OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO PENAL DIANTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA: O CASO DA ADO 26

Gabriela Zuanazzi Luquerine [1]

Ricardo Andrade Sales Silva [2]

RESUMO:

1. INTRODUÇÃO:

A ausência de legislação penal específica para reprimir condutas homofóbicas e transfobicas manteve-se, por décadas, como lacuna normativa no ordenamento jurídico brasileiro, apesar do número crescente de agressões, homicídios e discriminações motivadas pela orientação sexual ou pela identidade de gênero da vítima. Diante dessa inércia do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal foi provocado, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista, e do Mandado de Injunção coletivo nº 4.733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), a reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em editar lei que tipificasse especificamente tais condutas.

No julgamento conjunto concluído em 13 de junho de 2019, o Plenário, por maioria de oito votos a três, decidiu que, até a edição de legislação autônoma, a homofobia e a transfobia deveriam ser enquadradas nos tipos penais da Lei nº 7.716/1989, conhecida como Lei do Racismo (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b). O relator da ADO 26, ministro Celso de Mello, fundamentou seu voto na premissa de que atos homotransfóbicos configuram manifestações de racismo social, retomando a compreensão sociológica e antropológica do conceito de racismo já consagrada pelo próprio Tribunal no julgamento do Habeas Corpus 82.424, o histórico Caso Ellwanger (BRASIL, 2004).

A presente pesquisa adota hipótese crítica: embora o reconhecimento da mora legislativa e a proteção da população LGBTI+ sejam constitucionalmente legítimos, a extensão dos tipos penais da Lei nº 7.716/1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, diante da ausência de previsão legislativa específica, ultrapassou os limites da interpretação judicial admissível em matéria penal, aproximando-se de inovação normativa e tensionando o princípio da legalidade penal e a separação dos Poderes.

A decisão representa uma inflexão relevante na jurisprudência penal brasileira, ao aproximar, de modo até então inédito, a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão — instrumento de tutela de direitos fundamentais — da própria definição do

alcance de um tipo penal incriminador. Essa aproximação reacende o debate sobre os limites da interpretação judicial admissível em matéria penal, aproximando-se de inovação normativa e tensionando o princípio da legalidade penal e a separação dos Poderes.

2. PROBLEMA DE PESQUISA:

Diante desse cenário, o problema que orienta a presente pesquisa pode ser formulado nos seguintes termos: até que ponto a atuação supletiva do Supremo Tribunal Federal diante da omissão legislativa em criminalizar a homotransfobia é compatível com o princípio da legalidade penal estrita (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988) e com a vedação à analogia in malam partem, corolário histórico das garantias penais liberais?

3. OBJETIVO:

Objetivo geral: analisar os limites hermenêuticos da criminalização da homotransfobia promovida pela ADO 26 e pelo MI 4.733, a partir do confronto entre a tutela penal de direitos fundamentais de grupos vulneráveis e o princípio da legalidade estrita.

Objetivos específicos: (i) identificar os fundamentos jurídicos empregados pelo STF para justificar o enquadramento da homotransfobia na Lei do Racismo, com destaque para o precedente firmado no Habeas Corpus 82.424 (Caso Ellwanger); (ii) confrontar a tese majoritária vencedora com o voto vencido do ministro Ricardo Lewandowski — que reconheceu a mora legislativa, mas rejeitou a extensão do tipo penal por via judicial — e com a doutrina penal crítica ao julgado; (iii) examinar os desdobramentos posteriores da tese fixada, notadamente a modulação temporal de seus efeitos e sua repercussão em casos concretos.

4. METODOLOGIA:

Trata-se de pesquisa qualitativa, de natureza zetética, bibliográfica e documental, fundada na análise dos votos proferidos no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4.733, do precedente firmado no HC 82.424 e de decisão correlata sobre a modulação de efeitos da tese fixada, em cotejo com a doutrina especializada em direito penal constitucional e teoria da legalidade penal. Adotou-se abordagem indutivo-dedutiva, partindo da análise do caso concreto para a discussão dos limites teóricos da interpretação penal extensiva diante de omissões legislativas inconstitucionais.

5. DISCUSSÃO E RESULTADOS ALCANÇADOS:

a) Tensão entre a reserva legal absoluta e os mandados constitucionais de criminalização. A Constituição de 1988 não se limita a impor limites ao poder de punir; em

certas hipóteses, impõe também ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, como se extrai dos incisos XLI e XLII do art. 5º, relativos à punição de toda discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais e à imprescritibilidade do racismo. Esses dispositivos foram invocados pela maioria vencedora como fundamento para reconhecer um mandado implícito de criminalização da homotransfobia, cuja inobservância pelo Congresso Nacional configura omissão inconstitucional. O impasse hermenêutico está em saber se a existência desse mandado autoriza o próprio Judiciário a suprir, por interpretação extensiva de tipo penal já existente, a ausência de lei específica, ou se sua função se esgota na declaração da mora legislativa, sem alcançar a definição do conteúdo da norma incriminadora — tarefa que, pelo princípio da legalidade estrita, é reservada com exclusividade ao Poder Legislativo.

b) A construção hermenêutica da dimensão social do racismo. Para superar esse impasse, o voto do relator Celso de Mello recorreu à premissa firmada no Caso Ellwanger, segundo a qual o conceito jurídico de racismo não se resume a características fenotípicas, compreendendo também dimensão político-social ligada à ideia de superioridade e inferiorização de grupos humanos (BRASIL, 2004). A partir dessa premissa, sustentou-se que a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero constitui manifestação contemporânea desse mesmo fenômeno de hierarquização social, o que legitimaria o enquadramento da homotransfobia nos tipos da Lei 7.716/1989 independentemente de alteração legislativa. Trata-se de estratégia interpretativa que desloca o eixo da discussão da tipicidade formal para a tipicidade material, fundada em valores constitucionais de dignidade e igualdade.

c) A crítica doutrinária à extensão do tipo penal por via interpretativa. Parte da doutrina penal questiona a compatibilidade dessa construção com a legalidade estrita. Segundo Couto (2019), a operação realizada pelo STF, ainda que revestida de linguagem interpretativa, produziria na prática efeito equivalente ao de uma analogia in malam partem, na medida em que estende as consequências de um tipo penal a situações fáticas — a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero — não contempladas pelo legislador quando da edição da Lei do Racismo, em 1989. Esse posicionamento crítico converge, em certa medida, com a divergência manifestada no próprio julgamento pelos ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que reconheceram a mora do Congresso Nacional, mas recusaram a equiparação promovida pela maioria, por entenderem que cabe exclusivamente ao Legislativo definir o alcance de tipos penais incriminadores, sob pena de comprometer a segurança jurídica assegurada pela reserva legal.

d) Os limites reconhecidos pela própria Corte. Mesmo os ministros que compuseram a maioria vencedora reconheceram limites à aplicação retroativa da tese fixada. O acórdão foi objeto de modulação temporal de efeitos, restringindo a incidência da equiparação a fatos ocorridos após a conclusão do julgamento, em 13 de junho de 2019. Essa cautela mostra-se coerente com o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa, e sua aplicação concreta pode ser observada em decisões posteriores que determinaram o trancamento de ações penais referentes a fatos anteriores àquela data (IBDFAM, 2026). A própria necessidade dessa modulação sugere reconhecimento implícito, pela Corte, de que a tese aproxima-se de uma inovação normativa, o que reforça a fragilidade da fronteira entre interpretação extensiva legítima e analogia proibida em matéria penal.

6. CONCLUSÃO:

A análise do julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4.733 revela que o Supremo Tribunal Federal, ao suprir a omissão legislativa quanto à criminalização da homotransfobia, transitou por fronteira ainda instável entre a legítima atuação do Judiciário na proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis e os limites impostos pelo princípio da legalidade penal estrita. Se, de um lado, a decisão pode ser compreendida como resposta necessária à inércia histórica do Congresso Nacional diante de um mandado constitucional de criminalização, de outro, a extensão do alcance da Lei do Racismo por via interpretativa expõe a Corte à crítica de ter promovido, na prática, forma de analogia in malam partem, ainda que sob roupagem hermenêutica distinta. A própria necessidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, reconhecida pelo Tribunal, é indício de que essa tensão não foi plenamente equacionada. Sem pretender esgotar o debate ou adotar posição categórica quanto ao acerto ou desacerto da tese fixada, este trabalho reforça a conclusão, já apontada por parte da doutrina, de que apenas a edição de legislação penal autônoma e específica sobre a matéria poderá conferir segurança jurídica plena à proteção penal da população LGBTI+ no Brasil, superando definitivamente a controvérsia quanto à legitimidade da via judicial para tanto.

Palavras-chave: Legalidade penal; ADO 26; Homotransfobia; Omissão legislativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF: julgado em 13 jun. 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4.733. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF: julgado em 13 jun. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF: julgado em 17 set. 2003. Diário de Justiça, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. A estrutura linguístico-discursiva do voto do Ministro Barroso na ADO 26 e no MI 4733: uma reflexão à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 12, n. 2, p. 497-527, 2022. DOI: 10.5102/rbpp.v12i2.6547.

COUTO, Márcio André Maia. O princípio da legalidade penal e a ADO n. 26/DF: criminalização da homotransfobia pelo Poder Judiciário. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218879/A%20criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20homofobia%20-%20MONOGRAFIA%20-%20Ricardo%20Bittencourt.pdf?sequence=1. Acesso em: 09 set. 2026.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). STF afasta retroatividade da criminalização da homofobia e tranca ação penal. Belo Horizonte, 2026. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/13748. Acesso em: 09 set. 2026.