

Revista Brasileira de Ciências Humanas

ISSN 3085-8178

vol. 2, n. 1, 2026

... ARTIGO 9

Data de Aceite: 15/01/2026

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF: ATIVISMO JUDICIAL, RACISMO SOCIAL E A TENSÃO COM O GARANTISMO DE FERRAJOLI NO MI 4.733/DF

Reginaldo Miranda

Mestrando em Direito Constitucional - UNIFOR



Todo o conteúdo desta revista está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

RESUMO: O Mandado de Injunção (MI) 4.733/DF, complementado pelos Embargos de Declaração, constitui marco decisivo na evolução do constitucionalismo brasileiro. Ao equiparar a homotransfobia e a transfobia ao crime de racismo, o Supremo Tribunal Federal (STF) supriu omissão legislativa qualificada do Congresso Nacional e conferiu proteção penal a grupo historicamente vulnerabilizado. A decisão, contudo, evidencia tensões fundamentais: de um lado, a hermenêutica constitucional baseada no Racismo Social e no princípio da Proibição da Insuficiência; de outro, os limites materiais do Ativismo Judicial e a contraposição com o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Este artigo analisa criticamente essa decisão paradigmática, examinando sua base teórica, seus impactos institucionais e o paradoxo garantista que dela emerge.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Homotransfobia; Racismo Social; Garantismo Penal; Mandado de Injunção 4.733.

Introdução

O Estado Democrático de Direito, em sua tessitura principiológica, impõe a cada um dos Poderes a obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo quanto à salvaguarda de grupos submetidos a formas persistentes de vulnerabilidade social. A proteção das minorias, sejam elas étnicas, religiosas, políticas ou de orientação sexual e identidade de gênero, não se configura como adendo facultativo ao projeto constitucional de 1988, mas como imperativo de justiça material inscrito na própria teleologia da Constituição cidadã¹.

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Entretanto, a hesitação do Poder Legislativo em regulamentar o art. 5º, XLI, da Constituição Federal, dispositivo que determina a punição de quaisquer discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, produziu, ao longo de décadas, um cenário de nítido déficit de tutela destinado à população LGBTQIA+. Essa inércia, distante de mera tecnicidade, expressa as tensões inerentes à democracia representativa: legisladores, dependentes do voto e sensíveis às flutuações do eleitorado, tendem a evitar temas que polarizam a opinião pública ou que afrontam tradições morais arraigadas². Configura-se, assim, uma das contradições clássicas do constitucionalismo democrático: a democracia, abandonada à sua dinâmica majoritária, não assegura necessariamente proteção simétrica a todos.

Nesse contexto de omissão legislativa qualificada, o Mandado de Injunção (MI) 4.733/DF foi manejado com a finalidade de provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal. A Corte, ao julgar o *writ* e posteriormente os Embargos de Declaração, proferiu decisão de caráter paradigmático: equiparou a homotransfobia e a transfobia às modalidades de racismo previstas na Lei nº 7.716/1989, estendendo essa tutela penal também à injúria racial³.

A decisão, contudo, não se resume a suprir uma lacuna normativa: ela inaugura um campo denso de debates teóricos sobre hermenêutica constitucional, os limites do Ativismo Judicial e as tensões entre o modelo brasileiro de jurisdição constitucional e o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli,

² AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4.733/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 13 jun. 2019.

especialmente no tocante aos postulados da legalidade estrita e da taxatividade das normas incriminadoras⁴.

O presente artigo busca, assim, examinar criticamente essa construção jurisprudencial, investigando seus fundamentos dogmáticos, seu grau de legitimidade constitucional e os paradoxos que emergem quando o Judiciário, ao mesmo tempo em que promove a tutela de direitos fundamentais, amplia o alcance do aparato repressivo estatal.

Metodologia

A presente pesquisa adota uma abordagem qualitativa, dogmático-jurídica e teórico-hermenêutica, adequada ao exame de decisões judiciais paradigmáticas no âmbito dos direitos fundamentais e do direito penal constitucional. O estudo não se limita à exegese literal dos textos normativos ou dos acórdãos analisados, mas busca reconstruir os fundamentos teóricos, a racionalidade interpretativa e a coerência sistemática da decisão proferida no MI 4.733/DF, situando-a no contexto mais amplo da jurisdição constitucional brasileira.

2.1. Método dogmático-jurídico

Emprega-se o método dogmático-jurídico para investigar a coerência normativa e a compatibilidade constitucional da decisão do STF. Analisa-se a relação entre o art. 5º, XLI, da Constituição Federal, a Lei nº 7.716/1989 e os princípios estruturantes do constitucionalismo democrático: dignidade da pessoa humana, igualdade substancial

e proporcionalidade⁵. Considera-se, ademais, a função teleológica do Mandado de Injunção como instrumento de superação das omissões legislativas que inviabilizam o exercício de direitos fundamentais, examinando até que ponto a atuação da Corte se manteve dentro dos limites constitucionalmente traçados para esse remédio.

Abordagem hermenêutica

A análise hermenêutica ocupa papel central na compreensão da decisão. Examina-se a reconstrução conceitual do racismo feita pelo Tribunal, a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição e a invocação do princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) na fundamentação dos votos. Busca-se avaliar a racionalidade argumentativa mobilizada pelos ministros, identificando elementos do neoconstitucionalismo e da teoria dos princípios que emergem dos fundamentos apresentados⁶. Tal abordagem permite compreender não apenas o resultado, mas a arquitetura discursiva que o sustentou.

Análise jurisprudencial comparada

Procede-se a uma análise comparada entre o MI 4.733/DF e precedentes relevantes da Corte acerca de racismo, injúria racial, omissão legislativa, direitos LGBTQIA+ e hermenêutica constitucional. Entre os principais julgados examinados, destacam-se: a) o HC 82.424/RS, marco do reconhecimento do caráter amplo do conceito de racismo; b) a ADO 26, que trata da omissão legislativa e da equiparação da homofobia e da

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

transfobia ao racismo; e, c) o **HC 154.248**, que reforça a compreensão ampliada da injúria racial⁷.

Essa comparação permite delinear a evolução jurisprudencial do STF e verificar possíveis convergências, tensões ou rupturas interpretativas no enfrentamento da temática.

Marco teórico

O marco teórico estrutura-se em três eixos fundamentais:

a) **O Garantismo Penal Integral de Luigi Ferrajoli**, que fornece o critério analítico para avaliar a compatibilidade entre a decisão e o princípio da legalidade estrita, a taxatividade e os limites do poder punitivo⁸;

b) **A Teoria do Ativismo Judicial e o Neoconstitucionalismo**, empregados para compreender as condições de possibilidade e os riscos da expansão interpretativa dos direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional;

c) **A noção de Racismo Social/Estrutural**, utilizada como base para entender a ampliação do conceito jurídico de racismo feita pelo STF, bem como sua fundamentação sociológica e constitucional.

Limitações

A pesquisa não objetiva empreender análise empírica dos impactos concretos da criminalização da homotransfobia na esfera penal ou social. Seu propósito reside em

examinar a legitimidade jurídica, a consistência dogmática e os efeitos teóricos da decisão, avaliando os riscos e potencialidades que emergem de sua adoção. Ao descrever e interpretar as complexas bases normativas e hermenêuticas mobilizadas pelo STF, busca-se compreender o MI 4.733/DF como caso paradigmático de ativismo judicial confrontado pelas garantias penais, revelando as tensões estruturais entre tutela de direitos e contenção do arbítrio punitivo.

A construção da tese jurídica no MI 4.733/DF

A tese central construída pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI 4.733/DF repousa sobre dois pilares conceituais que, segundo a Corte, permitiriam justificar a extensão do tipo penal sem afrontar o princípio da legalidade em sentido amplo: (a) uma reconstrução hermenêutica do conceito constitucional de racismo; e (b) a invocação do mandado constitucional de criminalização, associado ao princípio da proibição da proteção insuficiente.

No direito penal, o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Constituição, representa garantia nuclear da cidadania e condição de possibilidade de qualquer sistema jurídico coerente com a ideia de Estado Democrático de Direito. Sua observância impede a criação judicial de crimes e penas, assegurando previsibilidade e contenção do poder punitivo estatal. Qualquer intervenção jurisprudencial que expanda tipos penais deve, portanto, enfrentar o ônus argumentativo de demonstrar compatibilidade estrita com esse núcleo garantístico⁹.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*, 7ª ed, São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.424/RS; ADO 26; HC 154.248*.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2

Hermenêutica constitucional e o conceito de racismo

A fundamentação central do acórdão do MI 4.733/DF assenta-se em uma operação hermenêutica de caráter reconstrutivo, destinada a redefinir o alcance semântico do conceito de racismo à luz dos valores constitucionais de 1988. Trata-se de movimento hermenêutico que encontra sua origem próxima no julgamento do HC 82.424/RS (Caso Ellwanger), em que o STF rompeu com a concepção biológica clássica de “raça”, adotando uma compreensão histórico-cultural do fenômeno discriminatório.

Naquele precedente, o Tribunal afastou a leitura literal do art. 5º, XLII, da Constituição, compreendendo que o conceito jurídico de racismo não se confina às características fenotípicas, mas abrange construções sociais voltadas à produção de hierarquias e desigualdades estruturais¹⁰. A noção de “raça” passa, assim, a ser compreendida como categoria politicamente construída, instrumentalizada para legitimar processos de subalternização.

Essa guinada interpretativa encontra apoio no pós-positivismo constitucional, que reconhece a abertura axiológica da Constituição de 1988 e autoriza que certos conceitos jurídicos sejam interpretados a partir de suas consequências práticas na proteção da dignidade humana, e não de definições estanques ou biologizantes. A hermenêutica adotada pelo STF articula três eixos:

1. Força normativa da Constituição (Konrad Hesse): os conceitos constitucionais devem ser interpretados de modo a maximizar sua eficácia social, não podendo ser lidos de forma restritiva que esvazie seu sentido protetivo;

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS. Rel. Min. Maurício Corrêa.

2. Constitucionalização do Direito Penal: as categorias penais devem ser interpretadas em sintonia com valores constitucionais de igualdade substancial e proteção de grupos vulneráveis;

3. Teoria do racismo estrutural: a discriminação é compreendida como processo sistêmico e relacional, e não como fenômeno vinculado apenas a características biológicas.

Essa leitura ampliada permitiu ao STF reconhecer que práticas de discriminação contra pessoas LGBTQIA+ integram o mesmo fenômeno de subalternização enfrentado por outros grupos historicamente oprimidos. O foco interpretativo deslocou-se do elemento ontológico (biológico) para os efeitos sociais e simbólicos da discriminação.

Racismo social como categoria jurídica constitucional

A partir dessa hermenêutica constitucional expansiva, o racismo passa a ser entendido como agressão dirigida não apenas a grupos tradicionalmente reconhecidos como “raciais”, mas a todo grupo social que: a) sofre inferiorização coletiva; b) é alvo de estigmas históricos persistentes; c) encontra-se submetido a violência estrutural e desigualdade sistemática; e, d) possui identidade vulnerável cuja estigmatização compromete a própria cidadania.

Mesmo contrariando, sob certo prisma, a literalidade do art. 5º, XLII, e tensionando o princípio da legalidade penal, o STF adotou um critério hermenêutico baseado na vulnerabilidade estrutural do grupo alvo e na presença de mecanismos históricos de opressão. Assim, a Corte combina:) Teoria crítica da raça e racismo estrutural, que

compreende a discriminação como processo sistêmico; e, b) Teoria constitucional antidiscriminatória, que reconhece o racismo como violação multifacetada à igualdade e à dignidade independentemente de componente biológico.

Nesse quadro analítico, a comunidade LGBTQIA+ é situada como grupo submetido a violência simbólica e física, estigmatização social, exclusão estatal e práticas de marginalização comparáveis às experimentadas por outros grupos tradicionalmente considerados vítimas de discriminação racial¹¹.

O STF e a ampliação constitucionalmente conforme do conceito penal

Com base nessa reconstrução, o STF realizou aquilo que denominou interpretação conforme a Constituição com efeito integrativo, pela qual o sentido constitucional do termo “racismo” condiciona e expande a leitura da legislação infraconstitucional (Lei 7.716/1989).

Segundo parte da doutrina, essa técnica não configuraria analogia penal *in malam partem*, mas adequação sistemática entre o conceito constitucional (amplo e axiológico) e o conceito legal (que não poderia ser interpretado de maneira restritiva a ponto de frustrar a eficácia da Constituição).

A decisão articula sua conclusão em três eixos argumentativos:

1. Continuidade histórica da opressão: a homotransfobia reproduz mecanismos de desumanização que integram o mesmo fenômeno social do racismo;

2. Identidade coletiva vulnerável: a população LGBTQIA+ constitui grupo sujeito a exclusão estrutural;

3. Mandado constitucional de criminalização: o Estado não pode incorrer em proteção insuficiente (*Untermassverbot*) diante de violações graves à dignidade humana.

Implicações penais: imprescritibilidade, inafiançabilidade e injúria racial

Ao reconhecer a homotransfobia como espécie de racismo social, o STF aplicou-lhe o regime jurídico constitucional dos crimes de racismo, que são: a) imprescritíveis, pela gravidade da ofensa à ordem constitucional; e, b) inafiançáveis, por incompatibilidade com a tolerância institucional.

Nos Embargos de Declaração, o Tribunal estendeu a lógica estrutural da decisão ao reconhecer que a injúria racial constitui modalidade do gênero racismo. Com isso, ofensas dirigidas à identidade LGBTQIA+ passaram a receber a mesma tutela penal, consolidando a unidade conceitual entre discriminação estrutural e proteção penal ampliada.

A Proibição da Insuficiência (Untermassverbot) como fundamento de intervenção judicial

A vertente da proporcionalidade conhecida como Proibição da Insuficiência (*Untermassverbot*) opera como pedra angular da fundamentação do STF no MI 4.733/DF, justificando a intervenção judicial diante da omissão legislativa. Diferentemente da proibição do excesso (*Übermassverbot*), que controla atos estatais para evitar punições desmesuradas, o *Untermassverbot* atua no

¹¹ ALMEIDA, Silvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

campo das omissões: não apenas exige que o Estado se abstenha de punir em excesso, mas também que forneça um patamar mínimo adequado de proteção aos direitos fundamentais quando a Constituição assim determina.

Estrutura teórica e fonte constitucional do Untermassverbot

O princípio da Proibição da Insuficiência tem origem na jurisprudência constitucional alemã, especialmente no Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), onde passou a ser utilizado para exigir do Estado um “mínimo de proteção” quando há obrigação constitucional de agir. No contexto brasileiro, esse princípio se apresenta como desenvolvimento da proporcionalidade em sua face positiva, impondo que a omissão estatal não produza injustiça grave decorrente de desproteção.

Do ponto de vista teórico, o Untermassverbot articula três dimensões fundamentais:

- a) Dever constitucional de proteção (Schutzpflicht): a Constituição impõe obrigações positivas aos poderes públicos para garantir um nível mínimo de tutela dos direitos fundamentais;
- b) Ineficiência da resposta estatal: ocorre quando o legislador age de forma tardia, insuficiente ou permanece inerte, convertendo a proteção constitucional em promessa meramente formal ou simbólica;
- c) Vulnerabilidade estruturada: manifesta-se sobretudo quando grupos historicamente discriminados dependem dessa ação estatal mínima para salvaguarda de sua dignidade e igualdade.

No MI 4.733/DF, o STF reconheceu a presença dessas três premissas: existe mandamento constitucional expresso (art. 5º, XLI), há inércia legislativa persistente e há uma situação concreta de risco estrutural à população LGBTQIA+.

A omissão inconstitucional qualificada e a legitimidade da intervenção judicial

A Corte qualificou a omissão legislativa, no caso, como omissão inconstitucional qualificada, por três razões: a) há previsão constitucional expressa de criminalização de práticas discriminatórias (CF, art. 5º, XLI); b) o Congresso Nacional apresenta postura sistematicamente inerte; e, c) a lacuna normativa contribui para a manutenção de violência simbólica, estigmas sociais e exclusão estrutural.

Essa leitura legítima uma hermenêutica funcional-teleológica: o dever constitucional não consiste apenas em abster-se de violar direitos, mas em garantir sua efetividade mínima. Por esse prisma, o STF se apresenta não como intérprete passivo, mas como guardião ativo da Constituição, autorizado a preencher provisoriamente lacunas graves quando estas colocam direitos fundamentais em risco.

Untermassverbot e Neoconstitucionalismo

A adoção do Untermassverbot no MI 4.733/DF é coerente com premissas do neoconstitucionalismo, paradigma que concebe a Constituição como repositório de valores axiológicos exigíveis concretamente.

Sob essa perspectiva:

a) a omissão legislativa não constitui vazio neutro: pode violar ativamente preceitos constitucionais;

b) o STF assume papel constitucionalmente construtivo, incumbido de assegurar a eficácia real dos direitos fundamentais;

c) a proporcionalidade, em especial sua dimensão positiva, torna-se instrumento de controle da omissão estrutural, exigindo ações estatais mínimas de proteção.

Assim, a hermenêutica desenvolvida pelo STF no MI 4.733/DF insere-se plenamente numa lógica neoconstitucionalista, segundo a qual o Judiciário opera como garantidor último da dignidade humana e da igualdade, mesmo diante da ausência de legislação infraconstitucional.

Críticas garantistas: Ferrajoli, Zaffaroni e Tavares

Apesar da força normativa do *Untermassverbot*, sua aplicação em contexto penal suscita críticas relevantes a partir da teoria garantista, especialmente em autores como Ferrajoli, Zaffaroni e Tavares.

1. Luigi Ferrajoli – Para Ferrajoli, o garantismo penal exige legalidade estrita e taxatividade rígida para conter o arbítrio punitivo. A criação ou expansão de tipos penais por meio de interpretação judicial intensa viola o núcleo do princípio da legalidade. O autor rejeita qualquer função “criativa” do Judiciário em matéria penal, sustentando que confundir valores morais ou constitucionais com norma penal compromete a separação entre direito

e moral e ameaça o Estado Democrático de Direito.

2. Eugênio Raúl Zaffaroni – A abordagem realista marginal de Zaffaroni critica o garantismo excessivamente formalista, que, a seu ver, ignora desigualdades materiais e estruturais. Embora garantista, Ferrajoli não incorporaria plenamente a dimensão social do sistema penal, permitindo que garantias formais convivam com práticas de exclusão estrutural.

3. Juarez Tavares – Tavares critica a radicalização do garantismo quando ela reduz a efetividade do direito penal em sua função social. Para ele, um garantismo hermético pode perpetuar injustiças materiais ao impedir que o Judiciário supere omissões graves por meio de técnicas interpretativas construtivas.

Tensão entre eficácia e garantia: uma reflexão crítica

A utilização do *Untermassverbot* pelo STF no MI 4.733/DF revela um paradoxo garantista:

a) Pros: oferece resposta constitucional robusta à inércia legislativa, ampliando a proteção de grupos vulneráveis e fortalecendo a tutela dos direitos fundamentais;

b) Contras: pode fragilizar garantias penais clássicas, abrindo espaço para práticas de “legislação judicial” e relativizando o princípio da legalidade estrita.

No âmbito garantista, a advertência é direta: a solução adotada pelo STF, embora eficiente no plano da proteção, exige vigi-

lância institucional para evitar que a excepcionalidade da intervenção judicial se torne regra, sobretudo em matéria penal, na qual a legalidade é limite e não variável de ajuste.

O paradoxo garantista de Ferrajoli

O Mandado de Injunção 4.733/DF evidencia um dilema estrutural entre a efetividade dos direitos fundamentais e a estrita observância da legalidade penal, dilema que pode ser analisado à luz do Garantismo Penal Integral formulado por Luigi Ferrajoli. A decisão do STF revela tensão intrínseca entre a necessidade de proteção imediata de grupos vulneráveis e os limites constitucionais à atuação judicial em matéria penal.

Confluência com o Garantismo Positivo: tutela efetiva dos direitos

O Garantismo Positivo, em Ferrajoli, exige que o Estado atue para assegurar a proteção dos direitos fundamentais, especialmente daqueles situados em condição de vulnerabilidade estrutural, impedindo que a omissão estatal se converta em desproteção. Nesse sentido, o STF, ao aplicar o princípio da Proibição da Insuficiência (Untermassverbot), alinhou-se à lógica garantista, segundo a qual a proteção jurídica não pode ser parcial ou deficitária.

O fundamento da decisão dialoga com o conceito de racismo social, desenvolvido no julgamento do HC 82.424/RS, que ampliou o alcance constitucional do termo “racismo” e permitiu reconhecer que a omissão legislativa representava ameaça concreta aos direitos fundamentais de pessoas LGBTQIA+. Com isso, a equiparação da homotransfobia aos crimes de racismo não apenas

tutela a dignidade e a igualdade, mas impede que a omissão legislativa se traduzisse em forma institucionalizada de tolerância à discriminação.

A racionalidade neoconstitucional reforça tal caminho hermenêutico ao exigir efetividade, não mera formalidade, na proteção de direitos fundamentais. Sob esta ótica, ainda que parcialmente, a atuação proativa do STF se alinha ao Garantismo Positivo, ao impedir que a inércia estatal produza desproteção sistemática.

Colisão com o Garantismo Negativo: limitação do poder punitivo e legalidade estrita

Apesar dos avanços protetivos, a solução adotada gera choque com o Garantismo Negativo, que, em Ferrajoli, enfatiza a limitação do poder punitivo e a observância rigorosa da reserva legal e da taxatividade (art. 5º, XXXIX, CF). Para Ferrajoli, qualquer ampliação de tipos penais por via interpretativa compromete a segurança jurídica, podendo configurar analogia *in malam partem*, vedada no direito penal.

Ao estender o alcance da Lei 7.716/1989 para abarcar a homotransfobia e a injúria racial, o STF ultrapassa o papel de intérprete e assume, ainda que excepcionalmente, postura de legislador positivo. Ferrajoli alerta que, mesmo diante de finalidades legítimas ou socialmente relevantes, o Judiciário não pode criar ou densificar tipos penais, pois tal prática viola um dos pilares do constitucionalismo garantista: a legalidade estrita como limite intransponível à atuação punitiva.

Assim, a decisão do MI 4.733/DF, embora alinhada a um garantismo de proteção, colide com o núcleo duro do garantismo formal de Ferrajoli.

Críticas doutrinárias adicionais: Zaffaroni e Tavares

Além da crítica ferrajoliana, outros autores oferecem leituras relevantes.

Eugenio Raúl Zaffaroni alerta para o risco de que interpretações expansivas produzam uma “*inflação simbólica do direito penal*”, na qual a função de tutela de direitos se sobrepõe à segurança jurídica e ao princípio da intervenção mínima, gerando o que denomina “*populismo penal hermenêutico*”.

Juarez Tavares acrescenta que a jurisprudência que cria ou estende tipos penais por via interpretativa compromete o princípio da taxatividade e a previsibilidade das sanções. Mesmo quando movida por finalidades nobres, tal prática pode resultar em arbitrariedade e fragilização da legalidade penal.

Essas críticas reforçam a delicada posição ocupada pela decisão do MI 4.733/DF: ao mesmo tempo em que protege, com urgência, um grupo vulnerável, desafia a estrutura formal do garantismo penal, produzindo tensão entre justiça material e justiça formal.

O paradoxo: garantismo de resultados versus garantismo de meios

O julgamento revela uma dialética entre dois modelos de garantismo:

a) **Garantismo de Resultados:** orientado à proteção imediata e efetiva dos direitos fundamentais, conforme a matriz neoconstitucional, priorizando a dignidade e a igualdade como valores supremos;

b) **Garantismo de Meios:** voltado à limitação do poder punitivo e à observância estrita da legalidade, assegurando previsibilidade normativa e contenção da arbitrariedade estatal.

A decisão do STF indica que, diante de omissões legislativas que comprometem direitos fundamentais essenciais, tende-se a priorizar a justiça material, ainda que ao custo de flexibilizar, de modo excepcional, aspectos do garantismo formal. Configura-se, assim, uma forma de ativismo judicial que, embora tensione o princípio da legalidade, se apresenta como mecanismo de proteção urgente da dignidade humana.

O Paradoxo Garantista de Ferrajoli

Convergência com o Garantismo Positivo

O garantismo positivo exige que o Estado proteja bens jurídicos fundamentais contra lesões graves. Sob esse aspecto, a decisão do STF é plenamente compatível com o modelo ferrajoliano: tutela os mais vulneráveis, concretiza a dignidade e impede que a omissão estatal perpetue violência estrutural.

Colisão com o Garantismo Negativo

Contudo, Ferrajoli também sustenta que o poder punitivo deve ser estritamente limitado pela legalidade. Ao criar inovação penal por via interpretativa, o STF tensiona o garantismo negativo, que vê na taxatividade um limite intransponível.

O resultado é uma forma de garantismo assimétrico: reforça-se a proteção das vítimas ao custo de flexibilização das garantias penais dos acusados.

O risco da “deriva expansiva” do poder punitivo

A decisão, embora voltada à proteção de minorias vulnerabilizadas, abre espaço para uma expansão hermenêutica do tipo penal que, no modelo ferrajoliano, representa risco estrutural ao Estado de Direito. Ao admitir que a tipificação de condutas possa ser ampliada por via judicial, ainda que em situações de omissão legislativa evidente, o STF estabelece um precedente que pode ser mobilizado em direções menos protetivas no futuro. Ferrajoli adverte que todo alargamento da esfera punitiva fora do estrito cumprimento da legalidade tende a consolidar uma elasticidade interpretativa perigosa, que fragiliza as garantias penais e estimula leituras voluntaristas da norma incriminadora.

A distinção entre concretização e criação normativa

Parte importante do paradoxo reside em definir se o STF atuou como órgão de concretização de um mandamento constitucional já existente (combate ao racismo em sentido amplo) ou como verdadeiro produtor de inovação penal. A leitura garantista estrita indicaria a segunda hipótese: o Tribunal teria “densificado” o conceito de racismo em grau tal que o conteúdo final se aproxima de uma nova categoria típica. Para o garantismo negativo, essa operação viola o núcleo da reserva legal, pois substitui a previsão clara do legislador por um juízo valorativo construído no caso concreto. Já para o garantismo positivo, o Tribunal apenas explicitou uma determinação constitucional implícita, mas vinculante.

A tensão estrutural entre legalidade e efetividade

A decisão evidencia a tensão clássica entre o princípio da legalidade, como limite ao arbítrio punitivo, e a efetividade dos direitos fundamentais, como exigência de proteção ativa. Ferrajoli reconhece que ambos os polos são normativamente indispensáveis; contudo, quando entram em colisão, o seu modelo prioriza a legalidade como garantia-limite. O STF, no MI 4.733/DF, fez a opção inversa: priorizou a efetividade dos direitos fundamentais da população LGBTQIA+ frente à letargia legislativa. Do ponto de vista teórico, essa escolha representa uma inflexão neoconstitucionalista que supera (ou relativiza) a dogmática garantista clássica.

O “ponto cego” do garantismo diante do racismo estrutural

A análise crítica revela, ainda, que o garantismo ferrajoliano possui um ponto cego quando confrontado com formas estruturais e difusas de violência, como a discriminação sistemática por orientação sexual e identidade de gênero. A exigência de estrita legalidade pode, nesses casos, converter-se em obstáculo à proteção mínima de grupos expostos a agressões reiteradas e naturalizadas. O STF, ao interpretar o racismo como fenômeno social complexo e multifacetado, rompeu com uma concepção estritamente formal do tipo penal e adotou uma leitura contextual, condizente com a noção contemporânea de racismo estrutural, dimensão que o garantismo clássico não enfrenta diretamente.

Síntese: um garantismo em estado de tensão

O resultado é a conformação de um “garantismo em estado de tensão”: positivo na defesa da dignidade e dos direitos fundamentais; negativo enquanto limite à criatividade punitiva judicial; e assimétrico na ponderação entre proteção das vítimas e rigidez da legalidade.

O MI 4.733/DF se torna, assim, um caso exemplar para demonstrar como o constitucionalismo contemporâneo desafia o esquema binário ferrajoliano e evidencia que, em contextos de omissão prolongada, a própria lógica das garantias pode tornar-se paradoxal.

Discussão: Tensões Estruturais e Implicações Sistêmicas

A análise do MI 4.733/DF evidencia que o debate ultrapassa a mera controvérsia sobre a equiparação penal da homotransfobia ao racismo. Trata-se, antes, de um caso paradigmático que ilumina tensões estruturais entre constitucionalismo, teoria do garantismo e a própria arquitetura institucional do Estado brasileiro. A decisão do STF condensa, em um único julgamento, debates sobre a legitimidade democrática, os limites da jurisdição constitucional e o papel do Direito Penal em sociedades marcadas por desigualdades históricas.

Expansão do papel normativo do STF

O julgamento reafirma o crescente protagonismo normativo do Supremo Tribunal Federal na efetivação de direitos fundamentais. Diante da omissão legislativa rei-

terada, o STF assume função criativa — em larga medida inevitável — ao preencher a lacuna normativa que deixava grupos vulneráveis em estado de desproteção.

Contudo, essa expansão funcional produz efeitos sistêmicos relevantes. Ao deslocar para o Judiciário a tarefa de suprir déficits legislativos, o MI 4.733/DF reforça a tendência à judicialização de demandas de alta densidade moral e política. A consequência pode ser uma crescente *dependência institucional* do Judiciário para resolver temas que, numa democracia representativa, deveriam ser equacionados no âmbito legislativo. Tal fenômeno contribui, ainda, para fragilizar a percepção de accountability democrática e enfraquecer a centralidade do Parlamento como *locus* de produção normativa primária.

Constitucionalismo transformador e Direito Penal

A decisão também reabre o debate sobre a compatibilidade entre o constitucionalismo transformador, que atribui à Constituição função emancipatória e mudança social, e a estrutura dogmática do Direito Penal. O MI 4.733/DF demonstra que a utilização do aparato penal para promover inclusão e combater desigualdades encontra limites rígidos impostos pelos princípios da reserva legal, taxatividade e proibição da analogia *in malam partem*.

Nesse contexto, a justiça material, consubstanciada na proteção da dignidade de pessoas LGBTQIA+, colide frontalmente com a justiça formal, que exige previsibilidade, certeza e estrita legalidade. A decisão evidencia os limites do projeto transformador quando transposto à esfera penal, cuja lógica é necessariamente contramajoritária e garantidora, e não promocional.

O Garantismo como campo de disputa

Longe de constituir um bloco teórico homogêneo, o garantismo emerge, no caso analisado, como verdadeiro campo de disputa hermenêutica. De um lado, o garantismo positivo impõe a realização concreta dos direitos fundamentais, justificando intervenções estatais que impeçam violações e discriminações sistemáticas. De outro, o garantismo negativo estabelece limites intransponíveis ao poder punitivo, entre os quais se destaca o princípio da legalidade penal estrita.

O MI 4.733/DF mostra a impossibilidade prática de harmonizar simultaneamente ambos os polos em situações de omissão legislativa grave. A proteção das minorias exige atuação judicial imediata; a preservação das garantias formais demanda autocontenção. Assim, o garantismo revela-se um dispositivo teórico que, embora coerente internamente, assume diferentes funções conforme o problema jurídico enfrentado, tornando-se arena de tensão e não síntese conciliadora.

Riscos futuros

A decisão projeta, ainda, implicações de médio e longo prazo que merecem análise crítica. Entre os riscos possíveis, destacam-se:

- a) a abertura para futuras criminalizações por via interpretativa, ampliando o espaço de criatividade judicial no campo penal;
- b) a consolidação de um *punitivismo progressista*, em que pautas de direitos humanos são defendidas mediante expansão do poder punitivo, fenômeno que contraria a matriz histórica do garantismo;

c) a potencial captura do debate político pelo Judiciário, deslocando a deliberação democrática para cortes constitucionais;

d) a fragilização dos princípios da taxatividade e da legalidade estrita, pilares de contenção do arbítrio penal.

Em suma, embora a decisão seja moral e constitucionalmente orientada à proteção de grupos vulneráveis, ela impõe reflexão cuidadosa sobre os instrumentos utilizados para atingir tal finalidade. A efetivação de direitos não pode ignorar as tensões sistêmicas que emergem quando o Direito Penal é mobilizado como ferramenta de transformação social.

Conclusão

A análise do Mandado de Injunção 4.733/DF demonstra que o caso se tornou um marco paradigmático na interação entre jurisdição constitucional, garantismo penal e proteção de minorias vulneráveis. Ao equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, o Supremo Tribunal Federal buscou assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais diante de uma omissão legislativa prolongada, corrigindo um déficit histórico de tutela estatal que sujeitava a população LGBTQIA+ a um estado de vulnerabilidade e violência estrutural.

Contudo, a decisão operou mediante um mecanismo excepcional: a expansão interpretativa de normas penais, tensionando o princípio da legalidade estrita e os limites que o garantismo negativo impõe ao poder punitivo estatal. Tal movimento produziu um paradoxo normativo: a proteção urgente de minorias, ao mesmo tempo em que fragiliza parâmetros clássicos de segurança jurídica e previsibilidade penal.

Essa ambivalência revela um dilema estrutural do constitucionalismo contemporâneo: a difícil compatibilização entre a justiça material, que exige respostas imediatas para corrigir desigualdades históricas, e a justiça formal, que demanda autocontenção, legalidade e rigor procedimental. O MI 4.733/DF evidencia que, em contextos de omissão legislativa grave, esses vetores podem se tornar inconciliáveis, obrigando a jurisdição a realizar escolhas trágicas entre valores constitucionais igualmente relevantes.

Assim, a decisão do STF é simultaneamente um avanço civilizatório e um desafio teórico. Avanço, porque afirma a proteção da dignidade humana e rejeita práticas discriminatórias que corroem a democracia. Desafio, porque exige dos juristas reflexão contínua sobre os limites legítimos da jurisdição constitucional, especialmente quando o Direito Penal é convocado a desempenhar papel transformador.

Em última instância, o MI 4.733/DF reafirma a centralidade do debate público, demonstrando que a efetivação dos direitos fundamentais não pode depender exclusivamente do Poder Judiciário. Cabe ao Legislativo, enquanto representante democrático da sociedade, assumir sua responsabilidade histórica e normatizar, com clareza e rigor, dispositivos que combatam a discriminação e assegurem a igualdade substantiva. Somente assim será possível superar o paradoxo garantista e reconstruir, em bases sólidas, a harmonia entre proteção de minorias e limitação do poder punitivo, pilares indispensáveis de um Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

ALMEIDA, Silvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS; ADO 26; HC 154.248.

_____. *Mandado de Injunção 4.733/DF*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 13 jun. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Neo-constitucionalismo e Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*, 7ª ed, São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Constitucionalismo e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 2ª Ed.. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. 5ª Ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2010.