DO USO DA EQUIDADE NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADO 26 DE 2019

ANDRESSA THAINÁ MORAES RESENDE

Graduanda da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

CRISTIANO THADEU E SILVA ELIAS

Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do Estado da Universidade de São Paulo - USP. Membro da Associação Brasileira dos Consti-tucionalistas - Instituto Pimenta Bueno. Advogado.

Resumo: O Supremo Tribunal Federal (STF), face ao vácuo legislativo, conheceu da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e, a partir do juízo de equidade, com efeito vinculante, deu interpretação para criminalizar as condutas de homofobia e transfobia com aplicação dos preceitos de crimes de racismo da Lei n° 7.716. Entretanto, faz-se mister analisar, à luz dos princípios da legalidade e da reserva legal, a (im)possibilidade de se utilizar do mecanismo da equidade para editar norma penal incriminadora, ainda que se esteja diante de um apelo social legítimo da comunidade LGBTQIAPN+, sob pena de aviltar os pilares do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: ADO 26/2019; Supremo Tribunal Federal; equidade; reserva legal; legalidade; homotransfobia; racismo;

Abstract: The Supreme Federal Court (STF), faced with legislative silence, considered Direct Action of Unconstitutionality due to Omission 26 and, through equitable judgment with binding effect, interpreted to criminalize acts of homophobia and transphobia under the provisions of the racism crimes law, Law nº 7.716. However, it is essential to analyze, in light of the principles of legality and legal reservation, the (im)possibility of using equity to enact criminal norms, even in the presence of a legitimate social demand from the LGBTQIAPN+ community, lest it undermine the foundations of the Democratic Rule of Law.

Keywords: ADO 26/2019; Supreme Federal Court; equity; legal reserve; legality; homotransphobia; racism.

Introdução

Na década de 1960, paira-se uma atmosfera marcada pela forte repressão, decorrente de um regime ditatorial, cujas características mais substanciais são afrontosas às instituições basilares de um Estado Democrático, confrontando direitos fundamentais ao cidadão como ser humano e suplantando os aspectos primários da Tripartição dos Poderes. Com efeito, ante a tais aspectos, fez-se latente a necessidade de uma Carta Magna que amparasse um rol de valores atemporais que protegessem e resguardassem a população do poder arbitrário dos aparelhos do Estado. Dessarte, o constituinte originário inaugurou uma nova ordem, marcada pelo garantismo constitucional.

À vista disso, a criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, em 2019, não reflete a divisão dos poderes assentida pelo princípio elementar da Carta Magna de 1988, tampouco o que se diz ser princípio básico e inerente às democracias modernas, desde Montesquieu. Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello. A Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIAPN+, enquadrando a homofobia e a transfobia no rol de crimes de racismo.

Nessa esteira, o objeto central da presente pesquisa se dá no estudo do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange à previsão legal do juízo de equidade autorizar o juiz a desempenhar função normativa em matéria de direito penal. Objetiva-se, portanto, apresentar as funções da equidade no Direito para compreender a (im) possibilidade da integração em matéria de direito penal. Assim, urge avaliar a legitimidade de atuação da Suprema Corte Constitucional para decidir sobre a inércia legislativa concernente à criminalização da homofobia e da transfobia e, ainda, a possibilidade de suprir a omissão, haja vista princípios do direito penal e da Constituição que brecam tal conduta, muito embora o STF goze de legitimidade de, mais que interpretar a Constituição Federal, também guardar para que suas normas tenham a devida eficácia no plano concreto.

Para tanto, a investigação pretende analisar as múltiplas funções da equidade no direito, em especial, o seu papel integrativo no ordenamento jurídico, vislumbrando o caso

Brown v. Board of Education of Topeka, marco para a atividade jurisdicional e para o fim da segregação racial nos Estados Unidos, bem como o estudo da redação das normas que preveem este instrumento de integração no Brasil. Ademais, a implementação nos mecanismos de defesa Mandado de Injunção e ADO. Pretende-se, outrossim, esmiuçar a omissão do legislador em matéria de discriminação das pessoas homotranssexuais, à luz do artigo 5º, XLI, XLII, do princípio da reserva legal, da lei 7716/89, bem como no que concerne à mora legislativa.

A pesquisa será realizada a partir da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, adotando-se o método analítico; partindo-se da seguinte problematização: A previsão legal do juízo de equidade pode autorizar o juiz a desempenhar função normativa em matéria de direito penal? Buscar-se-á analisar de forma crítica as funções da equidade e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, assim como analisar a decisão do STF na ADO/26, em que é clara a função normativa exercida pelo órgão em matéria de Direito Penal; problematizar tal função normativa dentro do contexto de impossibilidade da integração normativa em matéria penal; criticá-la à luz do arcabouço constitucional brasileiro e do princípio da reserva legal.

1. Do papel da equidade no direito

Países de sistema *civil law*, devido a maior influência do direito romano em seu território, dispersam a ideia da subordinação à lei de modo geral, na qual o juiz deve obediência somente à lei. Graças à vigência do direito português no Brasil, foi trazida a tradição desse sistema que dispensava decidir qualquer litígio fundamentado em precedentes, mas apenas de acordo com a lei, assim como pregava o sistema romano.

Todavia, na tentativa de acompanhar a dinamicidade da vida social, que traz novos temas conflitantes e novas realidades, dos quais as codificações não dão conta, o direito precisa estar em constante movimento. Assim sendo, é notório que o legislador não alcança todas as possibilidades de situações do futuro, que também vão acontecendo no momento em que a lei vai sendo elaborada, ainda mais quando se está diante das fluidas relações[1].

Dessarte, embora esteja frente a cenários não previstos na letra da lei, o juiz precisa apresentar soluções aos casos concretos. Tal uma vez que, conforme dispõe o art. 140 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou

[1] BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 166.

obscuridade do ordenamento jurídico"[2]. Com efeito, deve-se valer dos outros recursos do direito, quais sejam a analogia, costumes e princípios gerais do direito, nas circunstâncias em que a lei for omissa, haja vista não poder se escusar de decidir[3], segundo a redação do art. 4º da LINDB[4].

Em contraponto, no que concerne à equidade, não pode ser considerada para as lacunas que existem na lei meio supletivo, mas sim, apenas um mecanismo de auxílio da aplicação legislativa. Assim, pode-se afirmar que a equidade não é fonte de Direito, pois não se caracteriza como poder de criar normas jurídicas ou como forma de sua expressão, bem como também não é meio de integração de lacunas da lei, já que o legislador reduz este recurso aos casos previstos, conforme disposto pelo art. 140, parágrafo único do CPC[5].

As situações em que geralmente isso ocorre é quando a legislação elabora alternativas e permite que, a critério do magistrado seja feita uma escolha, ou nos casos em que há conceitos vagos. Posto isso, parte-se para a temática nebulosa do subjetivismo judicial e a aplicação de uma justiça junto à lei.

Às palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

> Tratamos aqui da equidade na aplicação do Direito e em sua interpretação, se bem que o legislador não pode olvidar seus princípios, em que a equidade necessariamente deve ser utilizada para que a lei surja no sentido da justiça. *A equidade não é só o abrandamento da norma em um caso concreto, como também sentimento que brota no âmago do julgador. Como seu conceito é filosófico, dá margem a várias concepções. (...)*. Entendamos, porém, que a equidade é antes de mais nada uma posição filosófica; que cada aplicador do direito dará uma valoração própria, mas com a mesma finalidade de abrandamento da norma. Indubitavelmente, *há muito de subjetivismo do intérprete em sua utilização*[6]. (grifos nossos)

Disposta no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[7], a equidade é retratada como uma recomendação por parte do legislador, para que, o juiz ao aplicar a lei,

---

[2] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 21 fev. 2024.
[3] GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 119.
[4] BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 21 fev. 2024.
[5] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 21 fev. 2024.
[6] VENOSA, S. S. **Direito civil - parte geral**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47.
[7] BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 21 fev. 2024.

atente-se aos fins sociais e ao bem comum, bem como às exigências advindas de mutações sociais a que ela se dirige.

Por sua vez, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> a proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução[8].

Ressalta-se, pois, que se ultrapassou a fase da limitação do juiz como "boca da lei", estando ele restrito aos princípios liberais de vinculação às leis gerais e abstratas. Passou-se a compreender um papel mais ativo do magistrado na aplicação do direito, significando a independência judicial.

Tal protagonismo judicial pode ser compreendido à luz da análise dos julgados da Suprema Corte norte-americana. Assim, identificou-se que o célebre caso *Brown v. Board Education of Topeka*[9], julgado em 1954, foi o berço das medidas estruturantes. Em linhas breves e gerais, a menina Linda Brown tinha de atravessar sua cidade para estudar, ainda que há pouco de sua casa existissem outras escolas públicas, mas que eram apenas para brancos. Seu pai, então, ajuizou ação contra o Conselho Estadual de Educação. Ocorreu que, mais que tutelar o bem jurídico individual reclamado, a Corte determinou um conjunto de ações coordenadas, designadas de medidas estruturantes, a fim de que, de fato fosse admitida uma negra em uma escola pública que era para brancos, sem quaisquer possibilidades de segregação.

Indubitavelmente, foi à época um enorme passo, não só para os Estados Unidos, mas para futuras decisões também em outros países com raízes profundas no preconceito racial e na escravidão, pois além de acabar com a segregação racial, entendeu-se finalmente que se devia dar efetividade à própria decisão judicial.

Por óbvio, visível é que se está diante de uma faca de dois gumes. De um lado, uma grande revolução e confiança de um olhar mais justo na garantia de direitos, por outro lado, a

---

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **Agravo em recurso especial nº 77.138/SC**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 20 set. 2016. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RSTJ%2C+83%2F168&b=DTXT&p=true&tp=T. Acesso em 22 fev. 2024.

[9] FRANCISCO, J. C.; ANDREÁ, G. F. M. Brown vs. Board of Education of Topeka e sua influência no processo estrutural brasileiro: utilização restrita e estratégica. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**, São Paulo, v. 34, n. 158, p. 185-186, jul./dez. 2023. Disponível em https://revista.trf3.jus.br/index.php/rtrf3/article/view/108/92. Acesso em 22 fev. 2024.

incerteza que paira sobre um ativismo judicial que por vezes se desvincula da autoridade das leis e da própria Constituição.

Há que se aflorar a discussão a respeito da concretização da Constituição e a problemática das omissões do ente legiferante. Para tanto, traz com maestria, Gilmar Mendes:

> 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 a sua legitimidade mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos*[10]. (grifo nosso)

À vista disso, dispõe a Carta Magna no art. 103, § 2º acerca da inconstitucionalidade por omissão, cuja redação trata da inobservância do legislador diante da dirigência constitucional de legislar, que resulta de comandos manifestos e de elucidações nas decisões no processo de interpretação da Constituição.

Há de se aludir que a vigente Carta de 1988 institui dois mecanismos a fim de estorvar a omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO – art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (MI – art. 5º, LXXI). A dessemelhança entre ambos consiste em que, este busca o exercício efetivo de um direito que não possua preceito regulamentador, enquanto que, aquele visa tão somente acusar a mora legislativa em regulamentar algum comando da Constituição que diz respeito a um direito por ela positivado[11].

Diante da omissão inconstitucional do ente legiferante, a Constituição da República trouxe, a partir da sentença declaratória do Poder Judiciário do reconhecimento dessa inconstitucionalidade, um instrumento de natureza mandamental que exige do Poder competente a adoção das medidas necessárias com a finalidade de suprimir a omissão.

Ora, tais omissões inconstitucionais desprestigiam o sentido normativo da Constituição e reproduzem a inefetividade constitucional. Neste esteio, traz a jurisprudência:

> A violação negativa do texto constitucional, resultante da situação de inatividade do Poder Público — que deixa de cumprir ou se abstém de prestar o que lhe ordena a Lei Fundamental — representa, notadamente em tema de direitos e liberdades de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), um inaceitável processo de desrespeito à Constituição, o que deforma a vontade soberana do poder constituinte e que traduz conduta estatal incompatível com o valor ético - jurídico do

[10] MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 3748.
[11] MORAES, A. **Constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 616-617.

> sentimento constitucional, cuja prevalência, no âmbito da coletividade, revela-se fator capaz de atribuir, ao Estatuto Político, o necessário e indispensável coeficiente de legitimidade social[12].

Sob essa perspectiva, não significa dizer que há apenas mera ciência sem consequência. Se caso o Poder Legislativo não atender à ordem judicial, haverá uma omissão ainda mais grave e, ao menos, terá de prestar satisfação ao Judiciário. No entanto, salvo a cobrança por parte de seus eleitores políticos, não há como obrigar o legislador a legislar, portanto, quase nada será cabível a se fazer, uma vez que o legislador constituinte não redigiu que a decisão judicial a respeito da omissão tivesse efeito normativo[13].

No que tange à ADO 26/2019, objeto de estudo deste projeto, a omissão que ocorre atinge a população LGBTQIAPN+, a qual é vulnerável e clama por proteção e igualdade, precisando-se ter resguardado à sua dignidade humana. Contudo, muito embora se esteja frente à premência de reconhecer os direitos dessa comunidade e criar meios para assegurá-los de modo efetivo, não se pode aceitar que o Judiciário justifique a retificação de uma omissão utilizando a criminalização por analogia[14].

Outrossim, é indiscutível que seja fundamental que haja a criação de algum tipo normativo que identifique violações sofridas por essa população e que funde instrumentos de tutela, mas segundo as diretrizes constitucionais. Isso porque há um rito de elaboração, de votação e aprovação das leis, feito por representantes eleitos e legitimados, que não podem ser banalizados, a fim de garantir o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, ainda que seja evidente a inércia legislativa, e mais que isso, a omissão destes representantes na criação de uma norma regulamentadora e protetiva, não se pode sustentar e aceitar que venha uma norma cogente do Poder Judiciário. Às palavras de Miguel Reale Júnior:

> É fundamental ter presente que a atividade criminalizadora é exclusiva do Legislativo. Do contrário, cria-se uma aporia insustentável: e*m nome da efetivação da legalidade viola-se a legalidade; para cumprir um comando constitucional, é desrespeitado o princípio constitucional da legalidade*[15]. (grifo nosso)

---

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1442**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 29 abr. 2005. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor. Acesso em 27 fev. 2024.
[13] SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 58.
[14] JÚNIOR, M. R. **Código Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 111.
[15] REALE JÚNIOR, Miguel. **Código Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2023, p. 112.

Nessa ótica, torna-se evidente que a fim de se resguardar o Estado Democrático de Direito e a própria democracia, é necessário que essa atividade seja obstada, enfrentada e que sejam criados meios para o *accountability*.

2. Da omissão do legislador sobre a punição dos atos discriminatórios em razão de orientação sexual

No regime político ditatorial militar anterior à Constituição Cidadã, em nome da segurança nacional do Estado Brasileiro e do interesse público, era natural o abuso e arbitrariedade dos que representavam o poder estatal, relativizando e suprimindo os direitos fundamentais. À vista desse cenário autoritário e antidemocrático, os constituintes originários estipularam no art. 5º, XLI, que a lei estabelecesse cominação legal aos atos discriminatórios, logo, que houvesse criação e penalização de crimes que atentam aos direitos e garantias fundamentais[16].

Não é à toa que no inciso seguinte, XLII, o texto constitucional versa sobre o racismo, haja vista tamanha a mácula da discriminação e preconceito no país, marcando presença até mesmo nas relações com entidades públicas. Diante disso, era preciso que a Constituição trouxesse medidas jurídicas de combate ao racismo, por isso, determinou sua criminalização e o trouxe ao rol de crimes inafiançáveis e imprescritíveis.

O princípio da dignidade da pessoa humana nasce com o indivíduo, é inerente à sua pessoa e a ninguém é dado o direito de violá-lo. Nesta esfera, a Lei 7716/89[17] pune com penas variáveis as diversas modalidades de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional que ela define como crime, e não como meras contravenções, como previa a chamada Lei Afonso Arinos, Lei 1.390/51[18], por ela revogada. Assim, faz-se mister trazer o conceito de racismo da doutrina:

> Racismo é todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a autoestima e o patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem etc.[19]

---

[16] MORAES, A. **Constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 388-389.
[17] BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em 13 mar. 2024.
[18] BRASIL. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. **Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1951. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm. Acesso em 13 mar. 2024.
[19] BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 1871.

O ordenamento jurídico brasileiro já reconhecia o crime de racismo e discriminações supracitadas, mas não a homofobia, uma vez que não havia legislação específica. Todavia, em junho de 2019, o Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão de nº 26. A ADO foi julgada procedente por maioria dos votos, com eficácia geral e efeito vinculante no que tange à mora inconstitucional do Poder Legislativo Federal que não elaborou norma referente ao mandado de criminalização previsto na Constituição da República.

Ainda, o STF declarou a existência da omissão do ente legiferante, cientificou o Congresso Nacional, conforme prevê o art. 103, § 2º da Constituição, além de dar interpretação para criminalizar as condutas de homofobia e transfobia, até que legislação superveniente seja feita pelo legislador federal, aplicar-se-á os preceitos da Lei nº 7.716. Segundo a decisão do Supremo, a prática homotransfóbica é considerada racista, na dimensão do racismo social, quando comete atos de segregação que acabam por inferiorizar os membros do grupo LGBTQIAPN+ por razões de orientação sexual ou identidade de gênero[20].

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), com intuito de:

> [...] *obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminação motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).[...] a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras*[21][...] (grifo no original)

A conclusão do julgamento se deu nos seguintes termos:

> *Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas,*

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26**. Relator: Ministro Celso de Mello, Distrito Federal, 13 jun. 2019. Disponível em: https://portal.st f.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em 13 mar. 2024.
[21] CONSULTOR JURÍDICO. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: https://portal.st f.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em 14 mar. 2024.

> *reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática de homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis*. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio.[22] (grifo nosso)

Ultrapassando-se a íntegra da decisão, ressalta-se acerca dos princípios da legalidade e da reserva legal, os quais impedem a correção da lacuna deixada pelo poder legislativo por parte do Supremo Tribunal Federal, uma vez que acarretam na veiculação de normas constitucionais que determinam os assuntos que devem ser regulamentados por lei em sentido formal. Por óbvio, tais princípios afirmam ser inadmissível utilizar qualquer outra fonte que não a lei.[23]

Não obstante a urgente necessidade da tutela dos direitos de minorias, há de se ponderar que, há impossibilidade de suprir judicialmente omissão legislativa na esfera do direito penal, face ao princípio da reserva legal penal. Ainda, corroborando-se, a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, de forma que a lei, em sentido estrito, restringe-se como a norma produzida pelo Congresso Nacional, trazida pelo art. 22, I, da Constituição Federal. Logo, o direito penal é matéria de competência privativa da União.

Presente no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, *in verbis*: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", reiterando os termos do art. 1º do Código Penal[24]. Ainda, "A natureza política do princípio da legalidade é evidente, como pedra angular do pensamento liberal, que protege o cidadão perante o Estado, diante do poder arbitrário dos juízes".[25]

O princípio da reserva legal é mais que fundamental, é inarredável quando se discute matéria de restrição da liberdade. Trata-se da segurança jurídica e da garantia da liberdade de todas as pessoas[26]. À vista disso, constitui verdadeiro escopo de proteção da liberdade individual; representa autêntica garantia constitucional dos direitos, logo, não deveria ser vulnerado sob pretexto algum. Assim, há que se falar que legalidade é limite. Sua

---

[22] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias**. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&ori=1. Acesso em 14 mar. 2024.
[23] MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 1504.
[24] BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Presidente da República Getúlio Vargas, 1940. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 mar. 2024.
[25] REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 35.
[26] DELMANTO, Celso. *et al*. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175.

flexibilização só deve ser admitida para ampliar as esferas de liberdade. Por essa razão é que em direito penal, a analogia só deve ser aplicada quando estiver diante de uma norma penal não incriminadora[27].

Como já esmiuçado no capítulo anterior, a omissão legislativa que revela o descaso para com o tema, bem como o apelo político da comunidade LGBTQIAPN+, apesar de legítima, não dão causa para que Judiciário faça papel de legislador. Os respaldos jurídicos que se encontram para contrariar o princípio basilar da reserva legal, como vistos, são pequenos ante sua carga protetiva ao Estado Democrático de Direito. Ainda, desta forma, dá-se poder ilimitado ao Supremo, o que pode acarretar no próprio poder se corrompendo. Uma coisa é dizer que o Congresso Nacional está em mora e outra coisa completamente diferente é substituir a vontade do povo e editar a lei. O limite do ativismo é o garantismo.

Portanto, pode-se auferir que, acerca da decisão tomada na ADO/26, sobre o Poder Judiciário recaíram o peso das expectativas e pressões sociais que buscam tornar imediatas as promessas constitucionais efetivas o mais rápido e possível. Neste esteio, o STF tem exercido função normativa no Direito Penal, o que colide diretamente com a garantia constitucional da reserva legal presente na Constituição Federal, art. 5º, XXXIX. Neste esteio, para criminalizar determinada conduta, no caso em epígrafe, trazer a homotransfobia ao rol de crimes de racismo, o Supremo carece de legitimidade e de competência, desencadeando na ultrapassagem dos limites garantidos pelo sistema de freios e contrapesos, o que deságua num desequilíbrio entre os poderes, que por seu turno, reflete e ameaça à democracia.

Conclusão

De tudo que fora exposto, é possível concluir que, diante da evolução da sociedade e seus instrumentos normativos, bem como maior grau de complexidade, o STF vem sendo provocado a se manifestar e, tem entendido que cabe ao Poder Judiciário acompanhar os anseios sociais com a celeridade, quando o Poder Legislativo não o faz, acarretando na instituição de um sistema legislativo indireto, uma vez que a criação de súmulas com características imperativas reservadas à própria Lei afrontam o Estado Democrático de Direito.

O teor da tese trazida pela ADO 26/2019 foi aprovado e implementado por meio da função atípica do Supremo, a qual criou um novo tipo penal, trazendo ao rol de crimes de

[27] PINHO; ALBUQUERQUE. **Precisamos Falar Sobre Garantismo***:* Limites e Resistência ao Poder de Punir. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019. p.107.

racismo da Lei 7716/89 a homofobia e a transfobia, na tentativa de atender aos apelos da comunidade LGBTQIAPN+ e subjugando o ente legiferante. A bem da verdade é que, muito embora o STF conheça do princípio da legalidade e da reserva legal para criar crimes, ainda assim, editou norma incriminadora, o que recai na temática do ativismo judicial e em suas faces favoráveis e ameaçadoras.

No entanto, é preciso entender que não cabe o juízo de equidade em função normativa de matéria de direito penal. Os princípios da legalidade e da reserva legal estão para garantir os limites do cerceamento da liberdade do cidadão, uma vez que, à medida que se edita uma lei penal, perde-se liberdade na mesma proporção. Ainda, é imprescindível dosar qual a medida que se permite que um Poder faça o papel do outro sem que esteja à beira de suplantar a Tripartição dos Poderes e afogar os freios e contrapesos.

Assim, a competência da Suprema Corte frente a este cenário de omissão do ente legiferante está tão somente em acusar a morosidade e trazer à sociedade, sob os escárnios dos parlamentares que elegeram, o seu desmazelo e abandono às causas sociais e políticas de toda uma comunidade que clama por representação e reconhecimento de direitos e de dignidade.

Destarte, fato é que a legalidade é princípio caríssimo ao ordenamento jurídico. Contudo, o princípio da legalidade não é absoluto. É preciso que a segurança jurídica, prestigiada pela lei prévia, conviva com a justiça e com a igualdade. Caso contrário, ao não se efetivar os direitos fundamentais que são pilares e dão razão de ser para o Estado brasileiro, cair-se-á na realidade que a Constituição da República Federal é como mero pedaço de papel[28].

Bibliografia

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. **Código de processo civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.

BRASIL. **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

[28] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editora, 1991. p. 9.

BRASIL. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm.

BRASIL. **Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial 77.138/SC**. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RSTJ%2C+83%2F168&b=DTXT&p=true&tp=T.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 1442/DF*. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

CONSULTOR JURÍDICO. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: https://portal.st f.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053.

DELMANTO, Celso. *et al*. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANCISCO, J. C.; ANDREÁ, G. F. M. Brown vs. Board of Education of Topeka e sua influência no processo estrutural brasileiro: utilização restrita e estratégica. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**, São Paulo, v. 34, n. 158, jul./dez. 2023. Disponível em https://revista.trf3.jus.br/index.php/rtrf3/article/view/108/92.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editora, 1991.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MORAES, A. **Constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHO; ALBUQUERQUE. **Precisamos Falar Sobre Garantismo***:* Limites e Resistência ao Poder de Punir. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Código Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

REALE JÚNIOR. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias**. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&ori=1.

VENOSA, S. S. **Direito civil - Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2001.