



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CAMPUS SÃO CRISTÓVÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

FELIPE DOS SANTOS FERREIRA

**OS LIMITES DA UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA DEFINIÇÃO DE
TIPOS PENAIIS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO MANDADO DE
INJUNÇÃO Nº 4733.**

**SÃO CRISTÓVÃO
2024**

FELIPE DOS SANTOS FERREIRA

**OS LIMITES DA UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA DEFINIÇÃO DE
TIPOS PENAIIS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO MANDADO DE
INJUNÇÃO Nº 4733.**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado.

**SÃO CRISTÓVÃO
2024**

FELIPE DOS SANTOS FERREIRA

**OS LIMITES DA UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA DEFINIÇÃO DE
TIPOS PENAS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO MANDADO DE
INJUNÇÃO Nº 4733.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de
Direito (DDI) da Universidade Federal
de Sergipe (UFS), como requisito para
obtenção do título de bacharel em
Direito.

Defendido e aprovado pela banca em 27/03/ 2024

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Carlos Augusto Alcântara Machado
Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe (UFS)
Procurador de Justiça

Avaliador interno: Flávia Guimarães Pessoa
Professora da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Avaliador Externo: Augusto César Leite Rezende
Professor da Universidade Tiradentes (UNIT)

AGRADECIMENTOS

De maneira inicial, gostaria de agradecer a Deus, pois em tudo deve ser dado graças e sem a sua infinita graça para comigo, não teria a força, sabedoria e discernimento necessários para superar os desafios durante a graduação e alcançar os meus objetivos.

Aos meus pais, Edvan e Edileide, a minha eterna gratidão. Seu amor incondicional, apoio inabalável e a confiança depositada em mim foram a força motriz que me impulsionou a seguir em frente. Reconheço os sacrifícios realizados por meus pais, que se dedicaram incansavelmente para me proporcionar o inestimável privilégio do acesso ao ensino superior. Esse suporte foi base fundamental para a minha formação acadêmica e para a realização deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Do mesmo modo, não posso deixar de expressar minha profunda gratidão a todos os professores que durante a minha formação educacional, em todos os níveis, forneceram valiosos ensinamentos, por meio dos quais pude evoluir na jornada do saber. Em cada etapa, desde a educação infantil até o ensino superior, tive a oportunidade de ser auxiliado por mentores dedicados que compartilharam seus conhecimentos, inspirando em mim o apreço pelo aprendizado.

Finalmente, faço destacada menção de agradecimento ao meu orientador e professor de Direito Constitucional I e II, Carlos Augusto Alcântara Machado. Sua dedicada orientação, paciência, conhecimento e disponibilidade constante foram de suma importância para a superação dos entraves apresentados ao longo da elaboração deste trabalho. Suas valiosas dicas e o seu rigor acadêmico me permitiram aprimorar o meu trabalho e alcançar o máximo do meu potencial acadêmico.

RESUMO

A presente monografia tem por intuito analisar os limites do Mandado de Injunção como instrumento jurídico na delimitação de tipos penais, concentrando-se especialmente na avaliação do julgamento do Mandado de Injunção nº 4733. Objetiva-se com isso trazer uma contribuição significativa para a compreensão e o aprimoramento desse remédio constitucional quando aplicado ao campo do direito penal. É realizada uma conceituação dos Mandados Constitucionais de criminalização, pois essas ordens de tipificação previstas na Constituição Federal, limitam a autonomia do legislador infraconstitucional, vinculando-os a um imperativo de tipificação penal. A pesquisa analisa a origem e os pressupostos necessários para se utilizar a ferramenta do mandado de injunção, para posteriormente apresentar as diferentes posições acerca da existência ou não de um direito subjetivo à criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. Para aqueles que defendem a existência desse direito, ele decorreria de um Mandado de criminalização previsto na Constituição Federal de 1988. Além disso, são examinados os argumentos favoráveis e desfavoráveis a essa prática, destacando as implicações práticas da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de injunção nº 4733. Utilizando o método analítico e a revisão bibliográfica sistemática, este estudo busca contribuir de forma significativa para a compreensão dos limites de utilização do mandado de injunção no campo do direito penal, preenchendo uma lacuna de conhecimento existente e fomentando discussões sociais e políticas sobre o tema.

Palavras-chaves: Mandado de Injunção; Tipificação de Crimes; Homofobia; Transfobia; Princípio da Legalidade; Tipo penal; Criminalização de condutas; Homotransfobia.

ABSTRACT

The present monograph aims to analyze the limits of the Injunction Warrant as a legal instrument in the delimitation of criminal types, focusing especially on the evaluation of the trial of the Injunction Warrant no. 4733. It aims to bring a significant contribution to the understanding and improvement of this constitutional remedy when applied to the field of criminal law. A conceptualization of the Constitutional Mandates of criminalization is carried out, because these orders of typification provided for in the Federal Constitution, limit the autonomy of the infraconstitutional legislator, binding them to an imperative of criminal typification. The research analyzes the origin and assumptions necessary to use the injunction warrant tool, to later present the different positions about the existence or not of a subjective right to criminalization of homophobic and transphobic conduct. For those who defend the existence of this right, it would result from a criminalization warrant provided for in the Federal Constitution of 1988. In addition, arguments favorable and unfavorable to this practice are examined, highlighting the practical implications of the decision of the Federal Supreme Court in the trial of the injunction warrant n. 4733. Using the analytical method and the systematic literature review, this study seeks to contribute significantly to the understanding of the limits of use of the injunction warrant in the field of criminal law, filling a gap of existing knowledge and fostering social and political discussions on the subject.

Keywords: Writ of Injunction; Classification of Crimes; Homophobia; Transphobia; Principle of Legality; Criminal type; Criminalization of conduct; Homotransphobia.

GLOSSÁRIO DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO: Ação Direta de Inconstitucionalidade por
Omissão

ART.: Artigo

CF: Constituição Federal

CPP: Código de Processo Penal

HC: Habeas Corpus

MI: Mandado de Injunção

RE: Recurso Extraordinário

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

“Quando a circunstância é boa,
devemos desfrutá-la; quando não
é favorável devemos transformá-la
e quando não pode ser
transformada, devemos
transformar a nós mesmos”
(Viktor Emil Frankl)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO	13
2.1 CONCEITO E ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO	13
2.2 PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À SUA UTILIZAÇÃO	17
2.3 COMPETÊNCIA.....	18
2.4 A LEI 13.300/2016	20
2.5 CONSEQUÊNCIAS E POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	23
3 MANDADO DE INJUNÇÃO E DEFINIÇÃO DE TIPOS PENAIS	26
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS TIPOS PENAIS	26
3.2 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO	30
4 DIREITO SUBJETIVO À CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA. 	35
4.1 ANÁLISE DO TEXTO CONSTITUCIONAL E DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	35
4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À CRIMINALIZAÇÃO.	38
5 O JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO 4733	40
5.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO	40
5.2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS APRESENTADOS	43
5.3 ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO.....	45
5.4 IMPLICAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS.....	48
6 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Em uma primeira análise, o mandado de injunção pode ser definido como sendo um instrumento processual constitucional que tem por finalidade a garantia do exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, em situações nas quais o seu exercício seja obstado pela ausência de norma legal, falta essa que se configura como uma omissão inconstitucional.

Por outro lado, esse remédio constitucional exige pressupostos necessários ao seu uso. O primeiro deles é que se tenha a existência de um direito constitucional assegurado que se encontre obstado. Acrescenta-se que para além do requisito de se ter um direito legado pela Carta Magna inviabilizado, é necessário cumprir-se outro pressuposto, qual seja, restar ausente a norma regulamentadora.

Dando continuidade a questão, é cediço que não basta estar faltosa a norma regulamentadora é preciso que essa regra ausente seja necessária para a concretização do mandamento constitucional.

Nesse sentido, os limites de utilização do mandado de injunção revelam-se como uma questão envolta de debates na doutrina. Todavia, é objeto de ainda maior controversa, as barreiras referentes a utilização desse instrumento de ordem constitucional na definição de tipos penais. Os mandados de criminalização trazidos pelo texto constitucional, serão de suma importância para o entendimento dos limiares de possibilidade ou não da definição de tipos penais por meio do mandado de injunção.

Sobre esse prisma, é possível conceituar os Mandados expressos de criminalização como situações nas quais a Carta Magna determina de forma expressa, que certas condutas sejam criminalizadas. Acrescenta-se ainda a compreensão deste tema, a tese doutrinária dos mandados implícitos de criminalização, os quais seriam situações nas quais o legislador deveria criminalizar condutas, por elas violarem direitos e liberdades protegidos de maneira reiterada na Constituição Federal, mesmo sem que exista uma ordem direta do texto constitucional para isso.

Seguindo essa linha de pensamento, chega-se a uma intersecção entre o Mandado de Injunção e o processo de definição de tipos penais. Isso ocorre, pois, a partir da existência dos mandados expressos de criminalização, na hipótese de restar ausente a lei criminalizadora, evidenciar-se-ia um direito constitucional cujo exercício estaria obstado pela ausência de norma reguladora, na medida em que a ordem de criminalização é expressão da dimensão obrigatória de proteção dos direitos fundamentais.

Assim, é mister primeiramente entender se existe um direito subjetivo, garantido pela Constituição Federal, de criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, de modo a justificar a utilização do Mandado de injunção, para se buscar a definição dessas condutas como fatos típicos, ilícitos e culpáveis. Posteriormente, questiona-se a possibilidade do *mandamus* constitucional de injunção, definir uma prática como criminosa como ocorrido no julgamento do Mandado de injunção número 4733, tendo em vista a previsão trazida pela Constituição Cidadã de 1988 acerca do Princípio da estrita legalidade.

A presente monografia tem por intento tratar de uma temática de demasiada relevância no cenário hodierno, pois a compreensão das possibilidades de utilização do mandado de injunção na definição de tipos penais, mostra-se cada vez mais presente no centro de um debate doutrinário. Assim, desse contexto ficando evidenciada a relevância desse trabalho, pois o exame dos limites para a tipificação de tipos penais por meio deste remédio constitucional acima descrito, bem como o estudo do Mandado de Injunção nº 4733, retrata desafios de análise e oportunidades significativas de compreensão aprofundada do tema, com base em uma pesquisa lastreada no rigor científico.

Em um primeiro momento, é mister salientar a contribuição desse tema de pesquisa para a área do direito, pois este preenche uma lacuna de conhecimento existente, na falta de análises aprofundadas de até onde seria possível que um tipo penal seja definido através do mandado de injunção, sem a prévia definição legal pelo legislador. Até o momento hodierno, a literatura acadêmica necessita de análises que possam auxiliar os operadores do Direito a compreenderem os limites do mandado de injunção na definição de condutas como criminosas. Dessa forma, o presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por intuito ocupar

esse espaço pouco preenchido, trazendo contribuições informativas e observações valiosas para estudantes, operadores e pesquisadores do direito.

Ademais, a presente pesquisa possui uma relevância considerável para fora dos muros da academia. Isso ocorre em virtude de que os resultados obtidos nesta pesquisa podem fomentar uma discussão social e política, visando tornar mais claro os limites do mandado de injunção no que se refere a definição de condutas como fatos típicos, ilícitos e culpáveis.

No que concerne aos objetivos desta monografia, têm-se como objetivo geral analisar de forma crítica os limites do mandado de injunção como instrumento jurídico na delimitação de tipos penais, concentrando-se especialmente na avaliação do julgamento do Mandado de Injunção 4733. Visa-se com isso trazer uma contribuição significativa para a compreensão e o aprimoramento desse remédio constitucional quando aplicado ao campo do direito penal.

Em relação aos objetivos específicos, o primeiro dentre três, é investigar a existência ou não de um direito subjetivo a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, a partir de uma análise do texto constitucional e da figura dos Mandados de criminalização. Como segundo objetivo específico, busca-se examinar argumentos contrários e a favor da possibilidade da definição de crimes por meio do mandado de injunção, destacando os argumentos trazidos no processo de julgamento do Mandado Injunção n.º 4733. Por fim, como último objetivo pretende-se identificar as implicações práticas da decisão do Mandado de Injunção 4733 para a aplicação e interpretação de tipos penais, bem como avaliar as possíveis consequências legais.

No que concerne à metodologia, é empregado na elaboração desta obra, o método analítico, baseando-se na análise, estudo de livros, artigos e de um julgado do Supremo Tribunal Federal. Acerca da técnica utilizada para pesquisa, foi escolhida a revisão bibliográfica de forma sistemática.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO

Para compreender-se um instrumento jurídico, tal qual o Mandado de Injunção, faz-se necessário captar do que ele se trata. Isso será feito através de uma definição teórica, fundamentada em alguns dos principais doutrinadores e autores da área do direito Constitucional.

Ressalta-se que para além de assimilar um conceito, é mister adentrar ao menos de forma sintetizada as origens e os pressupostos do Mandado de Injunção, bem como apreender as teorias acerca desse remédio constitucional. Ademais, é indubitável que o estudo da Lei 13.300/16, conhecida como Lei do Mandado de Injunção e do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, é condição sem a qual revela-se inviável uma real análise desta ferramenta constitucional.

Busca-se por fim nesse capítulo, entender as consequências desse mecanismo de efetivação de direitos e garantias previstas no texto constitucional e compreender a posição do Supremo Tribunal Federal a esse respeito.

2.1 CONCEITO E ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Em um primeiro plano, deve-se destacar que a previsão e definição do instrumento do mandado de injunção encontra-se estabelecida no ordenamento jurídico nacional, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXI e na Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

Pode-se perceber com base nessas previsões, como sendo um instrumento fornecido pelo constituinte ao cidadão, para utilização em situações nas quais diante da ausência de uma norma ou lei específica um direito assegurado pela Constituição Federal tenha seu exercício inviabilizado, obstado. A esse respeito José Afonso da Silva submete à discussão a seguinte definição do que seria o mandado de Injunção:

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante,

como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, § 1º. (Silva, 2022, p. 451).

Nesse diapasão, percebe-se que a definição inserida ao debate por José Afonso da Silva (2022, p. 451), está em consonância com o que é previsto no trecho constitucional que trata do tema, no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal que traz a seguinte previsão “conceder--sê-a mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Dentro dessa definição do artigo 5, LXXI, da CF/88, está implícito o papel desempenhado pelo Mandado de Injunção como umas das ferramentas processuais para que seja exercido o controle de constitucionalidade. Trata-se nesse caso de um controle de constitucionalidade, concreto quanto à finalidade, difuso limitado quanto à competência e mais especificamente um Controle de Constitucionalidade por omissão. Todavia, o Mandado de Injunção se diferencia de outro meio de controle de constitucionalidade por omissão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO). Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho preceitua:

Do texto, sem dúvida, depreende-se ser um remédio destinado a suprir omissão, o que sugeriria dever sua interpretação ajustar-se a outro remédio com a mesma finalidade — a ação de inconstitucionalidade por omissão [...]. A diferença estaria em que o escopo do mandado de injunção é mais restrito, pois apenas alcançaria as omissões que afetassem “o exercício dos direitos fundamentais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Ferreira Filho, 2012, p 273)

Dessa maneira, é possível perceber que o conceito do mandado de injunção é menos abrangente do que o da ADO, pois o artigo 5, LXXI, da Constituição Federal preceitua situações específicas para o seu cabimento. Assim, a própria definição deste instrumento traz limitações ao seu uso, as quais serão analisadas de forma mais aprofundada ao longo deste capítulo.

Sobre outro prisma, dentro dessa definição do que seria o Mandado de injunção é necessário salientar que esse remédio constitucional se divide em duas espécies, quais sejam, o Mandado de Injunção individual e o coletivo,

enquanto o primeiro é impetrado por uma única pessoa, podendo ser física ou jurídica o segundo traz como diferença principal o seu ajuizamento por uma entidade dentre as previstas na lei nº 13.300, de 2016¹.

Ainda acerca do Mandado de Injunção coletivo, é importante ressaltar que ele tem por intuito representar um grupo de pessoas ou uma categoria, tendo a mesma finalidade do Mandado de Injunção Individual, diferenciando na maior parte, como já explicitado, pela legitimidade ativa para impetração. Nesse sentido, antes mesmo do advento da lei 13300/ 2016, a qual traz em seu artigo 12 o rol de legitimados ativos, já era aplicado por analogia o disposto no mandado de segurança coletivo. É o que Marcelo Novelino explica:

A legitimidade ativa para impetração de mandado de injunção coletivo tem sido admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, aplica-se, por analogia, o disposto em relação ao mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), que tem como legitimados: partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. (Novelino, 2016, p.441-442).

Compreender a origem de um instituto fornece bases para compreender de forma mais detalhada e aprofundada a sua forma atual. Nesse sentido, entender a gênese do Mandado de Injunção pode contribuir para sua compreensão enquanto instrumento garantidor de direitos fundamentais nos dias hodiernos no Brasil. José Afonso da Silva (2022), preceitua que a ferramenta do Mandado de Injunção, remota suas origens mais remotas ao direito inglês.

De acordo com Silva (2022), esse remédio data do século XIV, período em que era um instrumento de equidade assentado na valoração judicial dos

¹ Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido: I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria. (BRASIL, 2016).

elementos do caso analisados e dos princípios de justiça material, gerando a emissão de uma decisão lastreada em um justo natural, não um justo legal.

Todavia, outros autores tecem críticas àqueles que consideram as “*Injunction*” como origem do instituto do Mandado de Injunção, pois às diferenças entre os sistemas jurídicos dos países do *Common law* e do modelo Romano germânico adotado no Brasil, impediriam qualquer comparação. É o que Jamile Gonçalves Calissi defende em artigo científico:

Isso traz à tona o grande problema inicial: qualquer comparação entre institutos paralelos pertencentes a esses dois sistemas fica prejudicada, face às diferenças essenciais que ambos os sistemas acumulam. Neste caso específico do mandado de injunção e das *injunctions*, o problema se agrava ainda mais, por não se tratarem de institutos paralelos. (Calissi, 2013, p. 170).

Finalmente, em que pesem as contribuições das doutrinas alemã, inglesa, francesa, italiana entre outras, no que concerne a instrumentos injuncionais, é perceptível que não ocorreu um concreto “transplante jurídico” de um instrumento processual estrangeiro para a ordem legal brasileira. O mandado de injunção previsto na Constituição Federal de 1988, é um instrumento próprio e com particularidades nacionais. Essa conclusão é tomada por Carlos Augusto Alcântara Machado:

Quer parecer, pela análise dos institutos colacionados, que, não obstante referências existirem no direito alienígena, não há registros perfeitamente identificados à natureza do remédio heróico *sub examine*, especificamente nos moldes consagrados no art. 5º, LXXI, da Constituição brasileira de 1988. Os writs do direito anglo-americano, as experiências italiana, francesa, alemã e mesmo portuguesa, forneceram subsídios valiosos, com fins ao aperfeiçoamento e à recriação de um instrumento processual novo, necessário a dar exequibilidade aos comandos constitucionais que, no passado, ficavam inertes [...] (Machado, 2004, p. 59).

É defendido por Machado (2004), que a configuração atribuída ao mandado de injunção pela Constituição Federal de 1988, serviu para dar exequibilidade as ordens constitucionais, que antes do advento desta ferramenta, restavam por longos períodos de tempos inertes, visto que o legislador ordinário ou outro sujeito responsável por editar a norma regulamentadora, por vezes não

tinha vontade de editar o regramento necessário a efetivação desses mandamentos constitucionais.

2.2 PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À SUA UTILIZAÇÃO.

De modo inicial é necessário frisar que o Mandado de injunção, assim como outras ferramentas constitucionais que visam garantir o exercício de direitos, requer uma série de pressupostos indispensáveis para o seu uso perante o poder judiciário. Dessa forma, temos o surgimento de um primeiro questionamento que envolve em quais possibilidades esse *remedium juris* pode ser concedido.

Em que pese o art.5º, inciso LXXI da Carta Magna discorrer que deve ser concedido o Mandado de Injunção quando a ausência de uma norma regulamentadora inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e do que o texto da norma maior do país chama de prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, surge uma discussão acerca de quais direitos e liberdades constitucionais o texto da Constituição Federal se refere.

Nesse sentido, Carlos Augusto de Alcântara Machado (2004) preceitua ter ocorrido, em virtude das interpretações diversas dadas à extensão desses direitos e liberdades tutelados pelo mandado de injunção, a formação de três correntes doutrinárias: uma nomeada de Restritiva, outra de Intermediária e uma derradeira designada de abrangente.

A primeira preceitua que o mandado de injunção abarcaria apenas aqueles direitos que possam ser derivados da condição de nacional ou ainda de cidadão. Fica evidente da própria leitura do art. 5º, inciso LXXI da Carta Magna pátria que essa posição reduz exacerbadamente o campo de aplicação desse *writ*.

Uma segunda corrente, nomeada de Intermediária, adota uma posição na qual o mandado de injunção tutela um rol maior de direitos, alcançando todos os direitos do Título II da Constituição Federal de 1988 (Direitos individuais, Coletivos, sociais, à Nacionalidade e por fim os Direitos Políticos). (Machado, 2004).

Finalmente, a nomeada de abrangente não recepciona qualquer restrição, muito menos tem o intuito de reduzir o campo cujo instituto tutela. Adotando a

derradeira entre as três visões, Carlos Augusto Alcântara Machado manifesta-se da seguinte forma:

Acolhe-se a última linha doutrinária, partindo da premissa de que as garantias constitucionais devem ser interpretadas da forma mais elástica possível: ampliativamente, nunca restritivamente. Prefere-se, assim, a tese defendida por aqueles que sustentam que os direitos tutelados pela injunção são todos os enunciados na Constituição em normas que reclamam a *interpositivo legislatoris* como condição de fruição do direito ou liberdade ali agasalhada. (Machado, 2004, p.72).

Superada a questão em torno dos direitos tutelados, é mister para que estejam preenchidos os pressupostos necessários à utilização dessa ferramenta, que inexista uma norma regulamentadora, de modo a tornar inefetivo o direito protegido pelo remédio injuncional. Discorrendo a respeito desse requisito de procedibilidade Alexandre de Moraes afirma:

Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente (Moraes, 2023, p.424).

Portanto, é a ausência de regulamentação, seja ela parcial ou total, de uma norma de eficácia limitada, garantidora dos direitos, liberdades e prerrogativas supracitados que irá gerar os pressupostos necessários para que o titular dessas garantias constitucionais possa impetrar um mandado de injunção perante o Poder Judiciário.

Finalmente, acrescenta-se um último requisito. Conforme aduzido por Nathália Masson (2020) deve existir um dever para o Poder Público consistente na obrigação dele editar as normas com a capacidade de regular à norma constitucional cujo exercício encontre-se inviabilizado, com a finalidade de se efetivar os direitos, liberdades e prerrogativas tutelados pela Carta Magna.

2.3 COMPETÊNCIA

A definição da competência para o processamento e julgamento do Mandado de Injunção foi contemplada expressamente na Constituição. O constituinte atribuiu ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de

Justiça competência originária em relação ao mandado de injunção, fixando-a em razão da pessoa. (Machado, 2004).

Prevê a Carta Magna, no art. 102, I, q, ser o STF o órgão competente para processar e julgar de maneira originária o mandado de injunção, nas situações nas quais a responsabilidade pela produção da norma regulamentadora seja do Presidente da República, do Congresso Nacional, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou ainda do Supremo Tribunal Federal. (Brasil, 1988, art.102).

É prevista ainda a competência recursal do Supremo Tribunal Federal quando ocorrer uma decisão denegatória do mandado de injunção em instância única dos Tribunais Superiores, conforme art. 102, II, a. (Brasil, 1988, art.102).

No que concerne à competência do Superior Tribunal de Justiça, a referida corte será a competente para processar e julgar de modo originário o mandado de injunção, conforme o art.105, I, h, da Constituição Federal, nas hipóteses nas quais a responsabilidade pela elaboração da norma regulamentadora for incumbida a um órgão, entidade ou autoridade federal, vinculado à administração direta ou indireta. É preciso ressaltar que é excetuado dessa previsão os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Federal. (Machado, 2004).

É importante destacar que o constituinte não atribuiu de forma exclusiva a competência para processamento e julgamento do mandado de injunção às cortes superiores e à Justiça Federal. Nesse sentido, cabe aos Estados-membros a competência residual para processar e julgar o mandado de injunção, por meio dos tribunais e juízes estaduais, em conformidade com as previsões das respectivas leis de organização Judiciária e Constituições Estaduais. Seguindo essa linha de raciocínio, Carlos Augusto de Alcântara Machado aduz que:

[...] Por outro lado, indaga-se: qual o órgão competente para o processamento e julgamento do mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora incumbisse ao Governador do Estado, Assembléia Legislativa, Tribunal de Justiça, Prefeito ou Câmara Municipal ou, ainda, às autoridades estaduais ou municipais em geral? A única resposta possível estará na definição de competência pelas Constituições Estaduais para os Tribunais de Justiça e pelas Leis de Organização Judiciária para os Juízes de Direito. (Machado, 2004, p. 84)

Assim, as Constituições Estaduais nos termos artigo 125, §1º, da Constituição Federal, estabeleceram a competência para análise dos instrumentos injuncionais. A título de exemplo a Carta constitucional do Estado de São Paulo, em seu art.74, inciso V, define a responsabilidade legal do Tribunal de Justiça par o processamento e julgamento originariamente dos mandados de injunção, nas hipóteses em que a ausência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos poderes ou ainda da Administração indireta, inviabilizar o exercício de direitos assegurados no texto desta lei fundamental estadual. (Machado, 2004).

2.4 A LEI 13.300/2016

Em que pese a autoaplicabilidade da norma constitucional que trata do mandado de injunção, esse instituto teve por muito tempo seu procedimento regulado, no que cabia, pelas normas da lei do mandado de segurança em virtude da ausência de uma legislação própria para tratar deste instrumento constitucional.

Nesse sentido, o disposto no parágrafo único do art.24 da lei nº 8038/90, aduz que no mandado de injunção e nos *habeas data*, serão observadas, no que for possível, as normas aplicadas ao mandado de segurança, até que se edite uma legislação específica. Foi somente com o advento da lei nº 13.300/2016 que o mandado de injunção teve seu processo e julgamento regulamentado por uma norma específica.

A lei do mandado de injunção, lei 13.300/2016, colocou fim a algumas controvérsias em torno desse *mandamus* constitucional, bem como deixou claro, como preceituado por Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2023), que a mora do legislador pode ser evidenciada tanto em uma omissão total ou em uma omissão parcial, sendo na visão dos autores, a primeira hipótese cada vez mais rara nos tempos hodiernos.

No que se refere a legitimidade em relação ao mandado de injunção, a lei 13.300/2016 define no seu art. 3º tanto a legitimidade ativa quanto a passiva. São legitimados ativos para impetrar essa ferramenta constitucional, tanto pessoas naturais quanto pessoas jurídicas, desde que titulares de direitos, liberdades ou

prerrogativas constitucionais que tenham obstado o exercício por falta de norma regulamentadora. Sobre o tema aduzem Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

A legitimidade ativa para impetração do mandado de injunção individual foi conferida às pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas cuja fruição encontra-se obstada pela mora legislativa impugnada, nos termos do art. 3º da lei. O mandado de injunção coletivo, por sua vez, poderá ser promovido pelo Ministério Público, por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, ou ainda pela Defensoria Pública, nas condições previstas no art. 12, I a IV, do diploma legal. (Mendes; Branco, 2023, p.2197-2198).

Como discorrido no trecho da obra de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2023), o dispositivo legal que regulamenta o mandado de injunção disciplina os legitimados ativos para ingressar com esta ferramenta constitucional na modalidade coletiva, ressaltando-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já considerava válida essa categoria antes mesmo da edição da lei 13.300/2006, por analogia ao mandado de segurança coletivo.

Quanto a legitimidade passiva do mandado de injunção, sempre recairá em um órgão, autoridade ou entidade pública, as quais tenham a responsabilidade de oportunizar a viabilidade do direito, prerrogativa ou liberdade constitucional cujo exercício se encontre obstado pela ausência de uma norma regulamentadora. Esse entendimento é o retirado da leitura do art. 3º da lei do mandado de injunção. A esse respeito, valiosa é a lição de Nathalia Masson:

Ainda que beneficiados pela falta de regulamentação, eventuais particulares não poderão figurar no polo passivo do mandado de injunção, eis que os mesmos não possuem o dever de editar quaisquer normas, vale dizer, não emitem comandos normativos. Não há, pois, litisconsórcio passivo entre autoridades / órgãos / entidades públicas e particulares, (Masson, 2020, p. 644).

A lei 13.300/2006 também trouxe um tratamento específico para eficácia das decisões proferidas em sede de mandado de injunção, ao prever em seu art.9º a possibilidade de se ter um efeito restrito ou um efeito geral. Nesse sentido Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco asseveram que:

Na primeira hipótese, a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. Já na segunda hipótese, a decisão produzirá efeitos mesmo em relação a terceiros não diretamente envolvidos na controvérsia judicial. Isso poderá se dar, segundo o § 1º do art. 9º da lei, nos casos em que a omissão legislativa impugnada comprometer o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração, permitindo-se, nesses casos, que seja atribuída eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão. Adicionalmente, com o trânsito em julgado da sentença, o § 2º do art. 9º permite que o relator estenda os efeitos da decisão a casos análogos por decisão monocrática. Por fim, o § 3º do art. 9º garante que as decisões terminativas fundadas em insuficiência de prova não obstem nova impetração de mandado de injunção lastreado em outros elementos probatórios. (Mendes; Branco, 2023, p.2198-2199)

Por fim, é imperioso preceituar que a lei do mandado de injunção regulou o procedimento para apreciação e julgamento desse instrumento, indicando inclusive em seu art. 4º, requisitos para a petição inicial. Nos artigos seguintes a lei também se dedica a discorrer sobre o rito que deve ser seguido, devendo após o recebimento da peça inaugural ocorrer a notificação do sujeito passivo da demanda, acerca do conteúdo da inicial, sendo-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias para que preste informações. Nathália Masson (2020).

Deve-se ainda ser dada ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, sendo remetida a ela cópia da exordial, a fim de possibilitar o seu ingresso ao processo, nos termos do art. 5º da lei. (Brasil, 2016, art. 5º).

Na hipótese de ser a petição inicial impetrada manifestamente incabível ou manifestamente improcedente, o art. 6º da norma legal prevê que será indeferida, cabendo em face dessa decisão de indeferimento o recurso de agravo em 5 (cinco) dias. Acerca desses procedimentos e ritos previstos na lei do mandado de injunção Nathalia Masson expõe:

Seguindo os ditames da Lei nº 13.300, a petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado (art. 4º). Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados (art. 4º, § 1º). Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido

do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição (art. 4º, § 2º). E se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação (art. 4º, § 3º). (Masson, 2020, p. 647).

Diante de todo o exposto, fica evidenciada a contribuição sem precedentes que trouxe a lei 13.300/2006. A chamada lei do mandado de injunção disciplinou de modo específico e estável procedimentos que se baseavam predominantemente em jurisprudências dos tribunais superiores e no uso emprestado da legislação do mandado de segurança.

Destarte, foram regulamentados pelo supracitado ato normativo, os legitimados ativos e passivos, fora disciplinada a modalidade coletiva da ferramenta injuncional, apresentadas as hipóteses de cabimento e indeferimento da inicial, bem como foi disposto artigos discorrendo a respeito dos resultados provocados por uma decisão favorável ao impetrante no âmbito do mandado de injunção, a seguir tratados de modo específico.

2.5 CONSEQUÊNCIAS E POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Durante muito tempo um debate foi travado, no sentido de se definir o que aconteceria a partir do momento em que o mandado de injunção é apreciado e julgado pelo órgão do poder judiciário competente de modo favorável ao pleito da parte impetrante da ação. Nesse sentido, as duas correntes principais no que tange aos efeitos deste remédio judicial são a concretista e a não concretista. Aduz Carlos Augusto Alcântara Machado o seguinte acerca da visão concretista:

Pela posição concretista, o órgão julgador, reconhecendo que o mandado de injunção é uma ação de cognição constitutiva, viabiliza o exercício do direito, impossibilitado de fruição pela ausência de norma regulamentadora. O Poder Judiciário implementa o exercício do direito até que sobrevenha a regulamentação reclamada. Essa posição, como visto, pode ser desdobrada em duas espécies: concretista geral ou concretista individual. Será geral, se a decisão implementar o exercício do direito reclamado com eficácia *erga omnes*; e individual, se tiver alcance tão-somente inter partes, produzindo efeitos, exclusivamente, para os envolvidos na relação processual. (Machado, 2004, p. 108).

A corrente não concretista por sua vez é caracterizada pela defesa de que apenas deva ser reconhecida a mora, sem que se implemente o exercício do direito para o impetrante do mandado de injunção. É realizada apenas uma orientação ao legislador no sentido de que supra com aquela mora existente. Nesse sentido, pode ser entendida as decisões que sigam essa linha como meramente declaratórias. Esse entendimento é explicitado por Alexandre de Moraes no excerto a seguir:

Por fim, temos a posição não concretista, adotada por muito tempo – até o julgamento do MI 708 (greve no serviço público) – pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, “em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política”. Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão somente, deverá ser dada ciência ao poder competente para que edite a norma faltante. Critica-se essa posição por tornar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), apesar de serem institutos diversos. (Moraes, 2023, 438).

Dentro do Supremo Tribunal Federal, por muito tempo, predominou o entendimento de aplicação da posição não concretista. Como citado por Alexandre de Moraes (2023), essa posição perdurou até o julgamento do mandado de injunção número 708, o qual versava acerca da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, decisão a qual retratou uma mudança de posicionamento da corte, tendo o Supremo Tribunal Federal passado a adotar uma posição concretista em vários de seus julgamentos.

Na decisão o STF teve o entendimento de que outras decisões que apenas reconheceram a mora do poder legislativo do Congresso Nacional em relação ao art. 37, VII, da CF que trata do direito de greve dos servidores públicos, não foram eficazes, exigindo-se assim a adoção da posição concretista geral, com efeitos *erga omnes*. A corte dessa maneira decidiu que deveria ser aplicada, no que fosse possível, a lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

Finalmente, com a edição da lei 13.300/2016, teve-se a consolidação da adoção da corrente concretista pelo ordenamento jurídico brasileiro e por conseguinte pelos tribunais superiores. Todavia, é mister ressaltar que o corpo da norma adotou uma posição de equilíbrio sobre essa corrente. É valiosa a lição de Alexandre de Moraes sobre a temática:

A lei adotou postura intermediária, pois previu como regra a eficácia subjetiva da decisão, limitada somente às partes, mas autorizou, excepcionalmente, a eficácia ultra parte ou erga omnes da decisão, quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, § 1º). Importante ressaltar, também, que transitada em julgado a decisão, será possível estender seus efeitos a casos análogos. Permite-se, ainda, que a decisão possa ser revista, por qualquer dos legitimados, quando fatos relevantes e supervenientes apresentarem modificações das circunstâncias de fato ou de direito. A decisão no mandado de injunção coletivo fará coisa julgada somente para as pessoas integrantes da coletividade, do grupo ou da categoria substituídos pelo legitimado ativo. (Moraes, 2023, p.439).

Teve-se com essa previsão legal uma pacificação da posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal principalmente, com um posicionamento mais firme e ativo no sentido de assegurar a eficácia dos direitos previstos pela Constituição Federal.

3 MANDADO DE INJUNÇÃO E DEFINIÇÃO DE TIPOS PENAIIS

No presente capítulo se buscará compreender de forma inicial o que é um tipo penal, não se pretendendo esgotar a matéria acerca desse conceito, mas sim, assimilar o que é esta categoria de norma e como ela é definida. Intenta-se também, perceber o que são os chamados Mandados de criminalização, tendo em vista serem base para aqueles que defendem a possibilidade da definição de tipos penais por meio do instrumento do mandado de injunção.

Ainda dentro da temática de analisar-se a relação entre o mandado de injunção e a definição de crimes, verifica-se a necessidade de discorrer sobre o Princípio da estrita legalidade, também chamado de princípio da reserva legal, pois constitui-se como uma conquista histórica ante possíveis abusos estatais, garantindo previsibilidade e segurança jurídica para a população como um todo.

Assim, perpassando esses pontos será possível relacionar o processo de definição dos tipos penais com o papel do Mandado de injunção, enquanto ferramenta para a efetivação de direitos constitucionais cujo exercício encontre-se obstado pela ausência de norma regulamentadora.

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS TIPOS PENAIIS

Em um primeiro momento, é preciso salientar-se que se trata por tipo penal neste contexto, as normas penais incriminadoras, também chamadas de Tipos penais incriminadores. Feita essa consideração, é fato que dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência dos Princípios da estrita legalidade e da anterioridade, nenhuma conduta é vedada ao cidadão até que surja uma previsão por meio de lei proibindo determinado comportamento em específico.

Nesse diapasão é que se apresenta o chamado tipo penal, o qual conforme Rogério Sanchez Cunha (2020) pode ser entendido como um padrão de conduta desejado pelo Estado e imposto por lei, com o intuito de se evitar determinadas práticas pela população.

Conforme explicitado por Rogério Greco (2017), da própria definição deste instrumento, é possível depreender-se implicitamente outro preceito para além dos da legalidade e anterioridade, que é o Princípio da intervenção mínima. Esse

último reside no fato de o direito em sua seara penal, não estar disposto como primeira solução para a tutela de bens, devendo ser reservado a proteger os bens jurídicos mais relevantes socialmente e para os indivíduos.

Essa seletividade é manifestada no conceito de tipo penal, pois este nada mais é do que uma norma de caráter penal que seleciona e descreve um bem com relevância para o legislador e para a sociedade. A esse respeito o conceito fornecido por Zaffaroni e Pierangeli:

o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas) (Zaffaroni; Pierangeli, 2009, p.383).

Assim, deve-se entender que a principal função do Tipo penal é a de descrever uma conduta proibida pelo direito penal. Zaffaroni e Pierangeli (2009) comentam que o tipo pertence à lei, pois é uma fórmula que a integra, sendo além disso predominantemente descritivo e logicamente necessário, já que sem ele, seria averiguada a antijuricidade e culpabilidade de condutas que em sua maioria são penalmente não relevantes.

Apesar de como já explicitado o Tipo penal ser majoritariamente descritivo, isso nem sempre ocorrerá, pois determinados tipos por vezes valem-se de conceitos e definições lastreadas em um juízo de valor, seja ele ético ou jurídico. É de suma importância ainda, evidenciar-se que apesar de remeterem no senso comum uma ideia de proximidade de significados, o tipo penal não se confunde com a tipicidade. Nessa linha, defendem Zaffaroni e Pierangeli:

Não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal. (Zaffaroni; Pierangeli, 2009, p.384).

Sobre o prisma da presente monografia, uma distinção acerca dos Tipos penais mostra-se fundamental para subsidiar análises posteriores. Essa diferenciação necessária é a distinção entre Tipos legais e Tipos judiciais. Os tipos legais são os tipos penais elaborados pelo poder legislativo. É o modelo predominante na maioria dos países hodiernamente, incluindo-se nesse grupo o Brasil. Eles decorrem da necessidade de se ter uma lei formal para que uma

determinada conduta seja típica, em outras palavras são uma consequência do princípio da estrita legalidade, conforme preceituado por Zaffaroni e Pierangeli:

O princípio da Legalidade (Ver n. 54) tem uma de suas mais importantes aplicações na teoria da tipicidade. Em qualquer sistema jurídico civilizado do mundo contemporâneo, os tipos são legais, isto é, somente o legislador pode criar, suprimir e modificar os tipos penais. Este é o sistema de Tipos legais, do qual, naturalmente, participa nossa ordem jurídica. (Zaffaroni; Pierangeli, 2009, p.385).

Passando aos Tipos judiciais Zaffaroni e Pierangeli (2009), defendem que essa categoria pode ser definida como sendo tipos penais criados como resultados de decisões do poder judiciário e que são aplicáveis dentro de sistemas que permitem a analogia “in malam partem”, são criados por decisões judiciais.

Zaffaroni e Pierangeli (2009) ressaltam que essa diferencia entre as duas categorias de tipos penais apresentadas, seria algo idealizado, a ser procurado, pois na prática tanto uma quanto a outra classe encontra limitações fáticas. Todavia, para os autores supracitados mesmo diante dessas restrições e limitações, a busca pelo ideal de legalidade é imperativa, pois significa uma maior estabilidade e segurança jurídica.

Discorrendo sobre a parte mais estrutural do tipo penal, são encontrados dois preceitos. O primeiro chamado de preceito primário e o segundo o preceito secundário. Esses são tratados por Rogério Greco da seguinte maneira:

O primeiro deles, conhecido como preceito primário (preceptum iuris), é o encarregado de fazer a descrição detalhada e perfeita da conduta que se procura proibir ou impor; ao segundo, chamado preceito secundário (sanctio iuris), cabe a tarefa de individualizar a pena, cominando-a em abstrato. (Greco, 2017, p.97).

Dessa forma, percebe-se que cada uma desses fragmentos do tipo penal é responsável por especificar um elemento de definição do tipo, enquanto um detalha a conduta abarcada outro descreve de forma a individualizá-la a pena. Para além disso, os tipos penais são responsáveis por algumas funções de suma importância. Dentre elas, a função garantidora, a função fundamentadora e a função de selecionar condutas. No tocante ao papel de asseguradora desempenhado pelo tipo penal, valiosa é a lição fornecida por Greco:

Exerce o tipo uma função de garantia, uma vez que o agente somente poderá ser penalmente responsabilizado se cometer uma das condutas proibidas ou deixar de praticar aquelas impostas pela lei penal. Aqui, ressalta-se a ideia de von Liszt, quando diz que o “Código Penal era a Carta Magna do delinquente.” Isso porque é lícito fazer tudo aquilo que não for proibido pela lei penal. O tipo exerce essa função de garantia, uma vez que temos o direito de, ao analisá-lo, saber o que nos é permitido fazer. Roxin assevera que “todo cidadão deve ter a possibilidade, antes de realizar um fato, de saber se sua ação é punível ou não.” Se, por um lado, o tipo exerce essa função garantista, também é certo afirmar que o Estado, por intermédio do tipo penal, fundamenta suas decisões, fazendo valer o seu *ius puniendi*. A relação entre essas funções do tipo – garantista e fundamentadora – é como se fosse duas faces de uma mesma moeda. Numa das faces está o tipo garantista, vedando qualquer responsabilização penal que não seja por ele expressamente prevista; na outra, a função fundamentadora por ele exercida, abrindo-se a possibilidade ao Estado de exercitar o seu direito de punir sempre que o seu tipo penal for violado. (Greco, 2017, p.313).

É evidente que diante do caráter punitivo e violento do direito criminal, o tipo penal não teria somente uma função limitadora do poder punitivo estatal. Assim, surge o papel fundamentador dessas normas penais proibitivas, o qual é caracterizado por uma justificação, por um fundamento legitimador do exercício do poder de punição do Estado nas situações em que se verifique uma violação ao previsto nessas regras.

Por fim, têm-se ainda a função seletiva, na qual o legislador por determinação de norma legal ordenadora ou por uma decisão política, escolhe condutas específicas para serem impostas à população ou proibidas, com a possibilidade de punições em caso de desrespeito. Sobre essa função, Greco preceitua que:

Nessa seleção de condutas feita por intermédio do tipo penal, o legislador, em atenção aos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, traz para o âmbito de proteção do direito penal somente aqueles bens de maior importância, deixando de lado as condutas consideradas socialmente adequadas ou que não atinjam bens de terceiros. (Greco, 2017, p.313).

Pelo exposto acerca do conceito, criação e funções do tipo penal, torna-se possível a compreensão de que dentro do ordenamento jurídico pátrio, as normas penais incriminadoras surgem não da interpretação dada por um juiz em um julgamento de um caso prático ou situação genérica, mas sim de um processo de discussão e votação pelos legisladores eleitos pelo povo para tal finalidade.

De modo que fora as hipóteses previstas na Constituição Federal, a seguir tratadas, que impõem a criminalização de determinadas condutas, são decisões políticas dentro dos limites estabelecidos pelo texto constitucional, que irão escolher quais condutas devem ser definidas em uma norma como proibidas à população.

Dessarte, seria uma excepcionalidade que o poder judiciário pudesse definir um tipo penal por meio de uma decisão judicial, pois a própria caracterização dessa categoria de norma, acarreta em um imperativo de previsibilidade e limitação de discricionariedade.

3.2 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

O corpo da Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de inovações, tendo por inspiração os textos constitucionais de outros países. Entre essas inovações encontram-se os mandados de criminalização, os quais nada mais são do que normas constitucionais ordenadoras da tipificação de determinadas condutas. Alguns desses mandamentos de criminalização encontram-se no art. 5º da Constituição Federal de 1988:²

É possível depreender-se dos trechos referidos da Carta Magna, que essas ordens do constituinte estão expressamente apresentadas. Em decorrência disso, as ordens de tipificação apresentados de forma direta, são chamadas de Mandados expressos de criminalização.

Essas ordenações do poder constituinte são dirigidas ao legislador ordinário, devendo serem compreendidas como parte do dever de proteção dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Discorrendo sobre esse instituto, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco explicitam:

Em verdade, tais disposições traduzem importante dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em

² XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 1988, art. 5º, inc. XLI, XLII, XLIII).

face do Poder Público como também a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros. Os direitos fundamentais não podem, portanto, ser considerados apenas como proibições de intervenção. Expressam, igualmente, um postulado de proteção. Utilizando-se da formulação de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbote*) como também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*) (Mendes; Branco, 2023, p.813)

Nesse sentido, ao determinar que condutas atentatórias a direitos fundamentais devessem ser criminalizadas pelo legislador, o poder constituinte realiza o cumprimento da obrigação de proteção dos direitos fundamentais contra atos que atentem contra o seu livre exercício. Assim, os Mandados expressos de criminalização trazem limites ao poder do legislador escolher quais condutas devem ou não serem criminalizadas.

Como já discorrido, essas determinações constitucionais para a tipificação de comportamentos como criminosos, não são exclusividades da constituição federal do Brasil. Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco ressaltam:

Registre-se que os mandados de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, c, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I). É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia. (Mendes; Branco, 2023, p.814).

Deve-se frisar sempre que os mandados de penalização retiram do legislador a faculdade de agir ou não, vinculando-os a intervir nessas matérias determinadas, com o poder punitivo do direito penal. A esse respeito, Cleber Masson salienta que:

Cuida-se de hipóteses de obrigatória intervenção do legislador penal. Com efeito, os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (Masson, 2020, p.21)

Para Masson (2020), essa obrigatoriedade abarca tanto os mandados expresso de criminalização quanto os implícitos, tratados a seguir.

A existência ou não de ordenamentos de penalização não expressos diretamente na Constituição Federal é objeto de embates doutrinários. Pontuado tal fato, reconhecida a legitimidade desse Mandados implícitos de criminalização, eles podem ser definidos, consoante a posição doutrinária majoritária, como determinações, que muito embora não estejam expressas na constituição, são depreendidas de uma análise da totalidade do texto constitucional e de seus valores.

Por outro lado, mandados implícitos (ou tácitos) de criminalização são aqueles que podem ser inferidos a partir da interpretação teleológica e sistemática e da hermenêutica do texto da Constituição e dos tratados internacionais, apesar de a determinação criminalizante não constar expressa ou inequivocamente da literalidade do texto de dispositivo constitucional ou de tratado internacional. (Andrade, 2019, p.21).

Conforme preceituado por Carlos Gustavo Coelho de Andrade (2019) o primeiro momento no qual os mandados implícitos de criminalização foram reconhecidos foi no ano de 1975 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Nesse caso, o tribunal realizou a análise de constitucionalidade de uma reforma realizada no Código Penal da Alemanha, a qual descriminalizava o aborto realizado no período dos três primeiros meses de gestação. Ao decidir pela não compatibilidade da referida legalização com a Constituição Federal alemã, a corte entendeu existir um mandado de criminalização implícito do aborto.

Andrade (2019) ressalta que essa linha de pensamento jurídico, explicitada na decisão do tribunal alemão, ganhou força e se expandiu por diversos países da Europa, como Espanha, Itália e França, até chegar ao Brasil.

No cerne dessa difusão dos Mandados implícitos de penalização está a ideia de que determinados direitos fundamentais devem ser objetos de proteção penal mínima, ainda que o texto constitucional não traga uma previsão expressa, em virtude da proibição da proteção insuficiente. Assim, surgem os chamados mandados implícitos de criminalização, os quais em que pese não expressos diretamente, são deduzidos de uma análise aprofundada da Carta Magna.

Embora, diante de um olhar mais superficial possam parecer não terem muita ligação, a conexão entre os mandados de injunção e a definição de tipos penais ganha maior destaque ao contemplarmos as consequências imediatas da existência de um mandado de criminalização não efetivado. A esse respeito, defende Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

No caso da homotransfobia tais condutas já se encontram tipificadas pelo ordenamento jurídico. Não podemos nos esquecer que o direito não é apenas um sistema de regras, mas contém em si mesmo um caráter principiológico, exibindo suas próprias ambições na qual há um direito superior, no interior e para além do direito positivo, por meio do qual o direito positivo se desenvolve. Não é à toa que o direito exige integridade e coerência interpretativa. O HC. 82.424 marca, então, não apenas um precedente importante no campo da jurisdição constitucional, mas uma ruptura com o modelo de regras e a adoção de um modelo principiológico de interpretação na qual o Direito seja um sistema tal que garanta integridade por parte do legislador e do juiz, que devem atuar de forma a tornar o sistema coerente. A referência à integridade visa dar eficiência e coerência interna ao Direito através do uso dos princípios como normas jurídicas. Daí que uma comunidade que aceita ser governada por princípios (comunidade de princípios) e não apenas por regras dadas por “decisões políticas tomadas no passado” (comunidade de regras) exige que os juízes, na medida do possível, “tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (Oliveira, 2019, p. 1).

Nesse diapasão, ao relacionar-se o Mandado de Injunção com o processo de definição de tipos penais, fica evidenciado que a conexão entre esses elementos adquire relevância ao examinarmos as implicações diretas da não efetivação de um mandado de criminalização.

Na linha de pensamento de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2019) é salientada a necessidade de se visualizar o direito não apenas como um conjunto de regras, mas como um sistema principiológico que busca a integridade e uma coerência interpretativa. Assim, o precedente estabelecido no julgamento do HC 82.424 não apenas representa um marco na jurisdição constitucional, mas também assinala uma mudança de paradigma, abandonando-se um modelo estrito de regras em favor de uma abordagem principiológica.

Esse novo enfoque busca assegurar a coerência interna do Direito, destacando a necessidade de que o legislador e o juiz atuem de maneira a tornar

o sistema jurídico coeso. Assim, ao aceitar a governança por princípios em detrimento de meras decisões políticas do passado, a comunidade jurídica exigiria uma interpretação que busque normas implícitas, promovendo a integridade do sistema legal. Essa é a posição que se depreende das ideias de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2019) sobre a temática da criminalização da homofotransfobia.

4 DIREITO SUBJETIVO À CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA.

Alguns doutrinadores defendem a tese de que somente seria cabível o mandado de injunção, na hipótese de existência de um direito subjetivo carente de regulamentação para efetivação de seu exercício. Dessa forma, aceita esta tese, somente seria possível utilizar o instrumento injuncional para criminalizar as práticas de homofobia e transfobia, caso existente um direito subjetivo previsto no texto constitucional, que garanta a criminalização dessas práticas.

Para ressaltar a existência desse direito subjetivo à penalização de práticas homotransfóbicas, autores, a exemplo de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2022) defendem que tanto o inciso XLI, quanto o inciso XLII do art.5º da Constituição Federal de 1988, trazem mandamentos de criminalização dessas condutas. Nessa hipótese, os membros da comunidade LGBTQIA+, seriam titulares de um direito subjetivo concreto, que exigiria a tipificação penal de condutas homofóbicas e transfóbicas.

Por outro lado, autores contrários a existência desse direito subjetivo à criminalização de práticas configuradas como sendo homotransfóbicas, a exemplo de Thiago Meneses Rios (2023), defendem que o inciso XLI do art.5º da Constituição Federal não determina ao legislador que tipifique as condutas discriminatórias, mas tão somente ordena uma punição para aqueles que realizarem tais práticas, ficando a cargo do legislador decidir qual o ramo do direito será o sancionador.

4.1 ANÁLISE DO TEXTO CONSTITUCIONAL E DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO.

Depreende-se da leitura do texto constitucional, que inexistente na Carta magna uma determinação direta de tipificação penal pelo legislador das condutas de homofobia e transfobia. Assim, não existiria um mandado de criminalização expresso de tais condutas. Todavia, é necessário considerar a colocação de alguns doutrinadores acerca do tema, os quais ressaltam a existência de um mandado de criminalização implícito das condutas supracitadas.

Sobre a temática, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2014) aduz que a ordem constitucional relacionada à obrigação existente de a lei trazer uma punição a

qualquer discriminação que atente contra liberdades e direitos fundamentais, prevista no art. 5º, XLI da Constituição Federal de 1988, abarcaria de maneira inegável a homotransfobia. Nessa linha, preceitua em um primeiro momento que, essa sanção prevista deve ter necessariamente natureza criminal, justificando a ideia no fato desse dispositivo encontrar-se dentro da parte penal do art. 5º da Carta Magna.

Em um segundo momento, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2014) defende que a proteção fornecida pelo Estado aos integrantes da comunidade LGBT seria insuficiente, pontuando que outros ramos do Direito que não o penal, não revelaram-se como capazes de resolver a problemática enfrentada. Como conclusão desses argumentos, alega o autor que diante do cenário apresentado, era preciso o reconhecimento da omissão constitucional de criminalização da homotransfobia.

Outrossim, muitos doutrinadores defendem ainda que outro mandado de criminalização, desta feita, previsto de maneira expressa no art. 5º, XLII e não de modo implícito como a hipótese do art. 5º, XLI, explicitaria a existência de um direito subjetivo de criminalização da conduta da homotransfobia. A esse respeito Paulo Roberto Iotti Vecchiatti comenta:

Afirmam os autores que não seria possível enquadrar homofobia e transfobia como espécies do gênero racismo (mandado de criminalização do art. 5º, XLII), contudo, desconsideraram a respectiva argumentação da ação (itens 4.1.1 e 4.1.2), que demonstrou que no famoso caso Ellwanger (HC 82.424/RS) o STF adotou o conceito de racismo social para punir o antissemitismo como espécie de racismo (adotando o conceito de “raça social”, raça como construção social, que é como deve ser interpretada a criminalização da discriminação por “raça” do art. 20 da Lei 7.716/89) Ou seja, para que o racismo não se transformasse em “crime impossível” pela raça humana ser biologicamente una (conforme o Projeto Genoma, que colocou uma pá de cal na tese contrária), entendeu o STF que o racismo (social) é toda ideologia que prega a inferioridade de um grupo social relativamente a outro, conceito este referendado por Guilherme Nucci. Foi por isso que (corretamente) se considerou o antissemitismo como espécie de racismo. Ora, a homotransfobia se enquadra neste conceito ontológico-constitucional de racismo afirmado pelo STF no HC 82.424, logo, o dever de vinculação a precedentes (respeito à história institucional) demanda isto aplicá-lo relativamente à homofobia e à transfobia para considerá-las como espécies do gênero racismo. (Vecchiatti, 2014, n.p).

Pontuadas as visões favoráveis a existência de um direito subjetivo à criminalização da homotransfobia, revela-se necessário apresentar-se os pontos de vista contrários a essa tese. Defendendo a inexistência de um direito subjetivo de penalização das condutas homofóbicas e transfóbicas Thiago Meneses Rios (2023) aduz que o art. 5º, inciso XLI da Carta Magna, o qual muitos doutrinadores utilizam para defender a criminalização das referidas condutas por meio do mandado de injunção, não apresenta nenhum direito subjetivo concreto e assegurado, como defendido por grande parte da doutrina.

Desta maneira, Rios (2023) defende que o que existe na previsão constitucional supracitada é um mandamento de elaboração de uma norma genérica, sendo possível somente a utilização da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) para sanar a omissão legislativa de não punição. Não sendo cabível deste modo, na visão de Rios, o uso do mandado de injunção.

Essa compreensão de que não há um direito subjetivo de ordem constitucional à criminalização das condutas de homotransfobia, é partilhada por Lênio Streck, Ingo Sarlet, Clèmerson Merlin Clève, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Flávio Pansieri que aduzem:

Muito embora o artigo 5º, XLI (mas também o inciso XLII no que toca à criminalização do racismo), tenha a feição de um mandado expresso de punição de toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, isso não significa – diferentemente do que se verifica no caso do racismo (assim como da tortura e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional) – que tal punição tenha de se dar na esfera criminal, pois aqui as hipóteses concretas e mesmo as sanções para as diversas situações foram deixadas (pelo constituinte originário) ao alvedrio da deliberação legislativa infraconstitucional. (Streck; Sarlet; Clève; Coutinho; Pansieri 2014, n.p.).

Diante de todo o exposto, fica evidente que conforme defendido por Lênio Streck, Ingo Sarlet, Clèmerson Merlin Clève, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Flávio Pansieri (2014), a correta interpretação do art.5º, inciso XLI, da Constituição Federal de 1988, não implica no reconhecimento de um mandado de criminalização de condutas discriminatórias, dentre as quais encontram-se abarcadas as práticas de homofobia e transfobia, mas sim ocasiona o dever de

punir, que de modo algum pode ser confundido com uma obrigatoriedade de punição dentro da esfera penal.

Assim, punições de caráter administrativo ou previstas em outro ramo do direito, poderiam perfeitamente atenderem ao comando disposto no art. 5º, inciso XLI da Carta Magna.

4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À CRIMINALIZAÇÃO.

Partindo das diferentes interpretações doutrinárias acerca da existência de um direito subjetivo à criminalização da homotransfobia, decorrente de mandados constitucionais de criminalização da referida prática, é possível verificar um enumerado de argumentos tanto favoráveis quanto desfavoráveis à criminalização.

Manifestando-se de maneira contrária à penalização das condutas de homofobia e transfobia, por intermédio da via do mandado de injunção, Lênio Streck, Ingo Sarlet, Clèmerson Merlin Clève, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Flávio Pansieri (2014) aduzem que apesar da previsão do artigo 5º, XLI da Constituição Federal, determinar expressamente que toda e qualquer discriminação que venha a atentar contra direitos e liberdades fundamentais deva ser sancionada, não se deduz daí que essa punição deva se dar de maneira obrigatória na seara penal.

Essa obrigação de tutela criminal está determinada no inciso XLII do art.5º, esse sim determina obrigatoriamente a criminalização de condutas discriminatórias que tenham motivações raciais.

Em contraponto ao defendido pelos doutrinadores citados, o voto do Ministro Celso de Mello, direciona-se no sentido de interpretar o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal como sendo uma determinação de criminalização. Preceitua em seu voto o Ministro Celso de Mello:

Nesse ponto, vale fazer uma observação. O art. 5º, XLI, CF diz que “a lei punirá” condutas atentatórias de direitos e liberdades fundamentais, sem especificar textualmente se esse comando deve ser cumprido por meio da tipificação penal ou da punição administrativa desses atos. No entanto, a interpretação constitucional não pode se desvincular do contexto em que se insere. Em razão de três fatores que exponho a seguir, entendo que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da vedação à proteção

insuficiente, impõe que a proteção da integridade física e psíquica da população LGBTI+ se dê por meio da criminalização da discriminação contra a orientação sexual e/ou a identidade de gênero. (MI-4733, Voto Ministro Celso de Mello, p.20-21).

O voto acima apresentado, acolhe a manifestação da parte impetrante do mandado de injunção nº 4733, pois um dos advogados que representam o polo ativo da causa, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2014) tem como fundamento principal a mesma tese utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, de que existe uma ordem constitucional determinando à criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, visto que uma tutela que não seja a garantida pelo poder punitivo do direito penal, configurar-se-ia como proteção insuficiente, vedada conforme preceituado pelo princípio da proporcionalidade.

Voltando-se novamente para os argumentos em sentido contrário à criminalização da homofotransfobia pela via injuncional, é colocado como fator central impeditivo, o princípio constitucional da reserva legal. Lênio Streck, Ingo Sarlet, Clèmerson Merlin Clève, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Flávio Pansieri (2014), aduzem que a criminalização dessas condutas por meio do mandado de injunção, encontra óbice na legalidade estrita em matéria penal, conforme o art. 5º, XXIX da Constituição.

Acrescentam ainda que a ideia da proteção insuficiente, nunca teria sido utilizada com o intuito de fundamentar a criminalização judicial de condutas, bem como ser vedada a analogia *in malam partem* na esfera do direito penal.

Portanto, fica evidente que tanto aqueles que defendem ser inviável sobre o prisma da Constituição Federal a definição de tipos penais, sem que seja elaborada uma lei em sentido formal pelo Congresso Nacional, quanto aqueles que alegam ser possível a criminalização de condutas por intermédio do mandado de injunção, centram seus argumentos nos mandados constitucionais de criminalização e em princípios de ordem constitucional.

Nesse diapasão, considerando o ensinamento de José Afonso da Silva (2022) de que não existe hierarquia entre as normas constitucionais, têm-se um conflito aparente entre diferentes regras de igual nível hierárquico na Carta Magna.

5 O JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO 4733

Neste capítulo se buscará analisar o julgamento do mandado de injunção nº 4733 pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por intuito contextualizar todo o processo que levou à decisão final de criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, a partir da equiparação dessas práticas aos tipos penais da lei do racismo.

Para isso, serão apresentados os principais argumentos colacionados à discussão pelas partes integrantes do processo em questão, bem como por autores que dissertaram em livros e artigos sobre a decisão da Suprema corte no caso em tela. Em seguida são realizados alguns apontamentos críticos acerca da decisão do STF, como teses de autores que apontam excessos no julgamento do MI 4733, para chegar-se finalmente a uma análise de possíveis implicações legais e jurisprudenciais decorrentes dessa criminalização da homofotransfobia sem a edição de uma lei penal.

5.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO

Trata-se de um mandado de injunção coletivo, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT), com data de distribuição no dia 10 de maio do ano de 2012. A impetrante da ação, conforme explicado por Eric Baracho Dore Fernandes (2014), visava por resultado obter a penalização da homofobia e transfobia, nas mais diversas formas, como ofensas, agressões e discriminações fundadas na orientação sexual, identidade de gênero da vítima, tendo por argumento para justificar a sua tese, o fato de que essa criminalização específica seria um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT, nos tempos hodiernos.

Eric Baracho Dore Fernandes (2014), evidencia que, em manifestação processual, a Advocacia-Geral da União (AGU) defendeu que não existiria uma previsão constitucional específica, determinando a criminalização da homofotransfobia. A impetrante da ação teria por intento o estabelecimento de um conjunto de normas particulares, o que na visão da AGU violaria o princípio da reserva legal em matéria penal, conforme art 5º, XXIX da Constituição Federal.

Chamado a apresentar manifestação nos autos do MI. 4733, o Presidente da Câmara dos Deputados defendeu que se encontrava em processo de tramitação na casa, o Projeto de Lei nº 5003/2001, que tinha por objetivo estabelecer punições para às condutas homofóbicas, acrescentando ainda na manifestação a impossibilidade de se concluir que exista taxativamente uma exigência constitucional de se criminalizar as condutas homofotransfóbicas.

Por sua vez, o Presidente do Senado e do Congresso Nacional aduziu, nos autos do MI.4733, que no ordenamento jurídico brasileiro, já existiria a proteção pleiteada, mesmo que de forma não perfeita, defendendo-se da acusação de omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional.

Passando-se ao posicionamento da Procuradoria-Geral da República sobre a ação, têm-se em um primeiro momento o Procurador Geral da República, preceituando de maneira contrária ao pleiteado pelo sujeito ativo da ação, aduzindo que existiria uma tutela penal suficiente para abarcar e proteger o bem jurídico, a qual se teria por intento proteger com o mandado de injunção. Isso se daria pelos tipos penais já previstos, a exemplo dos crimes de homicídio, contra a honra e de lesão corporal. Ainda foi suscitada a existência do Projeto de Lei (PJ 122/2006) em tramitação no Congresso Nacional, para refutar a necessidade do mandado.

Ao apreciar o caso, o Ministro Ricardo Lewandowski, manifestou-se pelo acolhimento dos posicionamentos supracitados da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União. Assim, decidiu pela inadequação da via injuncional para o pleito em questão, fundamentando a sua decisão na inexistência de um mandado de criminalização que configurasse um direito fundamental, apto para ser protegido pelo uso do mandado de injunção.

Na decisão o Ministro reafirmou, que para a utilização do *writ* injuncional, era mister existir um direito subjetivo, definido de maneira concreta e específica na Carta Magna, cuja fruição esteja inviabilizada pela falta de uma norma regulamentadora exigida pelo texto constitucional.

Contudo, a parte impetrante do mandado de injunção, inconformada com a decisão do relator, interpôs um agravo regimental. A partir desse recurso, a Procuradoria-Geral da República, muda a sua posição em relação ao Mandado de Injunção 4733. A esse respeito, Eric Baracho Dore Fernandes aduz:

o Procurador Geral da República modificou o entendimento anteriormente manifestado, a partir dos seguintes fundamentos: (i) omissão inconstitucional que inviabilizaria o exercício de direitos fundamentais à identidade de gênero e liberdade de expressão; (ii) violação ao princípio da igualdade; (iii) possibilidades do Mandado de Injunção enquanto instrumento de diálogos constitucionais; (iv) possibilidade de deferimento do pedido em extensão menos ampla, tão somente para notificar o Congresso Nacional da mora legislativa; (v) a excessiva demora na tramitação do Projeto de Lei sobre o tema; (vi) o cabimento de decisões aditivas em sede de Mandado de Injunção, cujo ônus argumentativo é menor diante da aplicação analógica de legislação já existente (Lei 7.716/1989); (vii) a possibilidade de decisão aditiva que criminalize a homofobia a partir de parâmetros próprios, podendo o Supremo utilizar os critérios do Projeto de Lei ainda em tramitação; (viii) que a existência de um dever específico de atuação pode ser extraída do art. 5º, incisos XLI e XLII; (ix) existência de compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil; e (x) violação do princípio da proporcionalidade por proteção insuficiente. (Fernandes, 2014, p. 61)

Coube ao Ministro Edson Fachin, a relatoria do mandado de injunção 4733. Com a interposição de agravo regimental pelo impetrante, bem como alterada a posição da Procuradoria Geral da República o Ministro Ricardo Lewandowski, que tinha decidido de maneira monocrática pelo não cabimento do mandado de injunção, reconsiderou a sua decisão.

Assim, o Ministro Lewandowski ordenou o processamento do mandado de injunção. É importante salientar que a Procuradoria-Geral da República manifestou pela parcial procedência do pedido e não de forma completa. Isso porque o órgão do Ministério público Federal entendeu ser indevida a indenização pleiteada pelas vítimas de homofotransfobia.

Dessa maneira, diante de todos esses posicionamentos, os principais pontos de debate no julgamento do mandado de injunção nº 4733, centraram-se na controvérsia acerca da existência ou não de um mandado de criminalização das condutas homofotransfóbicas e nas consequências que essa possibilidade acarretaria, pois o mandado de penalização traria como consequência um respectivo direito subjetivo, possivelmente inviabilizado pela ausência de uma norma regulamentadora, conforme defendido por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2022).

5.2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS APRESENTADOS

Contextualizado de modo geral o caso do mandado de injunção nº 4733, é imperioso realizar-se uma análise dos principais argumentos apresentados pelas partes envolvidas no processo e pelos ministros do STF ao proferirem os seus votos. Inicialmente, no que se refere as teses defendidas pela parte impetrante da ação, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT), destacam-se os argumentos apresentados por um dos advogados subscritores do Mandado de Injunção, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A esse respeito, Eric Baracho Dore Fernandes preceitua:

É possível sintetizar os seguintes fundamentos na réplica apresentada: (i) com fundamento na ideia de Constituição dirigente, há de se superar a concepção segundo a qual é preciso identificar uma norma constitucional de eficácia limitada como parâmetro de controle para o Mandado de Injunção; (ii) que normas de outros ramos do Direito têm sido insuficientes para proteger os direitos fundamentais que se quer tutelar por meio do Mandado de Injunção; (iii) que a teoria da proteção insuficiente seria cabível para criminalizar condutas, mesmo que a doutrina alemã não a tivesse concebido para tal finalidade, tendo em vista um garantismo penal positivo; (iv) que a homofobia se enquadraria no art. 5º, XLI e que este inciso indubitavelmente importaria um mandado de criminalização, em razão da a) posição topográfica do inciso XLI e b) da repreensão mais severa que se faria necessária para reprimir crimes motivados pelo discurso do ódio; (v) que as razões do precedente firmado no caso Ellwanger permitiriam que se interpretasse extensivamente o conceito de “racismo” do art. 5º, XLII; (vi) que a supremacia da Constituição e sua força normativa justificariam que o Judiciário legislasse atipicamente diante da inércia do poder Legislativo. (Fernandes, 2014, p.61-62).

Nesse sentido, fica evidente que para a parte impetrante do mandado de injunção, existe no texto constitucional um mandado de criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, seja no art.5ºinciso XLI ou no inciso XLII do mesmo artigo da Constituição Federal, de modo que pelo fato de outros ramos do direito não serem efetivos em tutelar os direitos fundamentais protegidos, existiria uma proteção insuficiente, necessitando-se da criminalização das práticas homotransfóbicas para que se tenha uma proteção suficiente, evitando assim a chamada proteção insuficiente, conforme defendido por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2014).

Dentro do julgamento do MI nº 4733, essa corrente foi a majoritária. Os Ministros Celso de Mello e Edson Fachin adotaram a posição de que sim, existiria um mandado de criminalização contra condutas homotransfóbicas, tomando como fundamento o art. 5º, XLI, da CRFB. É o que fica demonstrado no trecho a seguir do voto do Ministro Edson Fachin:

Além disso, a omissão imputada é de competência do Congresso Nacional, nos termos do art. 22, I, da CRFB, razão pela qual é no âmbito deste Supremo Tribunal Federal que tem lugar a impetração (art. 102, I, “q”, da CRFB). No que tange ao objeto, é preciso advertir que, ao contrário do que consignou a Advocacia-Geral da União em sua manifestação, **a existência do direito subjetivo à legislação é evidente**. Como se sabe, a jurisprudência deste Tribunal tem advertido que o cabimento do mandado injunção só pode ocorrer quando, simultaneamente à previsão do direito à legislação no próprio texto constitucional, houver a imposição do dever estatal de legislar. (MI-4733, Voto ministro Edson Fachin, p.2).

De maneira contrária e minoritária, votou o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecendo a mora do Congresso Nacional ao não legislar sobre o tema, bem como que o grupo LGBTQIAPN+ sofria de uma violência, ocorrida de modo sistemático. Contudo, o Ministro Lewandowski defendeu que:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. Em acórdão unânime da Primeira Turma desta Casa, no Inquérito 3.590/DF, em que se analisou o recebimento de denúncia contra o deputado federal Marco Antônio Feliciano em razão da suposta prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989. (MI-4733, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p.15).

O ministro ainda citou em seu voto que em outras decisões o próprio Supremo Tribunal Federal tinha fixado entendimento de que somente pela via legislativa, portanto, por lei, é que seria possível criminalizar-se condutas. A esse respeito o Ministro Lewandowski aduziu:

A Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada

conduta. Dentre os relevantes argumentos daquele julgado, que bem traduz a importância do princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal, destaco a reiteração da jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, em decorrência do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. . (MI-4733, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p.17).

Finalmente, depois de apresentados todos os posicionamentos acima citados, prevaleceu o argumento trazido no voto do Ministro Edson Fachin, o qual defende:

Diante desse contexto, julgou procedente o mandado de injunção para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicar com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (MI-4733, voto Ministro Edson Fachin, p.26)

Dessa maneira, pelo placar de 8 (oito) votos pela criminalização da homofotransfobia contra 3 (três) votos contrários³, os ministros do Supremo Tribunal Federal filiou-se aos argumentos favoráveis à utilização do mandado de injunção, como via adequada não só para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional ao não elaborar um tipo penal para sancionar as práticas homofotransfóbicas, como também como instrumento capaz de tipificar essas condutas como crimes, por meio da interpretação analógica extensiva, visando aplicar a Lei nº 7716/89, para as práticas homofóbicas e transfóbicas até que o Congresso Nacional edite uma lei específica.

5.3 ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar e por maioria de seus ministros julgar procedente o MI 4.733/ DF, reconheceu a inconstitucionalidade da mora do

³ Votaram de maneira favorável a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, com a equiparação dessas práticas aos tipos penais da lei do racismo os seguintes ministros do STF: Celso de Mello, Edson Fachin (relator), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Manifestaram-se contrariamente a tipificação aprovada pela maioria os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante uma lei em sentido formal, devidamente votada e aprovada pelo Legislativo. Finalmente, o ministro Marco Aurélio de Mello não reconheceu a mora do legislativo. (BRASIL, 2020).

Congresso Nacional em não criminalizar as condutas homotransfóbicas, bem como determinou a aplicação Lei 7.716/89. Tornando, assim, por analogia essas práticas como criminosas e equiparadas aos tipos penais da lei do racismo.

Com a adoção dessa posição, conforme defendido por Thiago Menezes Rios (2023), o STF foi além de suas atribuições e violou não só a separação entre os poderes, como também princípios constitucionais garantidores de um Estado Democrático de Direito, como o da estrita legalidade e da vedação à analogia prejudicial ao réu em matéria penal.

Eric Baracho Dore Fernandes (2014) sustenta a posição de que, em casos de inconstitucionalidade total por omissão, o Poder Judiciário não deveria proferir decisões de natureza concretista e analógica por meio do Mandado de Injunção. Ele argumenta que mesmo diante de situações em que o legislador oferecia uma proteção inadequada a determinadas pessoas, o Supremo Tribunal Federal (STF) nunca determinou a aplicação e criminalização de condutas. Modificar esse entendimento seria, segundo o professor, violar o princípio da legalidade estrita que governa o Direito Público, especialmente no âmbito do Direito Penal.

Diante dessas considerações, Eric Baracho Dore Fernandes (2014) sugere algumas conclusões relacionadas aos mandamentos constitucionais de criminalização, que podem servir como parâmetros concretos para o controle concentrado de constitucionalidade, e as limitações impostas pelo princípio da legalidade tanto ao legislador quanto ao Poder Judiciário.

Eric Baracho Dore Fernandes (2014) conclui que na ausência de uma lei que tipifique a conduta prevista constitucionalmente, não existe uma solução simples do ponto de vista da jurisdição constitucional, pois para ele o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXIX) revela-se como uma barreira não superável para decisões de caráter concretista.

Fernandes (2014) continua a discorrer sobre a temática, defendendo que a respeito da abolição do crime de condutas já previstas na legislação, as discussões envolvendo a vedação ao retrocesso, bem como a utilização de normas programáticas como fundamento para o controle de constitucionalidade, através de uma ação, possivelmente tem a capacidade de resolver a problemática.

É ainda necessário questionar-se o que ocorreria dentro desse contexto, na hipótese de uma lei reduzir penas ou atribuir um tratamento jurídico mais

favorável para condutas já definidas como criminosas. Da análise do texto constitucional é forte a probabilidade de que exista um limite à discricionariedade do legislador. Todavia, é preciso um cuidado para que as soluções propostas por corrente doutrinariam, no que se refere a atuação judicial, não ocasionem uma troca da vontade legal do legislador por critérios judiciais não objetivos ou até mesmo abusivos na escolha de escalas penais, conforme defendido por Eric Baracho Dore Fernandes (2014).

Finalmente, Fernandes (2014) levante uma dúvida sobre a hipótese de revogação do próprio mandato constitucional de criminalização, aduzindo ser esse um debate que é vinculado a interpretação dessas ordens como sendo ou não partes das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988.

Assim, é evidenciado que, ainda sendo considerada a existência de um mandato de criminalização de condutas homofotransfóbicas no texto constitucional, não se revela possível a criminalização desses atos por meio de uma decisão judicial, em sede de mandato de injunção. Sobre o tema, defende Eric Baracho Dore Fernandes:

Pelo exposto, parece que a dificuldade em se identificar um mandato constitucional de criminalização específico para a homofobia impede um aprofundamento maior quanto às consequências do reconhecimento de eventual inconstitucionalidade por omissão. Ainda que se reconheça a existência de tal imposição, parece que a única forma de tutela constitucionalmente adequada pela jurisdição constitucional encontrar-se-ia na notificação do Congresso Nacional para constituir o órgão legislativo em mora, uma vez que escapa ao Judiciário a competência para proferir decisões concretistas para suprir lacunas relativas a normas penais incriminadoras. (Fernandes, 2014, p.77-78).

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Thiago Meneses Rios (2023), afirma que por mais que seja desejável e necessária à proteção de direitos fundamentais, a “criminalização da homofobia” pode ser feita de uma única maneira: por meio de lei formal devidamente elaborada pelo Congresso Nacional.

Defende ainda que, o Supremo Tribunal Federal foi além de suas funções enquanto parte do poder judiciário, tendo violado a separação dos poderes e o princípio da reserva legal para a definição de tipos penais.

Finalmente, Thiago Meneses Rios (2023) preceitua que hoje a analogia pode ter sido utilizada para se atender a um anseio social legítimo, todavia, em um momento posterior o precedente criado pode ser utilizado para fins autoritários e não democráticos. Revelando um dos claros e assustadores perigos jurídicos, tratados a seguir, que a decisão do Supremo Tribunal Federal ocasionou, mesmo que de maneira inconsciente.

5.4 IMPLICAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

Depois de explicitado o conteúdo decisório final, é relevante analisar-se quais as implicações legais e jurisprudenciais ocasionadas pelo julgamento procedente do mandado de injunção 4733.

Em primeiro ponto, sem dúvida alguma, o Supremo Tribunal Federal, ao não somente reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, mas também, ao equiparar as condutas homotransfóbicas aos tipos penais da Lei do Racismo, gerou uma instabilidade jurídica no ordenamento legal brasileiro.

Essa é a linha defendida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (2019), que em seu voto invocou o princípio da segurança jurídica para defender que o conteúdo decisório do MI 4733 pode se tornar um perigoso precedente para futuros acórdãos. O que acarretaria num clima de insegurança jurídica.

Acrescenta-se ainda que o Ministro Ricardo Lewandowski (2019), pontuou em seu voto que, em decorrência do princípio constitucional da estrita legalidade, também conhecido por princípio da reserva legal, traz como consequência que somente lei em seu sentido formal, pode ensejar a tipicidade penal, com a definição de uma conduta como sendo criminosa.

Ressaltou que a jurisprudência dos tribunais, até a data do julgamento em questão, era clara na direção de que apenas com a elaboração de uma lei formal pelo Congresso Nacional é que poderia ser criado um tipo penal.

O ponto de vista, explicitado pelo Ministro Lewandowski (2019) encontra respaldo entre muitos doutrinadores. Nesse sentido Cleber Masson aduz:

É preciso reconhecer, entretanto, que para tutelar algumas liberdades fundamentais o Supremo Tribunal Federal incidiu em grave erro, e olvidou-se de outra liberdade fundamental, conquistada a duras penas ao longo da história da humanidade: o princípio da reserva legal, insculpido no art.5.º, XXXIX, da Constituição Federal.

Com efeito, crimes e penas somente podem ser criados por lei, nunca por decisão judicial, ainda que emanada da Corte suprema. (Masson, 2020, p. 24)

Outra consequência a ser destacada é que a decisão do Supremo Tribunal Federal no MI 4733 ocasionou a relativização do princípio da vedação da analogia *in malam partem* em matéria penal. O STF equiparou as condutas homofóbicas e transfóbicas aos crimes previstos na lei do racismo, Lei nº 7.716/89 até que o Congresso Nacional edite uma legislação específica. Isso ocorreu em decorrência da maioria dos ministros do STF terem considerado que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, em sua dimensão social. Nesse diapasão, Cleber Masson critica a decisão e defende que:

A taxatividade, compreendida como fundamento jurídico do princípio da reserva legal, impede a utilização da analogia prejudicial ao réu (*in malam partem*) no Direito penal. Cuida-se de direito fundamental do ser humano, que não poderia ser sacrificado sob o argumento de tutela de outros direitos. De fato, o art.1.º, da lei 7.716/1989, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para criminalização da homofobia e da transfobia, estatui: “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. **Não se fala em gênero ou orientação sexual.** A Corte Constitucional alargou demais a lei, para englobar fatos que não estão ao seu alcance. Convém repetir: não se pode aniquilar direitos para tutelar outros direitos, sob pena de insegurança jurídica e, acima de tudo, de desrespeito à Constituição Federal. Nosso papel, enquanto sociedade democrática e detentora de amplo espectro de poder, é mobilizar-se no sentido de exigir firme e séria atuação do Poder Legislativo (Masson, 2020, p.24)

Ressalta-se o fato da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento do mandado de injunção nº 4733, ocasionou substanciais consequências e mudanças no ramo do direito penal e constitucional, como a relativização indevida do princípio da estrita legalidade, Thiago Meneses Rios adverte:

Ademais, a decisão do STF, equiparando por analogia as condutas homofóbicas aos crimes da Lei 7716/89, viola frontalmente o princípio da reserva legal preconizado pela própria Constituição em seu art. 5º, XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ora, a clareza do texto constitucional é solar: uma conduta somente pode ser considerada criminosa se estiver tipificada por lei, e lei formal, elaborada pelo Congresso Nacional. Matéria penal é de atribuição exclusiva do

Poder Legislativo, e somente este pode criar tipos penais, mediante a elaboração de leis formais. (Rios, 2023, n.p).

Conclui-se diante dos argumentos colacionados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, por Cleber Masson e por Thiago Meneses Rios, que o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e ao equiparar as condutas homotransfóbicas, aos crimes previstos na lei do racismo, criou um precedente perigoso, o qual não só gera insegurança jurídica dentro do país, como pode ser utilizado de forma autoritária, não para proteger um determinado grupo social minoritário, como no mandado de injunção nº 4733, mas para perseguir de maneira vil uma minoria.

É em razão de tal fato, que não se pode relativizar garantias protetivas do cidadão contra o poder punitivo do Estado, pois gerado o precedente, nada impede que com base em outros argumentos, o Estado torne outra vez a desrespeitar esses direitos.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o conteúdo explicitado, fica evidenciado que o mandado de injunção tem por finalidade a proteção de direitos subjetivos concretos, garantidos pela Constituição Federal. Contudo, para que seja utilizado é necessário o preenchimento de pressupostos, como a inviabilização do exercício de um direito subjetivo pela ausência de uma norma regulamentadora e a legitimidade da parte impetrante desta ferramenta constitucional. Assim, ainda que preenchido um dos requisitos, inexistindo a legitimidade ou ausente o direito subjetivo previsto na Carta Magna, resta inviabilizada a utilização do ponto de vista legal, da via injuncional.

Nesse sentido, em que pese o mandado de injunção nº 4733 atender ao requisito da legitimidade da parte impetrante, é inexistente um mandado de criminalização constitucional específico das condutas homotransfóbicas. Isso ocorre, pois, o inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, não determina a criminalização, mas tão somente ordena a punição de condutas homofóbicas e transfóbicas.

Desse modo, resta afastada a presença de um direito subjetivo concreto de tutela penal específica sobre as práticas discriminatórias e preconceituosas direcionadas à comunidade LGBTQIAPN+. Assim, resta ausente o pressuposto de um direito subjetivo, assegurado pela Carta Magna, cujo exercício esteja sendo inviabilizado pela ausência de uma norma regulamentadora.

É preciso salientar que, ao se defender que o mandado de injunção não é a via jurídica adequada para definir comportamentos homotransfóbicos, como um tipo penal específico, de modo algum nega-se a importância da proteção dessas comunidades minoritárias, bem como não se visa reduzir a gravidade dos ataques físicos, morais e psicológicos vivenciados pelas pessoas da comunidade LGBTQIAPN+ na sociedade brasileira. Contudo, deve-se sempre trabalhar com a ideia de que para implementar-se uma garantia, um direito, não se pode atacar um outro tão importante quanto.

Nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, ao acolher o pleito da parte impetrante do MI nº4733, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional e determinando aplicação da lei do racismo, equiparando as condutas homofóbicas e transfóbicas, aos crimes raciais, sem dúvida alguma

violou uma garantia dentre as conquistadas a mais custo pelas sociedades: o princípio da estrita legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal.

Essa violação de garantias constitucionais, também ocorreu com o uso de analogia *malam partem* para definir condutas como sendo crimes, sem que se tenha uma previsão expressa no tipo penal. Com todas as situações supracitadas, passou-se a se ter insegurança e instabilidade jurídica, pois de maneira inédita o STF tornou condutas como criminosas, sem que em um momento anterior fosse elaborada e aprovada pelo Congresso Nacional uma lei em sentido formal tipificando aquele crime.

Assim, o princípio da estrita legalidade, não pode ser relativizado, pois o precedente gerado por uma flexibilização dessa exigência é desastroso. Nesse diapasão, ao decidir que a homofobia e a transfobia constituem crimes, o Supremo Tribunal Federal avocou para si o papel de representante eleito para legislar, o que claramente desrespeita o arranjo institucional previsto na Carta Magna.

O voto vencedor do Ministro Celso de Mello, não deveria ter prosperado pois incorre em erro lógico no seu conteúdo decisório. Tal situação decorre do fato de que, ao reconhecer a omissão do Congresso Nacional, ao mesmo tempo o magistrado não poderia decidir, ao menos sem configurar uma contradição material, que as práticas da homofobia e da transfobia já se encontram previstas na Lei do racismo, a lei nº 7.716/99.

É evidente que, embora o mandado de injunção, seja um instrumento que tem por intuito garantir a efetividade de um direito, liberdade ou garantia constitucional, obstado pela ausência de uma norma regulamentadora, ele não se presta a servir de ferramenta legislativa. De modo que, não existindo expressamente um direito subjetivo, assegurado pelo texto constitucional, ou ainda que existente essa previsão, o mandado de injunção não é remédio absoluto, capaz de relativizar outras garantias de ordem constitucional.

Por fim, é possível concluir-se, em que pese o conteúdo decisório da Suprema Corte no julgamento do mandado de injunção nº 4733, que é imperativo sob a égide de um Estado Democrático de Direito, realizar-se a defesa de que somente haverá crime com uma lei formal anterior que o defina, não havendo ainda uma pena sem que antes exista a respectiva cominação legal.

Ao não se tomar por norte a ser seguido essa ideia, irá cada vez mais, ocorrer um risco de se transformar um pleno regime democrático em um sistema autoritário, ou numa hipótese mais amena, numa democracia disfuncional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. **MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO: A TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO E NA CONVENÇÃO AMERICANA**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal volume 1** - parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Código Penal, Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Brasília DF. Senado 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Vol. 1. ed. 53. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Dispõe sobre a Lei do mandado de Injunção. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de junho de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno) **Mandado de Injunção n 4.733/DF**. direito constitucional. mandado de injunção. dever do estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. homotransfobia. discriminação inconstitucional. omissão do congresso nacional. mandado de injunção Impetrante: ABLT- Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais E Intersexos. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Édson Fachin, 13 de junho de 2019. Publicação: 29 de setembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em: 26 janeiro 2024.

CALISSI, Jamile Gonçalves. **O mandado de injunção e as injunctions inglesa e Norte America**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca, v. 7, n.1, p. 165-183, jul.2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; BAHIA, A. G. M. F. M.; SILVA, D. B. **Sobre a criminalização da homofobia: uma crítica da crítica**. Empório do Direito, v. 1, p. 1-1, 2019.

CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito/> Acesso em: 27 fev.2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia**. Observatório da Jurisdição Constitucional, São Paulo, v. 2, n. 7, p.58-79, dez. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 38ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral - v. 1**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Considerações sobre os pressupostos do mandado de injunção. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/126>. Acesso em: 24 jan. 2024.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2015.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso De Direitos Humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações constitucionais**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 18.ed São Paulo: Editora SaraivaJur, 2023.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7. ed. atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39. ed. Barueri (SP) : Editora Atlas, 2023.

NOVELINO, Marcelo, **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RIOS, Thiago Meneses. A criminalização da homofobia.: Erros e acertos da decisão. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 28, n. 7345, 11 ago. 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79004>. Acesso em: 1 mar. 2024.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2022.

SOUZA, Gomes, P. V., & Bolwerk, A. (2022). **O ativismo judicial e a criminalização da homofobia e transfobia: Análise do julgamento da ADO n.26 e MI 4733/DF**. *Interfaces Científicas - Direito*, 9(1), <https://doi.org/10.17564/2316-381X.2022v9n1p235-250>

STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O mandado de injunção e a criminalização de condutas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas/> Acesso em: 26 fev. 2024.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a Homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de racismo**. Bauru: Pessotto, 2020.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.