe na CRFB um mandamento explícito de criminalização das condutas homotransfóbicas, a Corte constatou a mora do Poder Legislativo e verificou ter havido omissão inconstitucional. Mas, para além disso, os ministros entenderam que a conduta objeto da omissão constatada poderia ser enquadrada em uma legislação já existente, tendo em vista constituir uma espécie de racismo. Dessa forma, por meio do instituto da interpretação conforme (que será criticado detalhadamente em tópico específico no próximo capítulo), o STF enquadrou a homotransfobia na LR por considerá-la como uma espécie do racismo na modalidade racismo social.

O relator, que foi seguido pela maioria dos ministros do STF, afirma não haver criação de tipo penal nem analogia *in malam partem*, uma vez que apenas houve a subsunção das condutas homotransfóbicas ao conceito de raça da LR (Brasil, 2019, p. 130). No mesmo sentido, a ementa do acórdão determinou o enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo da LR (Brasil, 2019, p. 02), em

razão de existirem várias dimensões conceituais de racismo, não se resumindo este a aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, sendo, em realidade, uma manifestação histórico-cultural de poder de justificação da desigualdade que objetiva o controle ideológico, a dominação política e a subjugação social – entendido como racismo social (Brasil, 2019, p. 06).

Cabe, portanto, discutir minuciosamente esse fundamento e demonstrar a sua total improcedência. Conforme preleciona o Dicionário Houaiss (2009), a palavra "subsumir" origina-se da palavra latina *subsumere,* que significa "apropriar-se". Dentre as definições de "subsumir", evidenciam-se duas: a primeira seria "incluir, colocar (alguma coisa) em algo maior, mais amplo, do qual aquela coisa seria parte ou componente", ao passo que a segunda seria "interpretar um fato (como a aplicação de uma lei)". Por sua vez, "enquadrar", conforme o mesmo Dicionário, tem como definições "pôr em quadro, em moldura" e "ter como parte integrante; incluir".

Observa-se que, seguindo a primeira definição do dicionário, a decisão considera que a orientação sexual e a identidade de gênero seriam parte integrante do conceito de raça, já que a discriminação baseada nesses critérios seria uma espécie de racismo (racismo social). Todavia, para que possa haver o enquadramento de um conceito dentro de uma categoria mais ampla, por definição, esse conceito não poderia fazer parte da categoria que passa a integrar. Há, então, um paradoxo na decisão, haja vista que de um lado se afirma que o racismo abrange a transfobia, a qual seria uma modalidade do primeiro, e, depois, determina-se que ela seja enquadrada na LR.

Entretanto, se é necessária essa exigência, determinando-se por meio de decisão judicial que a homotransfobia está incluída no conceito de racismo, não faz sentido dizer que ela já pertencia a este termo. Em realidade, do ponto de vista etimológico, houve uma verdadeira "apropriação" do termo raça pela jurisprudência para incluir em seus múltiplos significados a orientação sexual ou de gênero, de forma que o conceito de "racismo" abranja qualquer tipo de discriminação que

vise justificar a desigualdade e oprimir e rebaixar grupos minoritários, tais como a comunidade LGBT+.

Cabe questionar, então, se essa apropriação está concorde com o ordenamento jurídico brasileiro. Para os objetivos deste trabalho, não se buscará abordar de forma pormenorizada tudo o que se entende por raça – já que, em se tratando de Direito Penal, conceitos puramente acadêmicos não são suficientes para habilitar o poder punitivo estatal, devendo seu significado ser taxativo e inteligível pelo cidadão médio, conforme explanado no segundo capítulo. Portanto, para realizar a crítica, basta analisar a definição de raça em seu sentido corrente, o que o STF entende ser o conceito de "raça" (baseado em pesquisadores e doutrinadores) e qual o sentido utilizado pelo legislador quando da edição da LR, além de se verificar se existe algum dispositivo normativo que embase a interpretação realizada pela Corte.

Conforme o dicionário Houaiss (2009), o conceito de raça, dentre as definições que interessam ao tema, pode ser assim definido:

> 1. divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinado pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.); (...) 5. coletividade de indivíduos que se diferenciam por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico; 6. Grupo étnico em relação com a nação.

Como se percebe, o conceito usual de "raça" não abarca a orientação sexual ou de gênero. Inclusive, a interpretação realizada pelo STF não existia até então em nenhuma disposição normativa, sendo uma inovação realizada pela Corte para que pudesse enquadrar a prática na LR. O IBGE, por exemplo, entidade vinculada à Administração Pública Federal que realiza pesquisas estatísticas que orientam a implementação de muitas políticas públicas, considera raça como um sinônimo de cor (concorde, portanto, com parte do

conceito acima esposado), como demonstra sua mais recente pesquisa acerca das desigualdades sociais relacionadas à cor ou raça no Brasil[4] (IBGE, 2020, p. 23).

Em nenhum momento da pesquisa do IBGE, tampouco em seu glossário explicativo, indicou-se qualquer menção à questão sexual ou de gênero – o que evidencia que o conceito utilizado pelo STF está apartado do que comumente se entende como tal, tendo a Corte recorrido a textos acadêmicos e doutrinários para chegar à conclusão de que ele abarcaria a orientação sexual e a identidade de gênero – o que, conforme se explanará, viola o Subprincípio da Taxatividade, haja vista não ser de plano reconhecido pelo sujeito comum – além de carecer de critérios objetivos normativos para realizar a subsunção.

Sobre este aspecto, insta frisar não existir, até o momento, qualquer dispositivo normativo que embase a subsunção da orientação sexual e da identidade de gênero no conceito de raça, de forma a criminalizar como racismo a homotransfobia. Ao revés, todas as normativas legais ou infralegais que tratam do tema racismo ou não abordam a identidade de gênero e a orientação sexual, ou deixam claro que ele se relaciona com aspectos fenotípicos ou com origens étnicas, tal como o EIR, a própria LR e a CIEFDR, para ficar apenas em alguns exemplos. Já os precedentes internacionais mencionados por alguns ministros para embasar esse enquadramento serão analisados em tópico próprio.

Apesar disso, o acórdão fundamentou tal subsunção por meio da citação de artigos científicos e doutrinas que afirmam que a discriminação em relação à orientação sexual supera a questão da cor e se inscreve na mesma lógica da intolerância criminalizada pela LR. Indo além, por considerarem tal discriminação tão grave quanto o racismo, bem como não existir um conceito de "raça" válido, nesse

4 O conceito de cor ou raça utilizado na pesquisa foi o seguinte: "característica declarada pelas pessoas com base nas seguintes opções: branca, preta, amarela (pessoa que se declara de origem japonesa, chinesa, coreana etc.), parda ou indígena" (IBGE, 2022, p. 23).

conceito caberia também o grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns (Brasil, 2019, p. 81-90).

Ora, não considerando suficiente a adulteração de um termo que tem (ou tinha) sua precisão mais ou menos bem delimitada (pelo menos por exclusão, ou seja, para definir o que não se encaixaria no conceito de raça), houve verdadeira afronta ao princípio da taxatividade e da interpretação restritiva das leis penais, o que ocasiona o aumento do poder punitivo do Estado sobre o indivíduo. Nessa senda, a interpretação utilizada extrapolou o que se entende comumente como "raça" para abarcar outros significados, criados (ou validados) judicialmente.

O entendimento do "racismo social", por meio do qual qualquer discriminação contra minorias se enquadraria – já que o considera como manifestação de poder em que há a subjugação e negação social, por parte de um grupo dominante em relação ao grupo dominado (Brasil, 2019, p. 130) – é problemático de diversas formas. Caso se leve essa premissa ao extremo, enquadrando como racistas quaisquer condutas que visem oprimir um grupo minoritário, poder-se-ia incluir inúmeras outras minorias que atualmente não possuem proteção específica por meio do Direito Penal (tal como espectros políticos minoritários, times de futebol minoritários, moradores de rua etc.). Ou seja, abarcaria diversas minorias atualmente não incluídas na LR, o que exacerbaria sobremaneira o poder punitivo estatal sobre o indivíduo e violaria o postulado da taxatividade e da segurança jurídica.

4. RESPEITO AO CONTEXTO HISTÓRICO DE ELABORAÇÃO DA NORMA

Constatou-se que o acórdão se utilizou da doutrina para habilitar o poder punitivo, contrariando a legalidade penal e a premissa de que em Direito Penal a interpretação de normas penais deve ser feita sempre de forma restritiva. Porém, mesmo que se admitisse a interpretação extensiva, fato é que o aplicador da lei deve buscar o

sentido da norma, entender o que ela almejava reprimir e os motivos pelos quais foi editada para se chegar ao que a LR realmente se propunha tutelar.

Esse esforço foi feito em alguns votos. Fux (Brasil, 2019, p. 433-434) afirmou que o legislador da Lei 9.459/1997, que atualizou a LR para incluir a discriminação em relação à etnia, religião ou procedência nacional, reconheceu que o racismo decorreria da mesma intolerância que suscitou os outros tipos de discriminação – o que, em sua visão, legitimaria o enquadramento da homotransfobia na LR, já que ela também decorreria da mesma intolerância que suscitou os outros tipos de discriminação. Já Celso de Mello (2019, p. 131-132) citou o min. Nelson Jobim, que integrou a Assembleia Nacional Constituinte, asseverando que no debate da Constituinte estavam presentes diversas minorias, inclusive os homossexuais, e que todas elas poderiam ser objeto do racismo, nunca tendo se pretendido, com o debate, restringir o termo apenas ao negro.

Já outros ministros, como Barroso (Brasil, 2019, p. 298) asseveraram ter havido "mutação constitucional" – mecanismo de modificação informal da CRFB que permite a transformação do sentido e alcance de suas normas sem alteração do seu texto – no conceito de racismo em razão da evolução vivida pela sociedade brasileira. Explicou que quando da edição da LR, em 1989, o debate em torno do tema ainda não se encontrava suficientemente maduro, mas que agora esse cenário teria se modificado, não se podendo tolerar a ausência de tutela à população LGBT+.

Todavia, em que pese tais argumentações, fato é que a CRFB determinou a criminalização do "racismo", sem conceituá-lo, tendo tal mandamento sido materializado por meio da edição da LR, que inicialmente punia somente a discriminação oriunda de raça ou de cor. Além disso, tampouco existia àquele tempo, como não existe agora, entendimento majoritário no sentido de incluir a minoria homossexual no conceito de racismo – até porque, infelizmente, até 17/05/1990 a homossexualidade era considerada uma doença pela OMS, tendo inclusive número no CID, como bem observou a min. Carmen Lúcia

(Brasil, 2019, 482). Nessa esteira, é descabido se falar que o conceito de raça ou de racismo, quando utilizado pelo constituinte ou pelo legislador da LR, teria o escopo de incluir a minoria homossexual.

Isto posto, para se vislumbrar o que o legislador realmente objetivava quando da edição do diploma normativo, a observação da exposição de motivos da legislação é uma boa ferramenta nesse mister. Vejamos, então, trecho da exposição de motivos do PL 668/88, posteriormente transformado na LR:

> O negro deixou, sem dúvida, de ser escravo, mas não conquistou a cidadania. Ainda não tem acesso aos diferentes planos da vida econômica e política. É mais do que evidente que as desigualdades e discriminações raciais marcam a sociedade, o Estado e as relações econômicas em nosso País. Passados cem anos da Lei Áurea, esta é a situação real. Embora os valores culturais - em suma, a herança cultural africana - mantenham a capacidade de impregnar a vida do brasileiro, quaisquer que sejam os traços étnicos, o negro está privado do direito à cidadania em uma prática odienda do racismo (Brasil, 1988, p. 2208).

Da análise do excerto evidencia-se que o termo "raça" utilizado na legislação se refere à definição do dicionário Houaiss trazida algures, bem como à definição do IBGE, e não a um grupo de pessoas que comunga das mesmas ideias e práticas, como entendeu o STF. "Raça" remete ao povo negro, descendente da população escravizada trazida do continente africano. Logo, apenas com a utilização evidente de analogia é que se pôde incluir a população LGBT+ no termo "raça" e a homotransfobia no conceito de "racismo".

De fato, tampouco se poderia falar em variação do conceito no tempo, como pretendeu o min. Barroso, já que no Direito Penal, por expressa previsão constitucional, legal, supranacional e doutrinária, vigora (ou deveria vigorar) o Princípio da Legalidade, o que implica a

edição de uma legislação específica para positivar essa mudança. Ora, a suposta falta de maturidade no debate na época da edição da LR, bem como a suposta mudança na percepção social do que seria o racismo, não autorizam a extensão de um tipo penal a condutas inicialmente não abarcadas, já que nem o costume, nem a jurisprudência, nem a doutrina são fontes formais do Direito Penal e possuem o condão de tipificar condutas.

Percebe-se também que a interpretação realizada pelo STF, com esteio em pesquisadores e doutrinadores, não subsiste quando se analisa também a Lei 9.459/97, que adicionou ao art. 1º da LR os termos "etnia", "religião" e "procedência nacional". Não houve, como é cediço, a inclusão dos termos "orientação sexual" ou "identidade de gênero", que se diferenciam dos demais conceitos previstos no artigo e devem ser instituídos por lei formal. Com efeito, qualquer suposta intenção do legislador, mesmo que a tivesse exprimido na exposição de motivos, tampouco teria o condão de alargar o âmbito de incidência da norma penal – salvo se, como é sabido, previsse expressamente na lei tal incidência.

Inclusive, Paulo Paim (propositor da legislação), na exposição de motivos, não obstante tenha rechaçado o preconceito de forma geral, incluiu apenas os termos acima assinalados. Ora, caso a interpretação realizada pelo STF correspondesse à realidade dos fatos, os termos "etnia", "religião" e "procedência nacional" seriam prescindíveis na lei, já que o termo "raça" os abrangeria todos. Apesar disso, eles foram expressamente incluídos, em respeito ao princípio da legalidade e da taxatividade.

Diante disso, perante a exposição de motivos das legislações atinentes ao dispositivo alvo do julgamento da ADO nº 26, constata-se, de forma manifesta, que o STF deu sentido à lei diverso do que ela prevê, o que é expressamente inconstitucional, nos termos dos art. 2º, 5º, XXXIX, 22, I, 48 e 102 da CRFB. Dessa forma, prevendo o legislador, de forma expressa, qual será o sentido que deverá ser atribuído àquela norma, não caberá a outro Poder, em especial ao Judiciário, aplicar-lhe interpretação destoante ao que originariamente estava previsto.

Cabe ainda salientar que se o termo "raça", previsto no art. 1º da LR, abrangesse outras formas de discriminação que não as inseridas em seu sentido estrito, não haveria necessidade de existirem outros termos inscritos no tipo penal, abrangendo a legislação a discriminação a qualquer tipo de minoria – o que, como se sabe, não ocorre, tendo em vista que atualmente existem cinco vocábulos presentes no art. 1º da LR, sendo que os três últimos (etnia, religião e procedência nacional) foram incluídos posteriormente pela Lei 9.459/97.

Mormente em matéria penal, é imperioso que se respeite o contexto histórico em que a norma foi elaborada, como forma de se auferir o seu real sentido. Nas palavras de Zaffaroni et. al. (2011, p. 212),

> O respeito histórico ao âmbito real do proibido se impõe na legalidade porque, ao contrário, a simples omissão das agências políticas ampliaria fantasticamente as proibições: o punitivo é um âmbito que as agências políticas só podem planificar e aumentar mediante lei, e a omissão daquelas diante de mudanças significativas no contexto cultural ou tecnológico não pode ser interpretada como renúncia à sua função, como uma espécie de delegação aos juízes para fins de "atualização" legal constitucionalmente inadmissível.

Logo, não cabe ao aplicador da lei a tarefa de atualizar o sentido da legislação, sob pena não apenas de transgressão ao Princípio da Legalidade, mas também de violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Descabe ao juiz dar sentido mais abrangente ao que o legislador originariamente previu, muito menos dar sentido diverso ao pressuposto por ele na elaboração da norma.

O rol previsto no art. 1º da LR é claro ao preceituar quais tipos de discriminação ou preconceito são criminalizados: apenas os referentes à cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional. Este rol, assim como todos os tipos penais, é taxativo e não admite interpretação

extensiva ou analógica – conforme a melhor doutrina nacional ou estrangeira preceituam. Assim, é evidente que as normas penais devem ser lidas sempre de forma restritiva, não se podendo fazer ilações sobre o objetivo previsto pela norma. Principalmente se essas ilações, além de não corresponderem ao que o legislador vislumbrou, forem realizadas com o intuito de prejudicar o sujeito – que figura em total desigualdade perante o Estado diante de uma acusação.

5. FONTES DO DIREITO PENAL

Os ministros, em especial o relator, utilizaram largamente de textos acadêmicos e doutrinários para avalizar a posição de que o racismo consistiria na discriminação pura e simples de qualquer minoria. Para efetivar esse raciocínio, foi utilizada a doutrina como fonte formal do Direito Penal para possibilitar o ajuste da homotransfobia à LR.

O voto do relator ilustra categoricamente essa utilização. Dentre as diversas passagens doutrinárias que o ministro utiliza para realizar a subsunção da homotransfobia ao conceito de racismo, destaca-se a seguinte:

> É por isso que a doutrina (SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG, "Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio", p. 203/205, item n. 1.1, 2009, RT; FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA, "Da Criminalização do Racismo", p. 77/85, item n. 2.4.1.1, 2007, Del Rey; ALEXANDRE ASSUNÇÃO E SILVA, "Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião", p. 117/118, item n. 1.1, 2012, Atlas, v.g.), na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 82.424/RS), reconhecendo a imprestabilidade do conceito de "raça" como forma de identificação das comunidades humanas, tem assinalado que o racismo nada mais é do que uma ideologia, fundada em critérios pseudo-científicos , que busca justificar a prática da

> discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais. (Brasil, 2019, p. 112-113).

Além da utilização explícita da doutrina para habilitar o poder punitivo estatal, sete dos ministros[5] também se sentiram autorizados a realizar a subsunção da homotransfobia ao conceito de racismo, sem acreditarem estar incorrendo em qualquer violação aos preceitos regentes do Direito Penal, por meio da utilização de um precedente do STF que teria ampliado o conceito de racismo para abarcar não apenas discriminações oriundas de aspectos fenotípicos, projetando-se também em uma dimensão cultural e sociológica – o HC 82.424/RS (Caso Ellwanger) (cf. Brasil, p. 115, 215, 294, 369, 427, 472 e 531).

Outros, como Fachin (Brasil 2019, p. 197 e s.), citaram diversos documentos internacionais que tratam da proteção à população LGBT+ como forma de legitimar o enquadramento da homotransfobia na LR para proteger essa população. Tais documentos mostrariam que a criminalização da homotransfobia teria amparo internacional, justificando a colmatação da lacuna legislativa existente pelo STF.

Ora, como exaustivamente exposto anteriormente, em respeito ao Princípio da Legalidade Penal (art. 5º, XXXIX da CRFB), somente a lei é capaz de habilitar o poder punitivo, prescrevendo crimes e penas. Admite-se a influência no Direito Penal das fontes formais mediatas, tais como os costumes, a jurisprudência e a doutrina, tão somente para ajudar na compreensão do sentido e significado das leis ou para limitar e conter o poder punitivo – porém, nunca para ampliá-lo. Nas palavras de Zaffaroni et. al. (2019, p. 203), "a CR não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo".

5 Celso de Mello, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Rosa Weber, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

Em um Estado Democrático de Direito, jamais um precedente judicial deveria ser utilizado para ampliar o âmbito de incidência de uma norma penal, agindo como legislador positivo e inovando na ordem jurídica. A utilização pelos ministros do HC 82.424/RS para alargar o conceito de raça e abranger condutas homotransfóbicas na LR é uma deturpação torpe do papel que o Poder Judiciário deveria exercer de conter o poder punitivo do sistema penal e atenta contra os mais básicos princípios do Direito Penal. Além de o precedente citado ter se dado em controle difuso e não ser vinculante, é fato que uma decisão judicial não se presta à criminalização primária, mesmo que advenha da mais alta Corte do país.

Mais grave ainda é a utilização da doutrina como sustentáculo do malabarismo hermenêutico utilizado, já que o papel dos doutrinadores está restrito à orientação dos aplicadores da lei por meio da sistematização das normas jurídicas, "construindo conceitos, princípios, critérios e teorias que facilitem a interpretação e aplicação das leis vigentes" (Bitencourt, 2017, p. 195). Se nem um Poder de Estado, como é o caso do Judiciário, está autorizado a inovar na ordem jurídica no âmbito penal, que dirá o meio acadêmico, cuja utilização de sua produção deveria, ao contrário, ser utilizada para refrear a esfera de punição, na esteira do que defendem Zaffaroni et. al. (2011).

Já sobre a utilização dos documentos internacionais para subsidiar a decisão, não se pode deixar de notar também que todos eles, quando se referem expressamente à discriminação contra a população LGBT+, versam sobre a imprescindibilidade de repressão de tais condutas citando sempre a necessidade de lei, não havendo qualquer referência a este suprimento por meio da jurisprudência ou de decisões judicias. Os documentos (muitos inclusive sequer vinculantes) claramente orientam a elaboração de legislações contra a prática, e, em nenhum momento, aventam qualquer possibilidade de que essa proteção se dê por meio de provimentos jurisdicionais.

Ademais, leciona Tavares (2020, p. 77) que "as normas de direito internacional, acolhidas em tratados ou convenções de que o Brasil fora subscritor (...) não valem para obrigar a criminalização de condutas,

mas são aptas a funcionarem como normas limitadoras". Logo, mesmo que se pudesse considerar os documentos internacionais citados no acórdão como válidos para embasar a decisão, bem como que se admitisse que eles determinassem expressamente a homotransfobia como crime, eles jamais poderiam ampliar o poder punitivo, que, como dito, somente pode se dar por meio de lei respeitando-se os ditames da CRFB.

6. ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*

É patente que o cerne do acórdão (representado sobretudo pelo voto do relator) está voltado unicamente a demonstrar que houve omissão do Legislativo e que essa omissão deve ser suprida de alguma forma. Para suprir essa omissão, enquadrou-se a homotransfobia no conceito de racismo. Isto é, em seu âmago a decisão evidencia que, embora a homotransfobia não se enquadre no conceito de racismo, este conceito deve ser "flexibilizado" de forma a encaixar a primeira, visando à proteção da comunidade LGBT+.

Na prática, houve incontestável analogia *in malam partem*. O próprio fundamento presente na ementa do acórdão escancara a existência de analogia *in pejus*, já que afirma que até que sobrevenha lei emanada do CN destinada a implementar os mandados de criminalização (art. 5º, XLI e XLII da CRFB), as condutas homofóbicas e transfóbicas ajustar-se-ão aos preceitos primários de incriminação definidos na LR (Brasil, 2019, p. 05). Mesmo que todo o acórdão tenha sido redigido buscando demonstrar o contrário, fato é que de forma explícita a decisão utilizou de uma legislação já existente, referente à conduta diversa, para punir uma conduta que não possui previsão legal.

No caso, não se trata de norma penal em branco e nem de um termo com conceito totalmente aberto, tampouco nos casos em que a norma penal permite a interpretação analógica (como nos art. 146, 147, 218-C etc. do CP) para se considerar que a interpretação conforme

realizada faz a homotransfobia pertencer ao conceito de racismo. Ao contrário. Tratam-se de dois termos que possuem suas definições mais ou menos bem definidas, mas que, para reparar uma suposta injustiça, foram equiparados forçosamente ao mesmo significado com o fito de possibilitar a punição penal de uma conduta não criminalizada.

Vejamos. Como visto anteriormente, a analogia nada mais é do que o procedimento lógico destinado a adequar uma situação que não possui previsão legal a outra situação que possui essa previsão, em razão de suas semelhanças. Ou seja, em caso de lacuna, na ausência de normatização de determinado cenário, aplica-se a normativa pertencente a outro cenário que é regulamentado e que se assemelha com o primeiro cenário. Assim sendo, a lacuna é suprida e aquele contexto que não teria uma resposta judicial em razão da falta de regras específicas pode agora ter este retorno do Judiciário.

E isto é exatamente o que ocorreu na decisão. Ora, o racismo é uma conduta prevista legalmente como criminosa, a qual consiste, em síntese, na discriminação de um indivíduo ou grupos de indivíduos em função da cor da sua pele, origem étnica, traços físicos, dentre outros. Já a homotransfobia corresponde à discriminação de um sujeito em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. Nitidamente tais condutas são diferentes, com sujeitos passivos diversos e elementares do tipo distintas. No entanto, assemelham-se no verbo do tipo, já que ambas consistem em tratamento intolerante e preconceituoso em relação aos sujeitos passivos em razão de suas características pessoais.

Evidencia-se, portanto, patente processo de transposição de um caso a outro, aplicando a LR à homotransfobia em razão da falta de regulamentação específica da segunda e de suas semelhanças com a discriminação oriunda do racismo. Não se pode concluir de forma diversa ao se analisar os fundamentos trazidos pelos ministros, tais como os de Celso de Mello, quando uma de suas justificativas para o enquadramento da homotransfobia na LR se deu em razão de a população LGBT+ ter direito de receber igual proteção das leis, não podendo ser tolerados atos de desrespeito a esse grupo, incumbindo

ao STF velar pela sua integridade (Brasil, 2019, p. 139-140). Houve, de forma inequívoca, a aplicação de uma lei que criminaliza uma conduta a outra conduta que não é criminalizada.

Observa-se, portanto, que a decisão violou mais um dos preceitos fundamentais do Direito Penal: a proibição de analogia *in malam partem*. Sobre o tema, leciona Tavares (2020, p. 72) que:

> (...) são inadmissíveis no direito penal todas as formas de analogia, salvo quando possam beneficiar o sujeito. Isso vale para a analogia legis e para a analogia juris, respectivamente, que decorra da transposição à norma penal de preceito legal específico ou de princípios ou pensamentos jurídicos de outros ramos do direito.

Em consonância, Ferrajoli (2002, p. 308) leciona que contraria o princípio da legalidade o uso por parte da lei "de fórmulas elásticas ou carentes de denotação determinada". *In casu*, como explanado no início deste tópico, sequer se cuida de um termo aberto e carente de determinação aproximadamente precisa, o que implica na maior gravidade da decisão em discussão.

7. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM DIREITO PENAL

Mesmo que não se considere ter havido analogia, é evidente que houve, ao menos, interpretação extensiva – técnica vedada em matéria penal, conforme explanado nos tópicos anteriores. Essa interpretação extensiva foi travestida pelo acórdão por meio do termo "interpretação conforme", que será analisada em capítulo próprio, para dar ares de constitucionalidade à operação realizada e evitar possíveis críticas provenientes dos setores doutrinários do ramo penal. Por oportuno, cabe assinalar as razões pelas quais os ministros entenderam que a homotransfobia poderia ser interpretada como uma espécie de racismo.

O relator Celso de Mello, cujo voto foi acompanhado pela maioria dos demais ministros, considera que o conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto e afirma que o racismo não significa a exclusão e marginalização de determinado grupo identificado por sua configuração física ou étnica, mas sim "por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade", utilizando como subsídio o magistério de "autores eminentes" (Brasil, 2019, p. 106-107). Assim sendo, "o conceito geral e abstrato de racismo reveste-se de caráter amplo, sob cuja égide torna-se enquadráveis as práticas de homofobia ou de transfobia" (*idem,* p. 132).

Não se trataria, em suas palavras, de provimento jurisdicional de caráter aditivo, tendo em vista que a interpretação veiculada no voto buscaria "meramente adequar, mediante reconhecimento de sua identidade conceitual, comportamentos homofóbicos e transfóbicos à norma de tipificação penal que define a prática do racismo", na modalidade racismo social. Tampouco se estaria reconstruindo "a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente ('caso Ellwanger')" (*idem*, p. 134).

Alexandre de Morais afirmou que a impossibilidade de criação de tipo penal e de realizar analogia *in malam partem* não impediriam o "legítimo" exercício hermenêutico pelo STF, mediante a utilização da interpretação conforme para "adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados", devendo "ser encontrada a significação que apresente maior conformidade com as normas constitucionais". Caberia ao Judiciário, então, "aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção" (*idem*, p. 262-264).

Com isso, concluiu que os dispositivos da LR devem ser interpretados em consonância com a CRFB, em especial com os art. 1º, III, 3º, I e IV, e 5º, *caput* e inciso I. Em sua visão, "a análise desses

dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero", já que o texto constitucional estende a proibição da LR "a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos" (Brasil, 2019, p. 265).

O min. Luiz Fux justificou seu voto que acompanhou o relator, no sentido de interpretar a homotransfobia como sendo espécie de racismo, afirmando que "a interpretação (...) se entende como o ato de retirar da norma jurídica seu sentido e alcance, extraindo o espírito da lei", valorizando-se o elemento teleológico. Assim, asseverou não existir qualquer irregularidade, em razão de que "a aplicação dos tipos penais já previstos na Lei do Racismo respeita os parâmetros legitimamente estabelecidos tanto pelo constituinte, quanto pelo legislador ordinário" (Brasil, 2019, p. 435-437).

Barroso (Brasil, 2019, p. 285-286) declarou que, em razão de a comunidade LGBT+ constituir um grupo vulnerável, vítima de discriminação, caberia ao Estado o dever de interferir na defesa de seus direitos fundamentais. E, apesar de a criação primária de leis ser papel do Legislativo, a interpretação constitucional é papel típico do STF e "quando o Congresso não atua em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, o papel do tribunal se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição". Com isso, uma posição mais proativa por parte da Corte é justificada "quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático". Diante disso, arrematou:

> Ainda que a homofobia e a transfobia possam não se enquadrar no sentido usualmente atribuído ao termo racismo na linguagem popular, é certo que esta Corte, encarregada de interpretar o sentido e o alcance do texto constitucional, manifestou-se de forma inequívoca a respeito do alcance a ser dado a

> esse conceito, adotando definição abrangente (Caso Ellwanger) (Brasil, 2019, p. 293-294).

Da análise do acórdão fica nítido que os ministros admitiram que o conceito corriqueiro de racismo não abrangeria a homotransfobia – uns de forma explícita, como Barroso, outros de forma mais velada. Caso contrário, não haveria motivo para as mais de 500 páginas de fundamentação contidas no acórdão em debate. A fundamentação dos ministros buscou demonstrar que, não obstante esse não fosse o entendimento vigente até então, em realidade, o racismo abrangeria sim as condutas discriminatórias contra a população LGBT+.

Isso porque, em uma interpretação abrangente do conceito de racismo, ancorada em doutrinas e em precedentes judiciais (em especial o HC 82.424/RS), os ministros entenderam que a discriminação contra homossexuais e transexuais seria uma espécie do gênero racismo, na modalidade de racismo social. Com isso, entenderam que a LR, não obstante inexistir menção expressa a essas minorias, criminalizaria os atos de homotransfobia em razão de eles estarem englobados na discriminação em relação à raça, prevista nessa mesma legislação.

Pois bem. Da leitura de tais fundamentos resta claro ter havido evidente interpretação extensiva de um tipo penal, não se podendo concluir de forma diversa. Isso porque, se a homotransfobia já estava contida no conceito de racismo, em tese, sequer seria preciso uma decisão judicial declarando este fato. Porém, ao contrário, foi necessária toda uma operação hermenêutica realizada no julgamento da ADO para "esclarecer" que a homotransfobia estaria sim notoriamente contida no conceito de racismo. Logo, se a homotransfobia foi sempre uma variação do racismo, qual a necessidade da decisão para enquadrá-la[6]?

6 Somente após a finalização deste trabalho é que me deparei com o texto "A pretendida criminalização da homofobia e da transfobia e a destruição das normas garantidoras de direitos humanos fundamentais", da brilhante Maria Lúcia Karam, autora, dentre diversos trabalhos, do antológico artigo "A esquerda punitiva". Após a leitura do material, tive a grata surpresa de constatar que Karam, ainda em 2019, havia chegado à conclusão a que eu cheguei somente anos depois, ao apontar a incoerência do enquadramento da homotransfobia no conceito de racismo e ao mesmo tempo afirmar existir uma omissão inconstitucional. Em suas palavras: "Ora, se tais

Com efeito, observa-se que na realidade houve modificação do que se entendia usualmente por raça, ocorrendo, por conseguinte, inovação na ordem jurídica. Isso em função de que, até o julgamento da ADO nº 26, como admitido amplamente pelos ministros, os atos de homotransfobia cometidos contra a população LGBT+ não eram punidos, o que, na visão dos julgadores, consistia em uma proteção insuficiente a esse grupo, que se via à mercê dessa discriminação sem supostamente possuir mecanismos institucionais de defesa. E, com a decisão do Plenário, essa proteção finalmente passou a existir por meio do enquadramento das condutas homotransfóbicas na LR mediante interpretação conforme.

Em outras palavras, houve ampliação objetiva do tipo penal, que agora deve, obrigatoriamente, abarcar as condutas de discriminação à população LGBT+. Conforme leciona Tavares (2020, p. 75), "haverá integração legal e não apenas diversidade de interpretação todas às vezes em que a decisão judicial acrescentar ao enunciado legal outro elemento não previsto e nem autorizado pela própria lei mediante o recurso da interpretação analógica". Exatamente o caso em comento.

Muito menos se poderia falar em um suposto "espírito da lei" que deve ser buscado pela interpretação do STF, tal como proclamou o min. Fux. Pelo contrário, em matéria penal, nada poderia ser mais danoso e perigoso. Conforme leciona Cirino (2020, p. 45):

> A atribuição de significados fundados no espírito da lei encobre a criação judicial de direito novo, mediante juízos de probabilidade da psicologia individual, assim resolvidos no Direito Penal: se o significado concreto representar prejuízo para o réu, constitui analogia proibida; se o significado concreto

condutas pudessem ser enquadradas naqueles tipos penais não haveria omissão a ser declarada. Como é possível reconhecer a existência de uma omissão legislativa e, ao mesmo tempo, se valer de uma lei existente para afirmar a criminalização que se diz faltar? Única forma de fazê-lo é empregando a vedada analogia in malam partem. Evidentemente insustentáveis os discursos dos prolatores dos votos até agora proferidos no Supremo Tribunal Federal, negando, com grande desfaçatez, estarem se valendo da vedada prática" (Karam, 2019).

> representar benefício para o réu, constitui analogia permitida.

A análise sobre a suposta finalidade da LR e do art. 5º, XLII abranger também a população LGBT+ foi discutida de forma pormenorizada em tópico próprio. Cabe agora, tão somente, assinalar ser inquestionável que o resultado do acórdão é totalmente prejudicial ao réu, haja vista que a conduta pelo qual supostos indivíduos agora podem ser acusados não possui previsão expressa na legislação. E, havendo prejuízo para ele, tal interpretação deveria ser proscrita, e não aclamada como um suposto avanço civilizatório.

Cabe rememorar, então, como deve (ou deveria) ser feita, em um Estado Democrático de Direito, a interpretação em matéria de Direito Penal. Em princípio, é preciso destacar que "qualquer processo idôneo de hermenêutica pode ser aplicado no âmbito do direito criminal, desde que respeite o princípio da legalidade" (Bitencourt, 2017, p. 197). Ou seja, nem a doutrina, nem a jurisprudência podem habilitar o poder punitivo – no sentido de acionar, fazer valer para uma situação que antes não valia – para além da lei (Zaffaroni et. al., 2011, p. 203).

Ora, havendo qualquer tipo de dúvida ou ambiguidade no que determinado elemento do tipo significa, com possíveis consequências no que tange à expansão do âmbito de incriminação, tal legislação deve ser considerada inconstitucional por ferir o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da CRFB), devendo ser retirada do ordenamento jurídico. No mesmo sentido aponta Zaffaroni et. al. (2011, p. 210), ao informar que em caso de dúvida interpretativa sobre o alcance semântico da criminalização, tais "dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização". Somente assim se pode efetivar de maneira eficiente o princípio da legalidade e da *ultima ratio* do Direito Penal.

A única exceção para essa diretriz, aponta Zaffaroni et. al (2011, p. 211), seria quando "o sentido restringido traz uma consequência deformadora ou absurda, que o literal mais amplo evita". Mas, mesmo nesse caso, "esse extremo também exige que a interpretação reduza

o âmbito do proibido ao nível mínimo dos limites semânticos". Fora dessas situações, em respeito aos postulados supracitados, a interpretação mais restrita é medida que se impõe.

Diante do exposto, observa-se que a decisão do STF de enquadrar a homotransfobia na LR mediante intepretação conforme violou os princípios mais básicos do Direito Penal, consistindo em uma afronta à Legalidade, à Taxatividade, à Segurança Jurídica, à Separação dos Poderes e ao Estado Democrático de Direito. Citando novamente Zaffaroni (2011, p. 211), "o critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o formidável avanço da tipificação irresponsável".

8. CRIAÇÃO DE UM NOVO TIPO PENAL PELO STF

Até então nem a doutrina e nem a jurisprudência eram consideradas fontes formais imediatas do Direito Penal, conforme a totalidade dos manuais acadêmicos e dos penalistas. Inclusive, o racismo como uma discriminação relativa à orientação sexual não consta em nenhum documento internacional assinado pelo Brasil. Porém, o STF resolveu inovar na ordem jurídica e utilizar um conceito proveniente das ciências sociais (diga-se de passagem, um conceito que sequer possui ou está próximo de um consenso acadêmico) para conceituar como "racista" a discriminação oriunda da orientação sexual ou da identidade de gênero.

Pois bem. É preciso não brigar com as palavras. O importante é o seu conteúdo. E é preciso esclarecer que a forma é diferente do conteúdo. Forma é o modo como algo aparece, como os objetos se manifestam. Já o conteúdo é a essência daquilo, é o que ele realmente é. Logo, o que importa não é a maneira como algo se expressa, não é a exteriorização aparente do fenômeno, mas sim o seu conteúdo, o que ele realmente é e o que ele realmente produz de transformação no mundo físico.

Nessa toada, não interessa se o STF chamou o enquadramento da homotransfobia na LR de "interpretação conforme" ou utilizou outro termo; não interessa se os ministros afirmaram expressamente não ter havido violação à reserva legal e nem analogia *in malam partem*. O que importa é o conteúdo, as consequências, os resultados da decisão. E o resultado é que uma conduta que antes era considerada atípica, agora, por meio de uma decisão judicial, está enquadrada em uma lei que veda fiança, prescrição, graça, anistia etc.

E seus efeitos práticos já podem ser vislumbrados nos tribunais de justiça de todo o país. Atualmente existem diversas condenações de pessoas pelo cometimento do crime de racismo em razão da discriminação oriunda da orientação sexual ou identidade de gênero, bem como a negativa de benefícios aos autores dessas condutas em razão de seu enquadramento na LR[7]. Tal situação evidencia as consequências do julgamento em debate, haja vista que, por meio de provimento jurisdicional, uma conduta não prevista em lei não só passou a ser criminalizada, como também implica o não reconhecimento de diversos institutos penais, tais como prescrição, fiança, graça, anistia, dentre outros.

Simplificadamente, o tipo penal nada mais faz do que descrever uma conduta e, normativamente, proibir o seu cometimento sob ameaça de cominação de uma pena. Conforme elucida Bitencourt (2017, p. 188), "não há um imperativo expresso nas normas incriminadoras, mas ressalta tal proibição, que se encontra latente no bojo dos dispositivos penais". É por meio dessa descrição típica, realizada pelos parlamentares, legítimos representantes da população

7 Como exemplos, cita-se: decisão do TJMG, que manteve a condenação do apelante pelo cometimento do delito do art. 20 da LR (TJ-MG - Apelação Criminal: 5022516-77.2022.8.13.0079 1.0000.24.115521-7/001, Relator: Des.(a) José Luiz de Moura Faleiros, Data de Julgamento: 16/04/2024, 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/04/2024); decisão do TJSP, que manteve a condenação do apelante pelo cometimento do delito do art. 2º-A da LR (TJ-SP - Apelação Criminal: 1500101-93.2024.8.26.0204, Relator: Des.(a) Guilherme de Souza Nucci, Data de Julgamento: 19/12/2024, 16ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL); decisão do TJDF que negou a possibilidade de ANPP ao recorrente em razão da prática de homofobia (TJ-DF - Recurso em Sentido Estrito: 07300591220248070003 1946225, Relator: SIMONE LUCINDO, Data de Julgamento: 21/11/2024, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 28/11/2024).

brasileira (art. 1º, p. u. da CRFB), nos termos previstos nos art. 59 e s. da CRFB, que o Estado inova na ordem jurídica e criminaliza uma conduta.

Como visto, os ministros entenderam não ter havido violação ao Princípio da Reserva Legal porque já existiria uma norma anterior criminalizando determinadas discriminações, tendo ocorrido apenas a possibilidade de essa legislação já existente poder ser aplicada a outros casos, como à homotransfobia. Isso porque, conforme fundamentação do acórdão, existe plasticidade na norma, já que o termo "racismo" seria polissêmico, abrangendo diversos outros significados, tais como a discriminação homotransfóbica. O racismo, então, seria a discriminação odiosa cujo objetivo é o rebaixamento e a segregação de determinado grupo minoritário e vulnerável – seja ele qual for.

Cabe questionar, então, se o conteúdo da decisão realmente não violou o ordenamento jurídico pátrio e os princípios que regem o Direito Penal. Para isso, basta verificar os efeitos práticos da decisão. A partir de seu julgamento, uma conduta que anteriormente não era punida – a discriminação homotransfóbica – por inexistir legislação específica recriminando a prática, agora passa a ser punida. Porém, inexistindo legislação criminal prevendo expressamente a conduta.

Em outras palavras, sem existir legislação penal escrita, elaborada pelo CN por meio dos procedimentos previstos constitucionalmente, uma conduta que anteriormente era atípica, não punida, indiferente ao Direito Penal, a partir do julgamento da ADO nº 26 passou a ser reprimida pelo ordenamento jurídico, sem a necessidade de ter havido elaboração normativa pelo parlamento brasileiro. Houve, portanto, explícita inovação na ordem jurídica, mas sem a existência de lei regendo a matéria.

Ora, tal circunstância teratológica é tão manifesta que existem precedentes do próprio STF, sobre a mesma situação, decidindo de forma diversa, tal como no Inq. 3590/DF, em que a Corte se posicionou no sentido de não ter havido o crime de homofobia por parte de um parlamentar brasileiro em razão de essa prática não se enquadrar no

conceito de racismo. Houve brusca mudança de posicionamento em apenas cinco anos, já que o julgamento do inquérito em questão foi realizado no ano de 2014.

Outrossim, o acórdão também previu a obrigatoriedade de incidência da qualificadora do motivo fútil no caso de cometimento do crime de homicídio em razão da homotransfobia (art. 121, §2º, I do CP) e a incidência obrigatória da agravante do art. 61, II, "a" do CP sempre que o crime tiver essa motivação. Essa previsão foi trazida por sugestão do min. Roberto Barroso (Brasil, 2019, p. 302) e foi acolhida pelos ministros, que subscreveram a tese que passou a constar do dispositivo do acórdão.

Em um só ato, o STF enquadrou uma conduta atípica em toda uma legislação criminal, com diversos tipos penais, que não admite fiança e nem prescrição, sem ter havido elaboração formal de lei prevendo a conduta. E, indo além, previu também a incidência obrigatória de qualificadoras e agravantes, que podem aumentar sensivelmente a pena, no caso do crime ser motivado pela homotransfobia – prática não prevista em qualquer legislação criminal.

Para finalizar, ressalta-se mais uma vez: em matéria penal não se pode inovar na ordem jurídica senão por meio de lei. Logo, para se saber se houve ou não houve inovação na ordem jurídica por meio de decisão judicial cabe apenas verificar se, a partir dela, uma conduta que antes não era punida agora o é. Se a resposta for negativa, não houve inovação na ordem jurídica. Porém, se for positiva, evidencia-se ter havido inovação.

9. EXISTE PROTEÇÃO INSUFICIENTE?

Como informado logo na introdução do livro, o objetivo do presente trabalho não é o de avaliar a necessidade ou não de uma tipificação própria para a prática da homotransfobia, mas sim apontar os erros, incoerências, inconstitucionalidades e ilegalidades

cometidas pelo STF quando decidiu, por meio do julgamento de uma ADO, criminalizar essa prática.

Nesse sentido, cabe retomar brevemente alguns argumentos utilizados pelos ministros para subsidiar a asserção de que haveria proteção insuficiente. Celso de Mello afirmou que os atos lesivos contra a população LGBT+ têm atingido nível alarmante, já que essa comunidade seria "reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero" (Brasil, 2019, p. 71-72).

Indo além, asseverou que o Brasil seria o "campeão mundial nesse tipo de crime" (Brasil, 2019, p. 72). Gilmar Mendes trouxe em seu voto estatísticas que demonstrariam "de forma clara a gravidade do número de incidentes de transfobia e homofobia que resultaram em assassinatos" (Brasil, 2019, p. 529). Barroso, por sua vez, asseverou que o Brasil é o "país que registra o maior número de assassinatos de transexuais do mundo" (Brasil, 2019, p. 282). A ministra Carmen Lúcia também apontou em seu voto que o Brasil ostentaria o "triste lugar de campeão em assassinatos de homossexuais e transexuais pela sua condição pessoal" (Brasil, 2019, p. 491).

Os três primeiros ministros citados apontaram expressamente a fonte de onde retiraram a informação de que o número dos crimes violentos homotransfóbicos no Brasil apresentariam níveis preocupantes – o GGB. Carmen Lúcia, apesar de não os ter citado expressamente, provavelmente também retirou a conclusão de sua fala dos dados trazidos por essa entidade, que também atuou na ação como *amicus curiae*. Outros ministros, em seus votos, também fizeram referências às estatísticas da ONG, tais como Fux (Brasil, 2019, p. 422), Lewandowski (Brasil, 2019, p. 511) e Marco Aurélio (Brasil, 2019, p. 548).

Os dados trazidos pelo GGB são os seguintes:

> a) aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período; b)

> 56% dos assassinatos ocorrem em via pública; c) das 445 vítimas referidas, 194 (43,6%) eram gays , 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes; d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no "ranking " mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema; e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais); f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país (Brasil, 2019, p. 72-73).

Os ministros utilizaram dados relativos aos anos de 2016 e 2017, trazidos pelo GGB, e que supostamente comprovariam o alto índice de morte da população LGBT no país. Acontece que parte dos dados trazidos por essa organização e utilizados por diversos ministros para embasar seu entendimento de que os números relativos à homotransfobia são alarmantes mostram-se incorretos e /ou padecem de graves imprecisões e inconsistências.

Vieira et. al. (2019) analisaram de maneira independente os dados trazidos pelo GGB, relativos ao ano de 2016, e chegaram a uma conclusão estarrecedora: dos 347 LGBT+ mortos classificados como vítimas da violência homotransfóbica pelo GGB, 49,2% dos casos são inconclusivos (não se podendo determinar a motivação do óbito), 38,8% são comprovadamente falsos e apenas 12% dos mortos trazidos nas estatísticas foram confirmados como oriundos de homotransfobia.

Os pesquisadores observaram que as estatísticas produzidas pela ONG revelaram graves problemas de rigor. Para tanto, eles refizeram "todo o trabalho do GGB referente ao ano de 2016" e checaram "os dados colhidos pelo grupo", descobrindo que o banco de dados da organização "sofre de graves problemas de rigor". Além de serem

computados como mortes oriundas de homotransfobia no Brasil óbitos ocorridos no exterior, casos duplicados ou casos em que não foi possível recuperar as fontes, o GGB incluiu em seus números mortes acidentais e suicídios, mesmo sem se checar se eles se deram por conta da discriminação (Vieira et. al., 2019).

No mesmo sentido, Marés e Moraes (2019) apontam como "insustentável" a afirmação de que o Brasil seria o país que mais mata LGBT no mundo, não só pela ausência de estatísticas confiáveis, mas também pela impossibilidade de realizar a comparação com o mundo. Igualmente, Rudnitzki (2019) concluiu não ser possível "dizer que o país é o que mais mata essa população no mundo".

Outras estatísticas também foram utilizadas por alguns ministros, como as trazidas pelo relatório anual produzido pela ANTRA. No entanto, Vieira (2022) assevera que esse relatório, assim como o do GGB, também possui graves problemas metodológicos, "com o agravante de que a ONG ativamente esconde os dados, como o GGB também passou a fazer depois da checagem de 2019".

Com efeito, vislumbra-se que um forte argumento utilizado pelos ministros para apontar a suposta proteção insuficiente à população LGBT+ foram as estatísticas de mortes dessa população, trazidas pelas ONG supracitadas. Por sua vez, como se apontou, tais estatísticas não são confiáveis, não se podendo afirmar com o mínimo de segurança se os números indicados correspondem ou não à realidade.

Infelizmente, o Brasil não produz estatísticas sérias, regulares e abrangentes sobre os mais diversos assuntos importantes para a sociedade – aqui se incluindo, obviamente, estatísticas referentes à população LGBT+. Tais dados, quando existentes, originam-se de associações e/ou ONG, e, devido à falta de estrutura dessas entidades, falta de recursos, de pessoal ou até mesmo à falta de formação na área por seus membros, tais números são precários e incertos. Nesse sentido, utilizar dados inseguros e inconsistentes como esses para subsidiar uma decisão tão significativa não se mostra a decisão mais sensata.

Mas, para além dos dados apresentados, observa-se que, ao contrário do afirmado pela Corte no acórdão do julgamento, de que haveria proteção insuficiente por parte do Poder Público em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima, essa proteção já existe (mesmo que não de forma específica) no ordenamento jurídico pátrio. Apesar de não existirem leis ou atos normativos voltados especificamente para a população LGBT+ (ou existirem de forma exígua), não se pode falar que essa comunidade está desprotegida.

Ora, o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que infelizmente muitas pessoas de orientação LGBT+ sofrem no país das mais variadas formas enquadra-se em tipos penais já existentes no CP e em legislações esparsas, além de também poder ser reparado na esfera cível por meio de indenização por danos morais, materiais ou estéticos (não abordados aqui por questão de delimitação do tema). Analisemos sucintamente, então, o enquadramento legal de possíveis práticas homotransfóbicas.

Segundo exposto alhures, a homotransfobia é a discriminação odiosa de homossexuais ou transexuais em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. E tal discriminação pode se materializar de diversas formas, seja de modo sutil, seja de modo explícito, podendo ser empregado inclusive a violência ou a grave ameaça com o intuito de oprimir, humilhar e castigar essa população.

Pois bem. Se a conduta se der de forma oral ou escrita, os delitos de ameaça (art. 147, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP) se encaixam na ação do sujeito ativo, havendo majorantes se as duas últimas práticas forem cometidas na presença de várias pessoas, por meio que facilite sua divulgação ou pela *internet* (art. 141, III e §2º, CP).

Essa proteção também existe caso ocorra alguma das situações previstas nos art. 146 (constrangimento ilegal) ou 147-A (perseguição), todos do CP. Por sua vez, se a discriminação ocorrer também por meio de violência física, o delito de lesão corporal, previsto no art. 129 do

CP, enquadra-se à ação. Ademais, o homossexual ou transexual que receber tratamento diferenciado em órgão público em razão de suas características pessoais pode acionar os órgãos de persecução penal por possível cometimento, por parte do funcionário público, do crime de prevaricação (art. 319 do CP).

Caso a discriminação resulte em homicídio, também se mostra plenamente cabível a incidência da qualificadora prevista no art. 121, §2º, I do CP (motivo fútil). E, em todos os casos acima assinalados (à exceção do art. 121, §2º, I, CP), aponta-se também ser cabível a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, "a" do CP, já que a motivação do delito evidentemente é fútil.

Na hipótese de discriminação ou limitação no que tange ao acesso à relação de trabalho, pode-se recorrer à proteção da Lei nº 9.029/95, e, em caso de discriminação por parte de um fornecedor de produtos ou serviços, pode-se recorrer ao CDC, que considera prática abusiva a recusa da venda de bens ou a prestação de serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento (art. 39, IX do CDC).

Com efeito, a afirmação de que, caso a "solução" determinada pelo STF não tivesse sido tomada, a população LGBT+ estaria desprotegida, mostra-se manifestamente falsa. Isso, por óbvio, não significa que essa proteção já existente por meio dos tipos penais acima assinalados seja suficiente para a proteção dessa população. No entanto, tal insuficiência deve ser suprida e sanada pelos meios previstos constitucionalmente, respeitando-se a reserva de lei em matéria penal e a separação dos Poderes, de forma a não deturpar princípios secularmente estabelecidos e nem violar cláusulas pétreas, como se deu com o julgamento da ADO nº 26.

CAPÍTULO 4

CRÍTICA À DECISÃO SOB O ASPECTO CONSTITUCIONAL

Embora este não seja o foco principal do presente trabalho, cabe tecer breves considerações acerca do aspecto constitucional do julgamento da ADO nº 26, não só em razão da pertinência temática, mas também por existirem algumas anomalias ostensivas na decisão, inclusive com frontal violação ao texto legal e constitucional.

Tais aspectos são relevantes para que se possa ter uma visão mais global sobre o assunto e possuir mais subsídios para entender a paquidérmica distorção efetuada pelos ministros para realizar a criminalização da homotransfobia sem legislação regendo a matéria. Buscar-se-á demonstrar que houve inequívoco desrespeito não só ao Direito Penal, mas também ao Direito Constitucional.

Sendo assim, o presente capítulo pretende abordar de forma sintética e concisa alguns pontos atinentes a essa ação constitucional e sobre o seu cabimento ou não para o pedido em análise, para além de seu aspecto penal. Com isso, busca-se dar certa interdisciplinaridade ao trabalho e expandir os horizontes de compreensão sobre o tema.

1. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ADO é oriunda do direito alemão, que, após a Lei Fundamental de 1949, adotou a possibilidade de se arguir, perante a Corte Constitucional, uma omissão legislativa (Meirelles; Wald; Mendes, 2019, p. 526). Sendo assim, esta ação é relativamente nova nos ordenamentos jurídicos, tendo sido concebida apenas em meados do século passado, contrapondo-se ao tradicional papel do Judiciário de legislador negativo (quando declara a inconstitucionalidade de uma norma, e, consequentemente, a sua invalidade).

No ordenamento jurídico brasileiro, por meio dos legitimados do art. 103 da CRFB, essa ação constitucional visa que o STF declare existir uma inconstitucionalidade proveniente do Poder Público (Legislativo ou Executivo) decorrente de uma inércia, relacionada a uma norma constitucional que ainda não se concretizou por conta

desta ausência de atuação dos Poderes da República responsáveis por elaborar e regulamentar normas e direitos.

Em outras palavras, para que tenha cabimento a ADO, deve existir um mandamento constitucional determinando que se legisle sobre certa matéria, ou prescrevendo um direito que deve ser regulamentado por lei ou ato normativo posterior, somado a uma inércia do Poder Legislativo ou Executivo que, de modo injustificável e indefensável, não cumpriu com seu dever e não elaborou a legislação ou a regulamentação sobre o tema.

2. OBJETO

O objeto da ADO se resume a omissões constitucionais normativas e abarcam tanto o Poder Legislativo (responsável precipuamente pela elaboração dos atos normativos primários, ou seja, aqueles que inovam em direitos ou obrigações) quanto o Poder Executivo (responsável majoritariamente pelos atos normativos secundários, que visam regulamentar os atos primários).

Isto posto, somente quando houver conduta negativa de algum Poder, relativa a comandos ou mandamentos constitucionais, é que será cabível a proposição de ADO. Logo, é imprescindível a ausência ou insuficiência da realização dos objetivos constitucionais pelo Poder responsável, diante de um extenso lapso temporal sem uma atitude positiva de sua parte[8].

Assim, quando a CRFB exigir uma atuação mais completa de algum Poder, e este não a realizar, ou a realizar de forma insuficiente (de maneira a não abarcar a totalidade do que visava o constituinte), caberá

8 Fernandes (2021, p. 2119-2120) explica que tradicionalmente, o STF considerava que o Poder Legislativo incorria em inércia se não tivesse ocorrido apresentação de projeto de lei no que tange à matéria pendente de deliberação legislativa. Contudo, pontua que desde 2007, quando do julgamento da ADI 3682, a Corte passou a reconhecer a conduta omissa com a *inertia deliberandi* do Parlamento. Ou seja, mesmo que existissem projetos de lei apresentados, ainda haveria omissão se os projetos de lei relativos a ela não tivessem sendo discutidos e votados. Logo, o STF passou a considerar "que a não deliberação dentro de um prazo razoável também caracteriza omissão" (*idem*).

a ADO. Ademais, os efeitos do julgamento desta ação constitucional são vinculantes, aplicando-se a todos de forma indistinta, não havendo que se falar em caso concreto ou direito subjetivo.

Fernandes (2021, p. 117) esclarece que essa norma constitucional que é objeto da ADO deve ser de eficácia limitada, ou seja, normas que necessitam ser reguladas e complementadas pelo legislador infraconstitucional para produzirem efeitos, não possuindo aplicação imediata. Elas se diferenciam das normas constitucionais de eficácia contida, que possuem no próprio texto constitucional todos os elementos aptos a ensejarem sua plena efetividade (podendo, contudo, ser delimitadas pelo legislador infraconstitucional) e das normas constitucionais de eficácia plena, que, além de não necessitar de complementação infraconstitucional para a produção de efeitos, não pode ser limitada pelo legislador.

Especificamente no caso do Parlamento, não obstante o legislador, em regra, não esteja obrigado a legislar de determinada maneira ou sobre temas específicos, a CRFB prevê alguns casos em que essa discricionariedade se torna uma obrigação e o legislador está vinculado, obrigado a agir positivamente e legislar sobre determinado tema porque assim está previsto em seu texto. Para ficar apenas nos exemplos penais, tem-se o caso da LR ou da LCH, editadas em decorrência, respectivamente, dos art. 5º, XLII e XLIII.

Dessa forma, para efetivar determinados mandamentos constitucionais (no caso, a punição da prática do racismo e o tratamento diferenciado para os crimes considerados hediondos) a CRFB determinou um agir positivo do Poder Legislativo. Em caso de inércia ou omissão, então, seria cabível a ADO.

3. FINALIDADE E EFEITOS

Fato é que, após a proposição da ADO, do seu regular trâmite e do julgamento do mérito pelos ministros, o efeito de seu julgamento positivo é o reconhecimento da omissão e a notificação do poder

omisso para que ela seja sanada. Evidencia-se, por conseguinte, que a função do STF é a de "pressionar" o poder omisso para que saia da inércia e tome alguma atitude diante daquela situação. É o que está previsto na CRFB (art. 103, §2º), é o que está previsto na LADI (art. 12-H). Vejamos:

> CRFB, art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) §2º 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. (Brasil, 1988).
> LADI, art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. (Brasil, 1999).

Da leitura atenta destes dispositivos, constata-se que em nenhum momento é previsto que o julgamento da ADO tenha o condão de substituir o próprio ato omisso que ela visa combater. Sua função, como o próprio nome explicita, é a de declarar a omissão e alertar o poder inerte para que tome as devidas providências. Não existe, em todo o corpo da CRFB e da LADI, qualquer alusão ou prescrição de suprimento da mora por meio de provimento jurisdicional.

Nesse sentido, Meirelles, Wald e Mendes (2019, p. 533) preceituam:

> Não parece subsistir dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, fundamentalmente, mediante a promulgação de lei. Os princípios da Democracia e do Estado de Direito (art. 1º) têm na lei instrumento essencial. Não se trata, aqui, apenas de editar normas reguladoras das mais diversas

> relações, mas de assegurar sua legitimidade mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos.

Logo, caso existisse a previsão de o julgamento substituir o ato omisso – o que, frisa-se, não está previsto legal ou constitucionalmente – o que ocorreria na prática seria a absorção de competências de um Poder em relação ao outro, o que contraria de forma direta o art. 2º da CRFB. Isso pois, conforme prevê o art. 48 da CRFB, cabe ao Poder Legislativo, na figura do CN, dispor sobre as matérias de competência da União (art. 22, CRFB) – disposição que deve ser realizada majoritariamente por meio de lei.

Com efeito, as previsões normativas estabelecem, então, que o máximo que poderia acontecer em um julgamento de ADO seria o STF estipular um prazo para que o Poder omisso tomasse a iniciativa, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade – embora esta situação esteja expressamente prevista apenas em relação ao Poder Executivo, nos termos do art. 103, §2º da CRFB e do art. 12-H, §1º da LADI. Inclusive, a tese não concretista – reconhecimento da mora e promoção da ciência ao poder competente para que supra a omissão – sempre foi a posição tradicional adotada pelo STF (Fernandes, 2021, p. 2119).

4. ADOÇÃO DA TESE CONCRETISTA

Não obstante a expressa previsão legal e constitucional, bem como sua posição costumeira, Fernandes (2021) aponta que, desde o julgamento da ADI nº 3682, o STF passou a adotar o entendimento de que a estipulação de prazo para sanar a mora também pode ser fixado para o Poder Legislativo – apesar de que, nesse caso, o prazo não seja obrigatório, não havendo sanções pelo seu descumprimento.

Porém, ao longo dos anos, o STF avançou ainda mais no seu entendimento e, desde o julgamento da ADO nº 25, em 2016, Fernandes (2021, p. 2120-2121) assinala que a Corte adotou pela primeira vez a

tese concretista intermediária (típica do mandado de injunção), o que significa que a Corte "fixa um prazo para a supressão da mora e, se não respeitado esse prazo pelo legislador, o direito é, de alguma forma, concretizado".

Marinoni (2023, p. 597) adota posição consentânea com este entendimento, ponto de vista com o qual o presente trabalho não se filia. Para o jurista, apenas a ciência ao Poder competente não seria "adequada do ponto de vista da efetividade do processo e da tutela da ordem constitucional, já que outorga a quem tem o dever de legislar a possibilidade de se omitir, deixando ao desamparo os direitos e as normas constitucionais". Consoante dispõe:

> Quando o Legislativo não atua, um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional têm inescondível dever de proteger a Constituição. Assim, se é a norma legislativa que falta para dar efetividade à Constituição, cabe ao Judiciário, sem qualquer dúvida, elaborá-la, evitando, assim, a desintegração da ordem constitucional (Marinoni, 2023, p. 597).

Com isso, a expressa previsão do art. 103, §2º da CRFB, de que o Poder Judiciário deverá dar ciência ao Poder omisso, conforme o posicionamento do autor, não proibiria a elaboração da norma pelo Poder Judiciário, tendo em vista que ele deve dar efetividade às normas e mandamentos constitucionais, à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CRFB).

Do contrário, "ao não se conceber a elaboração da norma pelo Judiciário, confere-se ao Legislativo, implicitamente, o poder de anular a Constituição" (Marinoni, 2023, p. 597). Apesar disso, a visão do autor é temperada ao admitir que a atuação do Poder Judiciário somente seria admissível "quando a norma não exigir a atuação insubstituível do legislador", além do fato de que esta atuação deve se dar caso o Legislativo não siga o prazo estipulado pelo Judiciário para suprir a omissão constitucional (Marinoni, 2023, p. 598). Logo, nos

casos expressamente previstos que exijam atuação legiferante (art. 5º, XXXIX, art. 150, I e art. 163, CRFB, p. ex.) não haveria de se falar neste suprimento pelo Judiciário.

Fato é que ficou demonstrado que, no julgamento objeto deste trabalho, "o STF foi ainda mais radical do que na ADO nº 25, e adotou a tese concretista direta" (Fernandes, 2021, p. 2122). Ou seja, a Corte tomou a iniciativa e, por sua própria disposição, por meio de provimento jurisdicional, efetivou o direito considerado inexistente por meio do vácuo normativo do CN, deixando de apenas notificar o Poder competente ou de fixar prazo para que ele sanasse a omissão inconstitucional.

5. DESVIRTUAÇÃO DOS EFEITOS DA ADO

Destarte, observa-se que o julgamento da ADO nº 26 não seguiu o previsto na CRFB ou na lei específica desta ação constitucional, a posição tradicional da Corte e tampouco o que a doutrina demarca como sendo o limite da atuação do Poder Judiciário nesta ação. Com isso, o dever de apenas cientificar o Poder omisso, ou, no extremo, elaborar normas que não possuam expressa reserva de lei (conforme posicionamento de alguns doutrinadores), não foi observado pela decisão. Como observado, foi adotada a tese concretista direta, tendo a Corte efetivado desde logo o direito, por meio do enquadramento da homotransfobia à LR enquanto não sobrevier legislação específica.

Conforme amplamente discutido neste trabalho, podendo também se vislumbrar na ementa do acórdão do julgamento, a solução encontrada pelo STF para o problema discutido (demora do CN em tipificar a homotransfobia) foi o "enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei 7.716/89" (Brasil, 2019, p. 02-03). Vejamos:

> (...) A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA "IDEOLOGIA DE GÊNERO" – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (...) (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA "IN MALAM PARTEM"), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 (...) (Brasil, 2019, p. 02-03).

No entanto, apesar dos subterfúgios retóricos utilizados no acórdão, frisando expressamente não se tratar de analogia *in malam partem*, e, muito menos, de formulação de tipos penais, o que se observou, como discutido anteriormente, foi a existência de um novo crime, vez que a criminalização da discriminação de alguém por conta da orientação sexual ou de gênero não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Sublinha-se novamente o fato de que, se de tal enquadramento resultou a previsão de que uma ação (não prevista legalmente) agora é proibida, cominando-se para essa ação uma pena prevista em tipo penal que se reputa análogo, aliado à criação de um sujeito passivo, está-se, sim, diante de um novo tipo penal. Uma nova situação, não prevista anteriormente, agora é proibida, cominando-se uma pena privativa de liberdade em caso de sua realização.

Nesse aspecto, a despeito do fato de que formalmente não se possa falar em criminalização (já que ela não seguiu os procedimentos previstos para a lei formal – art. 61 e ss., CRFB), é evidente que se pode falar em criminalização material, vez que o julgamento possui eficácia geral e efeito vinculante. Ou seja, singularmente houve a criação de um novo tipo penal sem que tenha havido, até o momento, previsão legal para tanto. Em nome de uma causa justa, distorceu-se flagrantemente o que a CRFB preceitua de forma expressa.

6. INEXISTÊNCIA DO OBJETO DA ADO

O trecho acima colacionado evidencia, dentre outras violações à CRFB, a total usurpação de competências realizadas pelo STF em relação ao Poder Legislativo, tendo em vista que não existe nenhum dispositivo na CRFB que preveja a obrigação de o CN legislar sobre a criminalização da homotransfobia, tal qual se deu com o racismo e com os crimes hediondos. A CRFB, neste aspecto, restou totalmente silente, como já se teve a oportunidade de discutir no capítulo anterior.

Apenas a título de realce, vale apontar que o que existe, e que foi utilizado no julgamento da ADO nº 26 pelo STF, é o dever e o objetivo constitucional do Estado de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CRFB), bem como a obrigação de a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CRFB).

No mesmo sentido está a obrigação de proteger a dignidade da pessoa humana (fundamento do Estado Brasileiro – art. 1º, III) e garantir a igualdade a todos, sem distinção, assegurando o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Entretanto, importante sublinhar que a CRFB, apesar de visar combater as discriminações de qualquer tipo, em nenhum momento se referiu expressamente à orientação sexual ou de gênero. Por sua vez, tampouco preceituou que a proteção a essa população (genericamente abarcada

pelo mandamento de punir qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais) deva se dar necessariamente pela via penal.

Contraposto a esse fato, no caso do racismo existem previsões expressas que utilizam o termo "racismo", tal como o princípio do repúdio ao racismo (art. 4º, VIII, CRFB) e o mandamento de criminalização desta prática (art. 5º, XLII, CRFB). Portanto, não obstante se possa falar em insuficiência do texto normativo quanto à necessidade de proteção de outros grupos minoritários, não se pode extrair do texto constitucional existir um dever expresso de criminalização das discriminações relativas à orientação sexual.

A previsão de punição de condutas discriminatórias, sem especificar quais seriam elas, existe somente e tão somente no art. 5º, XLI (apesar de que neste caso não se falar expressamente em um dever de criminalizar a prática, mas sim de puni-la, que pode se dar por outros ramos do direito em respeito ao princípio da *ultima ratio*) e nos incisos XLII, XLIII e XLIV da CRFB, estes, sim, apontando de forma manifesta a necessidade de criminalização das condutas indicadas pelo texto constitucional.

7. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES

Importante frisar estarem presentes de forma expressa, em todos os supracitados mandamentos de criminalização, a obrigação de que ela se dê em forma de lei – observando-se, portanto, as competências da União e o devido processo legislativo (art. 22, 48, 61 e s., CRFB). Com isso, os mandamentos de criminalização de algumas condutas, previstos na CRFB, não autorizam a usurpação de competências de um Poder sobre o outro nem a violação à cláusula pétrea (vez que o art. 5º, XXXIX está protegido pelo art. 60, §4º, todos da CRFB).

Resta evidente então, com base no que foi longamente desenvolvido nos capítulos anteriores, que na prática houve a criação de um novo tipo penal pelo Poder Judiciário, em total afronta a

cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CRFB), ao Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, CRFB), às competências Poder Legislativo e do CN (art. 22, 48 e 49, XI da CRFB), ao processo legislativo (art. 61 e ss., CRFB), às competências e atribuições do Poder Judiciário e do STF (art. 96 e 102, CRFB), e, principalmente, ao art. 5º, XXXIX da CRFB.

Houve violação contumaz ao Princípio da Reserva Legal, cláusula pétrea, vez que de fato houve a criação de um novo tipo penal por meio de analogia ou de interpretação extensiva, já que a discriminação em razão da orientação sexual ou de gênero não está tipificada no ordenamento jurídico. Destarte, como discutido algures, pode ocorrer (como inclusive já vem ocorrendo) a paradoxal situação de alguém ser processado criminalmente sem esta conduta estar expressamente prevista em lei, já que, conforme o art. 22, I, 48 e 65 e s. da CRFB, o processo de criação de leis penais no Brasil segue predominantemente o procedimento previsto para a elaboração das leis ordinárias.

Em linhas gerais, neste procedimento, após a proposição de um projeto de lei por um membro do parlamento, tal proposta deve ser votada e aprovada por uma Casa, revista pela outra e enviado à sanção do presidente da república, podendo seu veto ser derrubado se rejeitado pelo CN (art. 66, §4º, CRFB). Logo, evidencia-se ter havido violação ao Princípio da Separação dos Poderes, pois, ao proceder com a decisão de "enquadramento" da homotransfobia nas situações de discriminação previstas na LR, como dito anteriormente, originou-se novo tipo penal, não previsto legalmente.

Obviamente que tal atitude não está amparada nos casos de atividade atípica dos poderes, que, no caso do Judiciário, restringem-se à elaboração dos regimentos internos dos tribunais e normas atinentes à gestão do próprio Poder Judiciário, nos termos dos art. 93 e 96 da CRFB. Isto posto, observa-se que o acórdão, utilizando-se de escusas retóricas presentes de forma manifesta, legislou sobre matéria reservada ao Parlamento sem autorização constitucional para tanto (que só é cabível ao Poder Executivo, nas hipóteses do art. 68 da CRFB).

Com efeito, o Judiciário não pode se sobrepor, de forma autoritária e inconstitucional, aos demais Poderes da República, julgando-se autorizado por supostamente ser um vetor "iluminista" ou de avanço social (Barroso, 2023, p. 180)[9]. A prescrição de um dever de conduta em matéria penal, a inovação na ordem jurídica de um dever ou de uma proibição, oriunda de um julgamento pela Suprema Corte, não está prevista em lei e muito menos na CRFB. Esta é clara ao preceituar que, após a apreciação da inconstitucionalidade por omissão, o STF deverá dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias (art. 103, §2º, CRFB).

No mesmo sentido, o art. 12-H da LADI também é claro ao prescrever que, "declarada a inconstitucionalidade por omissão (...), será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias". Não se fala, em nenhum momento, em tomar o lugar do Poder omisso e colocar em prática a decisão por ele. O dever do STF é claro: decidir e notificar o Poder competente – o que não ocorreu no presente caso.

8. LIMITES DA ADO

A atividade do Judiciário diz respeito à melhor aplicação e interpretação das leis, com base em diversas técnicas interpretativas e nos casos concretos (à exceção do controle concentrado de constitucionalidade nesta última situação). Todavia, isso não significa que este Poder possa contrariar normas constitucionais ou princípios secularmente consagrados pela doutrina e jurisprudência tanto nacional quanto alienígena. Há um limite, muitas vezes tênue, entre a interpretação e a verdadeira extrapolação de competências.

Sobre os limites da jurisdição constitucional, Grostein (2020, p. 41) leciona:

9 O posicionamento de Barroso (2023) será discutido de maneira crítica com maiores detalhes no último capítulo deste trabalho.

> Uma primeira e óbvia categoria de limitações se encontra nos textos constitucionais e legais. Nesta seara, as normas positivadas – constitucionais ou legais – impõem-se de forma exógena à jurisdição constitucional, balizando-a de forma imperativa. O direito positivado funciona, deste modo, como limite exterior à atuação de todos os agentes estatais, alcançando também, por óbvio, o Poder Judiciário. Em realidade, a própria ideia de rule of law indica que textos constitucionais e legais se justificam, sobretudo, para conter a atuação do Estado, protegendo, pois, a esfera jurídica dos cidadãos.
>
> É bem verdade que nem sempre Constituições definem com clareza os limites da atividade estatal, como um todo, e da função judicial, em particular. De todo modo, ainda que sintéticos, ordenamentos constitucionais veiculam limites expressos aos órgãos judiciais por eles institucionalizados. Figuram, portanto, como mecanismos exógenos de contenção do Poder Judiciário.

Assim, conquanto muitas das normas constitucionais não possuírem seu sentido notoriamente explícito, o que abre margem para interpretações das mais diversas, existem aquelas que possuem um sentido indiscutível. Se, por exemplo, o art. 5º, XXXVII preceitua que não haverá juízo ou tribunal de exceção, não pode o legislador, e muito menos o Poder Judiciário, interpretar que, em algumas situações, poderá ser criado um órgão especial para julgar um fato após ele ter sido praticado. O dispositivo é claro e não abre margem para interpretação.

O mesmo se pode dizer para o art. 5º, XXXIX, que veda expressamente a criminalização de condutas, bem como a cominação de penas, sem que antes haja lei dispondo sobre ela – mesmo que essa criminalização se dê de forma dissimulada, por meio da "subsunção" de determinadas condutas a outras previstas em legislação própria, tal como se deu no julgado em comento. De fato, como explanado

em capítulos anteriores, se após o julgamento uma conduta que não possui previsão legal e que até então não era criminalizada passa a ser, então houve efetivamente a sua previsão como criminosa, o que fere o Princípio da Legalidade.

Outrossim, no caso em discussão, nem mesmo se trata de uma interpretação de dispositivos constitucionais cujo objetivo seja o de ampliar direitos, assim como o STF fez em 2011, no julgamento da ADI nº 4.277, quando, de forma unânime, houve a equiparação das relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, reconhecendo-se a união entre casais do mesmo sexo também como um núcleo familiar e, na prática, prevendo a possibilidade de casamento entre casais homoafetivos.

Ao contrário desta elogiável decisão, em que houve a ampliação de direitos e a busca pela igualdade entre a população, a decisão da ADO nº 26 ampliou a presença do braço penal do Estado, contrariando de forma expressa cláusulas pétreas, dispositivos internacionais, constitucionais e legais, além de princípios do Direito Penal conquistados arduamente há séculos, abrindo um perigoso precedente que debilita a segurança jurídica. Na esteira de Meirelles, Wald e Mendes (2019):

> (...) a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador a tarefa de construção do Estado Constitucional (p. 534).

Assim, normas e princípios que visam, acima de tudo, proteger o indivíduo do arbítrio e da discricionariedade dos detentores do poder estatal foram deturpadas e fragilizadas utilizando-se o adágio de que os fins justificam os meios.

9. A ILEGITIMIDADE DA COLMATAÇÃO DA LACUNA PELO STF

Um dos motivos utilizados pela Corte para realizar o imediato enquadramento da homotransfobia na LR foi o de que o processo legislativo seria moroso e que não haveria garantia nenhuma de que a criminalização da homotransfobia fosse transformada em lei. Tal fato justificou o descumprimento do previsto na legislação e na CRFB, que determinam que em caso de procedência da ADO deve-se notificar o poder competente para que ele tome as devidas providências.

Nesse sentido, como indicado anteriormente, em 23/05/2019 o relator da ADO foi notificado pelo CN, sendo-lhe informado que teriam sido apresentados dois PL que visavam a criminalização da homotransfobia: o PLS nº 860/2019 e o PLC 2.672/2019, tendo este último, à época, sido retirado de tramitação por requerimento de seu relator. Ademais, houve também a aprovação, em caráter terminativo, do PLS 672/2019 pela CCJ do Senado.

Evidenciou-se, na ocasião, que o início do julgamento da ADO nº 26 pelo STF causou impacto nacional e teve o condão de mobilizar e impulsionar a ação do parlamento brasileiro, que não só apresentou novas propostas de criminalização da prática, mas também deu andamento a antigas propostas que estavam estacionadas. Isto posto, pode-se dizer que, com o simples início do julgamento da referida ação, seu objetivo foi cumprido, já que o Poder competente iniciou o processo para suprir a inércia em que estava.

Não obstante esse fato, Celso de Mello entendeu não existir obstáculo para o prosseguimento da ação, afirmando que a mora do CN não estava descaracterizada e que a omissão ainda persistiria no ordenamento jurídico, já que, em sua visão, a mera existência de proposição legislativa no CN não afastaria a inércia do Poder Legislativo (Brasil, 2019, p. 314-316).

O relator da ADO afirmou também que não haveria qualquer garantia de que os PL teriam avanço no processo legislativo, restando um "quadro de permanente indefinição". Assentou que, mesmo que o STF tivesse posicionamento anterior no sentido de que a mera

instauração do processo legislativo descaracterizaria a mora, esse entendimento já teria sido superado desde 2007 (Brasil, 2019, p. 323-324).

Nas palavras do ministro, "a mera apresentação de projeto de lei não garante, por si só, a certeza de sua aprovação por ambas as Casas do Congresso Nacional" (Brasil, 2019, p. 334). Com isso, em razão da chance de o processo legislativo poder ser barrado por um número específico de parlamentares, a mora ainda estaria constituída e não haveria qualquer obstáculo ao prosseguimento do julgamento.

A falta de "liquidez e certeza" da aprovação foi um dos argumentos utilizados por Alexandre de Morais para seguir o entendimento do relator e dar continuidade ao julgamento (Brasil, 2019, p. 346). Por sua vez, Luiz Fux, em seu voto que acompanhou o relator, ressaltou que em situações normais teria votado pela suspensão do julgamento e para aguardar o CN, mas, em razão de alguns parlamentares terem protocolado pedidos de *impeachment* contra os ministros no Senado, ele votou pela continuidade, sob o argumento de que tais atos seriam atentatórios à dignidade da jurisdição (Brasil, 2019, p. 350-351).

O voto do relator para dar continuidade ao julgamento foi acompanhado pela quase totalidade dos ministros, à exceção de Dias Toffoli, que acompanhou a divergência instaurada por Marco Aurélio. Este ministro, em uma demonstração de lucidez e espírito republicano, votou a favor da suspensão do julgamento. Afirmou que não se poderia "deixar de suspender o processo porque integrante do Tribunal está sendo fustigado no foro competente, que é o Senado da República" (Brasil, 2019, p. 351), e constatou que não faltavam processos a serem apreciados pelo Plenário e que, em razão do pano de fundo sensível, o momento seria de deferência para com os demais Poderes (Brasil, 2019, p. 362).

Seja como for, antes mesmo de ser iniciado o julgamento, fato é que existiam diversos PL em tramitação no CN que buscavam a criminalização da homofobia ou da homotransfobia. A título ilustrativo, o Senado Federal, citado pelo relator da ADO, apontou pelo menos dezessete projetos que tratariam da temática. Não obstante, o

fato de existirem tais projetos não foi suficiente para o relator nem para os ministros, que asseveraram que tais propostas não teriam o devido andamento no CN, sendo sempre, de certa forma, "boicotados".

Dessa forma, os ministros entenderam que a omissão inconstitucional existiria, bem como a mora persistiria, mesmo com diversos projetos de lei tratando sobre o tema, tendo em vista que eles não evoluiriam no Parlamento. Por esse motivo, e pelo fato de o STF ter mudado de entendimento quanto aos efeitos das ações relativas a omissões constitucionais, passando do entendimento da mera notificação para a colmatação da lacuna por meio da materialização do direito, houve o provimento da ADO.

Pois bem. Em uma primeira análise da situação, evidencia-se de plano uma inconveniência, já que se mostra problemático que o Poder Judiciário adentre em questões internas atinentes aos outros Poderes, extravasando suas competências. Ora, o Parlamento é o local por excelência do debate e da disputa, cumprindo não apenas essa função, mas a de representar a população brasileira, nos termos do art. 1º, p. u. da CRFB. Indo além, o sistema de votação dos deputados foi constituído de tal forma a cumprir a função de representar diversos segmentos da sociedade, por meio do sistema de votos proporcional.

Dito isso, somente os parlamentares, por representarem de forma direta os interesses da população brasileira – que os elegeu – é que, nos termos da soberania popular inscrita na CRFB, podem definir crimes e cominar penas. Isso significa que a atuação mais lesiva e invasiva por parte do Estado só pode ser legítima se ela cumprir os requisitos previstos constitucionalmente e representar os interesses da própria sociedade brasileira – situação que é cumprida por meio do processo legislativo, levado a cabo pelos representantes eleitos pela população nacional.

Entretanto, o resultado do julgamento da ADO nº 26 não apenas transgrediu a soberania popular, mas também feriu o postulado da Divisão dos Poderes, inscrito no art. 2º da CRFB. Ora, não cabe ao Poder Executivo ou ao Judiciário imiscuir-se nos pormenores e especificidades do Poder Legislativo. As esferas dos Poderes são

independentes e, nos termos da CRFB, deveriam ser harmônicas, de forma à atuação em outro poder se restringir à sua limitação, com esteio no sistema de freios e contrapesos.

Outrossim, fato é que, seja pelos diversos PL existentes antes do início do julgamento da ADO, seja pela notificação do Senado de que depois do julgamento teriam sido protocolados outros projetos, bem como sido movimentados projetos anteriormente parados, o objetivo da ADO já teria sido cumprido. Dito de outro modo, se o efeito da decisão de procedência dessa ação é o de notificar o Poder competente para que tome as devidas providências de forma a colmatar a omissão inconstitucional (art. 103, §2º, CRFB e art. 12-H, LADI), tem-se que tal finalidade já teria se materializado – antes mesmo do seu julgamento.

Tais fatos, por si só, seriam relevantes para mostrar que o CN estava disposto a cooperar e bastaria sua notificação para que suprisse a omissão – o que impediria o vilipêndio à Reserva Legal. No entanto, o relator, seguido pelos demais ministros, entendeu tais fatos como inadmissíveis a prejudicar o andamento da ação, insistindo em seu julgamento e no posterior suprimento da omissão pelo STF – em completa afronta à Legalidade Penal.

Ora, o objetivo da ADO é o de justamente retirar o Poder omisso da inércia para que ele, dentro de suas competências, cumpra com suas funções previstas na Carta Maior. Sendo assim, sequer foi preciso que o julgamento da ação fosse concluído para que essa finalidade fosse alcançada, sendo que, como visto, o CN já estava se movimentando e buscando a sua colmatação.

Todavia, os ministros não se contentaram com isso e, em um gesto de total desrespeito não só aos demais Poderes, mas também à CRFB e à legislação, optaram por dar continuidade ao julgamento. E, indo além, ao final do julgamento, com a decisão de procedência, não se limitaram a fazer cumprir o mandamento legal e constitucional de notificar o Poder competente, mas resolveram, por conta própria, colmatar a lacuna constitucional por meio da tipificação de uma conduta por ato jurisdicional.

Ocorre que tal ato foi totalmente desnecessário e desproporcional. A inércia do Poder Legislativo, caso realmente existisse, poderia ter sido suprida de outra maneira, sem se passar direto à criminalização da conduta pelo próprio STF. Poder-se-ia ter cientificado o CN, prescrevido um prazo para ele ou se utilizado de outros meios de "coerção" para fazê-lo suprir a suposta omissão (mesmo que a estipulação de prazo e essa coerção não estejam previstos em lei).

Deveria ter sido utilizado, em correspondência aos princípios do Direito Penal e do postulado da *ultima ratio*, meios menos gravosos do que a imediata criminalização da homotransfobia. Ou seja, apenas se as medidas tomadas pela Corte não surtissem efeito, o STF em tese estaria legitimado a tomar essa drástica decisão. Contudo, como apontado, o STF sequer considerou se utilizar desses meios e esperar para agir, sob o argumento de que já teria se passado tempo demais.

10. UTILIZAÇÃO DETURPADA DA TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

Por fim, cabe assinalar também a utilização distorcida do método da interpretação conforme, utilizada para enquadrar a homotransfobia ao conceito de racismo. A ementa do acórdão expressamente dispõe que foi dada interpretação conforme à CRFB, em razão dos mandados de criminalização do art. 5º, XLI e XLII, para enquadrar a homotransfobia na LR:

> Seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social (...) na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI + , 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 (Brasil, 2019, p. 10).

Celso de Mello asseverou que o conteúdo polissêmico do conceito de raça, aliado à constelação axiológica que qualifica os direitos previstos na CRFB, justifica a utilização da interpretação conforme para adequar a homotransfobia à LR (Brasil, 2019, p. 128). Alexandre de Morais apontou que a interpretação conforme deve ser "utilizada para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados" (Brasil, 2019, p. 263). Já Barroso aproveitou para, por meio também da interpretação conforme, obrigar a aplicação do art. 121, §2º, I e II do CP sempre que o homicídio tiver como motivação a homotransfobia (Brasil, 2019, p. 301).

Mas o que seria a interpretação conforme? Esta pode ser conceituada como "a possibilidade de o STF declarar a constitucionalidade de uma interpretação de norma jurídica, em virtude de ela estar em consonância ou estar compatível (adequada) com a Constituição" (Fernandes, 2021, p. 2159). Portanto, o objeto da presente técnica é a declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de determinada interpretação de uma norma, de modo que "o STF afasta as demais interpretações, mas mantém (garante) a norma no ordenamento" (*idem*).

Bulos (2014, p. 470-471) ensina que "a interpretação conforme a constituição é um meio para as Cortes Supremas neutralizarem violações constitucionais", em que "em vez de declarar a norma inconstitucional, o Tribunal escolhe a alternativa interpretativa que a conduza a um juízo de constitucionalidade", sendo "um critério de exegese constitucional e, ao mesmo tempo, uma técnica de controle de constitucionalidade". Evidencia-se ser necessário, por isso, o questionamento da constitucionalidade de uma determinada norma para que ela, em vez de ser invalidada pelo STF caso se considere sua inconstitucionalidade, seja interpretada conforme a CRFB – ocasião

em que a Corte indicaria qual seria a interpretação "correta" a ser utilizada.

Seja como for, fato é que tal técnica possui suas limitações. Mendes (2014, p. 258-259) elucida que "não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador". O conteúdo pretendido pelo legislador quando da elaboração da norma deve ser, portanto, mantido, haja vista que "qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade" (*idem*).

No mesmo sentido, esclarece Bulos (2014, p. 473) que a interpretação conforme a Constituição "não pode ser utilizada para distorcer o sentido originário das leis ou atos normativos, os quais não devem sujeitar-se a exegeses absurdas ou deturpadas". Em continuação, o renomado constitucionalista arremata asseverando não ser possível ao intérprete "realizar exegeses desproporcionais, que extrapolem os lindes da razoabilidade, ampliando ou reduzindo o alcance de um dispositivo legal apenas para adequá-lo a situações contingenciais que, em rigor, nem são por ele contempladas" (*idem*).

Diante do exposto, observa-se haver, ao menos, dois defeitos formais na utilização da técnica da interpretação conforme pelo STF para incluir a homotransfobia na LR. Em primeiro lugar, tal técnica de controle de constitucionalidade deve ser utilizada quando há o questionamento da constitucionalidade de determinada norma ou de sua interpretação, de maneira a estabelecer a correta exegese para o dispositivo constitucional em caso de inconstitucionalidade. Assim, evita-se a declaração de inconstitucionalidade total da norma e a sua retirada do ordenamento jurídico.

Contudo, não foi o que ocorreu. Essa técnica ou critério foi utilizada em uma ADO, cujo objeto era, por óbvio, uma omissão inconstitucional relativa à implementação de um suposto mandado de criminalização previsto no art. 5º, XLI. Não se questionava a constitucionalidade da LR, tampouco qualquer interpretação atinente a ela ou a seus dispositivos, mas sim uma omissão de legislar prevista

no art. 5º, XLI da CRFB. Dessa forma, não haveria possibilidade de enquadrar a homotransfobia na LR mediante a utilização do método da interpretação conforme, já que, como visto, esta técnica é utilizada para afastar interpretações inconstitucionais e manter a norma questionada no ordenamento jurídico (Gonçalves, 2021, p. 2159).

Já o segundo defeito constatado na utilização desse critério interpretativo se relaciona aos seus limites. Como visto, a interpretação conforme não pode ser utilizada para contrariar ou deturpar o sentido originário da norma, previsto pelo legislador, de maneira a convertê-la em "um mecanismo disfarçado de legiferação" (Bulos, 2014, p. 473), já que não cabe ao Poder Judiciário o papel de legislador positivo, inovando na ordem jurídica e usurpando competências.

E, mais uma vez, não foi isso que ocorreu. Conforme largamente explanado neste trabalho, a LR foi criada em respeito ao art. 5º, XLII da CRFB, buscando criminalizar e punir condutas racistas, entendidas estas como qualquer discriminação realizada contra um indivíduo em razão de sua cor ou raça. O objetivo de seu idealizador foi reparar uma injustiça histórica, oriunda da escravização dos povos negros trazidos da África, de maneira a buscar fazer essa população conquistar seu direito à cidadania. Houve expressa menção ao negro e à escravidão, bem como à necessidade de fazer essa população "acessar os diferentes planos da vida econômica e política" (Brasil, 1988).

Demonstrou-se também que tampouco o idealizador da Lei 9.459/97, quando acrescentou à LR a criminalização da discriminação em relação à etnia, religião ou procedência nacional, objetivou criminalizar condutas homotransfóbicas. Na exposição de motivos do PL o deputado Paulo Paim se referiu novamente à população negra, e em nenhum momento fez qualquer menção à população LGBT+. Sendo assim, não se pode retirar de uma legislação – principalmente criminal – objetivo não almejado pelo(s) parlamentar(es) responsável(is) pela sua criação. Agir de maneira diversa, mormente se utilizando da técnica da interpretação conforme – não só vitupera esse método, mas também implica em desrespeito aos princípios basilares do Direito Penal.

CAPÍTULO 5

BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AO STF

À primeira vista, pode parecer uma contradição ou um contrassenso se falar em uma inconstitucionalidade praticada por uma instituição que tem por finalidade objetivo diametralmente oposto: a guarda da CRFB. No entanto, infelizmente isso tem se tornado cada vez mais comum. A título de exemplo, cita-se o julgamento do HC 126.292 (cujo conteúdo foi revertido alguns anos depois, após o julgamento das ADC 43, 44 e 54), que autorizava o início imediato do cumprimento da pena após condenação em segunda instância, mesmo que pendentes outros recursos (em direta contradição com o texto expresso do art. 5º, LVII da CRFB). À luz dessa situação, este capítulo visa refletir criticamente sobre o atual papel exercido pela Corte no país.

1. A PROEMINÊNCIA E A EXCESSIVA CONCENTRAÇÃO DE PODERES NA CORTE

Não é recente a percepção e consequente crítica que muitos doutrinadores e pesquisadores destinam ao poder cada vez maior – e muitas vezes exercido de forma discricionária – que o STF vem acumulando desde o advento da CFRB. Ainda em 2008, Vieira já assinalava diversos julgamentos em que esse excesso de poder se mostrava, como, por exemplo, o julgamento da constitucionalidade da Lei 11.105/05 (sobre o uso de células-tronco em pesquisas). Na ocasião, Vieira (2008, p. 444-445) apontou uma "supremocracia", referindo-se "à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário", bem como "à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes".

Enquanto no primeiro caso a referência se dá pelo comando que o STF exerce sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e pela uniformização da jurisprudência (a forma "correta" de se interpretar as leis), no segundo caso a referência se dá porque a Corte exerce uma espécie de "Poder Moderador" em relação aos demais Poderes, vez que tem a última palavra sobre praticamente todos os temas. Isso se dá porque, nos termos do art. 102, *caput*, da CRFB, cabe à Corte,

precipuamente, a guarda da Constituição, mister exercido por meio do julgamento acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, para além da função eminentemente de jurisdição constitucional, Vieira (2008, p. 447) aponta que o STF acumula também as funções de tribunal constitucional, foro judicial especializado e tribunal de recurso de última instância.

Diante de todo esse poder que esta corte concentra, Assis (2012, p. 65-66) assevera que o STF muitas vezes "extrapola competências ao proferir decisões de natureza política fundamentadas em argumentos utilitaristas e vagos, tais como 'segurança jurídica' e 'dignidade da pessoa humana', possibilitando a relativização de princípios constitucionais como se fossem valores". Inclusive, tais poderes muitas vezes superam, e muito, os poderes que as cortes constitucionais de outros países possuem – isso, dentre outros motivos, em razão principalmente da extensão de nossa Carta Magna. Vieira (2008) afirma que esse protagonismo do STF, originário da CRFB, foi aumentado com a EC 45/04, que atribuiu diversos poderes e competências que não eram previstos anteriormente.

A previsão da súmula vinculante é um fator ilustrativo dessa situação. O art. 103-A da CRFB prevê a possibilidade de aprovação de súmula que terá efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta de todas as esferas. Outrossim, ao se analisar alguns julgamentos recentes e polêmicos advindos da Suprema Corte, percebe-se que essa tendência concentradora tem se agravado cada vez mais. Para ficar em apenas mais alguns exemplos desse poder excessivo, cita-se a suspensão liminar dos efeitos da Lei 14.434/23 (que instituiu o piso salarial nacional para enfermeiras, técnicas e auxiliares de enfermagem e parteiras) por meio do julgamento da ADI 7222. Após o julgamento da ADI pelo plenário, foi definido, à revelia do que consta no texto expresso da lei, que o piso deverá ser pago no setor privado apenas se não houver acordo coletivo.

Além dela, há também a Lei 13.964/19 (Lei Anticrime), que teve seu art. 3º-A suspenso por mais de três anos por meio de medida liminar, no bojo do julgamento das ADI nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que tratava acerca da constitucionalidade do juiz de garantias. Com o julgamento pelo plenário das ações supracitadas, houve verdadeira mudança da vontade do legislador. A figura do juiz das garantias restou completamente desidratada. Como exemplo, o STF entendeu, em frontal contradição com o texto da lei (art. 3º-C, CPP), que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, e não com o seu recebimento – o que não terá muito efeito para reduzir a dissonância cognitiva dos juízes, um dos motivos pelo qual tal instituto foi criado. E exemplos como esses se estendem aos montes.

Seja como for, observa-se que o STF é a instituição chave no Brasil atual, com sua preponderância e influência reconhecida nacional e internacionalmente. A CFRB, ao prever e regular em seu corpo uma série de temas, aliado ao fato de ter atribuído ao STF a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de qualquer norma ou ato normativo, na prática deu à Corte o poder de dar a palavra final sobre todos os atos governamentais – sejam provenientes do Legislativo, sejam do Executivo e, principalmente, do Judiciário. Em verdade, o que se observa é que as decisões não se limitam a declarar a constitucionalidade da norma, mas também a efetivamente regrar como ela deveria ser.

Um fator agravante dessa situação é que, exercendo suas funções, cabe também à própria Corte definir e demarcar os limites de seu poder. Como é essa a instituição que detém a prerrogativa de decidir sobre a correta interpretação da Carta Magna, e muitas vezes na ausência de divisas claras na legislação ou na CRFB, cabe a ela e a seus ministros a decisão sobre o que a Corte pode ou não pode fazer. Arguelhes (2023, p. 53) assinala que, "estando na peculiar decisão de decidir por último, o STF tem também a última palavra sobre seus erros, seus poderes, seus limites". O especialista informa que, "no Brasil, são os próprios ministros do tribunal que respondem

à pergunta 'Eles podem fazer isso?'", e "a resposta do tribunal quase sempre tem sido: 'Sim, podemos fazer isso'" (Arguelhes, 2023, p. 28). Ou seja, na ausência de fronteiras claras sobre o âmbito de atuação do STF, cabe a ele próprio decidir.

A concentração de poderes e a progressiva importância que o Poder Judiciário, em especial as Cortes Constitucionais, vem conquistando nas sociedades contemporâneas é observado e analisado por Ran Hirschl (2020, p. 29). Para o jurista, "durante os últimos anos o mundo tem testemunhado uma transição impressionantemente rápida para o que pode ser chamado juristocracia". O termo, por sua vez, refere-se à crescente importância que as cortes supremas e os tribunais supranacionais têm galgado no que tange à tomada de decisões políticas e estratégicas.

Em relação ao cenário brasileiro, alguns autores falam inclusive sobre uma suposta atuação do STF como espécie de Poder Moderador. Conforme leciona Assis (2012, p. 66), "embora seja um órgão do poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando acima dos demais Poderes, ditando condutas e corrigindo supostas falhas destes". Como possui a última palavra, sua atuação não se resume apenas à declaração de inconstitucionalidade, mas também à reformulação do que o Legislador anteriormente almejava, conforme se expôs ao longo deste livro.

O Poder Moderador, que existiu pioneiramente no Brasil ao lado dos tradicionais três Poderes, foi adotado e utilizado no país unicamente em sua primeira Constituição, durante o Império, e estava previsto no art. 98 e s. da Constituição de 1824. Sua função era a de velar pela harmonia e equilíbrio entre os três Poderes, além de, dentre outros, sancionar os decretos e resoluções da Assembleia Geral (Poder Legislativo) para que tivessem força de lei (art. 101, III da Constituição de 1824).

Com efeito, ao se analisar criticamente como operava o Poder Moderador e como opera atualmente o STF, é possível vislumbrar claras semelhanças entre um e outro. Evidente que aqui não se está a afirmar que a Corte seja, de fato, um poder moderador, mas sim que sua

atuação, especificamente em alguns casos, possui enorme semelhança com ele. Isso porque cada vez mais o STF atua e é visto como um novo tipo de legislador positivo, ao contrário do clássico entendimento que atribuía às cortes constitucionais o papel de legislador negativo (ao declarar a inconstitucionalidade das normas). Esse fato não significa, evidentemente, que se ignore ou se desqualifique a importância das Cortes constitucionais para os atuais Estados Democráticos de Direito. O objetivo é apenas apontar o seu poder desmedido, praticado muitas vezes à revelia da lei e da CRFB.

2. A ILEGITIMIDADE DA DECISÃO DA ADO Nº 26

Em relação especificamente ao objeto deste trabalho, buscou-se demonstrar, ao longo de todo o texto, não só que a efetiva criminalização da homotransfobia pelo STF foi inconstitucional, mas também que tal decisão foi ilegal e ilegítima. Inconstitucional pois violou frontalmente o art. 5º, XXXIX da CRFB, bem como os art. 2º, 22, I, 44, 96 e 103, §2º da CRFB. Ilegal pois violou o art. 1º, *caput*, do CP e o art. 12-H da LADI. E ilegítima, porque tomada pelo Poder Judiciário, cujos representantes não são legitimamente eleitos pelo povo, nos termos dos art. 1º, p. u. e 14 da CRFB.

Sobre a sua ilegitimidade, tem-se que a decisão de criminalizar ou não uma conduta é atribuição, expressa constitucionalmente, do Poder Legislativo (art. 22, I e 48, CRFB). E, como preceitua a CRFB em seu art. 1º, p. u., "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente", nos termos da Constituição. Logo, a criação ou revogação de leis (em especial criminais) compete aos representantes legitimamente eleitos pela população brasileira.

O fundamento de tal previsão é que a população tem o direito de escolher como quer ou deve ser governada, não estando sujeita ao arbítrio de governantes ou agentes estatais. E, nos termos da atual CRFB, essa escolha deve ser exercida de forma direta (como prevê os

art. 14, I, II e III da CRFB), ou indireta, por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, nos termos do art. 14, *caput*, da CRFB.

Por sua vez, os representantes do povo eleitos pelo voto direto e secreto são os componentes do Poder Executivo (presidente e vice-presidente, governadores e vice-governadores e prefeitos e vice-prefeitos) e do Poder Legislativo (deputados federais, senadores, deputados estaduais e vereadores). Tais representantes não são vitalícios e possuem mandatos fixos estabelecidos pela CRFB.

Situação diferente ocorre com o Poder Judiciário, que, por expressa previsão constitucional (art. 95), possuem as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. Sobre o ingresso de seus componentes, observa-se que, conforme leciona o art. 93, I, para ingressar no Poder Judiciário de primeira instância o juiz deve realizar concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as fases, exigindo-se também que seja bacharel em Direito e tenha, no mínimo, três anos de atividade jurídica.

Já o Poder Judiciário de segunda instância é composto por magistrados nomeados pelo governador (para os Tribunais de Justiça) ou pelo presidente (para os Tribunais Regionais Federais), que possuam mais de cinco anos de exercício na magistratura, por antiguidade e merecimento, de forma alternada, além de que um quinto deles devem ser advogados com mais de dez anos de carreira ou membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira – todos, no entanto, devem ser brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta anos de idade

O STF, por sua vez, é composto por onze ministros, nomeados livremente pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, que devem ser escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, CRFB). Logo, a escolha dos ministros cabe ao Presidente.

Dito isso, evidencia-se a ilegitimidade da decisão da ADO nº 26, que, na prática, criminalizou a homotransfobia. Isso porque, conforme demonstrado alhures, a criminalização de condutas está vinculada ao

Princípio da Reserva Legal (art. 5º, XXXIX da CRFB). Por sua vez, a criação de leis, especialmente no que tange ao Direito Penal, cabe ao Poder Legislativo (art. 22, I, 44 e 48, CRFB), que terá seus componentes eleitos pelo povo por meio do voto direto e universal (art. 1º, p. u. e 14, *caput*, CRFB).

Com efeito, a partir da leitura sistemática dos dispositivos assinalados, a conclusão óbvia é que a decisão de se criminalizar ou não uma conduta cabe tão somente à população que, por meio de seus representantes eleitos de forma direta, irão propor, votar e submeter à apreciação do Poder Executivo projeto de lei sobre os mais variados temas previstos constitucionalmente para tanto. Indo além, caso o Presidente vete a legislação aprovada pelo Congresso, este pode ainda derrubar o veto, nos termos do art. 66, §4º da CRFB.

Por sua vez, o Poder Judiciário, especificamente o STF, não possui legitimidade popular para inovar na ordem jurídica, criando direitos e deveres e determinando quais as mudanças necessárias para o país. Os seus membros não são eleitos pelo povo e, portanto, não estão constitucionalmente autorizados a legislar e a determinar o que o Parlamento deve ou não realizar dentro de suas competências[10]. Ademais, a CRFB é clara ao preceituar competir à União legislar sobre Direito Penal (art. 22, I, CRFB), que, nos termos dos art. 61 e s. da CRFB, cabe ao Congresso Nacional.

No mesmo sentido, não há que se falar que as súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da CRFB a partir da EC 45/04 seriam uma espécie de lei. Embora no sentido material possam se configurar (já que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta), elas se prestam especificamente para pacificar determinado entendimento já consolidado na Corte, relativo à interpretação de determinada lei ou ato normativo. Não se prestam, portanto, para inovar na ordem jurídica.

10 À exceção, obviamente, da notificação do Congresso Nacional quando de julgamento procedente de ADO, prevista no art. 103, §2º, CRFB e art. 12-H da Lei 9.868/99, dentre outras situações previstas expressamente na CRFB ou na legislação.

No entanto, em direta afronta ao Princípio da Separação dos Poderes e ao Princípio da Reserva Legal, bem como aos art. 1º, p. u., 2º, 5º, XXXIX, 14, 22, 44, 101 e 103-A da CRFB, o STF, de forma completamente teratológica, na prática criou um novo tipo penal, utilizando subterfúgios retóricos para sua legitimação.

Nesse sentido, por mais que se possa criticar o Poder Legislativo pelas suas posições e possíveis omissões, fato é que cabe a ele, exclusivamente, a elaboração das leis que regem o país, restando aos outros Poderes exercer as funções que lhe foram incumbidas pela CRFB. A razão de ser desta separação das funções do Estado está no objetivo de evitar a concentração de poder nas mãos de um ou de poucos, que, como é cediço, possui consequências desastrosas para os direitos e liberdades da população.

3. CRÍTICA ÀS SUPOSTAS FUNÇÕES ILUMINISTA E REPRESENTATIVA DO STF

Em sentido contrário à visão exposta anteriormente, Luiz Roberto Barroso (2023) entende que "o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la" (p. 178). Para o constitucionalista e atual ministro do STF, o modelo da separação dos Poderes, adotado pela nossa CRFB e esposado anteriormente, não dá mais conta de justificar o constitucionalismo contemporâneo.

Em suas palavras, assim como "o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria", em determinados contextos as Cortes acabam "sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais" (Barroso, 2023, p. 178). Isso porque, conforme argumenta, o Poder Legislativo apresentaria falhas no sistema eleitoral e partidário, conteria minorias partidárias que funcionariam como veto *players*, obstruindo a vontade da maioria parlamentar, além do fato de haver captura dos parlamentares por eventuais interesses especiais (Barroso, 2023, p. 178).

Dessa forma, diante do fato de os juízes serem tecnicamente qualificados e sem influência política, serem vitalícios (o que reforçaria sua independência), agirem apenas por provocação e deverem motivar suas decisões, eles em algumas situações teriam maior representatividade do que o próprio Legislativo (*idem*). Com isso, o autor assevera que as Cortes Constitucionais desempenham três papéis nos atuais estados democráticos: contramajoritário, representativo e iluminista. Acerca deste último, Barroso (2023) aponta que, "ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade" (p. 180).

Porém, ressalva que tal papel não possui uma visão autoritária ou aristocrática, análoga ao despotismo esclarecido, mas sim de uma visão de pluralismo e tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos" (Barroso, 2023, p. 180). Diante disso, sintetiza, não sem jactância, que o sentido do papel "iluminista" desempenhado pelo STF seria o de "uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens" (Barroso, 2023, p. 180).

Em outras palavras, o STF, na prática, cumpriria um papel de iluminar a consciência da sociedade e indicar qual o caminho deve ser seguido, mesmo que, num primeiro momento, a população não esteja "preparada" para aquela mudança, que deverá ser instituída pela Corte Constitucional como forma de conquista democrática.

Paradoxalmente a essa pretensa função iluminista exercida pelo STF, ao votar favoravelmente à aplicação da LR à discriminação oriunda da opção sexual ou identidade de gênero até que o Congresso legisle especificamente sobre a matéria, o constitucionalista e também ministro da Suprema Corte fulminou um dos maiores pilares e conquistas do período iluminista – o Princípio da Legalidade[11], bem

11 Segundo Ferrajoli (2002), "enquanto o princípio de mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio da estrita legalidade é obra do pensamento iluminista" (p. 308). Este último, conforme o jurista, prevê "que os delitos estejam predeterminados

como o Princípio da Separação dos Poderes[12] – ambos os princípios que visam, acima de tudo, a proteção do cidadão contra a arbitrariedade estatal e contra a concentração de poderes na figura de um ou de poucos.

Estes princípios, conforme discutido anteriormente, são secularmente consagrados pela doutrina e pela legislação de diversos países, incluindo-se aqueles que inspiraram o modelo jurisdicional pátrio. Frisa-se além disso que esses princípios, além de internacionalmente e constitucionalmente previstos, são cláusula pétrea, o que impede que tenham seu conteúdo modificado por meio de emenda constitucional.

Sendo assim, se nem os representantes da população, legitimamente eleitos pelo voto direto e secreto, por meio de 3/5 de seus membros, podem alterar o que preceituam as cláusulas pétreas, muito menos seu conteúdo pode ser adulterado pelo único Poder da República que não possui seus membros eleitos pela vontade popular.

Outrossim, o presumido papel representativo exercido pelo STF (Barroso, 2023) deve se dar nos exatos termos da CRFB, cuja função precípua é a de resguardar e proteger o seu texto. Logo, mesmo que se admita que o Tribunal atue de forma a representar os interesses de eventuais minorias, tal atuação não deve perverter o teor da Constituição, muito menos contrariar de forma indiscutível cláusulas pétreas que também constituem princípios secularmente consagrados. Se nem mesmo o Poder Legislativo, representante legítimo da população, pode alterar o alcance ou o sentido de tais normas, não se pode admitir que esta ação seja realizada por um Poder que não detém legitimidade popular oriunda do voto.

---

pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos" (Ferrajoli, 2002, p. 303).

12 Conforme lecionam Canotilho et. al. (2018), "a noção da divisão orgânico-funcional da estrutura e das atividades do Estado remonta, em especial, à Grã-Bretanha do século XVII, associada, umbilicalmente, a compreensão de rule of law" (p. 145). Porém, assinalam que o princípio da separação dos poderes é também uma manifestação do iluminismo (Canotilho et. al., 2018, p. 147).

Apesar de não se desconhecer que, conforme apontado por Barroso (2023), o Poder Legislativo apresenta falhas, em especial a captura dos parlamentares por eventuais interesses especiais, convém assinalar que o Poder Judiciário, não obstante todas as prerrogativas previstas constitucionalmente, tampouco está imune a esta captura[13]. Do contrário, admitir-se-ia que a única instituição brasileira que não está sujeita à corrupção e à atuação contra os interesses da população seria o Poder Judiciário – o que, notoriamente, sabe-se ser inverídico[14].

4. A NECESSIDADE DE DEFENDER A CONSTITUIÇÃO E EVITAR A VERTICALIZAÇÃO DO PODER

Apesar das falhas da democracia e do sistema representativo, não se pode perverter a CRFB para que elas sejam supostamente sanadas. O pensamento esposado por Barroso, além de não ser verídico, conduz ao raciocínio da desnecessidade da representação popular, esvaziando, portanto, a democracia e a soberania popular (art. 1º, *caput* e p. u., CRFB). Com efeito, não obstante todos os problemas, incoerências e contradições do Poder Legislativo e a necessidade de proteção de grupos socialmente vulneráveis, esta não pode se dar

13 Ran Hirschl (2020), em seu estudo dos sistemas judiciais do Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul, aponta a captura, pelos interesses dos mercados, das decisões de suas cortes constitucionais. Conforme o autor, no que tange aos direitos dos trabalhadores, "as cortes constitucionais desses países tendem a considerar a regulamentação estatal como uma ameaça à liberdade e à igualdade humanas, uma ameaça maior do que as relações e instituições sociais potencialmente opressivas e exploradoras do chamado setor privado" (Hirschl, 2020, p. 256). No caso brasileiro, Coutinho (2020), em extensa tese de doutorado, aponta que a jurisprudência do STF nos últimos anos, efetivamente, executa o "desmoronamento do Direito do Trabalho, dos seus fundamentos, princípios e de sua razão de ser na sociedade dividida em classes profundamente desiguais em forças econômicas e políticas" (p. 575). De acordo com o autor, "o Supremo Tribunal Federal, desde 2007-2008, com maior intensidade a partir de 2013-2014, tem desconstruído o Direito e o Processo do Trabalho, na imensa maioria das vezes, diga-se, apenas mediante revisão de sua jurisprudência, sem nenhuma alteração legislativa" (p. 577), o que, nas suas palavras, evidencia que o Tribunal acata e está "atento à agenda neoliberal reivindicada pelo mercado capitalista" (p. 582).

14 Para uma discussão mais aprofundada acerca da corrupção no judiciário brasileiro, conferir Vieira (2019).

violando cláusulas pétreas e anulando a soberania popular – em última instância, eliminando-se a CRFB.

Atualmente observa-se um poder desmedido exercido por parte do STF, que, à guisa de analisar a compatibilidade da legislação e dos atos normativos com a CRFB, na prática realiza um juízo de modificação dessa legislação, adequando-a para o que a Corte entende como ela deveria ser. Como o paroxismo dessa situação, observou-se, de forma inédita, a violação a cláusulas pétreas e a princípios secularmente consagrados, culminando na criação de tipo penal sem lei formal anterior.

E, como cabe à própria Corte decidir os seus limites, ela decidiu que, não obstante uma conduta antes não prevista agora seja considerada criminosa, mesmo sem edição de lei, isso não constituiria nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade. De fato, essa situação se assemelha ao que Zaffaroni et. al. (2011) denominam como "estado policial", ou seja, "o modelo de estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei" (p. 93).

A decisão da ADO nº 26, bem como diversas das recentes decisões do STF, contribuem para macular qualquer esperança de se ter um mínimo de segurança jurídica, haja vista que, mesmo que o texto expresso da lei ou da CRFB preveja ou proíba uma situação, a interpretação da Corte pode se dar de forma diametralmente oposta ao seu sentido, por ser ela a verdadeira detentora da interpretação do sentido da Constituição.

Com isso, deteriora-se o Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, *caput*, da CRFB, haja vista que quem decide os rumos da política não é mais a população brasileira, por meio de seus representantes legitimamente eleitos pelo voto direto e secreto, mas sim um órgão de cúpula, sem qualquer legitimidade popular e sem qualquer tipo de controle social ou legislativo de suas decisões. Neste caso, de forma ainda mais grave, acrescenta-se o fato de este órgão ser formado por membros vitalícios e inamovíveis, sem qualquer possibilidade de controle externo ou popular sobre seus atos.

CONCLUSÃO

Ao longo do texto, criticou-se, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a decisão do STF no julgamento da ADO nº 26. Tal decisão se mostrou paradigmática pois, pela primeira vez na história da Corte, houve interpretação que, sem amparo normativo e com a utilização apenas de textos acadêmicos, expandiu o poder punitivo estatal e criminalizou conduta não abrangida pela legislação e não tipificada pelo Poder competente de forma *erga omnes* e vinculante.

Inicialmente, expôs-se os fundamentos e argumentos trazidos pela decisão, tanto de seu dispositivo quanto os realizados pelos ministros que deram provimento à ação. Demonstrou-se que a essência da decisão no que tange ao objeto deste trabalho consistiu em afirmar que a homotransfobia faria parte do conceito de racismo, cujo sentido seria polissêmico e que teve seu significado alargado pelo julgamento do HC 82.424/RS. Por esse motivo, o enquadramento da prática na LR estaria legitimado.

O segundo capítulo precedeu a crítica à decisão e serviu de fundamento para ela. Os preceitos e princípios expostos nessa parte do texto, tais como a explanação sobre o Princípio da Legalidade e da Taxatividade penal, a proibição de analogia *in malam partem* em Direito Penal e a forma de interpretação quando se trata de normas criminais tiveram o escopo de subsidiar a posterior crítica. Buscou-se demonstrar sua importância e centralidade quando o assunto é o Direito Penal, depreendendo disso que qualquer decisão que trate desse ramo do ordenamento jurídico deve respeitar esses postulados.

Já o terceiro capítulo compreende a essência deste livro e consistiu na crítica minuciosa e pormenorizada da decisão, apontando-se e denunciando-se suas irregularidades e violações à CRFB, à legislação interna e alienígena e aos princípios mais básicos que regem o Direito Penal. Por meio deste capítulo, asseverou-se que, não obstante a argumentação utilizada no acórdão fizesse referência à subsunção da conduta homotransfóbica ao conceito de raça da LR, houve verdadeira analogia *in malam partem* e/ou interpretação extensiva e, no extremo, criação de novo tipo penal por provimento jurisdicional.

Isso porque a referida subsunção não teve nenhum amparo normativo, seja na CRFB, em tratados internacionais do qual o Brasil faz parte, na legislação pátria ou em atos normativos provindos da Administração Pública brasileira. Ao revés, o substrato utilizado para realizar a subsunção teve esteio em livros e artigos de doutrinadores e pesquisadores jurídicos e das Ciências Sociais, bem como em um precedente da própria Corte, o que viola não só os postulados da Legalidade e da Taxatividade, mas também o princípio que afirma que as normas penais devem ser lidas de maneira restritiva.

Ato contínuo, o quarto capítulo analisou em maiores detalhes o aspecto constitucional da decisão, demonstrando-se a contrariedade do acórdão a dispositivos expressos da legislação e da CRFB, como o art. 103, §2º da CRFB e o art. 12-H da LADI. Abordou-se que o julgamento contrariou também o Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, CRFB), violando-se as competências privativas do Poder Legislativo e extrapolando-se a alçada de atuação do STF. Em que pese posicionamentos doutrinários em sentido contrário, é fato que não há previsão constitucional ou normativa que resguarde a atitude tomada pelo STF, que foi de encontro aos princípios constitucionais mais básicos.

Por fim, o último capítulo teceu breves considerações acerca do atual papel que o STF vem exercendo na incipiente democracia brasileira, apontando-se seu crescente protagonismo e proeminência no atual cenário político. Abordou-se a crítica de diversos juristas e estudiosos do tema que indicam aspectos controversos da Corte, como, dentre outros, ela mesmo decidir até onde vai os seus próprios limites de julgamento.

Longe de tentar esgotar o tema, o presente trabalho buscou contribuir com a discussão sobre os limites do Poder Judiciário – em especial o STF – e os riscos e perigos advindos de sua atuação desmedida. Para tanto, analisou-se e criticou-se pormenorizadamente a justificativa dos ministros, contrapondo-os ao que preceitua a CRFB, a legislação pátria e alienígena, além dos principais postulados do Direito Penal. Em síntese, buscou-se demonstrar a ilogicidade e

inconstitucionalidade dos fundamentos aduzidos pelos ministros do STF para subsidiar a criminalização da homotransfobia por meio de provimento jurisdicional.

Justamente por ser uma instituição que exerce tanta influência na sociedade brasileira, a crítica acadêmica e popular deve ser acirrada sobre suas decisões e posicionamentos, em especial quando violadores de princípios e garantias arduamente conquistadas há séculos. Para terminar o livro, vale à pena citar Arguelhes (2023, p. 54), que argutamente afirmou: "seria um equívoco grave imaginar que uma instituição que, em boa parte, se justifica por sua função de frear abusos cometidos por outros poderes, não deveria ser constantemente monitorada e aperfeiçoada para evitar abusos cometidos por ela própria".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo:** entre o direito e a política. 1. ed. Rio de Janeiro: História Real, 2023.

ASSIS, Christiane Costa. O Supremo Tribunal Federal Como Poder Moderador: uma Análise Discursiva. **Revista Direito Público**, v. 09, n. 47, p. 01-11, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** volume 1 : parte geral (arts. 1º a 120). 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del2848.htm. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, 05 jan. 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, 13 maio 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm#art1>. Acesso em: 18 dez. 2023.

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. **Diário Oficial da União**, 10 nov. 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 668, de 1988**. Define os crimes resultantes de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=180567>. Acesso em: 25 dez. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1240, de 1995**. Altera o artigo primeiro e acrescenta artigos à Lei nº 7.716, de preconceitos de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189504>. Acesso em: 25 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26-DF**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Inteiro teor do acórdão.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, Almedina, 2018.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal:** parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **O STF como justiça política do capital**: A desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sintonizadas com os ímpetos do mercado neoliberal (2007-2020). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 643. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

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

GROSTEIN, Júlio. **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 346, 2020.

HIRSHCL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. 1. ed. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

IBGE. [Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. Nº 48]. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2022. Notas Técnicas. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101972_notas_tecnicas.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.

KARAM, Maria Lúcia. **A pretendida criminalização da homofobia e da transfobia e a destruição das normas garantidoras de direitos humanos fundamentais**. Empório do Direito, 2019. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-pretendida-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-e-a-destruicao-das-normas-garantidoras-de-direitos-humanos-fundamentais>. Acesso em: 10 mar. 2025.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

MARÉS, Chico; MORAES, Maurício. **Criminalização da homofobia: seis verdades ditas no debate sobre o tema no STF.** Lupa, 2019. Disponível em: <https://lupa.uol.com.br/jornalismo/2019/02/19/stf-homofobia-crime/>. Acesso em: 26/12/2024.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, José André de Carvalho. A Suprema Corte dos EUA, a criação judicial do Direito Penal e a proibição dos common law crimes. **Revista de Informação Legislativa**, a. 57, n. 228, p. 37-58, 2020.

MOREIRA, Rômulo. "Caminhamos a passos largos para o common law", afirmou o Ministro Teori Zavascki. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**. Salvador, nº 259, janeiro, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

RUDNITZKI, Ethel. **Dados sobre assassinato de LGBTs são incompletos.** Pública, 2019. Disponível em: <https://apublica.org/checagem/2018/08/truco-dados-sobre-assassinato-de-lgbts-sao-incompletos/>. Acesso em: 26/12/2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

VIEIRA, Eli. **Favoráveis à criminalização das "fake news", ministros do STF usaram notícia falsa em lei de homofobia.** Gazeta do Povo, 2022. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/favoraveis-a-criminalizacao-das-fake-news-ministros-do-stf-usaram-noticia-falsa-em-lei-de-homofobia/>. Acesso em: 26/12/2024.

VIEIRA, Eli et. al. **Principais estatísticas brasileiras de morte por homofobia são falsas, conclui checagem independente.** LIHS, 2019. Disponível em: <https://lihs.org.br/sociedade/homofobia/>. Acesso em: 26/12/2024.

VIEIRA, Moisés Lazzaretti. **A corrupção no judiciário e o caso dos magistrados aposentados pelo Conselho Nacional de Justiça (2008-2017)**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 114, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 04, n. 02, p. 441-464, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. **Direito penal brasileiro:** volume 1: teoria geral do direito penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.