Insper

Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC)

Direito

O poder normativo do Supremo Tribunal Federal: análise do Mandado de Injunção 4.733

Luiza Rodrigues de Campos

Orientador: Diego Werneck Arguelhes

São Paulo

2025

Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Cientifica (PIBIC)

Luiza Rodrigues de Campos
Direito

O poder normativo do Supremo Tribunal Federal: análise do Mandado de Injunção 4.733

Relatório final apresentado ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Cientifica (PIBIC)

Orientador: Prof. Diego Werneck Arguelhes

São Paulo

2025

Resumo

O trabalho analisa o poder normativo do STF a partir do Mandado de Injunção (MI) 4.733, no qual a Corte, diante da mora legislativa, decidiu criminalizar provisoriamente a homofobia e a transfobia por meio da aplicação da Lei nº 7.716/1989 (Lei de Racismo). Parte-se do desenho constitucional de separação de poderes e do papel do STF como guardião da Constituição para discutir quando o Tribunal pode ir além de invalidar normas e atuar criativamente — por decisões interpretativas, modulação de efeitos e decisões "construtivas". A pesquisa revisita a evolução do MI e a doutrina (Barroso e Perrone), que admite criatividade judicial com limites: (i) unicidade constitucional (quando só há uma resposta possível) e (ii) intervenção excepcional diante de vácuo normativo gravíssimo, observada a proporcionalidade. Aplicando esses critérios aos votos, o trabalho aprofunda o voto de Luís Roberto Barroso (maioria), que reconhece mora desde 1997, qualifica a solução como provisória e defende a equiparação da homotransfobia ao racismo (imprescritibilidade e inafiançabilidade), apoiado no HC 82.424 (Ellwanger). Conclui-se que, embora não demonstre unicidade, Barroso justifica a medida pelo vácuo grave e pela urgência. Em contraste, Ricardo Lewandowski sustenta a reserva legal penal e a inadequação do MI para criar ou estender tipos penais, sugerindo vias alternativas (como ADO) e maior liberdade ao Congresso; porém, no mérito, acaba acompanhando o resultado, o que reduz o alcance prático de sua divergência. Ao final, argumenta-se que o STF fixou poucos limites operacionais à própria criatividade: a solução "provisória" estabeleceu um patamar mínimo que estreita a margem futura do Legislativo, iluminando os dilemas entre efetividade de direitos e separação de poderes.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Mandado de Injunção 4.733; Poder normativo do Judiciário; Separação de Poderes; Homofobia e Transfobia; Reserva legal penal

Abstract

This paper analyzes the STF's normative power based on Writ of Injunction (MI) 4,733, in which the Court, faced with legislative delays, provisionally criminalized homophobia and transphobia through the application of Law No. 7,716/1989 (the Anti-Racism Law). It draws on the constitutional design of separation of powers and the STF's role as guardian of the Constitution to discuss when the Court can go beyond invalidating norms and act creatively—through interpretative decisions, modulation of effects, and "constructive" decisions. The research revisits the evolution of the MI and the legal doctrine (Barroso and Perrone), which allows for judicial creativity with limits: (i) constitutional uniqueness (when there is only one possible response) and (ii) exceptional intervention in the face of a very serious regulatory vacuum, subject to proportionality. Applying these criteria to the votes, the paper delves deeper into Luís Roberto Barroso's (majority) vote, which acknowledges delay since 1997, classifies the solution as provisional, and advocates for the equating of homophobia and transphobia with racism (imprescriptibility and non-bailability), supported by HC 82.424 (Ellwanger). The paper concludes that, although not demonstrating a uniqueness, Barroso justifies the measure by the serious vacuum and urgency. In contrast, Ricardo Lewandowski supports the criminal legal reserve and the inadequacy of the MI to create or expand criminal offenses, suggesting alternative avenues (such as ADO) and greater freedom for Congress. However, on the merits, he ends up following the outcome, which reduces the practical scope of his dissent. Ultimately, the paper argues that the STF set few operational limits on its own creativity: the "provisional" solution established a minimum threshold that narrows the legislative branch's future scope, illuminating the dilemmas between the effectiveness of rights and the separation of powers.

Keywords: Supreme Federal Court; Injunction Writ 4,733; Normative Power of the Judiciary; Separation of Powers; Homophobia and Transphobia; Criminal Legal Reserve

Sumário

1. Introdução 11
2. Sobre a ação 13
3. A Decisão do STF 15
4. Discussão: Quais os limites do STF na criação de normas? 17
   4.1 "limites” propostos pela doutrina 17
   4.2 Aplicação dos critérios doutrinários na análise dos votos 20
5. Conclusões Finais 29
Referências 31

1. Introdução

O artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil prevê os Poderes da União, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No mesmo artigo, ressalta-se a independência e a harmonia como preceitos fundamentais para a existência desses. Ainda na Constituição, o artigo 102 determina o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, com o papel de garantir que o direito vigente esteja de acordo com o texto constitucional.

A Constituição, assim, atribui uma grande responsabilidade ao STF e aos 11 ministros que compõem a Corte, com poderes correspondentes para exercer esse dever constitucional. Embora alguns desses poderes estejam mais próximos de tarefas que tipicamente associamos a tribunais, de aplicação de regras, em alguns pontos a Constituição deu aos juízes do STF poderes que têm dimensões normativos e criativas, como é o caso do Mandado de Injunção. O Mandado de Injunção é um remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXI da CRFB[1] e regulamentado pela Lei 13.300/2016:

> conceder-se-á 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;. (Art. 5º, LXXI, CRFB)

Inicialmente, o STF adotava uma visão não concretista em Mandados de Injunção, ou seja, apenas reconhecia a omissão legislativa e determinava ao Poder Legislativo que suprisse a lacuna, sem conceder diretamente o direito ao impetrante. Essa visão foi modificada ao longo dos anos, em que se estabeleceu postura de respeito estrito à separação de poderes, evitando criar normas para casos concretos, para uma atuação mais ampla, estabelecendo regras gerais para regulamentar setores inteiros da Constituição. Virgílio Afonso da Silva, fala em seu livro Direito Constitucional Brasileiro (2021) sobre esta mudança, alegando que a solução intermediária, que previa apenas normas provisórias para casos específicos, foi abandonada, como no MI 712, onde, em vez de criar regras temporárias para o direito de greve dos

[1] Constituição da República Federativa do Brasil

servidores do Judiciário do Pará, o tribunal estabeleceu uma norma geral aplicável a todos os servidores públicos.

Essa escolha constitucional gera debates na doutrina jurídica sobre como e quando esses poderes podem ser adequadamente utilizados, e se o seu uso fora dessas hipóteses iria contra a separação de poderes prevista no artigo 2º da CRFB. No caso do MI 4.733, a discussão gira em torno do papel do Judiciário na criminalização de condutas, função tradicionalmente reservada ao Poder Legislativo. Alguns juristas defendem que o STF teria extrapolado seu papel ao suprir uma lacuna legislativa, enquanto outros argumentam que a omissão do Congresso violava direitos fundamentais, justificando a atuação judicial para garantir a eficácia da Constituição.

Esse relatório tem como objetivo analisar algumas dimensões do poder *normativo* do Supremo Tribunal – isto é, o poder de criar regras - através do Mandado de Injunção 4.733 de 2019, a fim de investigar possíveis limites ou abusos na decisão dentro da ideia de separação de poderes e tentar responder a seguinte pergunta: o STF constrói limites para o seu poder normativo?

2. Sobre a ação

O MI 4.733 foi impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT com o objetivo de criminalizar, de forma específica, todos os tipos de homofobia e transfobia (sejam elas coletivas ou individuais), os homicídios, as agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero. A associação fundamenta a importância da ação com base no atual quadro de violência e discriminação que impossibilita o exercício dos direitos fundamentais da comunidade.

A ABGLT entende haver obrigação constitucional de criminalizar a homotransfobia, e não havendo nenhuma norma com esse conteúdo, afirma haver mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional. Sendo assim, a impetrante requer que seja estabelecido um prazo razoável (um ano, no máximo) para a elaboração da legislação. Caso a Corte julgue o prazo desnecessário, ou ele não seja respeitado, pede-se que o próprio Tribunal criminalize as condutas homotransfóbicas pela Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89), até que uma legislação especifica seja elaborada.

Por fim, a associação julga necessário a responsabilização civil do Estado brasileiro a indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia até que tais condutas sejam criminalizadas de forma eficiente.

Por outro lado, a Câmara de Deputados afirma já existir um projeto de lei (PL. n. 5003/2001) que criminaliza a prática da homofobia tramitando na Casa. Além disso, o Presidente afirma não reconhecer a ausência de lei como uma omissão constitucional, uma vez que não há exigência taxativa no texto da constituição, portanto não teria a possibilidade de responsabilização do Estado.

Inicialmente, a União e a Procuradoria-Geral da União manifestaram-se pelo mesmo entendimento da Câmara, alegando que não há cabimento para o Mandado de Injunção, já que uma possível omissão não poderia ser suprida por decisão judicial:

> Mandado de Injunção. Suposta mora legislativa do Congresso Nacional na tipificação de delitos praticados em razão de homofobia e transfobia. Inexistência de mora legislativa quando já há projeto de lei em apreciação no Congresso Nacional.

> Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência de legislação aplicável aos delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual. Parecer pelo não cabimento do writ. (p. 7)

No entanto, após a interposição de um agravo regimental por parte da impetrante, a Procuradoria-Geral da República opta pelo provimento parcial do recurso, reconhecendo desta vez que o texto constitucional em seu art. 5º, inciso XLI prevê a criminalização de quaisquer discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, e que isso englobaria a discriminação por homofobia e transfobia.

3. A Decisão do STF

No acórdão, um tópico bastante debatido entre os ministros envolve o cabimento do meio (Mandado de Injunção) para sanar a questão. A lei que regulamenta o MI prevê o cabimento do Mandado sempre que a falta total ou parcial de norma torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. A jurisprudência do STF sobre o dispositivo constitucional interpreta que "falta de norma regulamentadora" seria o equivalente a "norma regulamentadora exigida diretamente pela Constituição". Nesse quadro, sustenta-se que o mecanismo só seria pertinente para suprir omissões estatais expressamente previstas no texto constitucional — o que, segundo essa leitura, não ocorre em relação a discriminações homofóbicas.

Na perspectiva trazida pelo Ministro Edson Fachin, relator original da ação, é que o art. 5º, XLI da CRFB[2] já seria suficiente para o cumprimento dessa exigência, haja vista que a homofobia e a transfobia se categorizam como uma discriminação atentatória à liberdade e aos direitos fundamentais. Ainda em seu voto, o ministro ressalta que a omissão legislativa afeta também o princípio de igualdade, já que outras discriminações atentatórias, como o Racismo, são criminalizadas por lei, atribuindo dessa forma, menos valor a vida de pessoas LGBTQIA+.

Por outro lado, o ministro Ricardo Lewandowski vai contra o cabimento do Mandado de Injunção para tratar desta omissão, ele afirma que o cabimento da ação precisa estar fundado em um **direito subjetivo, concreto e especificamente consagrado na Constituição**. Mesmo assim, a mora inconstitucional do Congresso Nacional é reconhecida pelo juiz. Ele alega que, de acordo com o artigo 5º, inciso XLI, a Constituição confiou ao Direito Penal a função de dar valor a vida das pessoas homossexuais e transexuais. É destacado por ele em seu voto, através da doutrina e de dados, a importância da criminalização da homotransfobia para o progresso da democracia e dos direitos fundamentais, e como o Congresso não está em conformidade com o texto constitucional.

Porém, Lewandowski reitera seu ponto acerca de que o Mandado de Injunção não é a via correta para tratar de omissão de matéria legislativa penal. Esta ação tem como objeto

[2] CF/88, art. 5º, XLI - "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;"

matéria penal, a qual é sujeita à reserva legal absoluta. Ou seja, a tipificação de uma conduta criminosa precisa, necessariamente, estar em sentido formal, como previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição. Ele cita o RHC 121.835 como precedente sobre o tema. Ademais, o ministro ressalta que o uso dos precedentes utilizados para justificar uma ação concretista da Corte – Mis 670, 708 e 712 - não seriam válidos porque não dizem respeito à matéria penal. Lewandowski ainda destaca que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) seria a mais adequada, constitucionalmente, para a análise da omissão alegada.

A tipificação de racismo foi muito debatida pelos ministros, os quais votaram a favor da criminalização da homotransfobia através da Lei 7.716/1989 (Lei de Racismo). Muitos argumentos foram levantados acerca do porquê a homofobia se caracterizaria como racismo hoje em dia, mas destacam-se as colocações da ministra Carmen Lúcia, do ministro Luís Roberto Barroso e do relator, Edson Fachin. Estes usam como alicerce o HC 82.424 (Caso Ellwanger), e evidenciam a definição de racismo construída no acórdão, em que não é mais possível restringir tal preconceito a um recorte físico ou biológico, trata-se de um fenômeno sociopolítico que decorre do sentimento de hierarquia e superioridade de um grupo sobre o outro de maneira a justificar a segregação e a eliminação de pessoas.

Sendo assim, foi defendido por eles a ideia de que, definir "racismo", hoje, apenas como um ato discriminatório embasado pela cor da pele seria ignorar a jurisprudência do STF e as doutrinas sociológicas da atualidade. Desse modo, a maioria da Corte entende a necessidade do reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional e prevê a equiparação do crime de racismo ao crime de discriminação homofóbica e transfóbica até a superveniência de uma lei específica.

4. Discussão: Quais os limites do STF na criação de normas?

4.1 "limites" propostos pela doutrina

Nesta seção, reconstruirei o argumento de Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello em **O Papel Criativo dos Tribunais – Técnicas de Decisão em Controle de Constitucionalidade**, tomando-o como matriz para formular critérios operacionais a serem aplicados ao MI 4.733. O ponto de partida dos autores é que, ao realizar controle de constitucionalidade, o STF não apenas elimina normas incompatíveis com a Constituição, mas também atua criativamente, por meio de decisões interpretativas, modulação de efeitos e decisões construtivas. Trata-se um texto bastante generoso quanto aos limites da criação de normas pelo STF, mas que, como veremos, ainda assim prevê alguns limites para a atuação do tribunal.

Entre as técnicas examinadas, estão as decisões interpretativas, nas quais o Tribunal recorre à interpretação conforme à Constituição para compatibilizar normas infraconstitucionais com princípios constitucionais - como ocorreu na delimitação da competência da Justiça do Trabalho, impedindo que julgasse matéria penal. Os autores também analisam as chamadas decisões construtivas (termo adotado em substituição a "manipulativas", de conotação negativa), em que o STF acrescenta ou substitui elementos normativos para suprir omissões inconstitucionais, a exemplo do reconhecimento do direito à interrupção da gravidez de fetos anencefálicos.

Mais importante para os fins deste trabalho, os autores procuram rever críticas que costumam ser feitas ao uso dessas técnicas pelo STF, apontando quais seriam os efetivos limites aplicáveis a esse tipo de decisão. Assim, mesmo autores que têm uma posição bastante favorável ao papel "criativo" do STF procuram reconhecer os seus limites. Nesta seção, procurarei identificar quais seriam os limites apontados por Barroso e Perrone, para então compará-los com o resultado da análise dos votos no MI 4.733.

A primeira crítica trazida no artigo trata-se da violação do princípio democrático, uma vez que juízes não eleitos estariam alterando o significado de leis produzidas por aqueles eleitos democraticamente pelo povo para a produção de normas. Os autores rebatem esta crítica alegando que a utilização de decisões construtivas só seria uma alternativa viável quando for possível *demonstrar,* **argumentativamente,** ***a existência de uma única solução constitucional para o preenchimento da omissão parcial.***

> Quanto a essa primeira crítica, é importante reiterar, como já mencionado, que, de modo geral, aqueles que defendem a utilização de decisões construtivas reconhecem que elas constituem uma alternativa viável para o juiz, quando for possível demonstrar, argumentativamente, a existência de uma única solução constitucional para o preenchimento da omissão parcial. A existência de uma solução constitucional obrigatória estará presente, em primeiro lugar, quando se puder inferir de regras ou dos princípios constitucionais a presença de uma única solução para a questão, sem que se possa identificar qualquer alternativa. (p. 319)

No entanto, logo seguida, os autores levantam que o STF pode atuar de forma substitutiva, suprindo a lacuna normativa mesmo em matérias tradicionalmente reservadas ao Legislativo, desde que se trate de um vácuo normativo gravíssimo. Nesses casos, a intervenção judicial somente se legitima quando demonstrado, à luz do princípio da proporcionalidade, que a inação legislativa gera consequências mais lesivas à Constituição do que a própria criação judicial da norma. Isso exige, por um lado, a comprovação de que os efeitos do vazio normativo agravam a violação de direitos fundamentais; por outro, a demonstração de que não existem medidas menos onerosas e de que não é possível aguardar a deliberação parlamentar. Trata-se, portanto, de um critério de última ratio: o tribunal só deve intervir criativamente quando a gravidade do vácuo normativo compromete valores constitucionais essenciais e todas as alternativas menos intrusivas se mostrarem insuficientes.

> Há, por fim, quem pondere que, no caso das decisões substitutivas, quando um vácuo normativo gravíssimo é produzido pela declaração de inconstitucionalidade da norma,

> pode ser justificável que o próprio tribunal supra a norma faltante, ainda que haja mais de uma alternativa constitucionalmente válida, desde que se demonstre, com base no princípio da proporcionalidade, (i) que a providência se justifica, ante os efeitos gerados pelo vácuo normativo, que agravariam a situação de inconstitucionalidade, (ii) que não há medida menos onerosa, à luz das demais normas. (p. 321)

Assim, o texto de Barroso e Perrone mostra que, embora eles sejam bastante favoráveis à ideia de um STF criativo, ainda assim apontam alguns limites importantes. Em linhas gerais, eles sugerem que o Tribunal deve começar pelas soluções mais simples, como dar um novo sentido à lei para ajustá-la à Constituição. Se isso não for suficiente, pode até acrescentar pontos que ficaram de fora, mas só quando houver uma resposta que seja claramente a única permitida pela Constituição. E, no limite, só caberia o STF substituir o legislador quando existir um vazio muito grave na lei, capaz de deixar direitos fundamentais sem nenhuma proteção. Nesses casos extremos, a Corte teria que explicar de forma muito cuidadosa porque não há outra saída menos invasiva e porque não é possível esperar o Congresso agir. Esses critérios servem, portanto, como um guia para analisar como o STF se comportou no MI 4.733 e até que ponto os ministros respeitaram ou ultrapassaram esses limites.

Com base nesse debate que os próprios autores desenvolvem no texto com as críticas usuais (especialmente a objeção democrática), reservo dois critérios de contenção para decisões construtivas do STF em casos de omissão que pude enxergar no texto.

Unicidade Constitucional. A atuação construtiva só seria justificável quando se possa demonstrar, com argumentos públicos e verificáveis, que há apenas uma resposta constitucionalmente admissível para preencher a omissão. Em termos práticos, a Corte deveria explicar por que alternativas normativas concorrentes seriam inconstitucionais. Em hipóteses de inconstitucionalidade por omissão, esse critério tende a ser exigente, pois a Constituição normalmente abre espaço para múltiplos desenhos legislativos (tipos penais distintos, agravantes, escolhas de política criminal, fixação de prazos etc.).

Gravidade do vácuo normativo e proporcionalidade. Havendo mais de uma alternativa possível, a intervenção construtiva ainda pode ser admitida excepcionalmente quando: (i) o vácuo normativo é gravíssimo e agrava a situação de inconstitucionalidade; (ii) não há medida menos onerosa ao arranjo constitucional (separação de poderes, legalidade, reserva de lei) capaz de mitigar o problema; e (iii) não é possível aguardar o legislador, dadas a mora prolongada e a inefetividade de respostas precedentes. Esse teste é, em essência, um exame de proporcionalidade que pesa a proteção de direitos contra os custos institucionais da criação judicial de normas.

4.2 Aplicação dos critérios doutrinários na análise dos votos

O caso analisado conta com votos em maioria pela procedência do Mandado de Injunção. Dos votos convergentes escolhi me aprofundar no voto do Ministro Luis Roberto Barroso, uma vez que seu voto dialoga diretamente com a teoria do poder criativo do Judiciário, defendida pelo próprio ministro em sua produção doutrinária, ao sustentar que, diante da inércia legislativa, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer uma função integrativa e concretizadora dos direitos fundamentais, tornando-o especialmente relevante para a análise da atuação da Corte neste Mandado. Haja vista minha primeira escolha, do lado divergente decido analisar mais profundamente o voto de Ricardo Lewandowski já que embora ele reconheça a mora legislativa, apresenta uma solução em menor extensão, não reconhecendo a equiparação a Lei de Racismo. Essa posição revela uma compreensão mais restritiva da atuação do Supremo, em defesa do princípio da reserva legal penal e oferecendo um contraponto ao poder criativo do Judiciário defendido pelo Barroso.

No acórdão, o Ministro Luis Roberto Barroso decide como parcialmente procedente o pedido da impetrante (ABGLT), não reconhecendo apenas a necessidade de indenização do Estado perante as vítimas. No seu voto, ele aponta a fixação da mora inconstitucional do Congresso Nacional, o caráter provisório da decisão e ainda prevê a interpretação conforme à Constituição dos artigos 61, II, a, e 121, §2º, I e II, do Código Penal para que a pena do crime movido pela intolerância a orientação sexual seja agravada e o crime de homicídio qualificado.

> Diante do exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção e, na parte conhecida, julgar parcialmente procedentes os pedidos, com a fixação das seguintes teses:
>
> "1. A ausência de edição de lei criminalizadora de atos de homofobia e de transfobia constitui omissão inconstitucional do Congresso Nacional.
>
> 2. Enquanto não editada lei criminalizadora, aplica-se a Lei nº 7.716/1989 para a reprimenda de atos discriminatórios relacionados à orientação sexual e/ou identidade de gênero.
>
> 3. Os arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, a fim de que se considere caracterizado motivo fútil ou torpe sempre que a prática do crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima". (p. 82)

Ao analisar seus fundamentos, é possível perceber que ele enxerga a decisão como um passo ousado do Supremo, mesmo que não admita expressamente. Na redação, o próprio chega a salientar o viés excepcional da sua posição dentro do Mandado, justificando sua decisão na atitude omissiva do Congresso que perdura desde 1997.

> Em circunstâncias normais, meu voto seria no sentido de fixar um prazo para o Congresso Nacional atuar e, somente no caso de persistir a omissão, determinar a integração da ordem jurídica, definindo a norma que deveria reger a matéria. Porém, aqui, é um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional. Como informado pelo próprio Congresso Nacional, esse tema é debatido no âmbito do Poder Legislativo desde 1997. A falta de perspectiva de solução do tema no âmbito legislativo tornaria meramente formal e inócua uma fixação de prazo, nessas circunstâncias (p. 75)

Nesse ponto, é possível aplicar o critério 1 de Barroso e Perrone (unicidade constitucional) ao voto. O ministro não chega a demonstrar que a solução escolhida (aplicar a Lei de Racismo às condutas homotransfóbicas) seria a única possível à luz da Constituição. Pelo contrário, havia alternativas plausíveis, como apenas reconhecer a mora, fixar prazo ao Congresso ou adotar medidas de caráter provisório menos intrusivas. Ao assumir a equiparação direta à Lei 7.716/1989, Barroso não elimina argumentativamente as outras opções, o que mostra que o critério da "única solução constitucional admissível" não foi plenamente satisfeito.

Por outro lado, sua argumentação se encaixa melhor no critério 2 (gravidade do vácuo normativo). O ministro justifica a intervenção com base na seriedade da omissão legislativa, que perdura por mais de duas décadas, e nos efeitos devastadores da violência contra a população LGBTQIA+. Para Barroso, não seria possível aguardar o Congresso, já que a mera fixação de prazo seria ineficaz diante da ausência de perspectiva de avanço legislativo. Além disso, ele procura mostrar que a medida escolhida é a menos intrusiva possível: em vez de criar um tipo penal novo, o STF estaria apenas reinterpretando a Lei de Racismo em linha com precedentes da própria Corte, como o caso Ellwanger. Nessa lógica, a gravidade do vazio normativo - e a urgência de proteger direitos fundamentais básicos como a vida e a igualdade - justificaria a intervenção criativa do Supremo, mesmo que de forma excepcional.

> Não se trata aqui da criação de condutas criminosas pela via judicial, de tipificação por analogia ou de analogia *in malam partem.* Trata-se, na verdade, de reinterpretar o conceito de raça de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos, quando afirmou que "o racismo é antes de tudo uma realidade social e política" que cabe ao Direito coibir. (p. 79)

Acerca da ampliação do escopo do pedido para incluir também a ICC dos dispositivos penais (art. 61, II, a; art. 121, §2º, II), Barroso afirma também que esse ponto de vista advém da própria literalidade do Código e que o reconhecimento da Interpretação conforme à Constituição apenas se faz útil para evitar interpretações contrárias, o que em primeiro plano pode soar contraditório.

> Essa é uma leitura que, a meu ver, já se extrai da literalidade do Código Penal [32]. A interpretação conforme à Constituição se presta, nesse caso, apenas a afastar qualquer exegese em sentido contrário. Sendo assim, se as circunstâncias do caso concreto deixarem claro que o crime foi motivado por homofobia ou transfobia – como nos casos mencionados, do adolescente Alexandre Ivo, da transexual Dandara dos Santos e do líder LGBTI+ Marcos Cruz Santana –, o intérprete não poderá, sob pena de contrariar a Constituição, deixar de considerar presente circunstância agravante ou, se a conduta punível foi matar a vítima, dizer que o caso não é de homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, I e II, do Código Penal. (p. 81)

No entanto, logo em seguida o ministro defende sua tese e afasta potenciais alegações quanto a contrariedade.

> Antes de encerrar o presente tópico, considero necessário afastar eventual alegação no sentido de que as normas constantes dos arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal revelariam a inexistência da omissão inconstitucional, na medida em que se prestariam à proteção eficiente da minoria em questão. Pelos motivos que expus no presente voto, entendo que a Constituição determina a punição específica de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. O fato de o Código Penal aludir a motivo fútil ou torpe na prática de crimes não é o suficiente para que essa lacuna seja suprida. Dizer que um crime foi praticado por motivo fútil ou torpe justifica que seja conferido tratamento mais severo à hipótese, mas não significa que a discriminação e o preconceito tenham sido objeto de criminalização específica. (p. 81)

Ricardo Lewandowski inicia seu voto reiterando seu posicionamento quanto o não cabimento do MI para lidar com o caso, argumentando que não direito subjetivo, concreto especificado na Constituição, ou seja, não estaria atendendo aos critérios de aplicação da ação.

> Bem analisados os autos, reitero meu posicionamento inicial quanto ao não cabimento deste mandado de injunção, por entender que, para o cabimento do writ injuncional, é preciso detectar um direito subjetivo, concreto e especificamente consagrado na Constituição, que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma regulamentadora exigida por essa mesma Carta. (p. 221)

Por mais que não reconheça a legitimidade da via, Lewandowski se posiciona acerca da importância da demanda e como a via judicial se tornou ao longo dos anos instrumento fundamental na redução das desigualdades e na construção de uma sociedade mais conscientizada e equalitária, citando o exemplo da tipificação do feminicídio no Brasil.

Por fim, antes de declarar suas teses do caso, ele salienta que entende a importância do reconhecimento e da criminalização da homotransfobia e diz que é inegável a mora inconstitucional do Congresso quanto a este assunto, no entanto, o processo se trata de matéria penal, a qual possui reserva legal penal, sendo de competência somente do legislativo.

> Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a maior criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me inconteste que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta. (p. 233)

Aplicando o critério 1 (unicidade constitucional), nota-se que Lewandowski reforça justamente a ausência desse requisito. Para ele, não havia apenas uma solução constitucional

possível, mesmo que ele não as enumere expressamente, o juiz cita durante seu voto que haveria alternativas - ”Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a maior criminalização de condutas seria um passo importante.”. Ao recusar a atuação criativa do STF, o ministro sinaliza que a pluralidade de soluções inviabiliza a Corte assumir o papel do legislador. Nesse sentido, sua posição está em consonância com o limite de unicidade.

Já em relação ao critério 2 (gravidade do vácuo normativo), o voto de Lewandowski é mais restritivo. Ele reconhece tanto a mora quanto a gravidade da discriminação, mas entende que nem mesmo esse vácuo normativo justificaria uma intervenção substitutiva em matéria penal. Em sua visão, o custo institucional de afrontar a reserva legal seria maior do que os danos provocados pela ausência de criminalização imediata, trazendo como precedente o RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello. Diferentemente de Barroso, Lewandowski não apresenta uma solução que proteja os grupos vulneráveis no período de inércia legislativa — como, por exemplo, a aplicação provisória de outra lei ou a fixação de parâmetros de proteção. Assim, ao aplicar os critérios discutidos anterioremente, seu voto satisfaz o critério 1 (não há unicidade), mas falha no critério 2, já que reconhece o vácuo normativo grave sem oferecer uma alternativa para a persistência da mora e proteção das vítimas.

> Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (p. 233)

Tendo em vista o impacto que esta decisão pode ter, é preciso agora refletir sobre o espaço que o Mandado de Injunção deixou ao Congresso para legislar sobre o tema. Embora os ministros tenham destacado o caráter provisório da decisão, não se estabeleceram critérios claros sobre como deve ser a futura criminalização da homotransfobia. Isso levanta uma questão relevante: caso o Congresso venha a editar uma lei específica, seria possível que essa lei fosse considerada inconstitucional se, por exemplo, não a tratasse como crime imprescritível ou não previsse determinadas garantias mínimas já reconhecidas pelo STF.

Assim, passo a analisar, de forma comparativa e a partir dos fundamentos trazidos nos votos, até que ponto o legislador teria liberdade para desenhar esse novo tipo penal sem entrar em conflito com a interpretação constitucional consolidada pela Corte.

Luis Roberto Barroso inicia seu voto trazendo uma nota conceitual dos termos principais usados na ação e após isso parte para uma nota teórica e histórica do preconceito de homotransfobia. Ao longo de seu voto, assim como os outros ministros, Barroso faz analogia com a resolução do HC 82.424, o qual foi palco para discutir se judeus poderiam sofrer racismo, e, portanto, se o crime de antissemitismo poderia ser imprescritível. A decisão foi favorável para questão e desde então este caso tem sido alicerce para muitos julgamentos. Em sua fundamentação o ministro explicita que o termo *raça* como é comumente conhecido – para se atribuir a caraterísticas físicas e étnicas – já não condiz com a interpretação do Supremo que fixou no caso Ellwanger que o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sendo assim ele abrangeria qualquer tipo de atitude que tenha como base a hierarquização de grupos sociais, assim como a homofobia.

> No paradigmático Caso Ellwanger [28], o STF fixou o entendimento de que "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"[...] (p. 74)

Dessa forma, o ministro finaliza dizendo que a reprovação e as garantias que a Constituição Federal garante para prática de racismo em seu artigo art. 5º, XLII devem ser aplicadas também a prática de homofobia.

> [...] Diante desse conceito, encampado por esta Corte, a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+. (p. 74)

Em consideração aos pontos levantados pelo ministro, chego à conclusão de que, caso o Congresso venha a editar uma lei que criminalize a homofobia, mas não a trate como imprescritível e inafiançável, essa lei poderia ser vista como insuficiente à luz da interpretação consolidada no MI 4.733. Isso porque Barroso e os ministros que acompanharam seu voto fundamentaram a decisão na equiparação entre a homofobia e o racismo, e, portanto, aplicaram à nova categoria os mesmos efeitos constitucionais previstos no art. 5º, XLII da Constituição, que declara o racismo como crime imprescritível e inafiançável. Assim, qualquer legislação que estabelecesse limites diferentes tenderia a ser considerada incompatível com esse parâmetro fixado pela Corte.

Esse entendimento revela como, mesmo declarando o caráter provisório da decisão, a maioria acabou criando uma moldura bastante rígida para a atuação futura do Legislativo. Ao estabelecer que a homofobia deve receber o mesmo tratamento jurídico que o racismo, os ministros restringiram a liberdade de conformação do Congresso, que dificilmente poderia aprovar uma lei com regime menos severo sem correr o risco de inconstitucionalidade. Em outras palavras, o que se apresentou como uma solução temporária na prática se converte em um patamar mínimo obrigatório, do qual o legislador não pode retroceder, reforçando a ideia de que o espaço de escolha política ficou bastante limitado após a decisão.

Partindo agora, para a análise do voto contrário ao da maioria, Ricardo Lewandowski em seu voto também faz apelo histórico para embasar sua opinião, mas diferente de Edson Fachin - que brevemente cita acerca das características de imprescritibilidade e inafiançabilidade:

> É importante notar, ainda, que eventual *distinguishing* proposto entre o conceito de raça, sob as matizes históricas, políticas e sociais, e sua configuração para fins de reprovabilidade da discriminação não representa uma “hierarquização das opressões”. De forma diversa, traduz a cautela necessária ante a reestruturação normativa que a Corte Constitucional estaria admitindo, notadamente quanto à atração das características de imprescritibilidade e inafiançabilidade ao tipo penal. (p. 147)

O Ministro Lewandowkski não se aprofunda nesse aspecto especificadamente, mas reitera durante seu texto a importância da reserva legal penal[3], o que a meu ver potencializa um pensamento mais liberal acerca dos desenhos que o Congresso pode vir a adotar ao criminalizar a conduta.

Contudo, aqui se evidencia uma fragilidade de seu voto: embora Lewandowski reconheça de forma expressa o problema da criação judicial de tipos penais e a importância de respeitar a reserva legal, ele não oferece uma solução efetiva para lidar com o vácuo normativo identificado. Em última análise, ao não propor medidas concretas para garantir proteção mínima no período de omissão legislativa, o ministro acaba deixando a situação em aberto. Assim, seu voto reconhece o dilema institucional, mas não enfrenta as consequências práticas de sua posição - o que o torna, na prática, menos resolutivo do que o voto da maioria.

[3] Página 23 – trecho transcrito

5. Considerações Finais

O Mandado de Injunção 4.733 representou um dos momentos mais expressivos do exercício do poder normativo do Supremo Tribunal Federal. A decisão de criminalizar provisoriamente a homofobia e a transfobia por meio da aplicação da Lei nº 7.716/1989 (Lei de Racismo) evidencia como a Corte, diante da mora legislativa, assumiu a tarefa de garantir direitos fundamentais e a efetividade da Constituição.

A análise dos votos escolhidos (Luís Roberto Barroso, pela maioria, e Ricardo Lewandowski, em posição divergente) permitiu observar como diferentes leituras da separação de poderes e da reserva legal se articulam no interior da Corte. Barroso fundamenta sua decisão na teoria do poder criativo do Judiciário, sustentando que, em face da omissão prolongada do Congresso, compete ao STF integrar a ordem jurídica e assegurar a proteção de minorias vulneráveis. Sua posição, apoiada em precedentes como o Caso Ellwanger, amplia o conceito de racismo para abarcar discriminações de caráter sociopolítico, justificando a inclusão da homofobia e da transfobia no regime de imprescritibilidade e inafiançabilidade. Com isso, limita de modo significativo a margem de atuação do Legislativo, já que indica um patamar mínimo a ser observado numa futura lei.

Lewandowski, por outro lado, representa a leitura mais restritiva da atuação judicial. Embora reconheça a mora inconstitucional do Congresso e a gravidade da homotransfobia, entende que o mandado de injunção não seria a via adequada para suprir lacunas em matéria penal, dada a reserva legal absoluta prevista no art. 5º, XXXIX, da Constituição. Em seu voto, ele insiste na centralidade do Legislativo e sugere que o Congresso poderia ter adotado soluções distintas para criminalizar a conduta, não estando obrigado a seguir exatamente a equiparação feita pela maioria. No entanto, apesar dessa defesa da liberdade legislativa, no mérito Lewandowski acabou acompanhando os demais ministros na criminalização provisória da homofobia com base na Lei de Racismo — o que enfraquece a distinção prática de sua divergência.

Ao comparar os dois votos, percebe-se o contraste entre uma visão expansiva do papel do Supremo, que busca preencher omissões legislativas em nome da proteção de direitos fundamentais, e uma visão mais contida, que privilegia a separação de poderes e a legalidade estrita em matéria penal. Esse contraste é fundamental para compreender os dilemas do

poder normativo do STF: entre a necessidade de concretizar direitos e os riscos de avançar sobre competências legislativas. Ao mesmo tempo, nota-se que, na prática, até mesmo o voto divergente aderiu ao resultado, reduzindo o alcance da sua crítica.

Assim, a conclusão a que se chega é que o STF, no MI 4.733, fixou poucos limites claros para sua atuação criativa, preferindo destacar o caráter provisório da decisão. Na prática, contudo, a opção majoritária deixou pouco espaço para o Congresso legislar em sentido diverso, já que qualquer solução que não reconheça a imprescritibilidade e a inafiançabilidade da homofobia dificilmente seria aceita como compatível com a Constituição. O voto de Lewandowski, ainda que minoritário em sua fundamentação, cumpre papel essencial para revelar os riscos de uma jurisdição constitucional que, em nome da proteção de direitos, pode acabar por enfraquecer preceitos estruturantes do Estado Democrático de Direito, como a legalidade penal e a separação de poderes. Mas o fato de ele ter acompanhado o resultado final evidencia que, no limite, a crítica se manteve mais no plano teórico do que em consequências práticas, já que o mérito da decisão foi o mesmo.

Referências

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Papel Criativo dos Tribunais - Técnicas de Decisão em Controle de Constitucionalidade. **SSRN**, [*s. l.*], p. 25-37, 20 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Projeto de Lei n. 5.003, de 7 de agosto de 2001. “Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.” In: **Congresso Nacional**. Proposições. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília, 6 jan. 1989, p. 369.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4733, Distrito Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 13 jun. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. [*S. l.*: *s. n.*], 2021. 712 p.