

José Alberto Simonetti  
Felipe Martins Pinto  
(Organizadores)

# **Os 35 anos da Constituição sob o olhar da advocacia**

 | EDITORA  
NACIONAL

Brasília – DF, 2024

© Ordem dos Advogados do Brasil  
Conselho Federal, 2024  
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M  
Brasília – DF CEP: 70070-939

Distribuição: Conselho Federal da OAB – GRE  
E-mail: oabeditora@oab.org.br

*O Conselho Federal da OAB – por meio da OAB Editora – ressalta que as opiniões emitidas nesta publicação, em seu inteiro teor, são de responsabilidade dos seus autores.*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Biblioteca Arx Tourinho)

---

T833

Os 35 anos da Constituição sob o olhar da advocacia / organizador: José Alberto Simonetti, Felipe Martins Pinto – Brasília: OAB Nacional, 2024.  
viii, 540 p.

ISBN: 978-65-5819-085-1.

1. Direito constitucional, Brasil, coletânea. 2. Direitos e garantias individuais, Brasil. 3. Liberdade de expressão, Brasil. 4. Direito à informação, Brasil. 5. Emenda constitucional, Brasil. I. Simonetti, José Alberto, org. II. Pinto, Felipe Martins, org. III. Título.

CDDir: 341.2  
CDU: 342.4 “1988”

---

# O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: “uma constante inconstância” na determinação da extensão de seu âmbito protetivo

---

Ulisses Rabaneda dos Santos\*

Filipe Maia Broeto\*

## 1 A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ASSEGURADOR DE LIBERDADES INDIVIDUAIS

Constituição, termo deveras plurívoco, mas de relevância capital para qualquer nação, notadamente para aquelas que representam um Estado Democrático de Direito. Ao dissertar sobre a constituição, sem dúvida a bússola do Direito Constitucional, muitos autores a exploram sob um ponto de vista puramente jurídico, ao passo que outros o fazem sob a ótica marcadamente sociológica, enquanto outros, com o mesmo propósito, a investigam com um viés eminentemente político.

Consoante explica Leonardo Sarmiento (2015)<sup>1</sup>, o ponto de vista puramente **jurídico** está atrelado à visão **Kelseniana**, segundo a qual a Constituição seria uma pura norma jurídica, independente das relações fáticas de poder consideradas determinantes naquela específica comunidade jurídica, razão pela qual, por essa ótica, a análise jurídica da constituição restringir-se-ia à

---

\* Advogado, Conselheiro Federal da OAB, Procurador-Geral da OAB Nacional, mestrando em Direito (IDP), especialista em ciências criminais (LFG/UNAMA), pós-graduado em Processo Penal (IBCCRIM/Coimbra-PT), indicado pelo Conselho Federal da OAB para ocupar o cargo de Conselheiro do CNJ (2024/2026), foi Juiz-Membro do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso (2017/2019), foi representante institucional da OAB no Conselho Nacional do Ministério Público (2019/2021).

\* Advogado criminalista. Membro Efetivo da Câmara Especial de Desagravo Público da OAB/MT. Mestre em Direito Penal Econômico pela Universidade Internacional de La Rioja, Espanha. Mestre em Direito Penal Econômico e da Empresa pela Universidade Carlos III de Madri, Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Público pela Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Autor de livros e artigos jurídicos, publicados no Brasil e no Exterior.

<sup>1</sup> SARMENTO, Leonardo. **Controle de constitucionalidade e temáticas afins**: com inferências e cognições articuladas do Novo CPC em capítulos exclusivos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

descrição dos elementos que compõem a forma jurídica do Estado, destilando-se tão somente dessa projeção teórica os fatores políticos e sociológicos.

Já sob o prisma **sociológico**, que conta com Ferdinand Lassalle como maior expoente, “a forma jurídica da constituição seria retratada apenas e simplesmente como uma folha de papel que, como tal, poderia ser rasgada com facilidade pelos fatores reais de poder, segundo as conveniências e necessidades de uma determinada realidade estatal”<sup>2</sup>.

Por fim, ainda de acordo com Leonardo Sarmiento (2015), enquadrando-se aos termos da concepção puramente **política** de Constituição, atribuída a Carl Schmitt, a Constituição, escrita com “C” maiúsculo, representaria “apenas a decisão política fundamental que determina, de forma concreta, a existência de uma unidade política. O resto, as regras escritas de Direito Constitucional, seriam leis constitucionais”<sup>3</sup>.

Sem embargo das relevantes concepções, valendo-se das palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016), “o conceito de Constituição que nos interessa aqui não é aquele que, de tão amplo, relega as peculiaridades que justificam a configuração de uma doutrina jurídica específica para a realidade constitucional”<sup>4</sup>.

De igual forma, ainda com amparo nas lições dos sobreditos autores:

Tampouco são bastantes as visões unilaterais, como a clássica perspectiva de Ferdinand Lassalle, que se atém a um enfoque sociológico da Constituição, dizendo-a a soma de fatores reais de poder que coexistem numa sociedade, incluindo os interesses e grupos que estão em condições fáticas de impor sua vontade. Para Lassalle, o documento escrito com o nome de Constituição, se não espelhar fielmente esse paralelogramo de forças opostas e eficazes, não será de serventia alguma, não passando de um pedaço de papel<sup>5</sup>.

O conceito sobre o qual se pauta o presente ensaio é, sem dúvida, aquele defendido por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016), que assenta suas bases no papel que esse instrumento deve

---

<sup>2</sup> SARMENTO, 2015, p. 13.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 55.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 55.

desempenhar, qual seja, o de funcionar “como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos e garantias fundamentais”<sup>6</sup>.

É, portanto, com esse enfoque de Constituição, como um **sistema de assegurador das liberdades**, que será feita a análise de alguns dos principais pontos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, os quais a colocam como um importante marco no Direito Penal e Processual Penal que devem vigor em um Estado Democrático de Direito.

## **2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: um panorama sobre os princípios penais e processuais penais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB 88**

A CRFB 88, em termos **normativos**, cumpre muito bem o seu papel de funcionar como **sistema assegurador das liberdades**, justamente por catalogar importantes normas em seu **núcleo irreformável**, também conhecido como **cláusulas de inamovibilidade**<sup>7</sup>, muitas das quais voltadas ao domínio do Direito Penal e Processo Penal.

Tamanho o cuidado da CRFB 88 com as liberdades públicas que ela, consoante anota Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017):

[...] foi denominada como “Constituição Cidadã”, em razão do foco na redemocratização do país, estabelecendo como cláusula pétrea o voto direto, secreto, universal e periódico, bem como na priorização dos direitos fundamentais, que tiveram substancial ampliação no texto constitucional<sup>8</sup>.

Ainda a demonstrar a preocupação com os direitos e garantias fundamentais, Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017) anota que “a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a inverter a ordem do capítulo referente aos direitos fundamentais”<sup>9</sup>. Conforme o autor, “se em todas as outras Constituições os Direitos Fundamentais estavam nos últimos artigos,

---

<sup>6</sup> MENDES; BRANCO, 2016, p. 55.

<sup>7</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>8</sup> NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 295.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 295.

agora os Direitos Fundamentais estão no início do texto constitucional, no Título II, logo após os Princípios Fundamentais”<sup>10</sup>.

Distribuídos no art. 5º, **mas não apenas nele**, estão os mais importantes instrumentos de tutela das liberdades públicas, os quais funcionam como “direitos de primeira geração” e impõem ao Estado um dever de abstenção, isto é, um *non facere* que possa violar esse rol de direitos fundamentais.

Já no inciso II da CRFB 88, o qual será mais bem desenvolvido em tópico específico, o Constituinte Originário positivou o **princípio da legalidade**, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No inciso III, também preocupado com a integridade física e psíquica dos cidadãos, o Constituinte dispôs que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Ainda no âmbito das **garantias materiais**, isto é, daquelas voltadas à limitação do poder punitivo estatal, existem os princípios da estrita legalidade (art. 5º, XXXIX<sup>11</sup>), da retroatividade da lei benéfica e da irretroatividade da lei maléfica (art. 5º, XL<sup>12</sup>), da intranscendência da pena (art. 5º, XLV<sup>13</sup>), da individualização da pena (art. 5º, XLVI<sup>14</sup>) e da humanidade da pena (art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L<sup>15</sup>).

**Garantias de cunho processual**, de igual modo, não passaram despercebidas pela CRFB 88, como se nota, por exemplo, nos incisos X, XI e XII, que contêm, respectivamente, as seguintes diretrizes: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o

---

<sup>10</sup> NUNES JÚNIOR, 2017, p. 295.

<sup>11</sup> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>12</sup> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

<sup>13</sup> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

<sup>14</sup> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

<sup>15</sup> XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” e “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Também no perímetro do processo penal, a CRFB 88 veda a instituição de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII), nem “privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), além de assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

Ainda no domínio das disposições relativas ao processo penal, a CRFB 88 tem por “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI) e determina, de forma expressa, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Nesse âmbito, dispõe, de igual modo, que:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Como se pode perceber, inúmeras são as preocupações do Constituinte, Originário e Reformador, voltadas à tutela das liberdades públicas, motivo pelo qual se afigura bastante acertada a designação dada por Ulisses Guimarães ao chamar a CRFB 88 de “Constituição Cidadã”<sup>16</sup>.

A despeito da amplitude de direitos e garantias fundamentais positivados na denominada “Constituição Cidadã”, tanto no art. 5º quanto fora dele, o propósito do presente artigo não permite que se sejam comentários a todos esses importantes dispositivos, de modo que a atenção centrar-se-á aos **princípios da legalidade** e da **legalidade estrita**, positivados respectivamente nos incisos II e XXXIX do art. 5º da CRFB 88, bem como aos seus desdobramentos, tratados à continuação.

### **3 LEGALIDADE E LEGALIDADE ESTRITA NA CRFB 88: alcance normativo e “limitações” práticas**

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da CRFB 88, assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por ele, subordina-se o próprio Estado ao império da lei, motivo por que funciona como uma garantia fundamental para que não haja, ao menos em tese, punições ou restrições baseadas em sentimentos pessoais, ou procedimentos sancionatórios desconectados dos programas normativos.

Como anotam Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale (2018), o princípio da legalidade “opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes”<sup>17</sup>. Por isso, asseveram os autores, “no Estado de Direito impera o governo das leis, não o dos homens (*rule of law, not of men*)”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Art. 5º, II. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 253.

<sup>18</sup> MENDES, VALE, 2018, p. 253.

De acordo com referidos autores, graças ao princípio em comento, o qual submete todo poder e toda autoridade à soberania da lei, não existe poder acima ou à margem da lei, vale dizer, “todo o Direito está construído sobre o princípio da legalidade, que constitui o fundamento do Direito Público moderno”<sup>19</sup>.

Ainda no art. 5º, desta feita no inciso XXXIX, a CRFB 88 vai além da “mera legalidade” e estabelece, no perímetro do Direito Penal, o **princípio da legalidade estrita**, consoante o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Ao comentar a legalidade estrita, tradicionalmente expressa na regra *nullum crimen, nulla poena sine lege*, Aníbal Bruno (1956) destaca que:

O rigor dessa limitação e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do Direito Punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definido e sancionado, seja julgado e punido como crime<sup>20</sup>.

Tal como grafado na CRFB 88, do princípio da legalidade estrita deflui, igualmente, o princípio da anterioridade, tendo em vista que, segundo o dispositivo, além da expressa necessidade da existência de lei, tem-se que esta há de ser anterior ao fato que se pretende punir como crime.

Em verdade, consoante explica Aníbal Bruno (1956), aludido princípio, “que é uma das características dos regimes democráticos”<sup>21</sup>, engloba uma série de garantias, porque:

No decurso da sua evolução, a partir da Magna Carta, dos documentos norte-americanos e da Revolução Francesa, o princípio da legalidade foi dissociando seu contexto as várias funções de garantia que hoje apresenta: não há crime nem pena sem lei anterior, e então o princípio se opõe à retroatividade da norma penal incriminadora, trazendo a necessária precisão e segurança ao Direito; não há crime nem pena sem lei escrita, o que importa em negar ao Direito costumeiro função criadora ou agravante de tipos ou sanções penais; não há crime nem pena

---

<sup>19</sup> MENDES, VALE, 2018, p. 253.

<sup>20</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Forense: Rio de Janeiro, 1956. t. 1, p. 192.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 194.

sem lei estrita, com o que se impõe uma limitação à aplicação da lei e se torna defeso, no domínio das normas incriminadoras, o emprego da analogia<sup>22</sup>.

Na mesma direção, Luiz Regis Prado (2014) destaca que, “a partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade – verdadeira pedra angular do Estado de Direito – converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual”<sup>23</sup>. Consoante o autor, o fundamento político do princípio da legalidade estrita “radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção arbitrária, por meio da realização da certeza do direito”<sup>24</sup>.

A despeito de o referido postulado figurar, nas palavras de Luiz Regis Prado (2014), como verdadeira pedra angular do Estado de Direito, não se pode deixar de considerar o fato de Aníbal Bruno (1956), já em seu tempo, constatar uma “crise social e política”, que já assinalava para uma subversão das características do Direito Penal, ao menos na forma como ele foi forjado na ilustração.

Com efeito, na linha do que já constatava o autor:

Essê princípio, que é uma das características dos regimes democráticos nascidos das idéias liberais do século XVIII, do liberalismo e do individualismo das correntes filosóficas e políticas que então se desenvolveram, tem sido pôsto modernamente em discussão e vem sendo abolido mesmo em algumas legislações, ou como expressão de um regime de hipertrofia estatal, em que a defesa de um sistema político, de um partido, de uma classe social, exige uma ordem penal que se tem chamado autoritária, em condição de atuar sem a limitação daquele princípio liberal, ou como forma de transição entre um Direito Penal de normas incriminadoras tipificadas e um Direito Penal sem parte especial e sem dosimetria das penas. São, em geral, sinais e exigências da crise social e política do nosso tempo<sup>25</sup>.

Mais recentemente, Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale (2018) fazem referência ao “incontestável fenômeno da inflação legislativa”,

---

<sup>22</sup> BRUNO, 1956, p. 194.

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 165.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>25</sup> BRUNO, 1956, p. 194.

aliado a uma profusão e multiplicação de leis setoriais, concretas e temporárias, que fazem “transparecer uma evidente crise de legalidade”:

Por outro lado, o incontestável fenômeno da inflação legislativa, que permite a alguns conceituar o legislador contemporâneo como um "legislador motorizado" (Zagrebelsky), e a contínua perda do caráter geral e abstrato das normas, ante a profusão e multiplicação de leis setoriais, concretas e temporárias, faz transparecer uma evidente "crise de legalidade", cujo remédio mais imediato pode ser observado no intento das Constituições de estabelecer uma unidade normativa por meio de princípios capazes de permitir a convivência social em meio ao pluralismo inerente às sociedades complexas<sup>26</sup>.

Sem embargo, a despeito da aludida pretensão de fixação de uma unidade normativa por meio de princípios capazes de permitir a convivência social em meio ao pluralismo inerente às sociedades complexas, é possível constatar, hoje, uma inquestionável flexibilização do princípio da legalidade estrita, a qual parece ser fruto da incoerência hermenêutica que tem sido conferida ao Direito como “ferramenta” de regulação social.

Conquanto tenha havido a “mutilação” do alcance protetivo do princípio da legalidade estrita em múltiplas frentes, tanto judiciais quanto legislativas, evidenciar-se-ão, aqui, algumas das violações ocorridas na via judicial<sup>27</sup>, em julgamentos que implementam verdadeiras autorizações para a incidência de analogia *in malam partem*, em nítida agressão a tão caro postulado.

Adianta-se, por óbvio, que a crítica ora levada a efeito se liga à forma, e não ao conteúdo. Malgrado se reconheça a superlativa relevância dos temas tratados na via judicial, defende-se que tais discussões deveriam ocorrer em âmbito próprio, no Poder Legislativo, justamente para não se conferir ao Poder Judiciário uma “carta em branco” para legislar, como sói tem ocorrido.

Nesse contexto, aliás, destaca-se a importância do sentido formal que deve ser atribuído à lei, “como norma produzida pelo órgão competente

---

<sup>26</sup> MENDES; VALE, 2018, p. 253.

<sup>27</sup> Embora transborde o âmbito temático do presente artigo, defende-se que há violações ao princípio da legalidade estrita também na via legislativa, com a crescente utilização de normas penais em branco, tipos penais abertos e a constante administrativização do Direito Penal, marcadamente no âmbito do Direito Penal Econômico, em que é praticamente impossível a tipificação de uma conduta sem o complemento de normas extrapenais.

(parlamento) e segundo o processo legislativo previsto na Constituição”<sup>28</sup>. Consoante Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale (2018), “tem relevância, nesse âmbito, o viés democrático do conceito de lei, como ato originado de um órgão de representação popular (expressão da vontade coletiva ou de uma *volonté general*) legitimado democraticamente”<sup>29</sup>.

Um complexo exemplo de violação do art. 5º, XXXIX, da CRFB é o “enquadramento”, pelo Supremo Tribunal Federal, da homofobia e transfobia como crimes de racismo, ante a declarada **inexistência de lei** penal incriminadora desses comportamentos<sup>30</sup>.

O “paradigmático” julgado ocorreu em 13.06.2019, por ocasião do Mandado de Injunção 4.733, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de

---

<sup>28</sup> MENDES; VALE, 2018, p. 253.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>30</sup> “O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, foi concluído na tarde desta quinta-feira (13)”. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. *In*: STF Notícias. [Brasília: STF, 13 jun. 2019]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 26 jun. 2024.

viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal **reconheceu expressamente a inexistência de uma lei penal incriminadora**, isto é, de uma **lacuna punitiva**, mas decidiu “aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de **estender** a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero”.

No mencionado julgamento, que resultou de **votação não unanime**, “ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora”<sup>31</sup>.

De acordo com Fernando Capez (2021), com quem, nesse ponto, não se pode discordar:

Essa interpretação do STF, embora elogiável em seu mérito, não deixa de ser afrontosa ao princípio da legalidade estrita, base de sustentação do Estado de Direito. Enganosa pelo benefício imediato que gera, **é perigosa no que tange ao precedente de o Poder Judiciário conferir-se a capacidade de legislar e criar novos tipos penais, bem como admitir explicitamente a analogia e interpretação extensiva em norma penal incriminadora**<sup>32</sup> (grifo nosso).

---

<sup>31</sup> STF [...], 2019.

<sup>32</sup> CAPEZ, Fernando. O crime de homofobia e a legalidade estrita. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 27 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-27/controversias-juridicas-crime-homofobia-legalidade-estrita/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

Com efeito, em que pese a indignação que provocam atos discriminatórios de qualquer natureza, precisamente em razão do **princípio da legalidade estrita**, não pode o Poder Judiciário fazer às vezes do Poder Legislativo, porquanto apenas este tem competência para criar normas incriminadoras<sup>33</sup>.

Conforme destaca César Dario Mariano da Silva (2021), pela fundamentação adotada no julgamento do MI 4.733, “foi criado tipo penal de homofobia mediante analogia (*in malam partem*), repudiada por toda doutrina brasileira, pelo menos até aquela decisão, justamente por violar o princípio da reserva legal (a analogia só pode ser empregada em favor do réu, e nunca contra — *in bonam partem*)”<sup>34</sup>.

Referido julgamento constitui, de forma inegável, inadmissível violação ao princípio da legalidade estrita, visto que, diante de uma lacuna normativa, dá a um fato da vida o conseqüente punitivo de outro, **distinto**, em insofismável hipótese de analogia *in malam partem*. Conforme bem pondera Felix Magno Von Dollinger (2019), “no caso da legalidade penal ou se cumpre o mandamento constitucional ou ele é desobedecido”<sup>35</sup>. Dessa forma, em consonância com o autor, “quando o STF reconhece uma suposta omissão em matéria penal, equiparando a homofobia ao racismo, ocorre uma clara analogia proibida pela própria Constituição e pela consagrada doutrina”<sup>36</sup>.

Como o poder não admite vácuo, e como toda ampliação de poder se faz acompanhar por outra ampliação, e por outra, e por outra, após o julgamento MI 4.733, em 13.06.2019, o “fenômeno jurídico” voltou a ocorrer, em 22.08.2023, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos no MI 4.733<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> CAPEZ, 2021.

<sup>34</sup> SILVA, César Dario Mariano da. Crime de homofobia: nascimento, morte e velório do princípio da reserva legal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 1º nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-01/dario-homofobia-nascimento-morte-principio-reserva-legal/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

<sup>35</sup> DOLLINGER, Felix Magno Von. Omissão legislativa e o princípio da legalidade penal no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/felix-magno-omissao-legislativa-principio-legalidade-penal/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 2019.007A

<sup>37</sup> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO

No julgamento dos embargos de declaração, que contou com voto contrário do Ministro Cristiano Zanin<sup>38</sup>, **estendeu-se ainda mais** o alcance do julgado, para equiparar, novamente via analogia *in malam partem*, a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual à injúria racial. Não bastasse o equívoco, a fundamentação dessa nova postura se deu com base em outra violação ao hoje surrado princípio da estrita legalidade.

Isso porque, ao “fundamentar” a equiparação da discriminação por identidade de gênero e orientação sexual a injúria racial, o Ministro Edson Fachin fez remissão ao Habeas Corpus 154.248, também de sua relatoria, julgado em 28.10.2021, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a imprescritibilidade do crime de injúria racial, ao argumento de que:

O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>39</sup>.

---

CONGRESSO NACIONAL. HOMOTRANSFOBIA COMO RACISMO POR RAÇA. INJÚRIA RACIAL COMO ESPÉCIE DE RACISMO. PRECEDENTES. ATOS DE HOMOTRANSFOBIA PRATICADOS CONTRA MEMBROS DA COMUNIDADE LGBTQIA+ CONFIGURAM INJÚRIA RACIAL. OBSCURIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS 1. Diferentemente dos demais recursos, os embargos de declaração não se prestam a reforma da decisão, sendo cabíveis apenas nos casos de obscuridade, contradição ou omissão da decisão impugnada, bem como para corrigir eventual erro material (art. 1.022, do Código de Processo Civil. 2. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. **3. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo e por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível.** Precedentes. Entendimento positivado pela Lei 14.532/2023. 4. Tendo em vista que a injúria racial constitui uma espécie do crime de racismo, e que a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual configura racismo por raça, a prática da homotransfobia pode configurar crime de injúria racial. 5. Embargos de Declaração conhecidos e acolhidos para sanar obscuridade. (grifo nosso).

<sup>38</sup> Para o Ministro, “a análise da matéria não é possível no âmbito de embargos de declaração, pois seria um novo julgamento do MI com ampliação do mérito”. STF equipara ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial. *In*: STF Notícias. [Brasília: STF, 22 ago. 2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512663&ori=1#:~:text=STF%20equipara%20ofensas%20contra%20pessoas,sobre%20a%20criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20homotransfobia>. Acesso em: 26 jun. 2024.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Habeas Corpus 154.248/DF. Relator: Min. Edson Fachin, 28 de outubro de 2021. **DJe**, Brasília, 23 fev. 2022.

Em que pese a importância e legitimidade das pautas, o que não se discute, é evidente que há caminhos constitucionalmente definidos para alcançá-las, que não a via judicial. Constata-se que a interpretação dada nesse último caso é flagrantemente violadora não só do princípio da estrita legalidade como da própria jurisprudência da Corte Suprema, que declarou, por exemplo, a inconstitucionalidade da Convenção de Palermo “como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais”<sup>40</sup> em diversas ocasiões<sup>41</sup>.

Ao comparar-se os fundamentos do Habeas Corpus 154.248/DF com os fundamentos da Extradução 1.520/DF, ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, nota-se uma completa contradição na interpretação e aplicação do princípio da legalidade, da qual deflui inequívoca mitigação do alcance protetivo deste postulado.

É bastante perceptível que, em muitos casos, os julgamentos se afastam “unidade normativa principiológica”, defendida por Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale (2018), e acabam por ensejar decisões diametralmente opostas, ainda que compartilhem idênticos fundamentos. Veja-se, por exemplo, que enquanto a Convenção de Palermo não pode ser invocada “como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais”, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial é expressamente utilizada para “legitimar” a punição por um fato sem perfeita aderência a uma norma penal incriminadora prévia e certa.

Essa delicada questão, ao menos no complexo e perigoso perímetro do Direito Penal, apenas poderá ser resolvida quando se interpretar o Direito como ciência, com fundamentos e normas próprios, através dos quais, independentemente da pauta, o resultado interpretativo seja **coerente** e **previsível**, visto que guiado por leis prévias e certas, e não por clamores sociais. Esses, importantes que são, devem ser ouvidos pelo Poder Legislativo, composto pelos representantes eleitos pelo povo, legítimos

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Extradução 1.520/DF. Relator: Min. Dias Toffoli, 13 de março de 2018. **DJe**, Brasília, 4 abr. 2018.

<sup>41</sup> *Id.* (1. Turma). AP 694/MT. Relator: Min. Rosa Weber. **DJe**, Brasília, 31 ago. 2017; *Id.* (2. Turma). RHC 121.835 AgR/PE. Relator: Min. Celso de Mello. **DJe**, Brasília, 23 nov. 2015 e *Id.* (1. Turma). RHC 124.082/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. **DJe**, Brasília, 6 fev. 2015.

detentores da *vox populi*, em respeito à “expressão de autodeterminação cidadã e do autogoverno da sociedade”<sup>42</sup>.

## REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Forense: Rio de Janeiro, 1956. t. 1.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando. O crime de homofobia e a legalidade estrita. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 27 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-27/controversias-juridicas-crime-homofobia-legalidade-estrita/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

DOLLINGER, Felix Magno Von. Omissão legislativa e o princípio da legalidade penal no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/felix-magno-omissao-legislativa-principio-legalidade-penal/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

---

<sup>42</sup> MENDES; VALE, 2018. p. 253.

SARMENTO, Leonardo. **Controle de constitucionalidade e temáticas afins**: com inferências e cognições articuladas do Novo CPC em capítulos exclusivos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

SILVA, César Dario Mariano da. Crime de homofobia: nascimento, morte e velório do princípio da reserva legal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 1º nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-01/dario-homofobia-nascimento-morte-principio-reserva-legal/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. *In*: STF Notícias. [Brasília: STF, 13 jun. 2019]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 26 jun. 2024.

STF equipara ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial. *In*: STF Notícias. [Brasília: STF, 22 ago. 2023]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512663&ori=1#:~:text=STF%20equipara%20ofensas%20contra%20pessoas,sobre%20a%20criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20homotransfobia>. Acesso em: 26 jun. 2024.