

**APLICAÇÃO DA LEI ANTIRRACISMO A CASOS DE  
LGBTI+FOBIA E A NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA  
LEGALIDADE NO DIREITO PENAL**

***APPLICATION OF ANTI-RACISM LAW TO CASES OF  
LGBTI+PHOBIA AND NON-VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF  
LEGALITY IN CRIMINAL LAW***

Recebido: 21/03/2024

Aceito: 06/06/2024

*Giovanna Freitas de Lima*

Graduanda pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

*Diego Prezzi Santos*

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP)

Mestre em Direito pelo programa de mestrado em Ciências Jurídicas do Centro

Universitário de Maringá (CESUMAR)

Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade

Estadual de Londrina (UEL)

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Professor no Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade

Estadual de Londrina (PPGD/UEL)

Professor no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e

Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina

Professor de pós-graduação lato sensu na Universidade

Estadual de Londrina (UEL)

Professor de pós-graduação no Instituto de Direito

Constitucional e Cidadania (IDCC)

Professor de pós-graduação na Pontifícia Universidade

Católica de Londrina (PUC)

Com experiência como Professor de pós-graduação no Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Universidade Paranaense (UNIPAR), nas Faculdades Maringá, no Centro Universitário Filadelfia (UNIFIL), na Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE), entre outras  
Professor de graduação no Instituto Catuaí de Ensino Superior (ICES), Faculdades Londrina e na Universidade Estadual de Londrina (UEL)  
Membro da Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)  
Participante do Summer School Democracia e Desenvolvimento realizado na Università degli Studi di Siena/IT  
Parecerista em revistas científicas  
Advogado com experiência em direito penal e processo penal  
Possui experiência em Direito com ênfase em Direito Penal, Processo Penal, Direito Constitucional  
Pesquisa as temáticas do Direito Constitucional Penal, Direito Constitucional Processual Penal e Direito Constitucional  
É professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Prática Penal em sede de graduação e pós-graduação

**RESUMO:** Por meio dos acórdãos da ADO 26 e do MI 4.733, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei Antirracismo poderia também ser aplicada aos casos de homofobia e transfobia. Nesse sentido, o objetivo do trabalho foi responder ao questionamento quanto a se teria ou não ocorrido violação ao princípio da legalidade quando do julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, considerando a aplicação da lei antirracismo aos casos de homofobia e transfobia. Para essa análise, foram utilizados os métodos dedutivo e indutivo, por meio de revisão bibliográfica, análise de legislação e verbetes de dicionário. Concluiu-se que não houve violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que, em uma interpretação conforme a Constituição, o conceito de raça pode abranger orientação sexual e identidade de gênero, e o conceito de racismo pode abranger homofobia e transfobia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Racismo – LGBTI+fobia – Homotransfobia – Ativismo judicial – Legalidade.

**ABSTRACT:** *Through the judgements of ADO 26 and MI 4,733, the Federal Supreme Court understood that the Anti-Racism Law could also be*

*applied to cases of homophobia and transphobia. In that regard, the objective of the paper was to answer the question as to whether or not there had been a violation of the principle of legality during the judgment of ADO 26 and MI 4,733, considering application of the Anti-Racism Law to cases of homophobia and transphobia. For this analysis, it has been used the deductive and inductive methods, through bibliographic review, analysis of legislation and dictionary entries. It was concluded that there was no violation of the principle of legality, given that, through an interpretation consistent with the Constitution, the concept of race can encompass sexual orientation and gender identity, and racism can encompass homophobia and transphobia.*

**KEY-WORDS:** Racism – LGBTI+phobia – Homotransphobia – Judicial activism – Legality.

## INTRODUÇÃO

A fim de obter a criminalização da homofobia e da transfobia, especialmente pela prática de ofensas, homicídios, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Distrito Federal (ADO 26), enquanto a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou o Mandado de Injunção 4.733, Distrito Federal (MI 4.733), fôramos quais julgados, de forma concomitante pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2019.

Na ADO 26 e no MI 4.733, pleiteou-se a declaração de mora inconstitucional na criminalização da homofobia e da transfobia; a fixação de prazo razoável para a aprovação de legislação que as criminalizasse especificamente; a tipificação criminal da homofobia e da transfobia pela aplicação da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, também conhecida como Lei Antirracismo, enquanto não houvesse lei específica; a consideração dessas discriminações como motivo fútil ou torpe para fins penais; bem como o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro em indenizar as vítimas de homofobia e transfobia.

Durante o julgamento conjunto, foram fixadas as seguintes teses nos acórdãos: até que as condutas homofóbicas e transfóbicas fossem criminalizadas especificamente, estas ajustariam-se às disposições da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989; a repressão penal à prática da homotransfobia não restringiria o exercício da liberdade religiosa; e o conceito de racismo se projetaria para além de aspectos biológicos ou fenotípicos, pois seria resultante, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pela justificação da desigualdade, que levava a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito dos grupos vulneráveis, tal como a comunidade LGBTI+.

Nesse sentido, ainda que as decisões mencionadas possuam diversos aspectos que poderiam ser analisados, a ênfase do presente trabalho recai no entendimento por parte do STF de que a homofobia e a transfobia não seriam condutas que poderiam ser equiparadas ao racismo, mas sim condutas que

efetivamente se enquadram nesse conceito, bem como nos tipos penais contidos na Lei Antirracismo, por meio de uma interpretação conforme a Constituição. Sendo assim, conforme os acórdãos, o princípio da legalidade não teria sido violado, pois não ocorreu analogia *in malam partem*.

Desse modo, pretende-se analisar, através do trabalho, se a decisão do STF afrontou o princípio da legalidade, por meio de analogia *in malam partem*, ou se o conceito de raça efetivamente engloba orientação sexual e identidade de gênero.

Para tanto, o presente trabalho pretende, no primeiro capítulo, destrinchar no que consiste o princípio da legalidade no direito penal, esclarecer o que é analogia e, mais especificamente, o que é analogia *in malam partem*.

No segundo capítulo, busca-se contextualizar como pode ocorrer a interpretação das normas penais, de acordo com diversos métodos interpretativos das normas penais.

Por fim, com o terceiro capítulo, objetiva-se analisar os conceitos de raça e racismo conforme os métodos interpretativos abordados anteriormente, contextualizar o Caso Ellwanger e analisar como foram conceituados raça e racismo em seu julgamento, explicar o que é a interpretação conforme a Constituição e analisar se a definição de raça estabelecida no Caso Ellwanger pode ser aplicada à ADO 26 e ao MI 4.733, considerando uma interpretação conforme a Constituição.

Por fim, serão utilizados os métodos dedutivo e indutivo, através de revisão bibliográfica, bem como análise de legislação e verbetes de dicionários.

## **1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ANALOGIA NO DIREITO PENAL**

Inicialmente, serão analisados o princípio da legalidade no direito penal, a analogia e a analogia *in malam partem*, noções basilares para o desenvolvimento do presente trabalho.

## 1.1 Princípio da legalidade no Direito Penal

De acordo com Robert Alexy, as normas jurídicas podem ser divididas em regras e princípios jurídicos, sendo essa distinção o fundamento da teoria dos direitos fundamentais, bem como essencial para a resolução de problemas da dogmática penal constitucional<sup>1</sup>.

Nesse sentido, Alexy descreve que “as regras são normas de conduta realizadas ou não realizadas pelos seres humanos”<sup>2</sup>, ao passo que “os princípios são normas jurídicas de otimização (*optimierungsgebote*) das possibilidades de realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real”<sup>3</sup>.

José Afonso da Silva, por sua vez, aponta para a diversidade de significações que a palavra princípio pode exprimir, como a de mandamento nuclear, início ou esquema de uma entidade ou programa, ou mesmo uma espécie de norma<sup>4</sup>. Todavia, ainda que os princípios jurídicos possam ser entendidos em várias acepções, pode-se dizer que, além de apresentarem força normativa, se caracterizam por seu menor grau de prescrição e maior grau de abstração e generalidade, quando comparados às regras<sup>5</sup>.

Nesse sentido, os princípios enunciam as razões de determinado comportamento, são normas abertas e prescrições genéricas, não definitivas, que atuam na validade e no conhecimento, de forma que não indicam uma decisão específica, mas auxiliam em caso de conflito de normas, considerando seu maior alcance argumentativo<sup>6</sup>. Além disso, os princípios constitucionais têm a função de orientar os diversos conflitos que podem ocorrer durante a interpretação constitucional, devendo ser considerados no discurso que legitima o direito<sup>7</sup>.

---

1 ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. [Frankfurt]: Suhrkamp, 1994, p. 71-72 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 19.

2 ALEXY, 1994, p. 75 *apud* SANTOS, 2008, p. 19.

3 ALEXY, 1994, p. 75 *apud* SANTOS, 2008, p. 19.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

5 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 21. ed. Londrina: Thoth, 2023, p. 114.

6 *Ibid.*, p. 116.

7 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 136.

Por fim, os Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito representam garantias do cidadão diante do poder punitivo estatal, estando previstos na CRFB/88 desde o preâmbulo, com o objetivo de inspirar todo o ordenamento brasileiro e servir como fonte interpretativa e integrativa da própria Constituição e de outras normas infraconstitucionais<sup>8</sup>. Dessa forma, “os princípios não afrontam direitos e garantias fundamentais; com eles sintonizam-se na essência”<sup>9</sup>.

Conforme Nucci, os princípios podem ser divididos em constitucionais, entendidos como aqueles presentes no Texto Fundamental, e infraconstitucionais, que são aqueles contidos em Códigos e leis especiais<sup>10</sup>. Ainda, os princípios constitucionais podem ser explícitos ou implícitos, e, ainda, subdivididos em concernentes à atuação do Estado e concernentes à atuação do indivíduo<sup>11</sup>.

Nucci anuncia uma gradação entre os princípios, de forma que os princípios constitucionais explícitos no topo do ordenamento, por serem vetores do Estado Democrático de Direito, sendo seguidos pelos princípios constitucionais implícitos, que devem harmonizar com os explícitos, por constituírem o mesmo Texto Constitucional<sup>12</sup>. Os princípios constitucionais implícitos, por sua vez, prevalecem sobre os infraconstitucionais, que, ainda, prevalecem sobre meras regras, pois não podem ser afastados em detrimento de norma da legislação ordinária<sup>13</sup>.

Prado, no âmbito dos princípios penais, divide-os em princípios de natureza penal constitucional, também como conhecidos como penais propriamente ditos ou princípios penais constitucionais, e em princípios constitucionais gerais que tratam de matéria penal ou princípios constitucionais penais<sup>14</sup>.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 26. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 99. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

10 *Ibid.*, p. 100.

11 *Ibid.*, p. 100-143.

12 *Ibid.*, p. 100.

13 *Ibid.*, p. 100.

14 PRADO, *loc. cit.*, p. 85.

Nesse sentido, os princípios penais constitucionais são aqueles que, embora possuam características constitucionais e estejam previstos na Constituição, permeiam a relação entre o Estado e indivíduo no direito penal, estabelecendo limites ao poder punitivo, tais como os princípios da legalidade, da culpabilidade, da individualização da pena e da personalidade da pena, por exemplo<sup>15</sup>.

Por sua vez, os princípios constitucionais penais se caracterizam por se referirem à matéria especificamente constitucional, influenciando, contudo, a matéria disciplinada penalmente, bem como seu conteúdo, mas não a disciplina penal em si, sendo exemplos destes os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da necessidade<sup>16</sup>.

Com base nessas duas classificações, pode-se dizer que o princípio da legalidade, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88, no qual consta que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”<sup>17</sup>, é tanto um princípio constitucional explícito quanto um princípio penal constitucional. Sendo assim, considerando que esse princípio representa o alicerce mínimo sobre o qual pode ser elaborado o direito penal em um estado democrático de direito<sup>18</sup>, passa-se à uma análise de seu histórico.

Conforme Mirabete e Fabbrini, o princípio da legalidade, formulado por Feuerbach na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tem como origem remota a Magna Carta, do rei João Sem Terra, a qual estabelecia que nenhum homem poderia ser punido sem ser pela lei da terra, sendo essa garantia apenas processual, e não penal<sup>19</sup>.

Também foi previsto, em 1532, na Constituição Carolina germânica<sup>20</sup>. No direito romano, por sua vez, este princípio prevaleceu em relação aos *crimina*

---

15 *Ibid.*, p. 85.

16 *Ibid.*, p. 85.

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b, art. 5º. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 mar. 2024.

18 BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 61-62.

19 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 39. v. 1.

20 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 31. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

*publica*, mas não na *cognitio extraordinária*<sup>21</sup>. A causa próxima do surgimento desse princípio ocorreu, contudo, no Iluminismo<sup>22</sup>.

Com a criação da Teoria do Contrato Social, de Rousseau, o princípio passou a ser muito mais relevante, considerando que a teoria previa que o cidadão apenas aceitaria sair do estado natural para celebrar o pacto social se possuísse garantias mínimas contra o arbítrio estatal, tais como a de não sofrer punições senão nas hipóteses previstas em regras objetivas, gerais e impessoais<sup>23</sup>. O marquês de Beccaria, influenciado por Rousseau, consagrou esse princípio em sua obra ‘Dos delitos e das penas’<sup>24</sup>.

A partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade também passou a constar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Constituição francesa<sup>25</sup>. Ainda, com a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, foi determinado que o juiz não poderia usurpar funções próprias do Poder Legislativo, de forma que o juiz passou a ser impedido de punir condutas não contempladas pelo legislador<sup>26</sup>.

Sendo assim, com base na separação funcional dos Poderes, tornou-se função exclusiva do legislador selecionar os comportamentos humanos mais perigosos para a sociedade e os definir como crimes, com a sanção penal correspondente, enquanto que coube ao juiz a função de aplicar aos casos concretos aquilo que estivesse determinado nas regras penais objetivas<sup>27</sup>.

Com base nesse ideário, o princípio da legalidade foi previsto em diversos diplomas que proclamavam a igualdade, tais como o *Bill of Rights*, da Filadélfia, a Declaração de Direitos da Virgínia, a Constituição dos Estados

---

21 MIRABETE; FABBRINI, *op. cit.*, p. 39.

22 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 39.

23 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 31.

24 *Ibid.*, p. 31.

25 *Ibid.*, p. 31.

26 *Ibid.*, p. 31.

27 *Ibid.*, p. 31.

Unidos da América, o Código Penal austríaco de 1787, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição francesa de 1791<sup>28</sup>.

No âmbito internacional atual, ainda se destacam a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana dos Direitos do Homem<sup>29</sup>.

Por fim, o Brasil passou a adotar o princípio da legalidade na Constituição do Império de 1824, tendo sido este previsto também na Constituição de 1891, na Constituição de 1934, na Constituição de 1937, na Constituição de 1946, na Carta Constitucional de 1967 e na atual Constituição, de 1988<sup>30</sup>. Na legislação infraconstitucional, esse princípio foi expresso no Código Criminal do Império de 1831, no Código Penal de 1890 e no de 1940, em seu art. 1<sup>o</sup><sup>31</sup>.

Mirabete e Fabbrini apontam que, pelo princípio da legalidade, uma pessoa só pode ser punida caso, antes do fato praticado, haja uma lei que proíba essa conduta, sendo irrelevante a mera imoralidade desta<sup>32</sup>.

Em sentido complementar, Capez sustenta que apenas há crime quando houver perfeita correspondência entre a conduta e a previsão legal, considerando que, com base na teoria de Binding, as normas penais incriminadoras não são proibitivas, mas descritivas, pois os tipos penais preveem condutas que propiciam ao agente um conhecimento prévio acerca de suas consequências, de modo a evitar restrição arbitrária da liberdade<sup>33</sup>.

Nessa senda, para alguns autores, há certa confusão entre os conceitos de legalidade e reserva legal. Nucci, por exemplo, defende que a legalidade em sentido estrito ou penal se equivale à reserva legal, no sentido de que apenas

---

28 *Ibid.*, p. 31.

29 GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário. Reserva legal. *In*: PRADO, Luiz Regis (coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (org.). Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 64. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

30 GOMES; COIMBRA, *loc. cit.*, p. 64.

31 *Ibid.*, p. 64.

32 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 39.

33 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 32.

poderia ser considerado crime e aplicada a pena quando estes estivessem previstos em lei<sup>34</sup>. No mesmo sentido, Franco defende que o princípio da legalidade, em matéria penal, é equivalente a reserva legal<sup>35</sup>.

De acordo com Capez, este é o entendimento majoritário da doutrina, ainda que defenda que a reserva legal seria uma espécie do princípio da legalidade, que ainda abarcaria, enquanto gênero, a anterioridade<sup>36</sup>.

Bitencourt, por sua vez, explica que, diante do princípio da legalidade, nenhuma conduta pode ser considerada criminosa e nenhuma pena pode ser aplicada sem a existência prévia de uma lei definindo o crime e lhe cominando a sanção correspondente, ao passo que o princípio da reserva legal determina que a regulação de certas matérias deve ocorrer por meio de lei formal, conforme as disposições constitucionais<sup>37</sup>.

Ainda, Greco analisa que, quando se fala no princípio da legalidade, estaria sendo permitida a adoção de qualquer um dos tipos de legislação previstos no art. 59 da CRFB/88, como leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, enquanto, pelo princípio da reserva legal, a criação legislativa em matéria penal estaria limitada apenas às leis ordinárias e às leis complementares<sup>38</sup>.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar também refletem que esses dois princípios se completam, tendo em vista que “constituem dois indícios da própria garantia de legalidade, correspondentes a um único requerimento de racionalidade no exercício do poder, emergente do princípio republicano de governo”<sup>39</sup>.

Greco divide o princípio da reserva legal em material e formal, sendo que a legalidade formal se refere aos trâmites procedimentais constitucionalmente

34 NUCCI, *loc. cit.*, p. 104.

35 FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

36 CAPEZ, *op. cit.*, p. 31.

37 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 26.

38 GRECO, Rogério. Direito penal estruturado. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, p. 16. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

39 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 203. v. 1.

previstos para que certa norma se torne parte do ordenamento jurídico, enquanto a legalidade material determina não apenas a observância formal desses trâmites, mas também o respeito ao conteúdo da Constituição, a fim de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos<sup>40</sup>.

Como anteriormente mencionado, Capez divide o princípio da legalidade em reserva legal e anterioridade penal, sendo que, com fundamento na anterioridade, a lei a ser aplicada deveria ser a da época dos fatos, que tenha sido criada anteriormente à sua ocorrência, exceto quando houvesse lei futura mais benéfica<sup>41</sup>.

Com relação à reserva legal, por sua vez, apenas a lei formal, escrita, aprovada e emanada pelo Legislativo, via procedimento adequado, poderia criar tipos e penas, de forma que faltaria a outros diplomas legais a eficácia necessária, bem como a constitucionalidade<sup>42</sup>.

Ainda, a reserva legal englobaria a taxatividade, que determinaria que um fato só poderia ser considerado criminoso quando houvesse correspondência exata entre o fato e a norma, razão pela qual a descrição da conduta contida na norma deveria ser detalhada e específica, de forma a não admitir tipos genéricos e muito abrangentes, em regra, nem analogia *in malam partem*<sup>43</sup>.

Prado, por sua vez, divide o princípio da legalidade em reserva da lei, determinação, taxatividade e irretroatividade<sup>44</sup>. A reserva da lei, como já abordado, determina que apenas a lei formal pode criar crimes, penas, causas agravantes e medidas de segurança, de forma que seria inconstitucional a utilização de qualquer outro ato normativo para tanto, sob pena de violação à exigência de lei escrita<sup>45</sup>.

Em seguida, a irretroatividade da lei penal preceitua que a lei penal não retroage, exceto para beneficiar o réu, tanto para delitos no âmbito nacional quanto

---

40 GRECO, *op. cit.*, p. 16.

41 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 32-34.

42 *Ibid.*, p. 32-33.

43 *Ibid.*, p. 33.

44 PRADO, *loc. cit.*, p. 88-89.

45 PRADO, *loc. cit.*, p. 88.

no internacional com vistas a restringir o arbítrio legislativo e judicial no que se refere à elaboração ou aplicação retroativa de lei mais prejudicial ao réu<sup>46</sup>.

Os princípios da determinação e da taxatividade estão fortemente relacionados, sendo admitida uma distinção conceitual diante do destinatário, o legislador e o juiz, respectivamente<sup>47</sup>. A determinação diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser clara e precisa ao formular o conteúdo do tipo penal e ao estabelecer sua sanção correspondente, a fim de criar segurança jurídica<sup>48</sup>. Assim, pela determinação, é exigido que o legislador descreva o fato punível o mais exatamente possível<sup>49</sup>.

O Poder Legislativo, dessa forma, fica proibido de utilizar excessiva e incorretamente elementos normativos, casuísmos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados e vagos ao criar os delitos, tendo em vista que o conteúdo da lei deve ter a aptidão de ser conhecido pelos seus destinatários, de forma a lhes permitir diferenciar condutas penalmente lícitas e ilícitas<sup>50</sup>.

Por meio da taxatividade, objetiva-se estabelecer de forma estrita as margens penais às quais o julgador está vinculado, a fim de que o julgador interprete e aplique a norma penal incriminadora conforme os limites estritos nos quais essa foi formulada e, assim, satisfazer a exigência de garantia e evitar eventual abuso judicial<sup>51</sup>.

Portanto, a liberdade decisória do juiz fica restrita a certos parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados quando da aplicação da norma ao caso concreto<sup>52</sup>. A taxatividade tem função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa se mostra como uma autolimitação do poder punitivo por parte do Judiciário<sup>53</sup>.

Conclui-se, com base no exposto, que o princípio da legalidade veda:

---

46 *Ibid.*, p. 88-89.

47 *Ibid.*, p. 89.

48 *Ibid.*, p. 89.

49 *Ibid.*, p. 89.

50 *Ibid.*, p. 89.

51 *Ibid.*, p. 89.

52 *Ibid.*, p. 89.

53 *Ibid.*, p. 89.

(a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais.<sup>54</sup>

Com relação à problemática do trabalho, referente ao questionamento acerca da violação ou não do princípio da legalidade pela aplicação da Lei Antirracismo em casos de homofobia ou transfobia, pode-se observar que essa se relaciona ao princípio da legalidade de forma mais específica nos aspectos do subprincípio da taxatividade e da proibição de analogia *in malam partem*. Passa-se, assim, à análise dessa última.

## 1.2 Analogia e analogia *in malam partem*

De acordo com Hans Kelsen, “a analogia, como método de pensamento comparativo de grupos de casos, significa aplicação da lei penal a fatos não previstos, mas semelhantes aos fatos previstos”<sup>55</sup>.

Em sentido semelhante, Capez dispõe que a analogia, também conhecida como integração analógica, suplemento analógico ou aplicação analógica, consiste na aplicação de uma disposição referente a um caso semelhante, quando essa hipótese não tenha sido regulada por lei própria<sup>56</sup>. A analogia se fundamenta no brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*, que significa que, onde há a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito<sup>57</sup>.

Mirabete e Fabbrini preceituam, ainda, que a analogia, também prevista no art. 4º da LINDB, antes chamada LICC, é uma forma de autointegração da lei, pois, na lacuna desta, é aplicada uma norma que discipline hipótese semelhante, quando o fato não tiver sido regulado expressamente<sup>58</sup>.

54 SANTOS, *loc. cit.*, p. 20.

55 KELSEN, Hans. *Allgemeine theorie der normen*. Wien: Manz-Verlag, 1990, p. 217 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 21.

56 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

57 *Ibid.*, p. 30.

58 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 30.

Um exemplo pode ser encontrado no art. 128, II, do CP, que determina a ocorrência de uma excludente de ilicitude para o aborto praticado por médico quando a gravidez é resultante de estupro e há prévio consentimento da gestante; se, no entanto, a gestante tivesse sido violada mediante fraude e fosse aplicada a excludente da gravidez resultante de estupro, haveria analogia<sup>59</sup>.

Quanto à natureza da analogia como fonte do direito, há certa divergência doutrinária. Nucci, por exemplo, classifica a analogia, quando utilizada em favor do réu, como uma fonte formal mediata ou indireta, ou seja, uma forma de manifestação do direito penal ou processual penal que alcança o destinatário da norma, de forma indireta<sup>60</sup>.

Em sentido contrário, Mirabete e Fabbrini entendem que, considerando que fontes formais tem o papel de exteriorizar o direito, apenas a lei seria fonte direta no direito penal, enquanto seriam fontes indiretas os costumes e os princípios gerais do direito, mas não a analogia<sup>61</sup>. Capez também não entende que a analogia seja fonte mediata, mas sim forma de autointegração da lei penal<sup>62</sup>.

Bitencourt, por sua vez, declara que a analogia não é forma de interpretação, mas sim de aplicação da norma legal, pois, com ela, busca-se preencher uma lacuna legal, através da aplicação de um preceito ou até de princípios gerais do direito a uma hipótese não prevista no texto legal<sup>63</sup>.

Sendo assim, não há lei com texto obscuro ou incerto cujo sentido se busque esclarecer, mas sim a falta de lei que discipline especificamente a questão; ou, em outras palavras, enquanto a função da interpretação é achar a vontade da lei, a da analogia é de suprir essa vontade<sup>64</sup>.

Capez entende que há quatro tipos de analogia, a analogia legal ou *legis*, a analogia jurídica ou *juris*, a analogia *in bonam partem* e a analogia *in malam*

---

59 CAPEZ, *op. cit.*, p. 30.

60 NUCCI, *loc. cit.*, p. 159.

61 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 29.

62 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

63 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 97.

64 *Ibid.*, p. 97.

*partem*<sup>65</sup>. Bitencourt compartilha desse entendimento, afirmando que a analogia *legis* ocorre quando é aplicada uma norma legal a certo fato que não tenha sido contemplado no texto da lei, enquanto a analogia *juris* ocorre quando são aplicados os princípios gerais do direito<sup>66</sup>.

Em sentido semelhante, Capez disserta que a primeira ocorre quando o caso pode ser regido por norma que trate de hipótese semelhante, enquanto a segunda ocorre quando um princípio extraído do ordenamento jurídico com um todo pode ser aplicado à hipótese não regulada<sup>67</sup>. Para Capez, ainda, a analogia *in bonam partem* seria caracterizada por favorecer a situação do agente e a analogia *in malam partem* por prejudicar essa situação<sup>68</sup>.

No mesmo sentido, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar entendem que a analogia *in malam partem* integra a lei, de forma a ampliar sua punibilidade, enquanto a analogia *in bonam partem* a restringe aquém do previsto no texto legal, sendo a primeira proibida e a segunda admissível, desde que não seja arbitrária, inclusive em causas de justificação<sup>69</sup>.

Santos declara, também, que a analogia *in bonam partem* é permitida sem restrições, sendo aplicável nas justificações, nas exculpações e em quaisquer hipóteses de extinção ou de redução da punibilidade<sup>70</sup>.

Já Nucci considera uma maior restrição ao uso da analogia, mesmo da analogia *in bonam partem*<sup>71</sup>. A analogia, assim, deveria ser reservada a casos excepcionais, tendo em vista que o princípio da legalidade é a regra, e não a exceção, bem como que o magistrado, se disseminasse a utilização da analogia a fim de absolver o réu, colocaria em perigo a segurança idealizada pelo direito penal<sup>72</sup>.

---

65 CAPEZ, *op. cit.*, p. 30.

66 BITENCOURT, *op. cit.*, p. 98.

67 CAPEZ, *op. cit.*, p. 30.

68 *Ibid.*, p. 30.

69 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *loc. cit.*, p. 210.

70 SANTOS, *loc. cit.*, p. 66-67.

71 NUCCI, *loc. cit.*, p. 181.

72 *Ibid.*, p. 181.

Mirabete e Fabbrini, no mesmo sentido, entendem que só podem ser supridas as lacunas legais involuntárias, pois não haveria lugar para a analogia quando uma regra legal tivesse caráter definitivo<sup>73</sup>.

Todavia, válido ressaltar que, ainda que a doutrina majoritária, como exposto, seja contrária ao emprego indiscriminado da analogia no direito penal, o entendimento não é pacífico. Nessa senda, Carnelutti acredita que a analogia não deveria ser proibida, pois essa proibição não decorreria de uma real consequência ao princípio da certeza jurídica, mas sim de uma desconfiança em relação ao julgador<sup>74</sup>.

Importante esclarecer, ainda, a diferença entre os institutos da analogia, da interpretação extensiva e da interpretação analógica. Na interpretação extensiva, há uma norma que regula a hipótese, mas essa norma não menciona de forma expressa essa eficácia, fazendo com que o intérprete amplie seu significado além do expresso<sup>75</sup>.

Um exemplo é o do art. 181, I, do CP, que prevê escusa absolutória para o agente que pratica o crime de furto contra cônjuge, na constância da sociedade conjugal; por uma interpretação extensiva, o furto praticado contra companheiro também abarcaria essa escusa<sup>76</sup>.

Assim, distingue-se a analogia da interpretação extensiva em relação aos seus objetos distintos, pois a primeira objetiva a aplicação de lei lacunosa, enquanto a segunda visa interpretar o sentido da norma, ao ampliar seu alcance<sup>77</sup>.

Na interpretação analógica, por sua vez, após uma sequência de casos semelhantes previstos na norma, há uma prescrição genérica, que deve ser interpretada conforme os casos anteriormente elencados; ou seja, há uma norma que regula a hipótese, de forma expressa e genérica, o que demanda o recurso à interpretação<sup>78</sup>.

73 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 30.

74 CARNELUTTI, Francesco. El problema de la pena. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999, p. 74.

75 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

76 *Ibid.*, p. 30.

77 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 98.

78 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

Pode ser utilizado como exemplo o crime praticado mediante paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe; nesse sentido, pode-se interpretar analogicamente a expressão ‘ou outro motivo torpe’ como qualquer motivo torpe que equivalha aos casos citados<sup>79</sup>.

Assim, o que diferencia a interpretação analógica da analogia é que, na primeira, há uma norma que regula a hipótese, enquanto na segunda não; e o que diferencia a interpretação analógica da interpretação extensiva é que essa regulação de outras hipóteses semelhantes é feita de forma expressa, ainda que genérica, na interpretação analógica<sup>80</sup>.

Considerando o princípio da máxima taxatividade, atuante no âmbito interpretativo através de uma proibição absoluta da analogia *in malam partem*, a segurança jurídica necessária ao direito penal consiste na não atuação em conflitos que não estejam taxativamente descritos na criminalização primária<sup>81</sup>.

Dessa forma, considerando que o princípio da legalidade não pode ser violado, o magistrado, ao aplicar a lei, deve buscar seu melhor sentido, sem a criar, podendo utilizar a interpretação extensiva da lei penal em alguns casos, bem como a interpretação analógica<sup>82</sup>. A analogia, contudo, é vedada, exceto em benefício da defesa<sup>83</sup>.

Por conseguinte, nesta seção, foram abordados os conceitos de analogia e suas diversas espécies, incluindo a analogia *in malam partem*, bem como as diferenças entre a analogia e a interpretação extensiva e analógica.

Considerando que se mostra necessário entender como as normas penais são interpretadas para que, posteriormente, possa ser analisada a suposta violação ao princípio da legalidade pela ocorrência de analogia *in malam partem* no caso concreto, passa-se a um estudo acerca da interpretação das normas penais.

---

79 *Ibid.*, p. 30.

80 *Ibid.*, p. 30.

81 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *loc. cit.*, p. 208.

82 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 99.

83 *Ibid.*, p. 99.

## 2. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PENAIS

De acordo com Santos, a interpretação da norma penal se refere ao processo intelectual que determina o sentido da lei penal<sup>84</sup>. Ainda, por existir sob a forma de linguagem escrita, a interpretação da norma recai sobre a linguagem que a constitui, abordada sob os pontos de vista semântico, sintático e pragmático, que dizem respeito, respectivamente, ao significado isolado das palavras da lei, ao significado conjunto das palavras e à adequação prática das palavras utilizadas<sup>85</sup>.

Conforme enuncia Bitencourt, o processo de interpretação precisa expressar de forma clara e objetiva o real sentido e o alcance mais preciso da norma legal, analisando todas as suas relações dentro de um contexto jurídico e político-social<sup>86</sup>. Assim, interpretar seria “descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica”<sup>87</sup>.

Em sentido semelhante, Prado ensina que a interpretação visa atribuir certo significado ao texto normativo, se apresentando tanto como um ato cognoscitivo quanto de criação, não podendo essa interpretação estar desvinculada do contexto jurídico, histórico-cultural e social no qual se insere<sup>88</sup>. Assim, enquanto a integração visa completar o que falta, a interpretação busca captar o real sentido de alguma coisa, esclarecendo o que está nebuloso, mas presente<sup>89</sup>.

A fim de atingir seus objetivos, a interpretação utiliza-se de alguns métodos que, inclusive, podem se complementar não sendo exigido nenhum método específico de interpretação no direito penal que seja diverso do utilizado na interpretação jurídica geral, desde que a interpretação se insira dentro dos limites do princípio da legalidade<sup>90</sup>.

---

84 SANTOS, *loc. cit.*, p. 60.

85 *Ibid.*, p. 60-61.

86 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 92.

87 *Ibid.*, p. 93.

88 PRADO, *loc. cit.*, p. 120.

89 NUCCI, *loc. cit.*, p. 165.

90 BITENCOURT, *op. cit.*, p. 93.

Em relação aos tipos de interpretação, os referenciais doutrinários analisados os classificaram em três grupos: quanto às fontes, aos órgãos ou ao sujeito; quanto aos meios, ao método ou à técnica; e quanto aos resultados. Bitencourt trabalha com a ideia de classificação da interpretação quanto às fontes em interpretação autêntica, jurisprudencial e doutrinária<sup>91</sup>.

A interpretação autêntica é a que é fornecida pelo próprio Poder que elabora o diploma legal, ou seja, pelo Poder Legislativo, que edita nova lei com o fim de esclarecer o conteúdo e o significado de outra já existente<sup>92</sup>.

Essa interpretação é, a princípio, obrigatória, especialmente quando proveniente de outra lei, como ocorreu, por exemplo, com a definição de casa no crime de violação de domicílio ou de funcionário público para fins penais<sup>93</sup>. Podem, ainda, ser considerados na interpretação autêntica os trabalhos das comissões e demais estudos legislativos<sup>94</sup>.

A interpretação jurisprudencial é aquela que é produzida pelos tribunais através da reiteração de suas decisões, ou seja, é a orientação estabelecida pelos tribunais em relação a determinada norma, sem, no entanto, conter força vinculante<sup>95</sup>. É por meio da interpretação jurisprudencial que a lei se liga ao fato, tornando-se vinculante em relação a este, por força da coisa julgada<sup>96</sup>.

Ainda que os julgamentos dos tribunais não tenham força vinculante para outros julgamentos, sua uniformidade de forma reiterada costuma ser repetida nesses, podendo, inclusive, se tornar matéria sumulada<sup>97</sup>. Pode-se observar, de pronto, que a interpretação das normas nos casos da ADO 26 e do MI 4.733, por ter sido realizada pelo STF, pode ser caracterizada como jurisprudencial.

Por fim, a interpretação doutrinária é aquela que é produzida pelos doutrinadores, que realizam a interpretação da lei com base em seus conhecimentos

---

91 *Ibid.*, p. 93.

92 *Ibid.*, p. 93.

93 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 93.

94 *Ibid.*, p. 93.

95 *Ibid.*, p. 94.

96 *Ibid.*, p. 94.

97 *Ibid.*, p. 94.

técnicos; ou seja, a interpretação doutrinária é a que é feita por escritores e comentadores do direito<sup>98</sup>. Não apresenta força vinculante, mas indica um caminho a seguir, podendo ser utilizada como fundamento em decisões jurisprudenciais, com autoridade dependente do mérito científico do intérprete<sup>99</sup>.

Todos os outros referenciais teóricos fizeram essa classificação de forma semelhante, com alteração apenas na nomenclatura escolhida. Nesse sentido, Capez classificou a interpretação quanto ao sujeito em autêntica, judicial e doutrinária<sup>100</sup>. Greco classificou a interpretação quanto aos órgãos em autêntica, jurisprudencial e doutrinária<sup>101</sup>.

Nucci, por sua vez, classificou a interpretação quanto ao órgão em autêntica, judicial e doutrinária<sup>102</sup>. Mirabete e Fabbrini classificaram a interpretação quanto ao sujeito em autêntica, jurisprudencial e doutrinária<sup>103</sup>. Prado classificou a interpretação em relação ao autor ou agente em autêntica, judicial e doutrinária<sup>104</sup>. Por fim, Santos classificou a interpretação quanto aos sujeitos de interpretação em autêntica, judicial e científica<sup>105</sup>.

Ademais, Bitencourt classifica a interpretação quanto aos meios em interpretação gramatical, histórica, lógica e sistemática<sup>106</sup>. Nesse sentido, a interpretação gramatical ou literal é a que se fixa no significado das palavras do texto legal, ignorando, muitas vezes, que o sentido técnico de certos termos não corresponde ao literal que a gramática usualmente lhe atribui<sup>107</sup>. Costuma-se atribuir o menor grau hierárquico nesse tipo de interpretação, em comparação com as outras<sup>108</sup>.

---

98 *Ibid.*, p. 94.

99 *Ibid.*, p. 94.

100 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 29.

101 GRECO, *loc. cit.*, p. 9.

102 NUCCI, *loc. cit.*, p. 175-176.

103 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 34-35.

104 PRADO, *loc. cit.*, p. 123.

105 SANTOS, *loc. cit.*, p. 62-63.

106 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 94.

107 *Ibid.*, p. 95.

108 *Ibid.*, p. 95.

A interpretação histórica, por sua vez, objetiva compreender as razões e os fundamentos de certo instituto ou norma jurídica, sendo relevante para entender o motivo da adoção de determinada política criminal ou orientação legislativa<sup>109</sup>.

Diversos aspectos podem figurar como elementos históricos, tais como exposição de motivos, trabalhos preparatórios à elaboração de uma lei, trabalhos das comissões legislativas, atas de sessões parlamentares, atas das sessões das comissões especiais, debates realizados sobre o tema, entre outros<sup>110</sup>.

A interpretação sistemática ou lógico-sistemática objetiva encontrar o sentido da lei em seu aspecto mais geral, circunscrito no sistema legislativo ou, em outras palavras, situar a norma no sistema que a engloba, a fim de justificar sua razão de ser e superar contradições<sup>111</sup>.

Com maior ênfase no aspecto lógico, a interpretação visa superar possíveis contradições entre os preceitos penais, enquanto, ao ser dada maior ênfase no aspecto sistemático, busca-se aprofundar a investigação até as origens do sistema, contextualizando a norma como parte de um todo<sup>112</sup>.

Os demais referenciais teóricos realizaram essa classificação de forma semelhante, com apenas algumas alterações nas subdivisões ou na nomenclatura utilizada. Nesse sentido, Capez classificou a interpretação quanto aos meios empregados em gramatical, literal ou sintática, e lógica ou teleológica<sup>113</sup>.

Nucci realizou essa classificação em interpretação histórica, sistemática, lógica, teleológica e histórico-evolutiva<sup>114</sup>. Com exceção das três primeiras, já abordadas, a interpretação teleológica analisa os fins, os objetivos e as metas quando da criação da norma, de forma a garantir que o texto legal apresente um resultado favorável, e não prejudicial, a quem visa proteger<sup>115</sup>.

---

109 *Ibid.*, p. 95.

110 *Ibid.*, p. 95.

111 *Ibid.*, p. 96.

112 *Ibid.*, p. 96.

113 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

114 NUCCI, *loc. cit.*, p. 170-174.

115 NUCCI, *loc. cit.*, p. 172.

A interpretação histórico-evolutiva, por sua vez, mescla o aspecto histórico com o ponto de vista evolutivo, que, em face de um termo de significado extremamente subjetivo e atrelado a uma determinada época, permite avaliar um termo de maneira variável conforme o passar dos anos<sup>116</sup>.

Ainda, Greco classificou a interpretação quanto aos meios empregados em literal ou gramatical, histórica, sistêmica e teleológica<sup>117</sup>. Mirabete e Fabbrini classificaram a interpretação quanto ao meio empregado em gramatical, lógica e teleológica<sup>118</sup>. Santos classificou as técnicas específicas de interpretação em literal, histórica, sistemática e teleológica<sup>119</sup>. Por fim, Prado classifica os métodos de interpretação em dois, o filológico, literal ou semântico; e o lógico-sistemático, teleológico, lógico ou racional<sup>120</sup>.

A última classificação adotada por Bitencourt diz respeito aos resultados, e se divide em interpretação declarativa, restritiva e extensiva<sup>121</sup>. A interpretação declarativa, nessa senda, expressa apenas o sentido linguístico e literal do texto interpretado, ou seja, representa a concordância entre o resultado da interpretação gramatical e o da lógico-sistemática, de forma a nem ampliar nem restringir o texto, mas sim corresponder a seu exato significado<sup>122</sup>.

A interpretação restritiva visa reduzir ou limitar o alcance do texto interpretado, com o fim de encontrar seu verdadeiro sentido, pois se trata de uma exigência jurídica<sup>123</sup>. A interpretação é restritiva quando se busca minimizar, com base em elementos lógicos, sistemáticos, teleológicos ou históricos, o sentido ou o alcance das palavras que objetivem exprimir o direito contido na norma jurídica, tendo em vista que essa disse além do que pretendia<sup>124</sup>.

---

116 *Ibid.*, p. 173-174.

117 GRECO, *loc. cit.*, p. 10.

118 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 35-36.

119 SANTOS, *loc. cit.*, p. 61-62.

120 PRADO, *loc. cit.*, p. 121-123.

121 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 96.

122 *Ibid.*, p. 96.

123 *Ibid.*, p. 96.

124 *Ibid.*, p. 97.

A interpretação extensiva, por fim, ocorre quando as palavras do texto legal dizem menos do que pretendiam, ou seja, o sentido da norma excede sua expressão literal, de modo que o intérprete amplia o sentido ou o alcance da lei analisada<sup>125</sup>.

Os outros doutrinadores estudados realizaram essa classificação de forma semelhante, com apenas algumas alterações nas subdivisões ou na nomenclatura utilizada. Nesse sentido, Capez classificou a interpretação quanto ao resultado em declarativa, restritiva e extensiva<sup>126</sup>. Greco classificou a interpretação quanto aos resultados em declaratória, restritiva e extensiva<sup>127</sup>.

Nucci, por sua vez, realizou essa classificação em literal, restritiva e extensiva, sendo que o sentido dessa primeira é semelhante ao sentido literal adotado pelos outros autores na classificação da interpretação quanto aos meios<sup>128</sup>. Mirabete e Fabbrini classificaram a interpretação quanto aos resultados obtidos em declarativa, restritiva e extensiva<sup>129</sup>.

Prado também classificou os tipos de interpretação em declarativa, restritiva e extensiva<sup>130</sup>. Por fim, Santos classificou os resultados da interpretação como declarativos, restritivos e extensivos<sup>131</sup>.

Há, ainda, outros tipos de interpretação, tal como a analógica, que já foi explicada na seção anterior. A interpretação também pode ser classificada em objetiva e subjetiva, sendo que, na primeira, busca-se a vontade da lei, enquanto na segunda é buscada a vontade do legislador<sup>132</sup>.

---

125 *Ibid.*, p. 97.

126 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

127 GRECO, *loc. cit.*, p. 10.

128 NUCCI, *loc. cit.*, p. 165-168.

129 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 36.

130 PRADO, *loc. cit.*, p. 123-125.

131 SANTOS, *loc. cit.*, p. 63.

132 GRECO, *op. cit.*, p. 11.

Ademais, conforme Greco,

[...] a interpretação conforme a Constituição é o método de interpretação por meio do qual o intérprete, de acordo com uma concepção penal garantista, procura aferir a validade das normas mediante seu confronto com a Constituição.<sup>133</sup>

Nucci, por sua vez, também classifica a interpretação quanto à forma em costume, princípios gerais do direito, equidade, tratados e convenções e brocardos jurídicos<sup>134</sup>.

Mirabete e Fabbrini adotam também a interpretação progressiva, que abarca concepções atuais ditadas por transformações no meio social, científico, jurídico ou moral e que influenciam a lei penal<sup>135</sup>. Em igual sentido, Capez enuncia que a interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva considera as mudanças políticas e sociais, bem como a necessidade do momento<sup>136</sup>.

Greco entende que, em conflitos quanto à interpretação, pode ser adotada pelo julgador uma interpretação prejudicial ou benéfica ao réu, sendo essa última a que a doutrina majoritária defende que deva ser adotada<sup>137</sup>.

Assim, o princípio de interpretação restritiva preceitua que, dentro do alcance semântico das palavras da lei, pode haver um sentido mais amplo ou mais restrito para a criminalização, de forma que, em caso de dúvida interpretativa, deva ser adotada a forma mais limitada da criminalização, pela mesma razão que fundamenta o princípio processual *in dubio pro reo*<sup>138</sup>. Santos também entende que, em caso de conflito de interpretação, deve ser adotada a opção mais restritiva<sup>139</sup>.

---

133 *Ibid.*, p. 11.

134 NUCCI, *op. cit.*, p. 177-180.

135 MIRABETE; FABBRINI, *op. cit.*, p. 36.

136 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

137 GRECO, *loc. cit.*, p. 11.

138 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *loc. cit.*, p. 210.

139 SANTOS, *loc. cit.*, p. 65.

Em sentido contrário, Bitencourt alega que não há que se falar que a interpretação para determinados sujeitos ou em certos casos deva ser mais benévola ou mais rigorosa, pois o sentido da interpretação é descobrir o verdadeiro ou o melhor significado da norma jurídica, que seja o mesmo para todos os casos e sujeitos que pela norma possam ser abarcados, respeitando o princípio da legalidade<sup>140</sup>.

Isso porque a aplicação de princípios como o *in dubio pro reo* dizem respeito ao exame e à valoração da prova, e não à interpretação da norma jurídica<sup>141</sup>. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar rebatem essa argumentação sob a alegação de que tanto o princípio *in dubio pro reo* quanto a interpretação restritiva derivam da excepcionalidade da criminalização primária<sup>142</sup>.

Todavia, ainda que de fato a criminalização primária seja excepcional, caso a interpretação da norma não viole o princípio da legalidade e seja a mais adequada, considerando os diversos métodos que podem ser utilizados, parece ser possível que seja adotada interpretação prejudicial ao réu em alguns casos, como ocorre com a interpretação analógica, por exemplo. Por conseguinte, parece mais acertado o posicionamento de Bitencourt.

### 3. INTERPRETAÇÕES DOS CONCEITOS DE RAÇA E RACISMO

Estudadas as noções conceituais fundamentais para a análise acerca da violação ou não do princípio da legalidade pelo enquadramento da homofobia e da transfobia na Lei Antirracismo, necessária se faz, pois, a interpretação do conceito de raça e racismo previstos nessa lei.

Assim, pretende-se interpretar esses conceitos com base nos diversos métodos interpretativos já estudados, contextualizar a noção de racismo estabelecida no Caso Ellwanger e concluir se o racismo abrange ou não a homofobia e a transfobia.

---

140 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 93.

141 *Ibid.*, p. 93.

142 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *op. cit.*, p. 211.

### 3.1 Raça e racismo através de diversos métodos interpretativos

A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 estabelece, em seu art. 1º, a punição de “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”<sup>143</sup>. Nesse sentido, para determinar a aplicação da Lei Antirracismo, faz-se necessária a análise do que seria raça e racismo, razão pela qual essa análise se baseará nos métodos interpretativos gramatical, histórico, teleológico, histórico-evolutivo e lógico-sistemático.

Inicialmente, será adotado o método interpretativo gramatical, que, de acordo com Bitencourt, se refere à análise dos termos conforme a gramática os entende<sup>144</sup>. Para tanto, foram consultados alguns dicionários da Língua Portuguesa.

O Dicionário Houaiss descreve raça como:

1 Divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.) [...] 2 conjunto de indivíduos pertencentes a cada um desses grupos 3 o conjunto dos seres humanos; a humanidade [...] 4 [...] cada um dos grupos em que se subdividem algumas espécies animais domesticadas, e cujos caracteres diferenciais se conservam através das gerações [...] 5 [...] conjunto de populações de uma espécie que ocupa uma região particular, e que difere em uma ou mais características das populações de outras regiões [...] 6 coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico [...] 7 grupo étnico em relação com a nação, a região [...] 8 ascendência de um povo [...] 9 o conjunto de antepassados de uma família ou de um indivíduo; linhagem [...] 10 grupo de pessoas da mesma profissão [...] 11 classe de indivíduos com determinados predicados [...] 12 qualidade de indivíduo de origem ilustre;

---

143 BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989, art. 1º. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 17 mar. 2024.

144 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 95.

distinção [...] 13 [...] espírito de luta; determinação, empenho, coragem [...] 14 quantidade ínfima; sinal [...].<sup>145</sup>

Por sua vez, o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa conceitua raça como:

1. Divisão tradicional de indivíduos cujos caracteres físicos biológicos são constantes e hereditários [...] 2. Subdivisão de uma espécie animal [...] 3. Conjunto de ascendentes e descendentes de uma família, um povo; geração [...] 4. Conjunto de pessoas da mesma profissão, das mesmas tendências [...] 5. Conjunto de indivíduos ou coisas da mesma qualidade [...] 6. [...] Coragem, determinação ou espírito de luta [...] 7. Mínima quantidade de qualquer coisa [...] 8. [...] Réstia de sol.<sup>146</sup>

Por fim, o Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa atribui a raça os sentidos de:

1 Divisão dos vários grupos humanos, diferenciados uns dos outros por caracteres físicos hereditários, tais como a cor da pele, o formato do crânio, as feições, o tipo de cabelo etc., embora haja variações de indivíduo para indivíduo dentro do mesmo grupo. [...] 2 Conjunto de indivíduos que pertencem a cada um dos grupos humanos, descendentes de uma família, de uma tribo ou de um povo, originário de um tronco comum. 3 O conjunto de todos os seres humanos; a espécie humana, a humanidade [...] 4 Conjunto de pessoas que apresentam as mesmas raízes étnicas, linguísticas ou sociais [...] 5 A ascendência ou origem de um povo. 6 Série de gerações que compõem o conjunto de ancestrais de uma família ou de uma pessoa; linhagem [...] 7 Cada um dos grupos de algumas espécies animais, cujos caracteres físicos que os diferenciam se mantêm ao longo de diversas gerações [...] 8 Classe de pessoas que revelam possuir

145 RAÇA. *In*: DICIONÁRIO Houaiss. [S. l.]: Instituto Antônio Houaiss, [2023a], verb. 1-14. Disponível em: [https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol\\_www/v6-1/html/index.php#1](https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1). Acesso em: 17 mar. 2024.

146 RAÇA. *In*: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [S. l.]: Priberam Informática, 2023b, verb. 1-8. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

certas qualidades que se sobressaem. 9 Qualidade de indivíduo que se supõe ser própria de origem ilustre, como a coragem, a distinção, a elegância etc. 10 Grupo de indivíduos da mesma profissão ou que exercem uma atividade comum [...] 11 Grupo de pessoas que são normalmente identificadas por seus defeitos ou falhas de caráter. 12 [...] Grande determinação ou muito empenho [...].<sup>147</sup>

Partindo de uma análise gramatical, observa-se que o termo raça pode ser utilizado com as mais diversas significações, estando mais presente o sentido de grupo ou conjunto de seres em determinada classificação ou divisão, cujos critérios podem variar entre biologia, etnia, cultura, ascendência, idioma e personalidade, por exemplo.

Alerta o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, inclusive, que a classificação racial de seres humanos pode ser rejeitada com base nos avanços do estudo da genética<sup>148</sup>. O Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, por sua vez, também observa que é bem discutível a noção de raça<sup>149</sup>.

Ainda, o Dicionário Houaiss enuncia que, por biologicamente os grupos não terem características genéticas suficientes para desassociar as pessoas, raça se trata de uma construção social que havia sido rejeitada em razão da proximidade cultural e ancestralidade serem mais relevantes<sup>150</sup>.

Diante disso, vê-se que, além de um conceito dotado de muitas facetas, a própria definição gramatical reconhece a dificuldade semântica do termo raça com base em critérios estritamente genéticos. De toda forma, contextualizado o conceito de raça em uma interpretação gramatical, passa-se a uma interpretação histórica.

---

147 RAÇA. In: MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S. l.]: Melhoramentos, 2023c, verb. 1-12. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

148 RAÇA. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [S. l.]: Priberam Informática, 2023b, verb. 1. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

149 RAÇA. In: MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S. l.]: Melhoramentos, 2023c, verb. 1. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

150 RAÇA. In: DICIONÁRIO Houaiss. [S. l.]: Instituto Antônio Houaiss, [2023a], verb. 1. Disponível em: [https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol\\_www/v6-1/html/index.php#1](https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1). Acesso em: 17 mar. 2024.

Bitencourt enuncia que a interpretação histórica visa, por meio de diversos documentos elaborados durante o procedimento legislativo, entender os fundamentos de uma norma<sup>151</sup>. Nesse sentido, será analisado o dossiê online do Projeto de Lei nº 668, 8 de agosto de 1988, que viria a se tornar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

O Projeto de Lei nº 668 de 1988, 8 de agosto de 1988, tinha como função regulamentar o art. 5º, XLII, da CRFB/88, que preceituava que o racismo seria um crime inafiançável e imprescritível, bem como o próprio *caput* do artigo, que determinava a igualdade de todos, sem distinção, assim como a garantia dos direitos fundamentais a todos<sup>152</sup>.

Ademais, visava também regulamentar os incisos XXII, XLI e XLII da CRFB/88, que dispunha acerca da punição, por meio da lei, da discriminação contra direitos e liberdades fundamentais, e do racismo<sup>153</sup>. Isso porque as normas que definiam direitos fundamentais tinham aplicabilidade imediata e não excluía outros direitos derivados dos princípios, do regime constitucional ou dos tratados internacionais de que o Brasil fosse signatário, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do inciso LXXVII da CRFB/88<sup>154</sup>.

Pode-se observar, de pronto, o claro teor antidiscriminatório desse projeto de lei, que visava dar cumprimento aos comandos constitucionais.

Anteriormente a esse projeto de lei, a Lei nº 1390, de 3 de julho de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos, punia como contravenção penal a prática de atos motivados por preconceito de raça ou cor<sup>155</sup>. Essa lei foi ampliada pela Lei nº

---

151 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 95.

152 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 668, de 8 de agosto de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988a, p. 56. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988). Acesso em: 17 mar. 2024.

153 *Ibid.*, p. 57.

154 *Ibid.*, p. 57.

155 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 668, de 8 de agosto de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988a, p. 56. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988). Acesso em: 17 mar. 2024.

7.437, de 20 de dezembro de 1985, para punir como contravenção penal a prática de atos motivados por preconceito de raça, cor, sexo ou estado civil<sup>156</sup>.

Dessa forma, o legislador ampliou a abrangência do ato legislativo com o fim de garantir os direitos dos discriminados e punir aqueles que praticassem atos discriminatórios e preconceituosos, de modo a abranger as diversas situações sociais nas quais esse comportamento pudesse se verificar<sup>157</sup>.

Com a CRFB/88, o Deputado Carlos Alberto Caó buscou regulamentar do modo mais rápido possível a nova legislação, de forma que restringiu sua aplicação, de início, ao preconceito de raça ou cor<sup>158</sup>.

Sendo assim, diferentemente da lei anterior, o Projeto de Lei nº 1390, de 3 de julho de 1951, não incluiu o preconceito de sexo e de estado civil em sua redação<sup>159</sup>, ainda que o Substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara nº 52, de 1988, tenha colocado em pauta a criminalização de discriminação de raça, de cor, econômica, política e religiosa<sup>160</sup>.

O projeto de lei, nesse sentido, visou não excluir a proteção de outros grupos vulneráveis, mas sim aumentar a proteção da comunidade negra, através de uma punição mais severa, diante da sua posição de maior vulnerabilidade social no cenário brasileiro da época<sup>161</sup>.

Portanto, pode-se concluir, com base em uma interpretação histórica, que a Lei Antirracismo visou, inicialmente, proteger a população negra, de forma mais destacada. Todavia, como pode ser depreendido pelo contexto histórico da Lei Afonso Arinos e da então nova Constituição, o intuito de criminalizar diversos tipos de atos preconceituosos já existia, mas não pôde ser alcançado de forma imediata pela necessidade de aprovar a Lei Antirracismo o mais rapidamente possível.

---

156 *Ibid.*, p. 57-58.

157 *Ibid.*, p. 57-58.

158 *Ibid.*, p. 73-74.

159 *Ibid.*, p. 58.

160 *Ibid.*, p. 63.

161 *Ibid.*, p. 58-59.

Sob o ponto de vista da interpretação teleológica, entendida como aquela que visa investigar os fins de uma norma, de forma a garantir o melhor resultado da norma em relação a quem deveria proteger, a interpretação histórica fornece dados importantes para afirmar que a Lei Antirracismo visava proteger do preconceito racial principalmente, a comunidade negra, sem, contudo, afastar sua aplicação futura para demais casos<sup>162</sup>.

Há interligação, ainda, desses dois métodos de interpretação com o histórico-evolutivo, que permite a avaliação de um termo amplo de forma variável com o passar dos anos<sup>163</sup>. Isso porque as necessidades sociais se alteram com o tempo, sendo exemplo disso, inclusive, a adição à Lei Antirracismo de atos discriminatórios em razão de “etnia, religião ou procedência nacional”<sup>164</sup>. Esse método também poderá ser observado quando da análise do Caso Ellwanger, considerando a interpretação de raça e de racismo adotada neste.

Por fim, a interpretação lógico-sistemática visa atribuir à norma um sentido geral, circunscrito no sistema que a engloba. Sendo assim, ainda que seja dado maior enfoque a esse método quando da análise da interpretação de raça e racismo conforme a Constituição, que é o vetor máximo do ordenamento jurídico brasileiro, por ora será analisada a concepção de racismo circunscrito no âmbito do Direito Penal, que Diniz descreve como:

- a) Teoria defensora da superioridade de uma raça humana sobre as demais; b) crime inafiançável e imprescritível consistente em fazer discriminação racial, sujeito a pena de reclusão; c) segregacionismo; tipo de preconceito conducente à segregação de determinadas minorias étnicas; d) ação ou qualidade de pessoa racista; e) discriminação e perseguição contra raças consideradas inferiores.<sup>165</sup>

---

162 NUCCL, *loc. cit.*, p. 172.

163 *Ibid.*, p. 173-174.

164 BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989, art. 1º. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 17 mar. 2024.

165 DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico universitário. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2022, p. 438. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598636/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

Assim, mais uma vez se faz presente no conceito de racismo a noção de segregação, adicionando-se, ainda, as noções de superioridade de alguns sobre outros e de discriminação contra os tidos como inferiores.

Dessa forma, foram analisadas concepções de raça e racismo conforme os métodos interpretativos gramatical, histórico, teleológico, histórico-evolutivo e lógico-sistemático. Passa-se a uma análise desses conceitos no Caso Ellwanger.

### 3.2 Raça e racismo no Caso Ellwanger (HC 82.424)

O HC 82.424 foi impetrado contra uma decisão judicial que havia condenado Siegfried Ellwanger pela prática do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, referente à prática, induzimento ou incitação de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, pela edição e venda de livros de sua autoria, que continham ideias antissemitas<sup>166</sup>.

Na ocasião da impetração do *habeas corpus*, a defesa de Ellwanger alegou que os judeus constituiriam um povo, mas não uma raça, razão pela qual o fato não poderia ser considerado como crime de racismo, o qual seria inafiançável e imprescritível, de acordo com o inciso XLII do art. 5º da CRFB/88<sup>167</sup>.

Por maioria dos votos, esse *habeas corpus* foi indeferido<sup>168</sup>. A ementa desse julgado se fixou em dezesseis pontos, sendo que o primeiro foi de que a escrita, divulgação e comercialização de livros contendo apologia a ideias preconceituosas em relação a comunidade judaica seria considerado crime de racismo, conforme o art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, sendo, portanto, inafiançável e imprescritível, segundo o art. 5º, XLII, da CRFB/88<sup>169</sup>.

---

166 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 4-5. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

167 *Ibid.*, p. 5.

168 *Ibid.*, p. 4-5.

169 *Ibid.*, p. 1.

O segundo ponto determinou que, pela aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes, caso os judeus não fossem considerados uma raça, não haveria discriminação contra eles que pudesse acarretar a imprescritibilidade, de forma que ocorreria uma inconsistência na premissa<sup>170</sup>.

O terceiro ponto foi de que, através do mapeamento genético entre os seres humanos, não haveria distinção biológica entre eles, seja pela pele, formato dos olhos, altura, pelos ou qualquer outra característica física, de forma que, em essência, todos seriam iguais e pertenceriam à raça humana<sup>171</sup>.

Por meio do quarto ponto, concluiu-se, ainda, que a divisão em raças dos seres humanos era resultado de um processo político-social, cujo pressuposto teria originado o racismo, que, por seu turno, teria gerado a discriminação e o preconceito segregacionista<sup>172</sup>.

O quinto ponto foi que o fundamento do pensamento nacional-socialista era de que os judeus e os arianos compunham raças distintas, de modo que os judeus “seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio”<sup>173</sup>.

Esse pensamento seria incompatível com os padrões morais e éticos contidos na Constituição brasileira e do mundo contemporâneo como um todo, sob os quais se ergueria a noção de Estado democrático<sup>174</sup>.

Sendo assim, esses estigmas evidenciariam crime de racismo e atentariam contra os princípios regentes da sociedade humana, fundada no respeito, na dignidade humana e na convivência social pacífica, de modo que condutas imorais

---

170 *Ibid.*, p. 1.

171 *Ibid.*, p. 1.

172 *Ibid.*, p. 1.

173 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

174 *Ibid.*, p. 1.

como essa e intoleráveis conforme os ditames constitucionais e infraconstitucionais deveriam sofrer reprimenda estatal<sup>175</sup>.

O sexto ponto foi de que a República Federativa do Brasil havia aderido a diversos tratados e acordos internacionais que repudiavam, de forma enérgica, qualquer tipo de discriminação racial entre seres humanos, seja por raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, fundadas na pretensão de superioridade de uns sobre os outros, como no caso de xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamosemitismo’ ou antisemitismo, por exemplo<sup>176</sup>.

O sétimo ponto foi de que a CRFB/88 havia imposto a cláusula de imprescritibilidade aos autores de delitos dessa natureza, diante da repugnância e gravidade da ofensa, a fim de que fosse ressaltado o repúdio da sociedade brasileira à sua prática<sup>177</sup>.

O oitavo ponto foi de que, para determinar a abrangência do conceito de racismo e construir sua definição jurídico-constitucional, deveriam ser considerados aspectos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos<sup>178</sup>.

Assim, deveria ser realizada uma interpretação teleológica e sistêmica da CRFB/88, com a conjugação de circunstâncias históricas, políticas e sociais que determinaram a criação e aplicação da norma, de forma que pudesse ser obtido o seu real sentido e amplitude<sup>179</sup>.

O nono ponto foi que, assim como no Brasil, as legislações de países que adotavam o Estado Democrático de Direito adotavam punições para delitos que estimulassem ou propagassem a segregação<sup>180</sup>.

Nesse sentido, havia manifestações por parte da Suprema Corte Norte-Americana, da Corte de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos, bem como

---

175 *Ibid.*, p. 1-2.

176 *Ibid.*, p. 2.

177 *Ibid.*, p. 2.

178 *Ibid.*, p. 2.

179 *Ibid.*, p. 2.

180 *Ibid.*, p. 2.

da Câmara dos Lordes da Inglaterra que consagravam o entendimento de que deviam ser aplicadas sanções aos transgressores das regras de boa convivência social entre grupos humanos através da prática de racismo<sup>181</sup>.

O décimo ponto foi o de que tanto a edição quanto a publicação de obras escritas que veiculassem ideias antissemitas, com o intuito de resgatar e credibilizar a concepção racista existente no regime nazista, que inferiorizava e desqualificava o povo judeu, bem como de negar e subverter fatos históricos incontroversos, como o Holocausto, equivaleria ao ato de incitar a discriminação, possuindo elevado conteúdo racista, que seria reforçado pelas consequências que esses ideais acarretaram na história<sup>182</sup>.

O décimo primeiro ponto foi de que a conduta explícita do autor demonstrava um dolo evidente, fundado na falsa premissa de que os judeus não apenas não seriam uma raça, mas que, além disso, seriam de um grupo racial geneticamente inferior e perigoso<sup>183</sup>.

O décimo segundo ponto foi de que a discriminação, no caso concreto, se caracterizava por ser deliberada e direcionada de forma específica aos judeus, o que configuraria o ato ilícito de prática de racismo, com suas consequências prejudiciais<sup>184</sup>.

O décimo terceiro ponto foi de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não seria absoluta, pois, considerando os limites jurídicos e morais, o direito à livre expressão não abrangeria manifestação de cunho imoral que implicasse em ilicitude penal<sup>185</sup>.

---

181 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 2. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

182 *Ibid.*, p. 2.

183 *Ibid.*, p. 2.

184 *Ibid.*, p. 2.

185 *Ibid.*, p. 2-3.

O décimo quarto ponto foi o de que as liberdades públicas não seriam absolutas, razão pela qual deveriam ser exercidas de forma harmônica, considerando os limites estabelecidos pela CRFB/88 no art. 5º, § 2º, segunda parte<sup>186</sup>.

Nesse sentido, o direito fundamental da liberdade de expressão não consagraria em sua abrangência a incitação ao racismo, considerando que condutas ilícitas não poderiam ser relevadas pelo exercício de um direito individual, como ocorria com delitos contra a honra<sup>187</sup>. Deveriam prevalecer, pois, os princípios da dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica<sup>188</sup>.

O décimo quinto ponto foi o de que a imprescritibilidade, entendida como um tempo jurídico que passaria sem ter um fim, teria uma relação estreita com a memória coletiva<sup>189</sup>.

Assim, nunca deveria ser apagada da memória dos povos que se pretendessem justos os atos repugnantes do passado, que haviam incentivado o ódio entre semelhantes em razão de causas raciais de inenarrável torpeza, tendo em vista que, em um Estado Democrático de Direito, deveriam ser respeitados de forma absoluta os princípios que garantem os direitos humanos<sup>190</sup>.

Por fim, o décimo sexto ponto foi de que a imprescritibilidade nos crimes de racismo existiria para alertar as futuras gerações e impedir que fossem reinstaurados conceitos antigos e ultrapassados, que a consciência coletiva no âmbito jurídico e histórico não mais admitiria<sup>191</sup>.

Ademais, o Ministro Nelson Jobim, em sua confirmação de voto, alegou que, no debate da Assembleia Constituinte de 1988, estavam presentes

---

186 *Ibid.*, p. 3.

187 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 3. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

188 *Ibid.*, p. 3.

189 *Ibid.*, p. 3.

190 *Ibid.*, p. 3.

191 *Ibid.*, p. 3.

diversas minorias que poderiam ser objeto de racismo, tais como, inclusive, os homossexuais<sup>192</sup>. Não teria havido, então, o propósito de restringir o debate ao negro, mas sim de deixar a norma aberta para o enquadramento de possíveis novos racismos que ocorressem após 1988<sup>193</sup>.

Ainda, na antecipação ao voto do Ministro Cezar Peluso, foi argumentado que, se fosse adotado um sentido restrito ao termo racismo, este seria, se não inútil, muito pobre, pois reduziria sua abrangência a um conjunto reduzido de pessoas, o que não se coadunaria com o texto constitucional, que havia se mostrado muito generoso na proteção da dignidade de diversos grupos humanos<sup>194</sup>.

Por fim, o Ministro Maurício Corrêa, que se tornou relator da ação, alegou que o racismo refletia uma conduta reprovável decorrente da convicção de que os grupos humanos seriam hierarquizados, de tal modo que essa concepção bastaria para legitimar atos de segregação, inferiorização e eliminação de pessoas<sup>195</sup>.

Assim, a relação do racismo com o conceito de raça teria a perspectiva desta última como uma manifestação social, considerando que as descobertas sobre genoma humano haviam revelado que qualquer subdivisão racial entre seres humanos não se sustentava antropológicamente, mas sim que tinham origem em teorias racistas que foram se desenvolvendo com o passar do tempo<sup>196</sup>.

Portanto, pode-se observar que, partindo de um método interpretativo histórico-evolutivo, já em 2003, quando do julgamento do HC 82.424, havia sido reconhecido que a noção de raça não decorreria de um processo biológico, mas sim cultural, bem como que o conceito de racismo poderia também abranger

---

192 *Ibid.*, p. 452.

193 *Ibid.*, p. 452.

194 *Ibid.*, p. 236.

195 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 68. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

196 *Ibid.*, p. 68.

condutas discriminatórias em relação ao povo e comunidade judaica, bem como a outros grupos segregados.

Passa-se, assim, a uma análise de raça e racismo em uma interpretação conforme a Constituição.

### 3.3 Raça e racismo em uma interpretação conforme à Constituição

Disserta Bonavides que uma norma admite várias interpretações, sendo que algumas levam ao reconhecimento de uma inconstitucionalidade, enquanto outras concluem pela compatibilidade de uma norma com a Constituição<sup>197</sup>. Assim, ao adotar o método da interpretação conforme a Constituição, o intérprete tem que se inclinar para essa última solução, a fim de que a norma interpretada seja considerada constitucional<sup>198</sup>.

Dessa forma, a interpretação conforme a Constituição seria um método no qual o intérprete avaliaria a validade de uma norma, por meio de sua conferência com a Constituição<sup>199</sup>. Ademais, Canotilho ensina que, quando houver duas ou mais interpretações possíveis da norma que estejam em conformidade com o texto constitucional, deve ser adotada a interpretação melhor orientada com a Constituição<sup>200</sup>.

A fim de definir o que seria a interpretação melhor orientada com a Constituição, com base em um critério objetivo, pode-se utilizar o princípio da máxima efetividade, que é um subprincípio do princípio da força normativa da Constituição, e que tem por finalidade orientar os aplicadores da Constituição a interpretar as normas constitucionais de modo a otimizar sua eficácia, sem alterar seu conteúdo<sup>201</sup>.

---

197 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 474.

198 *Ibid.*, p. 474.

199 GRECO, *loc. cit.*, p. 11.

200 CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 2002, p. 1203.

201 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.

Ainda, o princípio da máxima efetividade orientaria os aplicadores da Constituição a, em todas as situações hermenêuticas, mas especialmente nas que envolvessem direitos fundamentais, aprofundar os seus preceitos, conhecidamente abertos e propensos a interpretações expansivas<sup>202</sup>.

No texto constitucional, nesse ínterim, foram enumeradas uma série de direitos individuais e coletivos, referentes ao Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I do Título II<sup>203</sup>. Ainda, no Capítulo II do mesmo título, foram relacionados os direitos fundamentais sociais<sup>204</sup>.

Isso, somado ao fato de que o art. 5º, §2º, da CRFB/88, estatui que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros que tenham se originado dele ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário<sup>205</sup>, permite concluir que a CRFB/88 teria criado um sistema materialmente aberto de direitos fundamentais.

Assim, considerando o exposto sobre os conceitos de raça e racismo, que devem ser interpretados conforme a Constituição, e de forma a garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, pode-se concluir que o mandado de criminalização contido no art. 5º, XLI, da CRFB/88 poderia também ser aplicado aos casos de homofobia e transfobia.

Isso porque raça seria um grupo de pessoas que compartilharia ideias ou comportamentos comuns, sem constituir, necessariamente, um grupo de pessoas com características fisicamente parecidas, de sorte que homossexuais discriminados poderiam ser considerados como grupo racial para a aplicação da Lei Antirracista<sup>206</sup>.

---

202 *Ibid.*, p. 118.

203 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b, tit. II, cap. I. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 mar. 2024.

204 *Ibid.*, tit. II, cap. II

205 *Ibid.*, tit. II, cap. I, art. 5º, § 2º.

206 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 305.

Ademais, Nucci declara que tal interpretação não acarretaria analogia *in malam partem*, pois o que se busca na analogia seria a equiparação por semelhança, o que não estaria ocorrendo<sup>207</sup>. Na verdade, estaria sendo negada a existência de um conceito válido de raça para definir um agrupamento humano, tendo em vista que o preconceito por raça seria apenas a manifestação de um pensamento que visaria segregar seres humanos, com base em um critério eleito de forma arbitrária, para privilegiar alguns grupos em detrimento de outros<sup>208</sup>.

Por conseguinte, o ataque a judeus não poderia ser considerado racismo meramente por razões de fatos históricos trágicos, como o Holocausto, mas sim “porque todos são seres humanos e ‘raça’ é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos de igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito”<sup>209</sup>.

De forma convergente, disserta Vecchiatti que:

[...] o racismo consiste em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão’. Nesse conceito geral e abstrato de racismo, a homofobia e a transfobia se enquadram, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antissemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo, servindo o critério de ‘raça’ como cláusula valorativa apta a permitir a evolução do conceito de racismo para outras situações que também se enquadrem neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo.<sup>210</sup>

207 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 305.

208 *Ibid.*, p. 305.

209 *Ibid.*, p. 305.

210 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular*. Bauru: Spessotto, 2019, p. 457.

Portanto, pode-se concluir que os conceitos de homofobia e transfobia estão, de fato, incluídos no conceito de racismo, de forma que não houve analogia *in malam partem* e nem violação ao princípio da legalidade na Lei Antirracismo, mas sim uma interpretação conforme a Constituição.

## CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, descobriu-se que o princípio da legalidade determina que uma pessoa só pode ser punida caso haja, antes do fato praticado, uma lei que proíba essa conduta, bem como uma perfeita correspondência entre a conduta e a previsão legal.

O princípio da legalidade vedaria, nesse sentido, a criminalização ou agravamento da pena de forma retroativa, a utilização do costume para punir ou agravar crimes e penas, o uso da analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, além da indeterminação dos tipos legais e das sanções penais.

Foi exposto que a analogia consiste na aplicação de uma disposição referente a um caso semelhante, na ausência de regulação dessa hipótese por lei própria. Dentre os tipos de analogia, destaca-se a analogia *in malam partem*, que integra a lei, de forma a ampliar a sua punibilidade, sendo expressamente vedada no direito penal.

Foi analisado que a interpretação das normas penais objetiva atribuir certo significado ao texto normativo, se apresentando tanto como um ato cognoscitivo quanto de criação, e está vinculada ao contexto jurídico, histórico-cultural e social no qual se insere.

Foram abordadas as diversas maneiras de classificar as interpretações, considerando as fontes, os meios e os resultados. Destacam-se, dentre os meios de interpretação, os métodos gramatical, histórico, teleológico, histórico-evolutivo e lógico-sistemático.

Esses métodos se caracterizam por dar ênfase, respectivamente, aos termos conforme a gramática os entende, aos fundamentos históricos da criação da norma, aos fins da norma, a variação do significado da norma com o passar do tempo e à inserção da norma em um sistema. Nessa senda, os conceitos de raça e racismo foram interpretados conforme cada um desses métodos.

Em adição, foi estudado o Caso Ellwanger, no qual foi estabelecido que a relação do racismo com o conceito de raça teria a perspectiva desta última como uma manifestação social, considerando que as descobertas sobre genoma humano haviam revelado que qualquer subdivisão racial entre seres humanos não se sustentava antropológicamente, mas sim que tinham origem em teorias racistas que foram se desenvolvendo com o passar do tempo.

Analizou-se que, na existência de diversas interpretações possíveis, deveria ser adotada a interpretação conforme a Constituição, que seria um método no qual o intérprete avaliaria a validade de uma norma, por meio de sua conferência com a Constituição e, em caso de várias possíveis interpretações que não fossem inconstitucionais, escolheria a que fosse melhor orientada com o texto constitucional, considerando, para tanto, a que fornecesse maior eficácia aos direitos fundamentais.

Nessa concepção, raça pode ser entendida como um grupo de pessoas com ideias ou comportamentos comuns, e o racismo pode ser compreendido como um processo de segregação e hierarquização, que tem por objetivo estigmatizar, excluir e erradicar uma raça considerada inferior em determinado contexto.

Sendo assim, foi possível observar que o conceito de raça efetivamente abarca orientação sexual e identidade de gênero, enquanto o conceito de racismo engloba homofobia e transfobia, de forma que não há analogia *in malam partem* nesse caso.

Portanto, foi possível concluir que, nos julgamentos da ADO 26 e do MI 4.733, não houve violação ao princípio da legalidade pela aplicação da Lei Antirracismo aos casos de homofobia e transfobia.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 668, de 8 de agosto de 1988**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988). Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul**. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral. 27. ed.** São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598636/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário. Reserva legal. *In*: PRADO, Luiz Regis (coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (org.). **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

GRECO, Rogério. **Direito penal estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**, arts. 1º a 120 do CP. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**: arts. 1º a 120 do Código Penal). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 21. ed. Londrina: Thoth, 2023.

RAÇA. In: **DICIONÁRIO Houaiss**. [S. l.]: Instituto Antônio Houaiss, [2023a]. Disponível em: [https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol\\_www/v6-1/html/index.php#1](https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1). Acesso em: 17 mar. 2024.

RAÇA. In: **DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa**. [S. l.]: Priberam Informática, 2023b. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

RAÇA. In: **MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. [S. l.]: Melhoramentos, 2023c. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular**. Bauru: Spessotto, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.