

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733: ANÁLISE CRÍTICA HERMENÊUTICA DA DECISÃO TESE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A PERSPECTIVA DA DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA

Anita Naves Dutra¹

Alexandre Garrido da Silva²

Resumo: O Supremo Tribunal Federal (STF) tem enfrentado críticas crescentes devido à sua postura de ativismo judicial, materializada em decisões que impactam diversos setores da sociedade. Este estudo analisa o julgamento do Mandado de Injunção nº. 4733, que equiparou as condutas de homofobia e transfobia às condutas motivadas por preconceito racial (Lei n.º 7.716/89). O foco recai sobre a viabilidade da interpretação constitucional como fundamento para tal criminalização e os possíveis desdobramentos da decisão em questão. A pesquisa se baseou em algumas doutrinas de hermenêutica e interpretação jurídica, Direito Penal e Constitucional, além de outras fontes que abordam sobre os conceitos de gênero e raça. Assim, o estudo conclui que o acórdão viola o princípio da legalidade estrita e reserva legal. Sustenta-se que houve uma interpretação equivocada dos arts. 5º, incs. XLI e XLII da Constituição Federal, resultando na aplicação de uma analogia in malam partem, vedada pelo ordenamento jurídico penal.

Palavras-chave: STF, raça, gênero, reserva legal, legalidade estrita, princípio da proteção insuficiente, analogia in malam partem.

1. Introdução

É inegável que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem consolidado uma postura marcadamente ativista em sua jurisdição constitucional, buscando suprir omissões do Poder Público para viabilizar o exercício de direitos fundamentais. Assim, conforme Oliveira e Duarte (2025, p. 8346), essa perspectiva: “desloca o Judiciário de uma função meramente reativa para uma posição de protagonismo na concretização de direitos fundamentais, especialmente em sociedades marcadas por desigualdade e fragilidade institucional”.

Por conseguinte, como decisão representativa dessa postura está o julgamento do Mandado de Injunção n.º 4733 que simbolizou a atuação da Corte diante da inércia legislativa em situações objetos de demanda social. Nesse sentido, é imperativo reconhecer a vulnerabilidade da população LGBTQIAPN+ no Brasil, cujos índices de violência são agravados por um contexto histórico de discursos discriminatórios e marginalização de pessoas trans e homossexuais.

1 Anita Naves Dutra, discente da faculdade de direito da Universidade Federal de Uberlândia.

2 Alexandre Garrido da Silva, professor doutor da faculdade de direito da Universidade Federal de Uberlândia, orientador do presente artigo.

A dialogar com o exposto, os dados estatísticos posicionam o Brasil em um patamar de liderança (em sentido negativo) no que tange à prática de homofobia, transfobia e demais formas de intolerância contra minorias sexuais e de gênero: “(...) a cada 34 horas no Brasil houve um assassinato de pessoa LGBTQIA+, o que coloca o Brasil como país que mais mata pessoas LGBTQIA+ em todo o mundo pela 14ª vez consecutiva” (CUT, 2024).

Apesar da gravidade do cenário, o ordenamento jurídico brasileiro carece de uma previsão típica que criminalize as condutas de homofobia e transfobia, especificamente. Em que pesem as inovações legislativas, não foram tipificadas discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais ligados ao sexo e à orientação sexual (BRASIL, 2019, p. 37). Dessa forma, a terrível realidade social enfrentada pelas pessoas vítimas de discriminação de gênero se acentua por uma lacuna normativa que estabeleça consequências às condutas homofóbicas e transfóbicas. A partir disso, a fim de sanar tal omissão, a Suprema Corte, através de um papel de protagonismo judicial, fixou a tese de que as condutas de homofobia e transfobia devem ser subsumidas à Lei do Racismo (Lei n.º 7.716/1989) a qual dispõe sobre a discriminação decorrente de raça ou de cor.

Destarte, a fundamentação do julgado utilizou alguns argumentos centrais que serão analisados na presente pesquisa, sendo um destes pautado em uma reinterpretação do conceito de "raça", adotando-se uma dimensão ontológico-constitucional. Sob esse prisma, o significante "raça" transcende aspectos fenotípicos ou biológicos, abrangendo critérios que fundamentam a segregação de grupos vulneráveis na sociedade. Assim, compreendendo que a orientação sexual e a identidade de gênero são vetores de discriminação, o Tribunal viabilizou a aplicação da Lei n.º 7.716/1989 aos casos relacionados à discriminação de gênero e sexualidade.

(...) o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas (BRASIL, 2019, p. 54).

Contudo, tal decisão é objeto de intensos debates. Isso porque existem determinadas análises que louvam a decisão em questão, entendendo que ela é representativa de um grande avanço político. Todavia, são tecidas algumas críticas, como a do jurista Lenio Streck (2014) que, ao discordar da postura proativa do judiciário afirma que: “se a opção for pela criminalização e pela punição tal decisão cabe aqui com exclusividade ao legislador

infraconstitucional, o que não pode ser superado mesmo por uma exegese extensiva de legislação em vigor”. Embora represente um avanço civilizatório na proteção de minorias, críticos argumentam que a extensão da tipificação da lei do racismo viola pilares da dogmática penal clássica. As principais objeções residem na possível afronta aos princípios da reserva legal, da legalidade estrita e, primordialmente, à proibição da analogia in malam partem, visto que o Poder Judiciário estaria não apenas interpretando o texto constitucional e infraconstitucional, mas também criando figuras delitivas sem a prévia atuação do legislador ordinário.

Nesta perspectiva, a presente pesquisa promoverá, a priori, o detalhamento das circunstâncias do acórdão e do mérito da decisão em questão. Em sequência, será realizada a análise do argumento do papel iluminista da Suprema Corte e de que maneira este argumento se restringe ao ser contraposto ao princípio da reserva legal no âmbito do direito penal brasileiro.

Além disso, será explorada também a argumentação da necessidade de uma postura proativa do judiciário diante do princípio da proteção insuficiente (*untermassverbot*) e o antagonismo desta concepção com o princípio da subsidiariedade do direito penal.

Por fim, será objeto de análise, também, a decisão de estender a tipificação da Lei do Racismo (Lei n.º 7.716/89) às condutas de homofobia e transfobia frente ao princípio da legalidade estrita – em específico, a perspectiva do direito penal de proibição da analogia in malam partem e a o princípio da taxatividade da lei penal (*lege certa*).

2. Breve resumo do acórdão e do mérito

A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou o mandado de injunção nº 4.733 em face do Congresso Nacional, com a finalidade de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, abarcando condutas como homicídios, agressões, ofensas individuais e demais formas de discriminação motivadas pela orientação sexual e/ ou identidade de gênero.

Assim, as razões para essa impetração encontram substrato no contexto político-social de alto grau de violência contra pessoas trans, homossexuais e demais que não se encaixam no padrão de heteronormatividade esperado socialmente, pertencentes à comunidade LGBTQIAPN+. Destarte, a partir de Benevides (2025), apesar de uma diminuição dos dados, o Brasil continua sendo, pelo 16º ano consecutivo, o país que mais assassina pessoa trans no mundo. Dessa forma, o contexto histórico brasileiro, em especial, apresenta dados alarmantes

com relação à violência pautada pela perspectiva de gênero.

Nessa perspectiva, a parte impetrante pugnou pela fixação de prazo razoável, pelo Supremo Tribunal Federal, de um ano no máximo, para que o Poder Legislativo elaborasse a norma incriminadora de condutas discriminatórias de gênero – em específico, motivadas por homofobia e/ou transfobia. De maneira subsidiária, caso ultrapassado o prazo em questão, a Associação requereu que o Tribunal, a partir da interpretação do texto constitucional, determinasse a aplicação da Lei n.º 7.716/89 (Lei do Racismo), indicativa dos crimes resultantes de preconceito racial, às condutas motivadas por transfobia ou homofobia.

Além disso, também solicitou o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado a reparar civilmente os indivíduos vitimados por atos de homofobia e transfobia, perdurando tal obrigação enquanto persistir a omissão legislativa na criminalização eficaz dessas práticas. Este último pedido, em específico, foi julgado improcedente por unanimidade, dada a inadequação da via mandamental. “Não se coaduna com o objeto e o rito de mandado de injunção pedido de condenação do estado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar” (BRASIL, 2019, p. 09).

Assim, a priori, a fim de entender melhor os debates realizados pela Suprema Corte do caso em questão, é de extrema importância o entendimento sobre os requisitos necessários para que possa ser impetrado um mandado de injunção. Destarte, nos termos do art. 5º, inc. LXXI, da Constituição Federal, se configura o mandado de injunção sempre que a “(...) falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1998).

Desse modo, inicia-se a discussão entre os ministros da Suprema Corte sobre o cabimento da via mandamental, com a abordagem dos requisitos principais, sendo estes a legitimidade, a existência de uma omissão legislativa e, por fim, sendo o grande centro do debate: um direito subjetivo. Inicialmente, concordam os ministros sobre a legitimidade da parte impetrante. Todavia, persiste um curto debate sobre a questão da omissão legislativa, dada a existência de projetos com tramitação na Câmara dos Deputados relacionados à discriminação de gênero, como o Projeto de Lei n.º 5003/2001, que dispõe sobre as sanções aplicáveis às violências motivadas por orientação sexual. Posteriormente, resulta o entendimento de que, apesar da tramitação em questão, se mantém a mora legislativa, dada a ausência de delimitação, de fato, da questão, no ordenamento jurídico.

Por fim, e sendo o grande foco dos debates na presente decisão da Suprema Corte, está o terceiro requisito: o direito subjetivo. Assim, este seria representado, nas palavras do ministro Edson Fachin, por uma previsão de um direito constitucional e uma exigência de

regulamentação por parte do Estado: “(...) 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” (BRASIL, 2019, p. 21). Por conseguinte, essa estrutura do direito subjetivo ocasionou divergências entre os ministros da Suprema Corte.

Em especial, o segundo requisito, sendo este a imposição do dever estatal de legislar foi objeto central de antagonismo. Isso se relaciona à existência ou não de um mandado de criminalização previsto na Constituição Federal. Isso porque o artigo 5º, inc. XLI, da Constituição Federal, dispõe que: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Todavia, não existe atualmente no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma tipificação de conduta discriminatória atentatória dos direitos e liberdades fundamentais ligados a gênero ou orientação sexual.

Assim, dada essa ausência, se apresenta durante o debate uma nova perspectiva: o conceito ontológico-constitucional de racismo, em que a raça não seria apenas fruto de uma descendência de uma linhagem, mas sim o produto de um processo político-social de segregação. A partir desse pressuposto, a acepção da palavra raça transcenderia a cor da pele ou a origem de um indivíduo, se relacionando também à forma como a sociedade o vê e o protege ou o segrega. O novo conceito, portanto, permite a extensão da tipificação dos crimes motivados por preconceito de raça, cor, etnia, ou religião previstos na Lei n.º 7.716/89 para as condutas de transfobia e homofobia, dado que a questão racial, assim como o gênero, se apresenta como vetor de discriminação social.

Outrossim, quanto ao primeiro requisito, sendo este a previsão do direito no texto constitucional, a parte impetrante, para legitimar as suas razões, invoca o princípio da proteção insuficiente (*untermassverbot*) – princípio este que foi citado pela maioria dos Ministros os quais concordaram com a procedência da ação, sendo um dos argumentos centrais para reconhecer a procedência do pedido realizado. A partir dele, é entendível existir uma insuficiência de proteção à livre identidade das pessoas, o que indicaria uma violação ao princípio da igualdade disposto no art. 5º, caput, da constituição Federal que dispõe que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)” (BRASIL, 1988).

O mandado de injunção em questão foi considerado procedente por maioria de votos, e, dessa forma, fixou-se a tese de reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional, prevalecendo a ideia de estender a tipificação da Lei n.º 7.716/1989 à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, sendo vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

3. O argumento do papel iluminista da corte diante do princípio da reserva legal

A priori, é importante o reconhecimento de que o acórdão objeto da presente pesquisa evidencia uma atuação proativa realizada pelo Poder Judiciário, pois é perceptível sua tentativa de oferecer, no âmbito jurisdicional, respostas aos anseios contemporâneos da sociedade – em específico, às constantes violências motivadas por homofobia e transfobia.

Essa perspectiva dialoga com a argumentação utilizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual sustenta, em sua linha decisória, ser imperativo esse protagonismo dos magistrados, com o intuito de conferir efetividade à proteção dos direitos fundamentais, diante da omissão do poder público, em específico, do poder legislativo. Nesse sentido, o Ministro em questão cita sobre o papel iluminista da Corte, o qual se apresenta quando a situação se relaciona à proteção dos direitos fundamentais, o que justifica a postura proativa da Corte (BRASIL, 2019, p. 66).

Destarte, é algo inegável que a complexidade das relações sociais atuais supera, por diversas vezes, o alcance dos instrumentos normativos vigentes, o que impossibilita que os intérpretes se restrinjam a uma interpretação meramente literal dos dispositivos normativos. Assim, um exemplo emblemático dessa questão é que, inclusive, é bastante citado nos debates da Suprema Corte, é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, em que foi reconhecida a união estável no âmbito das relações homoafetivas. Assim, a decisão em questão se apresentou como produto de uma nova realidade social alimentada pelas constantes lutas políticas, em que foram consolidados novos entendimentos acerca do combate a preconceitos de gênero e sexualidade, reconhecendo direitos iguais a pessoas que não se encaixam no padrão heteronormativo.

A partir disso, se tem a perspectiva do papel iluminista da Suprema Corte, sendo este o papel realizado pela Corte com o fim de promover avanços sociais os quais não foram efetivados pelo setor público e que, por serem de grande importância, não podem depender da vontade da maioria (BRASIL, 2019, p. 67).

Dessa forma, o papel iluminista representa um cenário de protagonismo do judiciário para efetivar determinados direitos que não estão sendo efetivados na esfera da política social, além de promover determinados avanços que a sociedade ainda não alcançou. Assim, o referido Ministro explicita em uma obra de sua autoria, quando define o papel iluminista, que o sentido deste é o de “uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens” (BARROSO, 2018, p. 250).

A exemplificar, a superação de determinados preconceitos e a efetivação de direitos para setores minoritários da sociedade.

Além disso, o Ministro justifica seu voto (de procedência ao pedido objeto do Mandado de Injunção em questão), com um caso bastante emblemático, sendo este o caso *Brown vs. Board of Education*, dos Estados Unidos, em que foi declarada como inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas.

O caráter iluminista do julgado se manifestou na superação do senso comum majoritário – que escondia o preconceito por trás da doutrina do “separados, mas iguais” – e na consequente mudança de paradigma em matéria racial, tendo funcionado como um catalisador do moderno movimento pelos direitos civis (BARROSO, 2018, p. 252-253).

Por conseguinte, é inegável que a decisão em questão dialoga com a ideia de judicialização de questões sociais, em que o Poder Judiciário não se concentra apenas na simples interpretação da lei, mas direciona essa interpretação, no sentido de buscar, constantemente, o reconhecimento de novos direitos.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2018, p. 223).

Ademais, o pensamento do referido Ministro reverbera entre os demais integrantes da Corte, pois, mesmo que de maneira indireta, estes abordam a questão de a sociedade exigir uma resposta às violências motivadas por homofobia e transfobia. Nesse sentido, argumenta o Ministro Edson Fachin durante os debates que a existência da omissão legislativa pressupõe a ideia de tolerância sobre as violências dirigidas às pessoas homossexuais e transgêneras (BRASIL, 2019, p. 40).

Sob essa ótica, o ativismo judicial seria extremamente necessário ao ponto de ser extremamente tênue a fronteira entre interpretação e função legislativa. “No normal da vida, é possível traçar com clareza a fronteira entre uma coisa e outra, entre legislar e interpretar. Por vezes, no entanto, essa fronteira se torna menos nítida” (BRASIL, 2019, p. 65).

Assim, é imperativo o entendimento de que, ao abordar sobre o papel iluminista da Corte, o pensamento é centralizado na perspectiva de reconhecimento de novos direitos. Portanto, é entendível que esse papel se relaciona a avanços civilizatórios, pois permite a pessoas que antes não usufruíam de determinados direitos, começarem a usufruir. Destarte, a

realidade dessas pessoas é tocada apenas em sentido positivo. Todavia, é de extrema importância distinguir uma questão: o conteúdo relacionado à tipificação penal de determinadas condutas, as quais não eram anteriormente tipificadas, não se delimita apenas na concepção de reconhecimento de direitos, pois transcende essa esfera.

Dessa forma, sobre a decisão da ADI 4.277 e o caso *Brown vs. Board of Education*, é observável a existência de normas que criaram situações jurídicas de permissão, em que casais homoafetivos passam a ter o direito ao reconhecimento da união estável e determinadas pessoas, que antes não podiam frequentar determinados lugares, começaram a poder, respectivamente.

Porém, ao tratar da criminalização de condutas, pela extensão do significado de uma lei já existente, para abarcar condutas que antes não eram criminalizadas, o entendimento não se concentra em um sentido de permissão, mas sim em uma nova forma de proibição (com consequências significativamente penosas) que antes não existia. Dessa forma, emergem diversas complexidades relacionadas à dogmática penal do sistema brasileiro. Nesse sentido, nas palavras do renomado jurista alemão Claus Roxin: “o Direito Penal tem por objeto uma relação de subordinação da pessoa humana ao poder estatal (que a confronta e comanda por meio da norma penal) (...)” (ROXIN; GRECO, 2024, p. 63).

Compreende-se, portanto, que a nova proibição – em consonância com os fundamentos exaurados pelos Ministros – representa uma tentativa de promover um avanço político, com a ideia de salvaguardar um grupo marginalizado. Entretanto, essa aspiração não se exaure em si mesma, visto que também alcança uma outra esfera do Estado Democrático de Direito, sendo esta a do direito da coletividade à segurança jurídica.

Destarte, é válida a abordagem sobre o Estado Liberal de Direito Penal, representativo dos primeiros primórdios de tentativa de proteger o indivíduo face às eventuais arbitrariedades do poder estatal. A partir de Nucci (2025, p. 63), este Estado se define como o momento em que “nasce o direito humano fundamental de somente haver punição quando o Estado joga às claras, criando figuras delituosas antes de qualquer fato lesivo ocorrer, conferindo segurança a todos os membros da sociedade”. Sob essa perspectiva, é essencial a existência de um sistema que assegure previsibilidade ao cidadão, permitindo que ele tenha pleno conhecimento das condutas proibidas, dos ritos processuais e das sanções que possivelmente serão geradas dessas condutas.

Assim, a discussão sobre criminalização de condutas assume contornos mais sensíveis, dadas as consequências advindas do sistema penal, sendo essas relacionadas à restrição da liberdade dos indivíduos. “As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante

o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais” (BITENCOURT, 2025, p. 15). Nesse sentido, qualquer nova tipificação penal deve obediência estrita a ritos formais e materiais, sob pena de vulnerar a segurança dos sujeitos, que não podem ser surpreendidos por proibições casuísticas.

Essa perspectiva liberal possui como um de seus expoentes pioneiros o jurista italiano Cesare Beccaria e sua obra “Dos delitos e das Penas”, em que é apresentada a ideia de um sistema penal estruturado de forma a garantir uma proteção do indivíduo diante das formas de punição estatal, por meio de uma organização dos sistemas punitivos que seja previsível aos cidadãos.

Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão (BECCARIA, 2012, p. 10).

Dessa forma, vige o princípio da reserva legal, constituinte desse núcleo de segurança jurídica e que representa a ideia de que normas de natureza punitiva e proibitiva exigem, obrigatoriamente, a chancela do processo legislativo ordinário, pois se distinguem substancialmente das normas que apenas se limitam à declaração de direitos.

Esse princípio é relacionado ao princípio da legalidade estrita, em que a matéria penal, em específico ao abordar sobre criminalização, necessita de previsão em lei, nos termos do brocárdio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Nas palavras de Bitencourt (2025, p. 17): “(...) o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático.”

Destarte, o princípio da reserva legal se diferencia do princípio da legalidade, pois estabelece, especificamente, a questão da origem da fonte da matéria penal, sendo esta derivada, necessariamente, do processo legislativo. “O termo lei, nessa hipótese, é reservado ao sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência” (NUCCI, 2025, p. 63).

Por conseguinte, é evidente que o argumento do papel iluminista da corte é objeto de algumas ressalvas quando inserido no âmbito do sistema penal, o que dialoga com a própria natureza das normas relacionadas a esse sistema. Diferentemente de outros ramos do Direito, a tipificação criminal é regida por um complexo normativo significativamente mais rígido,

pautado pelo princípio da estrita legalidade e reserva legal. Esse rigor se apresenta justamente pela função garantista do Direito Penal, que visa assegurar ao indivíduo a previsibilidade das intervenções estatais, considerando a gravidade das sanções impostas, notadamente a estruturada pela restrição de liberdade do indivíduo.

A pena representa uma intervenção tão incisiva na liberdade do cidadão, que a legitimidade para determinar os seus pressupostos só pode ser confiada a instância que representa, de forma mais direta, o povo, na qualidade de fonte do poder estatal: o Parlamento, enquanto representante eleito pelo povo (ROXIN; GRECO, 2024, p. 308).

Nessa perspectiva, a tese da função iluminista da Corte demonstra limitações intrínsecas ao ser transposta para o sistema penal. Isso ocorre porque no âmbito da criminalização de condutas, emergem complexidades adicionais: é imperativa a manutenção de um sistema penal previsível, fundamentado no princípio da legalidade, de modo que os indivíduos identifiquem com precisão a fonte das normas proibitivas.

O fato de que, dessa forma, ocasionalmente, um ato particularmente engenhoso, socialmente prejudicial e, portanto, carente de punição, permaneça impune é o preço (não muito alto) que o legislador tem de pagar pela ausência de arbitrariedade e pela segurança jurídica (ou seja, pela previsibilidade do poder penal do Estado) (ROXIN; GRECO, 2024, p. 303).

Por conseguinte, merece ressalvas a postura de supressão desse sistema de garantia dos indivíduos, mesmo que exista uma motivação nobre de avanço político, como a proteção às vítimas de homofobia e transfobia. Portanto, é válida a abordagem de Rudolfo (2015), em que não é possível que o Estado, com a pretensão de proteger um direito fundamental, acabe por atingir outro. Dessa forma, o direito à segurança jurídica dos indivíduos não pode ser suprimido diante de uma nova necessidade social.

3.1 O argumento do princípio da proteção insuficiente (*Untermassverbot*)

A segunda linha argumentativa apresentada pelos Ministros para fundamentar a criminalização da homofobia e transfobia se centraliza no princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Tal fundamentação decorre da tese sustentada pela parte impetrante do Mandado de Injunção, a qual invocou o princípio da proporcionalidade para asseverar que “a proibição de proteção deficiente demanda pela atuação estatal por intermédio do Direito Penal” (BRASIL, 2019, p. 05).

Destarte, o referido princípio (subprincípio da proporcionalidade) simboliza a transição de uma estrutura estatal estritamente liberal (focada na proteção aos direitos de primeira dimensão indicativos da limitação do poder estatal diante dos indivíduos) para um Estado Prestacional. Nesta configuração, atrelada aos direitos constitucionais de segunda dimensão, o ente estatal assume o dever não apenas de respeitar a esfera de liberdade individual, mas de garantir a efetividade de direitos fundamentais por meio de ações positivas. Dessa forma, não é suficiente a previsão de direitos sociais, econômicos e culturais, pois é necessária a disposição de instrumentos de efetivação desses direitos pelo Estado.

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente (STRECK, 2024).

Dessa forma, citam os Ministros que “os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*)” (BRASIL, 2019, p. 225). Por conseguinte, se extrai o princípio da proibição da proteção insuficiente ou deficiente (*Untermassverbote*). Este princípio representa um subprincípio da proporcionalidade e, conforme Estefam (2025, p. 126): “deve figurar como recurso auxiliar para aferição da medida do dever de prestação legislativa, estabelecendo-se um padrão mínimo de atuação estatal”.

Nesse sentido, a ideia central do princípio invocado reside na imperatividade da proteção aos bens jurídicos essenciais. Sob esse prisma, o Poder Legislativo está impedido de, por exemplo, tipificar condutas que lesionem bens jurídicos de suma relevância (como a vida) com penas irrisórias ou insignificantes. Conforme assevera Rudolfo (2015), o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito será violado “se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental à proteção”.

É que na criminalização de certas condutas há uma preocupação direta e imediata com determinados direitos fundamentais. Um exemplo ilustra melhor essa situação: a determinação constitucional expressa de que o racismo deve ser criminalizado (art. 5º, XLII) visa à tutela do direito fundamental à igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Esse sentido é reforçado pelo art. 5º, XLI, que determina: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (TAVARES, 2025, p. 311).

Dessa forma, os Ministros da Suprema Corte invocam esse princípio fundamentando

sua argumentação no art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, o qual preceitua que: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Argumenta-se que o preconceito motivado por gênero subsume-se ao conceito de "discriminação atentatória" e que, sob o prisma do princípio da proibição da proteção insuficiente, a omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia legitima a intervenção do Poder Judiciário, face à existência do mandado constitucional de criminalização do artigo da Constituição Federal em questão.

Nesse sentido, se legitima, também pela perspectiva desse princípio, o papel iluminista da Suprema Corte, representativo de um avanço dada a necessidade social de proteção das pessoas vítimas de condutas transfóbicas e homofóbicas, garantindo a elas, efetivamente, a proteção de seus direitos fundamentais.

Todavia, mais uma vez, ao ambientar essa questão no direito penal, emergem limitações intrínsecas à natureza dessa esfera jurídica, dado que é imperativa a ponderação da aplicação do princípio em questão com o princípio da subsidiariedade do direito penal. Assim, o direito penal, sendo secundário, apenas é utilizado como *ultima ratio*, ou seja, quando outras esferas não estão regulando a situação em questão. Dessa forma, conforme Roxin e Greco (2024, p. 158), este princípio: "(...) é derivado do princípio da proporcionalidade, constitucionalmente assegurado: quando um meio menos gravoso à proteção de bens jurídicos estiver disponível ao Estado; o emprego do Direito Penal não é necessário."

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Pode-se anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito (NUCCI, 2025, p. 73).

Assim, é importante a análise de que, apesar de existir essa omissão do poder legislativo dessa tipificação específica, existem projetos em tramitação na Câmara dos deputados e, além disso, a questão de gênero não é completamente ignorada pelo setor público, pois a questão é delimitada na esfera cível – o que inclusive é explícito durante os debates pelos Ministros. A exemplificar, a Lei nº 7.041/2015 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei nº 10.948/2001 do Estado de São Paulo que estabelecem punições administrativas para situações de discriminação contra a comunidade LGBTQIAPN+. Todavia, a argumentação se baseia no fato de que, apesar de existirem essas disposições no âmbito administrativo, "essas iniciativas têm se revelado insuficientes à prevenção e à diminuição da incidência de casos de homofobia" (BRASIL, 2019,

p. 73).

Por conseguinte, deve se levar em consideração que se apresenta, na própria argumentação, um antagonismo entre as ideias de reconhecimento das iniciativas de punição na esfera administrativa com as leis em questão e a necessidade do direito penal. Assim, o argumento de existir uma proteção insuficiente para legitimar a criação de condutas típicas pelo poder judiciário se contrapõe a algumas características relacionadas à dogmática penal, pois o reconhecimento das leis que estabelecem punições na seara administrativa retira a imprescindibilidade da regulação através do direito penal.

4. A extensão da tipificação da lei 7.716/89 e o princípio da legalidade estrita

A priori, a analisar os argumentos de justificação para estender, especificamente, a Lei nº. 7716/89 (Lei do Racismo) às condutas de homofobia e transfobia, a questão se centralizou no conceito ontológico-constitucional de raça. Assim, raça seria, para os referidos Ministros, algo relacionado não apenas à cor da pele, mas sim a um complexo de estereótipos de segregação na sociedade. A partir dessa premissa, a ausência de menção expressa ao gênero na legislação seria superada, visto que o gênero também se apresenta como um vetor social de discriminação social. Por conseguinte, a subsunção das condutas de homofobia e transfobia à lei do racismo não feririam o princípio da legalidade, por se tratar de uma interpretação conforme a constituição.

Destarte, revela-se necessária uma análise crítica acerca da argumentação de superação. A priori, é perceptível a tentativa de, com o fim de promover um avanço sociológico, se apropriar de um outro significante previsto em outra lei (sendo este o significante de “raça”) e interpretá-lo, de maneira a comportar a palavra gênero.

Uma primeira questão importante é o entendimento de que as palavras possuem significados limitados. Dessa forma, não é possível a substituição livre de uma palavra por outra, pois cada uma delas comporta uma significação máxima. Esse significado pode ser expandido, mas é importante o reconhecimento de que cada palavra possui um núcleo intangível que resiste à expansão semântica.

Destarte, se subentende que a escolha de palavras pelo legislador não se apresenta de maneira arbitrária e, assim, conforme Maximiliano e Mascaro (2022, p. 117): “presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva”. De igual forma, por exemplo, a palavra gênero não se confunde com sexualidade, apesar da associação histórica existente no imaginário popular,

sendo fundamental o rigor terminológico sobre cada significante.

A priori, o conceito de raça difere a partir da fonte abordada acompanhando as mutações da concepção antropológica sobre o sentimento de pertencimento. Assim, alguns estudiosos vão entender a raça a partir da perspectiva central do tom de pele, a exemplificar, Cardoso (1977, p. 250), em que a raça “transparece nitidamente na qualidade de representação social que toma arbitrariamente a cor ou outros atributos raciais distinguíveis, reais ou imaginários, como fonte para a seleção de qualidade estereotipável.

De maneira diferente, outros estudiosos irão entender por uma abordagem mais abrangente, sendo esta relacionada também à região em que a pessoa se encontra, às diferenças culturais e formas de vida. Assim, no entender de Freyre (1981, p. 353), a raça é observada a partir de “diferenças do tipo físico, de configuração de cultura e, principalmente, de status (...)”.

Nesse sentido, o estudo sobre as raças sempre esteve voltado a uma perspectiva de discriminação e exploração de algumas populações sobre outras, com o entendimento de que algumas pessoas, por terem determinadas características fenotípicas, em especial a cor de pele, seriam superiores a outras. “Tal diferença foi construída para garantir o uso da força de trabalho escrava, tendo como fundamento as teorias da Biologia que influenciaram o processo de construção das Ciências Sociais” (SOUZA, 2005, p. 03).

Dessa forma, a raça, ao mesmo tempo em que é relacionada a uma perspectiva social – visto que representa, também, em uma concepção mais ampla, o pertencimento dos indivíduos a um determinado grupo cultural – também possui uma perspectiva genética que não pode ser ignorada. Essa concepção de raça fundamentou, inclusive, por meio da história das religiões, grandes movimentos exploratórios de determinados povos. A exemplificar, o mito de Cam, uma pequena passagem bíblica, no Velho Testamento, que, conforme Leandro Machado (2022), incentivou um racismo religioso no Brasil, assim como a perseguição contra religiões de matriz africana, a exemplificar, candomblé e umbanda.

Segundo texto do historiador Hiran Roedel, doutor em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), o destino dos três filhos de Noé e de seu neto Canaã ajudam a explicar por que essa narrativa foi usada por europeus e por ramos do cristianismo como justificativa para escravizar outros povos, principalmente indígenas e africanos (BBC, 2022).

Por outro lado, o gênero, na teoria da autora expoente Judith Butler, é compreendido por meio da performatividade, se distanciando de qualquer ideia de determinismo de origem. Portanto, ao contrário do sexo, o gênero não se apresenta como um desdobramento de características físicas, mas sim uma construção social reiterada que se manifesta na atuação e

expressão do sujeito na sociedade.

(...) o gênero é um processo que não tem origem nem fim, de modo que é algo que “fazemos”, e não algo que “somos”. Em seu artigo anterior, “Sex and Gender in Simone de Beauvoir’s *Second Sex*” (SG), Butler afirma, antes de mais nada, que “todo gênero é, por definição, não natural”, para então começar a desfazer a conexão entre sexo e gênero que muitos acreditam ser inevitável (SG, p. 35) (SALIH, 2015, p. 62-63).

Por conseguinte, é entendível que a análise do significante raça revela um núcleo conceitual intrinsecamente ligado à ideia de origem. Nesse sentido, embora a significação do termo extrapole o determinismo geográfico, persiste um vínculo indissociável com a ancestralidade, manifestado por meio de questões como o local de nascimento, a inserção cultural e a linhagem familiar do indivíduo. Em contrapartida, o conceito de gênero configura-se como uma construção comportamental, pois se refere à identificação subjetiva e à performance social, se afastando de uma perspectiva natural ou biológica.

Assim, persiste a compreensão de que a decisão objeto da presente pesquisa é representativa de um desapego textual. Todavia, é muito importante o entendimento de que, apesar de as palavras e seus significantes serem limitados, ao ponto de algumas vezes não conseguirem comportar as mudanças na realidade social, o método interpretativo, necessariamente, se relaciona ao acervo textual que se analisa. Nesse sentido Maximiliano e Mascaro (2022, p. 129), ao abordarem sobre o processo lógico de interpretação se remetem a uma antiga ideia reconhecida pelo Direito romano em que “age em fraude da lei aquele que, ressaltadas as palavras da mesma, desatende ao seu espírito”.

De igual forma, Roxin e Greco (2024, p. 311) indicam que o legislador cria uma “moldura regulatória (*Regelungsrahmen*), que o juiz preenche para torná-la mais concreta”. É de extrema importância, portanto, o entendimento do limite máximo de significação de cada palavra do texto de lei.

Os limites externos dessa moldura são fixados por meio do significado literal possível (em regra, coloquial) do texto legal, enquanto o juiz interpreta dentro dessa moldura, levando em conta o sentido mais próximo da palavra, a intenção do legislador histórico e o contexto sistemático-legal segundo a finalidade da lei (interpretação teleológica) (ROXIN; GRECO, 2024, p. 311).

Assim, nas palavras dos autores supracitados, o que se procura ao realizar o processo lógico interpretativo é um perfeito equilíbrio entre o respeito ao acervo textual e o potencial máximo de significação das palavras. Dessa forma, Maximiliano e Mascaro (2022, p. 119)

abordam o brocárdio “*Verbum ex legibus, sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis* -- o sentido das leis se deduz, tanto do espírito como da letra respectiva”.

Isso porque é inegável não ser possível a restrição interpretativa completa ao texto, visto que, assim, as normas se tornariam, com maior facilidade, obsoletas. “Só ignaros poderiam, ainda, orientar-se pelo suspeito brocardo – *verbis legis tenaciter inhaerendum* – apeguemo-nos firmemente às palavras da lei. Ninguém ousa invocá-lo; nem mesmo quem de fato o pratica” (MAXIMILIANO; MASCARO, 2022, p. 128).

Todavia, também não é possível a exclusão completa do elemento textual, pois assim não se fala sobre método interpretativo, dado que os processos lógicos interpretativos, nas palavras dos autores supracitados, possuem, como primeira etapa, a análise dos elementos textuais.

Nessa linha, os autores supracitados (2022) argumentam que, assim como os hermeneutas tradicionalistas excederam-se ao tentar reduzir o alcance dos textos a fórmulas matemáticas de efeito unívoco, os contemporâneos incorreram em erro ao buscar o confronto absoluto com tal perspectiva. De acordo com a fonte, essa postura resultou, frequentemente, em julgamentos dissociados dos códigos, culminando em interpretações de natureza *praeter legem* e, inclusive, *contra legem*.

Por conseguinte, Maximiliano e Mascaro (2022), indicam que os dois fatores – verbais e lógicos (condizentes com a perspectiva social) devem se aliar, ou seja, não se deve entender como errada uma perspectiva em detrimento da outra, mas “o que se condena é a supremacia absoluta de algum, bem como a exclusão sistemática de outro” (MASCARO; MAXIMILIANO, 2022, p. 132).

Sob essa ótica, ao analisar a extensão da tipificação de uma norma que versa estritamente sobre crimes motivados por raça e cor para abranger condutas decorrentes de homofobia e transfobia, torna-se evidente que o provimento jurisdicional se alinhou à perspectiva entusiasta contemporânea mencionada pelos referidos autores. É irrefutável, contudo, que o significante “raça” não comporta, em sua semântica, o conceito de “gênero”.

Manifesta-se, portanto, um cenário de ativismo judicial que, embora fundamentado por uma finalidade social relevante, prescinde do elemento textual. É imperativo que tal perspectiva ativista seja devidamente delimitada e estruturada, sob o risco de comprometer a segurança jurídica, pois, como advertem Maximiliano e Mascaro (2022, p. 118): “as audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra”.

Especialmente no sistema penal, é crucial distinguir se o provimento judicial extrapola os limites do texto legal. Se o fizer, não persiste a ideia de interpretação textual e sim de um

mecanismo de integração textual. Tal preceito é corroborado por Roxin e Greco (2024, p. 312), ao afirmarem que “uma interpretação já não coberta pelo sentido literal possível de uma norma, é uma analogia fundamentadora de pena e, portanto, inadmissível”.

Por conseguinte, uma perspectiva muito importante no Direito Penal é a questão da analogia *in malam partem*. A priori, a analogia se apresenta quando existe uma lacuna normativa, pois não existe texto de lei para ser interpretado, porém existe uma situação fática que, no momento não se tornou um fato jurídico, pois não passou pelos olhos do direito, sendo positivada em algum dispositivo. “A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas integrativa da norma jurídica” (BITENCOURT, 2025, p. 177). Nisso, a analogia se difere, por conseguinte da interpretação extensiva, visto que “ambas têm objetos distintos: aquela visa à aplicação de lei lacunosa; esta objetiva interpretar o sentido da norma, ampliando seu alcance” (BITENCOURT, 2022, p. 178).

Assim, no âmbito do direito penal, a questão da analogia apresenta limitações, visto que, no caso, não é possível a existência da analogia *in malam partem*, ou seja, não é possível que, pelo método integrativo da analogia, se crie uma situação jurídica nova prejudicial ao réu.

(...) nas leis penais incriminadoras — como essas leis, de alguma forma, sempre restringem a liberdade do indivíduo, é inadmissível que o juiz acrescente outras limitações além daquelas previstas pelo legislador. Em matéria penal, repetindo, somente é admissível a analogia quando beneficia a defesa (BITENCOURT, 2022, p. 178).

Ademais, a analogia enquanto método integrativo se difere não só da interpretação extensiva, mas também da interpretação analógica. Nas palavras de Capez (2025, p. 31), a interpretação analógica ocorre quando após uma sequência casuística, a norma estabelece uma formulação genérica, a exemplificar, “crime praticado mediante paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe; a expressão ‘ou outro motivo torpe’ é interpretada analogicamente como qualquer motivo torpe equivalente aos casos mencionados”.

Por isso, a interpretação analógica, ao contrário da analogia, pode ser, e normalmente é aplicada às normas penais incriminadoras. Estas, em obediência ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, não podem ter suas lacunas integradas ou colmatadas pela analogia, em obediência exatamente ao princípio *nullum crimen sine praevia lege* (BITENCOURT, 2022, p. 179).

Consequentemente, depreende-se que a hermenêutica de interpretação conforme a Constituição pressupõe, necessariamente, a existência de uma baliza textual mínima que verse sobre a questão de gênero, pois, na falta de um suporte semântico, não é viável o manejo de

métodos interpretativos, apesar da possibilidade de expansão de sentido. Os elementos textuais da lei, durante a interpretação (mesmo que extensiva), não podem ser desconsiderados.

Especificamente quanto ao objeto do presente Mandado de Injunção, verifica-se a pretensão de estender o alcance de uma norma, que carece do termo “gênero”, para abranger condutas de homofobia e transfobia com fins de criminalização. Tal subsunção, todavia, desfigura a natureza da interpretação jurídica e se transforma em autêntica analogia in malam partem, vedada pelo ordenamento quando dissociada de uma base textual efetiva.

4.2 O princípio da legalidade estrita e a taxatividade da lei penal: o que é uma conduta homofóbica ou transfóbica típica?

Também, uma outra questão objeto de insurgência identificada refere-se a questionamentos advindos de estender uma lei já existente a uma situação ainda não delimitada no sistema jurídico para criminalizar novas condutas. Assim, é pertinente a indagação sobre qual, especificamente, é a conduta proibitiva gerada pela Lei n.º 7.716/89. Destarte, se questiona qual a estrutura elementar dessas condutas, seria um gesto ou uma fala ofensiva baseada na perspectiva de gênero? Nesse sentido, sustenta-se que a aplicação da referida norma para criminalizar a homofobia e transfobia carece de um elemento basilar, o que colide com o princípio da legalidade estrita no Direito Penal: a descrição precisa e pormenorizada da conduta típica (o tipo penal).

Não se pode, na atualidade, contentar-se com a mera legalidade, pois nem todo tipo penal construído pelo legislador obedece, como deveria, ao princípio da taxatividade. O ideal é sustentar a estrita legalidade, ou seja, um crime deve estar descrito em lei, mas bem detalhado (taxativo), de modo a não provocar dúvidas e questionamentos intransponíveis, bem como sendo possível visualizar uma ofensa a bem jurídico tutelado, agindo o autor com dolo ou culpa (NUCCI, 2025, p. 139).

Dessa forma, o princípio da legalidade estrita ramifica-se em diversas concepções que convergem a um núcleo comum: a imperatividade de que a norma penal apresente uma descrição minuciosa da conduta incriminada. Assim, conforme Nucci (2025, p. 140): “torna-se indispensável que a elaboração do tipo penal — modelo legal de conduta proibida — seja específica, ou seja, claramente individualizadora do comportamento delituoso”. A partir disso, a tipicidade requer a delimitação plena tanto do preceito primário (a descrição da conduta típica) quanto do preceito secundário (a cominação das sanções correspondentes). Observa-se, contudo, que no cenário em análise, ambos os preceitos se mostram ausentes no que tange à definição das condutas de homofobia e transfobia.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX, consagra o dogma

fundamental de que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Sob tal égide, o princípio da legalidade estrita atua como uma garantia de não surpresa, exigindo a existência de um sistema normativo prévio que permita aos indivíduos a exata compreensão das condutas que não devem ser realizadas.

Destarte, Estefam (2025, p. 134) indica que o princípio em questão se desdobra em quatro subprincípios: "a) anterioridade da lei (*lege praevia*); b) lei escrita, lei no sentido formal ou reserva legal (*lege scripta*); c) proibição de analogia in malam partem (*lege stricta*); d) taxatividade da lei ou mandato de certeza (*lege certa*)". Ademais, indica Bitencourt (2025, p. 16), que o princípio em questão "é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado".

No exame da decisão proferida no referido Mandado de Injunção, revela-se imprescindível a análise sob o prisma do princípio da taxatividade (*lege certa*).

Nesse contexto, é válida a perspectiva de Nucci (2025) sobre as dimensões material e formal do princípio da legalidade. Sob o aspecto material, o crime é compreendido como uma conduta dotada de reprovabilidade social. Nucci (2025), ao citar Bettiol, indica que este acredita que o delito configura-se como "todo fato humano lesivo de um interesse que possa comprometer as condições de existência, conservação e progresso da sociedade" (BETTIOL, apud NUCCI, 2025, p. 142). Entretanto, Nucci adverte que tal perspectiva, isoladamente, não assegura uma garantia plena ao indivíduo, uma vez que "trata-se de um conceito muito aberto de delito, de forma que, sendo aceito, poderiam ser punidas todas as condutas perigosas, mesmo que não estivessem expressamente previstas em lei" (2025, p. 142).

Em contrapartida, o conceito formal estabelece que o crime não se restringe à ofensa a um bem juridicamente tutelado, exigindo a prévia e taxativa previsão legal. Para Nucci (2025, p. 142), essa vertente oferece maior segurança jurídica ao cidadão, pois impede que o "Estado possa considerar delito a conduta que bem entender, mas somente a que estiver tipificada". Depreende-se, portanto, que a taxatividade impõe a necessidade de normas descritivas e detalhadas, restringindo margens excessivas de abertura interpretativa.

A contraposição entre a dimensão material e a formal é fundamental para a análise do caso em questão. Enquanto o conceito material é dotado de fluidez e suscetível às oscilações dos avanços políticos, não há garantias de que tais mudanças sejam invariavelmente benéficas aos indivíduos. É inegável que, no caso objeto da presente pesquisa, assim como exposto anteriormente, se revela um motivo nobre. Todavia, é importante o entendimento da decisão da Suprema Corte em questão também a partir de uma visão consequencialista. A partir do

exposto, se percebe enquanto imprescindível um sistema formalizado que, ao positivar as condutas descritas, atue como salvaguarda e resistência institucional frente a retrocessos sociais que possam comprometer a integridade dos direitos fundamentais já consolidados.

Massimo Meccarelli demonstra que “o quadro dos anos do fascismo mostraria as consequências disso. O esvaziamento dos valores orientadores da legalidade, por um lado, e a neutralidade da ciência jurídica, por outro, deixariam o campo livre para um uso autoritário da lei penal na fase da ditadura fascista (mesmo com referência a sua dimensão codificada)” (NUCCI, 2025, p. 140).

Dessa maneira, a descrição precisa das condutas proibidas no âmbito do sistema jurídico-penal configura-se como uma garantia fundamental aos indivíduos, na medida em que lhes assegura o conhecimento claro e inequívoco acerca das ações capazes de ensejar consequências como a restrição de sua liberdade individual. Nesse sentido, a exigência de tipificação completa e rigorosa das condutas de homofobia e transfobia não se fundamenta em mero preciosismo técnico, mas decorre de uma perspectiva voltada à efetiva proteção e promoção dos direitos individuais.

Considerações Finais

Em síntese, é observado que o acórdão em questão é representativo de uma nova concepção no ordenamento jurídico de protagonismo do Poder Judiciário no tocante à efetivação de direitos. Assim, a decisão de estender a Lei do Racismo (Lei n.º 7.716/89) às condutas de homofobia e transfobia, diante da omissão do Poder Legislativo, condiz com a concepção do papel iluminista da Suprema Corte, sendo inegável a tentativa de promover um avanço político extremamente necessário.

É evidente que a realidade social de violência contra pessoas motivadas por transfobia e homofobia se apresenta como um problema social que deve ser combatido. Em principal, no Brasil, dados os altos índices de violência, visto que o país é pioneiro no ranking de violências contra pessoas trans há 16 anos (G1, 2025). Todavia, se apresenta como um cenário problemático tentar promover um avanço político por meio da criminalização de condutas.

Nesse sentido, o sistema penal, estruturado sob bases garantistas, visa assegurar previsibilidade, segurança jurídica e proteção contra arbitrariedades estatais, reservando ao Poder Legislativo a legitimidade para a criação de normas penais. Assim, a flexibilização dessas garantias, ainda que motivada por propósitos nobres, pode comprometer o equilíbrio institucional e ampliar indevidamente o poder punitivo do Estado.

Também, a função iluminista da Corte desempenha papel relevante na promoção de avanços civilizatórios e na proteção de grupos vulneráveis, mas encontra limites intransponíveis no campo penal, pois a preservação dos princípios da legalidade e da reserva legal constitui condição indispensável para a efetividade do Estado Democrático de Direito e para a tutela dos direitos fundamentais.

Além disso, é muito importante reconhecer a necessidade do princípio da proibição da proteção insuficiente como um instrumento de dever estatal para a efetiva tutela dos direitos fundamentais, ao estruturar uma concepção de um Estado que precisa realizar ações positivas aos indivíduos, o que reforça a ideia de dignidade da pessoa humana (de condições mínimas existenciais) e da igualdade material no ordenamento jurídico. Todavia, é necessário o entendimento de que a aplicação desse princípio no âmbito do direito penal encontra limitações. Isso porque o argumento de que as leis que preconizam punições no âmbito administrativo das condutas motivadas por questões de gênero e sexualidade não são efetivas não ocasiona a legitimação do Poder Judiciário para legislar sobre a criminalização de novas condutas.

Por conseguinte, embora se reconheça a relevância da atuação da Suprema Corte diante da omissão legislativa e da persistência de práticas discriminatórias, a existência de mecanismos administrativos e civis de enfrentamento à discriminação evidencia algumas dúvidas sobre a indispensabilidade da via penal. “A intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível, para a afirmação do valor violado, e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social” (REALE, 2020, p. 15).

Assim, o recurso à criminalização, fundamentado na alegada proteção insuficiente, mostra-se contraposto aos princípios estruturantes do direito penal brasileiro, revelando a complexidade do tema e a necessidade de um equilíbrio entre a efetivação dos direitos fundamentais e a observância dos limites constitucionais impostos à intervenção estatal punitiva.

Outrossim, conclui-se que a extensão da Lei n.º 7.716/89 às condutas de homofobia e transfobia, embora fundada em relevante finalidade de proteção a grupos historicamente vulnerabilizados, revela algumas questões problemáticas. Em principal, pela análise desenvolvida, que evidencia que o conceito de “raça” possui um núcleo semântico vinculado à origem e à ancestralidade, não comportando, em seus limites interpretativos possíveis, a noção de gênero, compreendida como construção social e performativa.

Nesse contexto, dada a ausência de elemento textual, a subsunção das condutas motivadas por homofobia e transfobia à Lei do Racismo ultrapassa a interpretação extensiva legítima e aproxima-se de uma analogia in malam partem, vedada no âmbito penal, por violar

os princípios da legalidade estrita, da taxatividade e da reserva legal. Ademais, a ausência de definição precisa das condutas típicas compromete a previsibilidade normativa e fragiliza a segurança jurídica.

Em síntese, conclui-se que, embora o combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero constitua uma necessidade constitucional e social, sua efetivação no campo penal demanda atuação legislativa específica, capaz de estabelecer tipos claros, prévios e compatíveis com as garantias fundamentais. Destarte, apenas por meio do respeito ao princípio da legalidade, será possível conciliar a tutela de direitos humanos com o respeito aos limites da interpretação jurídica, evitando uma possível extrapolação de funções desenfreada pelo Poder Judiciário, estruturada pelo fortalecimento desregulado da perspectiva de ativismo judicial.

Writ of Injunction No. 4.733: A critical hermeneutic analysis of the Federal Supreme Court's thesis decision from the perspective of Brazilian criminal dogmatics

Abstract: The Federal Supreme Court (STF) has faced increasing criticism due to its stance of judicial activism, manifested in decisions that impact various sectors of society. This study analyzes the judgment of Writ of Injunction N°. 4733, which equated the conducts of homophobia and transphobia with conducts motivated by racial prejudice (Law N°. 7.716/89). The focus lies on the viability of extensive interpretation as a basis for such criminalization and the possible developments of the decision in question. The research was based on various doctrines of hermeneutics and legal interpretation, Criminal and Constitutional Law, as well as other sources addressing the concepts of gender and race. Thus, the study concludes that the ruling violates the principle of strict legality and the legal reserve. It is argued that there was a mistaken interpretation of Art. 5º, items XLI and XLII of the Federal Constitution, resulting in the application of an analogy *in malam partem*, which is prohibited by the criminal legal system.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Roque da Silva. **Construção histórica da contenção do poder punitivo: dos primórdios ao Direito Penal liberal.** Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 18, n. 35, p. 45-70, jan./jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2015v18n35p45>. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n35p45>. Acesso em: 27 jan. 2026.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas.** Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/494>. Acesso em: 17 jan. 2026.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: v. 1 e 2.** Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro:

Nova Fronteira, 1980 [1949].

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª ed. São Paulo: Edijur, 2012.

BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2024**. Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2025.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral (vol. 1)**. 31. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 13 jun. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 set. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2025.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - volume 1 - parte geral: Arts. 1º a 120**. 29. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e Escravidão no Brasil Meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT). **Brasil lidera ranking de países que mais matam LGBTQIA+. Maioria é de pessoas trans**. 2024. Disponível em: www.cut.org.br. Acesso em: 03 jan. 2026.

G1 (org.). **Dia Internacional contra a Homofobia: qual é a situação dos direitos LGBTQIA+ no mundo?** 2025. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2025/05/17/dia-internacional-contra-a-homofobia-qual-e-a-situacao-dos-direitos-lgbtqia-no-mundo.ghtml>. Acesso em: 23 jan. 2026.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – volume 1 – parte geral – arts. 1º ao 120**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano**. 6. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio; Recife, 1981.

MACHADO, Leandro. **A origem do mito bíblico que foi utilizado para 'justificar' racismo**. BBC News Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63209322>. Acesso em: 10 jan. 2026.

MAXIMILIANO, Carlos; MASCARO, Alysson. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2025.

OLIVEIRA, Carlos Antonio Gomes de; DUARTE, Icaro Souza. **ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): GARANTIA DA JUSTIÇA OU USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA?** Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.], v. 11, n. 11, p. 8343–8360, 2025. DOI: 10.51891/rease.v11i11.22757. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/22757>. Acesso em: 17 jan. 2026.

REALE, Miguel Júnior. **Fundamentos de direito penal**. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Direito Penal: Parte Geral: Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime**. 5. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Proporcionalidade: do excesso de proibição e da proteção deficiente**. Empório do Direito, [s.d.]. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicao-e-da-protecao-deficiente-por-fernanda-mambrini-rudolfo/>. Acesso em: 27 jan. 2026.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Tradução e notas Guacira Lopes Louro. 1. ed.; 3. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

SOUZA, Simone Maria de; LUCENA, Maria de Fátima Gomes de. **O conceito de raça na Sociologia contemporânea brasileira**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA (XII), 2005, Belo Horizonte. Sociologia e Realidade: pesquisa social no século XXI, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übertmassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 25 mar. 2011.

STRECK, Lenio. **Perigo da Criminalização Judicial e Quebra do Estado Democrático de Direito**. Conjur, São Paulo, 21 ago. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial>. Acesso em: 17 jan. 2026.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2025.