



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A CRIMINALIZAÇÃO PELA VIA DO ATIVISMO JUDICIAL: OBSTÁCULOS À
APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADO Nº 26**

REVARDIÊRE RODRIGUES ASSUNÇÃO

Salvador
2023

REVARDIÈRE RODRIGUES ASSUNÇÃO

**A CRIMINALIZAÇÃO PELA VIA DO ATIVISMO JUDICIAL: OBSTÁCULOS À
APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADO Nº 26**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), na linha de pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Fundamentais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Laura Cecília F. dos S. Braz

Salvador
2023

Dados de Catalogação da Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica. UCSal. Biblioteca Dom Geraldo Majella Agnelo

A851 Assunção, Revardiêre Rodrigues

A criminalização pela via do ativismo judicial: obstáculos à aplicação da decisão proferida na ADO n. 26 / Revardiêre Rodrigues Assunção.– Salvador, 2023.

155 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Linha de Pesquisa: Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Fundamentais.

Orientadora: Profa. Dra. Laura Cecília F. dos S. Braz.

1. Direito Penal 2. Ativismo Judicial 3. Princípio da Reserva Legal
4. Ordenamento Constitucional 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

I. Braz, Laura Cecília F. dos S.– Orientadora II. Universidade Católica do Salvador.

Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU: 342.7


TERMO DE APROVAÇÃO

REVARDIÊRE RODRIGUES ASSUNÇÃO


**“A CRIMINALIZAÇÃO PELA VIA DO ATIVISMO JUDICIAL: OBSTÁCULOS À
APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADO Nº 26”**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre(a)
em Direito da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 22 de dezembro de 2023.


Documento assinado digitalmente
 LAURA CECILIA FAGUNDES DOS SANTOS BRAZ
Data: 22/12/2023 15:31:52-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof.(a)s. Dr.(a)s. Laura Cecília Fagundes dos Santos Braz - UCSAL (Orientadora)

Documento assinado digitalmente
 TIAGO SILVA DE FREITAS
Data: 22/12/2023 16:54:57-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof.(a) Dr.(a) Tiago Silva de Freitas – UCSAL (Examinador Interno)

Assinado de forma digital por

 FERNANDA RAVAZZANO
LOPES BAQUEIRO – UFBA
(Examinadora externa)

BAQUEIRO:01326769588 Dados: 2023.12.23 15:36:14 -03'00'

ASSUNÇÃO, Revardiêre Rodrigues. **A criminalização pela via do ativismo judicial: obstáculos à aplicação da decisão proferida na ADO nº 26.155 p. 2023.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito – Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2023.

RESUMO

Com a ascensão das bandeiras sociais que defendem os direitos fundamentais dos grupos minoritários, questões relacionadas com estes temas são cada vez mais levadas ao Poder Judiciário. No caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) n.º 26, ao avaliar a referida ação e os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, houve a declaração da omissão legislativa sobre o enfrentamento da criminalização dos atos de discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero, com o reconhecimento de que a conduta homofóbica pode ser enquadrada no conceito de racismo social, criando tipo penal através de jurisprudência, fato que ofende princípios do Direito Penal. O estudo tem perfil qualitativo e dedutivo, com caráter exploratório e explicativo, realizado através de pesquisas bibliográfica e documental, incluindo a análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. A indagação que se faz é se a conclusão do julgamento colidiu com axiomas do Direito Penal pátrio. O posicionamento conclusivo é pela não concordância com a decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o resultado do julgamento, através do ativismo judicial, viola o princípio da reserva legal em matéria penal, com base nos comparativos de teorias de índole penal, tendo como referenciais teóricos Gunther Jakobs e Luigi Ferrajoli, além do próprio ordenamento constitucional. Apresenta-se a proposta de que seria possível uma decisão judicial com estipulação de prazo para providências, sob pena de condenação em responsabilidade civil do ente omissor.

Palavras-chave: Direito Penal. Ativismo Judicial. Princípio da Reserva Legal. Ordenamento Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

ASSUNÇÃO, Revardiêre Rodrigues. **Criminalization through legal activism: obstacles to the application of the decision made in ADO nº 26.** 155 p. 2023. Dissertation (Master's) – Faculty of Law – Catholic University of Salvador, Salvador, 2023.

ABSTRACT

With the rise of social flags defending the fundamental rights of minority groups, issues related to these topics are increasingly being brought before the Judiciary. In the case of the direct action of unconstitutionality by omission (ADO) No. 26, when evaluating this action and the effects of the Supreme Court's decision, there was a declaration of legislative omission on tackling the criminalization of acts of discrimination based on sexual orientation and gender identity, with the recognition that homophobic conduct can be framed in the concept of social racism, creating a criminal type through jurisprudence, a fact that offends principles of Criminal Law. The study is qualitative and deductive, exploratory and explanatory, carried out through bibliographical and documentary research, including analysis of the votes of the Supreme Court Justices. The question is whether the judgment's conclusion clashed with the axioms of Brazilian criminal law. The concluding position is that we do not agree with the Supreme Court's decision, since the result of the trial, through judicial activism, violates the principle of legal reserve in criminal matters, based on comparisons of criminal theories, with Gunther Jakobs and Luigi Ferrajoli as theoretical references, in addition to the constitutional order itself. The proposal is put forward that it would be possible for a court decision to stipulate a deadline for action, under penalty of civil liability for the omission.

Keywords: Criminal Law. Legal Activism. Legal Reserve Principle. Constitutional Order. Direct Action of Unconstitutionality by Omission.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
ADIN/ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
AGU	Advogado-Geral da União
CF	Constituição Federal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
PGR	Procurador-Geral da República
PPS	Partido Popular Socialista
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26	9
2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	9
2.1.1 Espécies de controle de constitucionalidade	9
2.1.2 Natureza, sujeitos da relação, objeto, procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão	15
2.2 BREVE ANÁLISE SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO EM FACE DA ADO E SEUS EFEITOS DECISÓRIOS	17
2.2.1 Conceito, polo ativo e passivo do mandado de injunção	17
2.2.2 Efeitos da decisão em sede do ADO	20
2.2.3 Aspectos comparativos entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão	27
2.3 SÍNTESE DA DECISÃO EM SEDE DE ADO N.º 26	32
2.3.1 Lei de racismo e caso Ellwanger	32
2.3.2 Síntese concreta da decisão do ADO nº 26	36
3 ASPECTO PENAL DA ADO N.º 26	43
3.1. APLICABILIDADE DOS MÉTODOS INTERPRETATIVO E INTEGRATIVO NO DIREITO PENAL.....	44
3.2 INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO NA ADO N.º 26	52
3.3 CRÍTICAS À ADO N.º 26.....	58
3.3.1 Princípio da separação dos poderes e a sua mitigação	58
3.3.2 Conceituação e Crítica ao ativismo judicial	64
4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADO Nº 26 E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE RACISMO	77
4.1 A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733 E A PROPOSITURA DA ADO N.º 26	77
4.2 OS CONCEITOS DE ‘RAÇA’ E ‘RACISMO’ NA DECISÃO DA ADO N.º 26	83
4.3 O ENTENDIMENTO DOS MINISTROS NA ADO N.º 26.....	91
4.3.1 Ministro relator Celso de Mello	91
4.3.2 Ministro Luiz Fux	98
4.3.3 Ministro Luís Roberto Barroso	100

4.3.4 Ministra Rosa Weber.....	104
4.3.5 Ministro Gilmar Mendes.....	106
4.3.6 Ministro Edson Fachin.....	107
4.3.7 Ministra Cármen Lúcia.....	110
4.3.8 Ministro Alexandre de Moraes	111
4.3.9 Ministro Ricardo Lewandowski.....	115
4.3.10 Ministro Dias Toffoli.....	116
4.3.11 Ministro Marco Aurélio	117
4.4 A TESE FIRMADA PELO JULGAMENTO DA ADO N.º 26.	118
5 OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADO Nº 26	121
5.1 O POSICIONAMENTO DO PODER LEGISLATIVO NA TRAMITAÇÃO DE PROJETOS DE LEI VOLTADOS AO MOVIMENTO LGBTQIA+	121
5.2 DIREITO PENAL MÍNIMO	125
5.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA ADO N.º 26	130
5.4 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI.....	134
5.5 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	138
6 CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS.....	148

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como fito examinar os fundamentos jurídicos e as consequências da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26 (ADO), que diz respeito à comparação da homotransfobia com o crime de racismo, além de analisar a legalidade da decisão do ponto de vista doutrinário e principiológico.

O julgamento favorável sobre a equiparação da conduta homofóbica provocou a eclosão de novas conformações, em especial, o avanço do Supremo Tribunal Federal sobre a competência legislativa para regulamentar matéria de lei até ulterior produção de norma específica, ferindo a legislação da ação direta por omissão. Assim, o estudo da decisão judicial proferida na dita ação objetiva nº 26 conduz para se posicionar contrariamente ao resultado do julgamento, uma vez que este atropelou axiomas atinentes ao Direito Penal pátrio, com a criação de tipo penal provisório ao arrepio do princípio da legalidade estrita em matéria penal.

O estudo tem perfil qualitativo e indutivo, com caráter exploratório e explicativo, realizado através de pesquisas bibliográfica, apoiada na leitura de livros que versam sobre a temática, assim como de artigos selecionados nas plataformas Portal Periódicos da CAPES e *Scientific Electronic Library Online* (SciELO). Também foi realizada pesquisa documental, incluindo a análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o trabalho está dividido em cinco capítulos. O primeiro traz uma explanação sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que se trata de uma ferramenta jurídica para realizar o controle de constitucionalidade, ao passo que, também, fora dado conhecimento sobre o mandado de injunção e todo o seu processamento, além de se proceder com o comparativo entre essas ações e seus distintos efeitos práticos, com ênfase na ação objetiva.

O segundo capítulo apresenta uma análise sobre as espécies de controle de legalidade, além da síntese da decisão da ADO, com base na lei do racismo e do caso Ellwanger.

O capítulo terceiro se assenta, preponderantemente, nos aspectos penais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, considerando a hermenêutica por meio da interpretação e da integralização, a colmatação conforme a redação constitucional, além do estudo sobre o princípio da separação dos Poderes e sua

mitigação. Examinar-se-ão, também, a conceituação e as críticas sobre o ativismo jurídico.

O quarto capítulo apresenta os conceitos de raça e racismo com base nos entendimentos dos ministros do STF, com o escopo de analisar e debater a fundamentação dos votos manejada para arrazoar os posicionamentos a favor e contrários ao julgamento do mérito da ADO n.º 26.

O quinto capítulo, por sua vez, leva à reflexão sobre os obstáculos postos à frente da decisão proferida pela Suprema Corte, considerando a existência de projetos de lei em andamento no Poder Legislativo, além das teorias do direito penal mínimo, penal do inimigo com base em Gunther Jakobs, e do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, com a proposta sobre a possibilidade de responsabilização civil do ente estatal omissa em caso de prejuízos a terceiros ante a falta de legislação específica, conforme entendimento do STF em sede de ADI nº 3.682.

Resta claro que o Supremo Tribunal Federal, através de uma postura proativa e expansivamente, proferiu decisão conjunta sobre as duas ações citadas referentes à matéria LGBTQIA+. Contudo, os votos dos Ministros deram azo a considerações jurídicas divergentes, especialmente em relação aos princípios utilizados para justificar tais entendimentos, uma vez que houve consideráveis consequências e deléveis implicações na seara do Direito Penal.

O ativismo judicial quebra paradigmas e busca concretizar os direitos fundamentais à luz da teoria contramajoritária. A sua validade é deveras tênue e decorre de uma leitura aberta que, por vezes, questiona os limites da atuação do Judiciário e suas reais atribuições e competências constitucionais.

Como resposta, é apresentada a possibilidade, com base em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de estipular prazo para o Poder Legislativo e a União tomarem providências para a construção de legislação específica, sob pena de condenação civil em desfavor do ente omissa.

2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) é um instrumento processual constitucional previsto no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma ação objetiva que poderá ser proposta por qualquer partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo governamental que não edita medidas para tornar uma norma constitucional efetiva.

Assim, a ADO é um instrumento processual importante para a defesa dos direitos fundamentais, uma vez que permite que os cidadãos e as organizações sociais exijam do Poder Legislativo o cumprimento de suas obrigações constitucionais. Deve ser proposta ao Supremo Tribunal Federal (STF), que é o órgão judicial competente para julgar as ações de controle de constitucionalidade.

2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1.1 Espécies de controle de constitucionalidade

A Carta Constitucional de 1988 mitigou o princípio da separação dos Poderes com o fito de combater excessiva atuação por parte dos Poderes através de seus representantes e, para tanto, estabeleceu um sistema dual de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, com a devida regulamentação de cada um desses mecanismos.

Com efeito, o apontado controle constitucional tem como objetivo específico impor limites na atuação estatal e zelar pelas garantias de estabilidade da Carta Magna, tutelando-a contra atos do Poder Público que venham a vilipendiar a divisão de competências previamente instituídas pelo legislador constituinte. Dirley da Cunha Júnior alude que “o controle de constitucionalidade, dessa forma, revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua

própria razão de ser”¹.

Outrossim, além de servir como averiguador da constitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, serve também para dar solução aos conflitos constitucionais, impondo limites de natureza político-jurídica ao próprio legislador derivado, aos governantes e aos órgãos da Administração Pública.

Dessa forma, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade assentam num conceito comparativo estabelecido entre uma norma constitucional e outra que contradiz o quanto previsto na primeira, tornando-se incompatível, tanto formal, quanto materialmente.

Por certo, o controle constitucional, tendo como base a supremacia da Constituição, revela-se como corolário da sistematização teórica do Estado Liberal, uma vez que os regimes políticos constitucionais têm como base a primazia das leis, com as divisões de poder devidamente estabelecidas, limitadas por meio do organismo pré-constituído à luz do princípio da Separação dos Poderes (mais conhecido como divisão de funções) e pelo sistema de freios e contrapesos.

E, diante da primazia da lei, pensamento vetor do Estado liberal, extrai-se que a legalidade determina que o Estado deve almejar suas finalidades dentro dos limites do Direito, respeitando os direitos fundamentais, cujos destinatários são os cidadãos.

Além de estabelecer o governo de leis, o Estado tem a força de limitar o exercício do poder, através da legalidade, e deve se submeter a esse limite, sendo, à vista disso, superior-subalterno, mecanismo-aferição. Nesse passo, o poder é consequência daqueles que o delimitam e que o exercem, não esquecendo que os destinatários (a sociedade civil) também fazem parte dessa arena do poder político, dando por fim a legitimidade (vontade geral) e efetivação política desse mesmo poder.

Após esclarecimento acima, convém destacar que as Constituições, na acepção de serem a carta política de um determinado Estado, são nascentes solares de poder concretizado e, para a manutenção de seus sistemas axiológicos, possuem mecanismos, através dos órgãos preestabelecidos, com a competência de

¹CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 37.

proceder com o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos à luz da hermenêutica constitucional. Dessa forma, considerando o direito comparado constitucional e a realidade brasileira, têm-se três tipos de controle constitucional: o político, o jurídico e o misto.

No que tange ao controle constitucional político, trata-se de um controle decorrente da atuação entre os Poderes Legislativo e Executivo, sendo o primeiro através do Congresso Nacional e, o segundo, por meio do Chefe de Governo. Não se trata de um controle judicial, mas, sim, preventivo, uma vez que o processo legislativo² aduz que, antes da vigência da lei, o Executivo poderá exercer seu direito de veto e, ato contínuo, este será analisado pelo Legislativo. É um controle político de constitucionalidade peculiar do sistema francês com natureza eminentemente política.

À luz do sistema brasileiro, tal controle pode ser feito de duas formas: preventivo ou repressivo. O primeiro é decorrente do processo legislativo, através do controle preventivo por meio do critério de admissibilidade e da constitucionalidade dos projetos de lei e, outrossim, das medidas provisórias, quanto à sua existência e validade, com base no controle de constitucionalidade das leis.

Por sua vez, a forma repressiva tem a finalidade de sustar os atos normativos que exorbitam o poder regulamentar do Poder Executivo ou dos limites da

² “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as matérias de que trata o art. 62, parágrafo único. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

delegação legislativa (art. 49, V, da CF/88), através do veto legislativo, tendo como forma um decreto legiferante que venha a declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, quanto a sua existência e validade da norma jurídica.

No que se refere ao controle jurídico, trata-se do sistema originário do Poder Judiciário, com base no modelo norte-americano, que legitima o acesso imediato dos julgadores à Constituição com o objetivo de procederem com o controle da constitucionalidade das leis.

A realidade brasileira se revela assentada no sistema misto, ou seja, consiste num mecanismo de controle de constitucionalidade difuso ou direto. Este último realiza por meio de provocação do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, através das ações objetivas de constitucionalidade, sendo de competência constitucional da Suprema Corte a decisão final em sede de controle de constitucionalidade.

Por sua vez, à luz do controle difuso, fundamentado no sistema norte-americano, qualquer julgador do Judiciário ostenta competência para declarar a inconstitucionalidade da lei incidentalmente, por meio da arguição da inconstitucionalidade em favor do acionado num determinado processo. Nota-se que esse controle se revela mais próximo da parte, ou do cidadão, pois possibilita a desconcentração política dos atos judiciais em prol de qualquer jurisdicionado para perseguir no Judiciário a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei ou dos atos da Administração Pública.

Em contraponto, há problemas no controle difuso, uma vez que tem o condão de violar o primado da isonomia e da universalidade das leis, considerando que não tem força para eliminar a lei que fora declarada inconstitucional, pois, outro julgador poderá, discricionariamente e devidamente fundamentado, declarar a constitucionalidade da mesma lei diante de um outro caso concreto enfrentado, havendo manifesto conflito de interpretação a ser pacificado pelo órgão judiciário competente.

Nesse passo, é sabido que a Constituição vigente apresenta três ações objetivas com o fito de se manejar o controle de constitucionalidade, além da já existente ação direta de inconstitucionalidade (Adin), todas sob a competência do

Supremo Tribunal Federal³.

Dessa forma, considerando a temática do presente trabalho, o objeto de estudo é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88), oriunda da Constituição Portuguesa.

Por esse lado, a ação objetiva por omissão se trata de uma inovação à luz das singularidades de inconstitucionalidade, tanto a ação legislativa como a executiva deve ser constitucional. Do mesmo modo, o dever de legislar deve ser exercido sob pena de ser considerado inconstitucional, em caso de falta injustificada de legislação ou por ato omissivo do Executivo, em caso de ausência de regulamentação de determinada lei, com providências a serem tomadas no prazo de trinta 30 dias.

Tal omissão legiferante tem natureza política, uma vez que a ação objetiva produz pressão para que o legislador tome providências para construir a legislação que é objeto da ação ou, noutra direção, tem natureza administrativa quando a cobrança recai sobre o órgão executivo para proceder com a integralização da norma no âmbito administrativo.

Nota-se que, em momento algum, a legislação, vigente e em comento, autoriza que a Suprema Corte produza jurisprudência para integralizar a lacuna decorrente da omissão legislativa, pois, para que haja causa de pedir para deflagração de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mister se faz a existência de uma ocorrência de descumprimento total ou parcial de legislar sobre determinada matéria que a Carta Fundamental demandou como providência para efetivá-la.

Nesse sentido, Marcelo Barros Jobim, com relevante propriedade intelectual, aponta que:

O que se pretende sustentar é que aquilo que comumente se chama de “omissão inconstitucional” pode ser tratado simplesmente por omissão, sem o qualificativo inconstitucional, pois esta ideia já está embutida naquela. Quando o Poder Legislativo retarda, de forma desarrazoada, a produção de

³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [...] art. 103, § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. *Ibidem*.

uma lei exigida para tornar efetiva uma norma constitucional, basta que se indique que esta sua inércia já resta caracterizada como uma omissão para se inferir a ofensa à Constituição. Nesse caso, dir-se-ia apenas que se trata de omissão legislativa. Não é necessário denominar essa omissão de inconstitucional, pois não existe qualquer versão validamente constitucional de uma omissão do poder público.⁴

E mais, na mesma quadra, à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é preciso chamar atenção que, no julgamento da ADI 1.439/MC/1996, a Suprema Corte firmou o entendimento no seguinte sentido:

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.⁵

Veja-se que a Lei regulamentadora da ação objetiva em comento traz, na redação do artigo 12-H, a imposição de prazo ou imposição de prazo razoável⁶, tão somente, para o órgão administrativo, não prevendo nenhuma obrigação em desfavor do Poder Legislativo, conforme determinado do legislador constituinte, nesse mesmo sentido, para quem a decisão deverá ter o efeito de avivar o legislador derivado para adotar as providências pertinentes, havendo com isso uma interpretação lógica do comando constitucional abaixo declinado:

Art. 103 omissis.

§ 2.º **Declarada a inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, **será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias** e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.⁷ (grifo nosso)

⁴ JOBIM, Marcelo Barros. **Existem Omissões Constitucionais?** Maceió: Viva, 2013, p. 71.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.439/MC/1996**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=A%C3%87%C3%83O%20DIRETA%20DE%20INCONSTITUCIONALIDADE%20POR%20OMISS%C3%83O&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 ago. 2023.

⁶ A Lei 8.968/99, que regula as ações de controle abstrato de constitucionalidade, foi posteriormente alterada pela Lei 12.063/2009 para acrescentar o art. 12-H, cujo parágrafo primeiro dispõe que “Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido”.

⁷ BRASIL, *op. cit.*, 1988.

Assim, ao analisar a redação constitucional, da vontade do legislador constituinte e, outrossim, a regulamentação feita pela Lei nº 8.968/99, não existe determinação para que o Supremo Tribunal Federal construa jurisprudência integrativa para tapar omissão provocada pela mora legiferante e, em caso de decisão constitutiva por parte da Suprema Corte, tal entendimento não tem legalidade para inovar no ordenamento jurídico, criando verdadeira jurisprudência originária, o que é proibido ao Poder Judiciário, uma vez que se trata de atribuição constitucional de competência do Poder Legislativo.

2.1.2 Natureza, sujeitos da relação, objeto, procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), como já visto, é um instrumento jurídico, previsto na Constituição brasileira, que permite àqueles que se sintam prejudicados pela omissão do poder público em efetivar uma norma constitucional, ajuizar uma ação perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para que este julgue a constitucionalidade da omissão e determine as medidas necessárias para o seu cumprimento. Tem previsão constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 trouxe na redação do artigo 103, § 2º, a ação em comento. Em sede infraconstitucional, a Lei nº 9868/99 disciplina processualmente a ADO.

A sua natureza é uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que busca a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa. Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que visa à declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, a ADO busca a declaração de inconstitucionalidade por omissão do poder público em cumprir uma norma constitucional.

Em relação ao autor da ação, possuem legitimidade para deflagrar a ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou as entidades de classe de âmbito nacional.

Já no polo passivo da ação em comento, o acionado da ADO é o poder público responsável pela omissão legislativa ou administrativa. Pode ser o Poder Legislativo, caso a omissão esteja relacionada à falta de edição de uma lei ou norma regulamentadora, ou o Poder Executivo, caso a omissão esteja relacionada à falta de efetivação de uma política pública. Em sede de competência, o Supremo Tribunal Federal é responsável por julgar a ADO e determinar as medidas necessárias para o cumprimento da norma constitucional omissa. É o órgão final de decisão nesse tipo de ação.

Em relação ao objeto da ADO, a omissão poderá ser total ou parcial; será considerada total quando não houver o cumprimento do mandado constitucional de legislar; por sua vez, será parcial, quando, mesmo havendo lei integrativa, essa revelar-se insuficiente conforme o caso enfrentado, podendo ser parcial propriamente dita ou parcial relativa.

Nesse passo, será considerada parcial propriamente dita quando, malgrado a existência da lei, esta oferece uma regulação insuficiente ou deficiente em sua redação. Noutro giro, a omissão parcial relativa é assim considerada quando apesar da existência da lei, esta acaba contemplando determinado grupo de indivíduos em detrimento de outro, sendo que o segundo também deveria ser tutelado pela redação da referida lei.

Em relação ao procedimento, seu protocolo se dá por meio de petição inicial, que deve indicar: a) a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; e b) o pedido, com suas especificações.

Será instruída, se necessário for, com o instrumento procuratório, devendo ser apresentada em duas vias, com as cópias dos documentos elementares para fins de comprovação da alegada omissão.

Uma vez proposta a ADO, sua desistência não será admitida, conforme redação do art. 5º, da lei em comento. Os legitimados poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e proceder com o depósito de documentos que considerarem úteis para a análise da matéria, respeitando o prazo das informações. Outrossim, poderão, ainda, articular memoriais.

O Advogado-Geral da União (AGU) terá prazo de 15 dias para encaminhar as informações solicitadas pelo relator. Por sua vez, em não sendo o autor, para exercer

seu direito de vistas, o Procurador-Geral da República (PGR) terá prazo igual, a ser contado após o prazo das informações.

No que tange à medida cautelar, esta poderá ser concedida em caso de excepcional urgência e relevância da matéria. Para tanto, o Tribunal decidirá, com base em decisão da maioria absoluta de seus membros e após audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão manifestar-se no prazo de cinco dias, tudo conforme preconizado pela redação do artigo 22 da lei em comento.

Com efeito, tal medida cautelar poderá determinar, no caso de omissão parcial, a suspensão da incidência da lei ou do ato normativo guerreado, outrossim, poderá incidir para suspender os processos judiciais ou os procedimentos administrativos ou, também, em diversa medida que o Tribunal achar pertinente, conforme art. 12-F, § 1º, da lei em comento.

Caso entenda indispensável, o relator ouvirá o Procurador-Geral da República no prazo de três dias. A sustentação oral, no caso do julgamento do pedido da medida cautelar, será facultada aos representantes judiciais do autor e das autoridades ou órgãos apontados como responsáveis pela omissão inconstitucional, conforme regimento do Tribunal (art. 12-F, § 3º).

Em caso de concessão da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal procederá com a publicação, em seção especial do Diário Oficial da União, além do Diário da Justiça da União, o recorte do dispositivo da decisão dentro do prazo de dez dias, solicitando informações à autoridade ou órgão responsável pela omissão inconstitucional, conforme redação do artigo 12-G da lei em estudo.

2.2 BREVE ANÁLISE SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO EM FACE DA ADO E SEUS EFEITOS DECISÓRIOS

2.2.1 Conceito, polo ativo e passivo do mandado de injunção

No presente tópico, iremos tecer comentários sobre o mandado de injunção, considerando, que se trata de uma ação subjetiva de natureza constitucional, outrossim, classificado como remédio constitucional, cujo objeto pretendido é a efetivação de um direito fundamental subjetivo e que o exercício deste se encontra obstado por ausência de norma regulamentadora.

Pois bem, entre os anos 1964-1985, o Estado brasileiro fora governado pela ditadura militar. Neste interregno da história nacional, as liberdades individuais foram limitadas por sucessivos atos institucionais que minoraram gradualmente as garantias fundamentais e suprimiram as aspirações democráticas.

Com a nova democratização e a concomitante convocação da Assembleia Nacional Constituinte, o Parlamento viu-se confrontado com a gigantesca tarefa de reconstruir o topo do sistema jurídico do país. Um dos principais desafios fora encontrar os meios adequados para proporcionar aos cidadãos e à sociedade instrumentos para garantir a aplicação eficaz das normas constitucionais. Era necessária a introdução de mecanismos garantidores dos direitos fundamentais no texto constitucional, cujo objetivo seria fornecer sucedâneos de índole constitucional eficazes para o pleno exercício dos direitos. Nesse sentido, Jobim alude que:

Em se tratando de processo da Constituição, um dos referenciais adequados para se avaliar a legitimidade dessa consolidação do “ideal constitucional” é justamente o fator tempo. Daí, surgem perguntas como: o que de fato caracteriza uma omissão (in)constitucional e quais os mecanismos institucionais para sua superação? Até que momento se poderia admitir o comprometimento da atuação efetiva da Constituição por razões de oportunidade política? Sim, porque a indefinição do tempo para a concretização das metas políticas e sociais estabelecidas na Constituição brasileira pode levar à conclusão de que o futuro do Brasil é ser sempre o País do futuro.⁸

Estabelecido no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição de 1988, regulamentada pela Lei nº 13.300/2016⁹, representa uma virada paradigmática no direito público.

Dada a aplicação direta e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, o presente remédio constitucional serve para solicitar ao Judiciário o fechamento da lacuna técnica que impede o exercício do direito diante de falhas legislativas. Assim sendo, a natureza jurídica de um ato processual (especialmente de um instrumento constitucional) é determinada com base no seu papel na garantia da proteção judicial de uma lei inaplicável.

No contexto histórico, malgrado haja divergências doutrinárias quanto às origens históricas da lei, o mandado de injunção foi diretamente influenciado pela lei norte-americana, que foi introduzida no direito constitucional americano em 1980. O remédio constitucional estadunidense em questão permite tanto a forma de

⁸ JOBIM, *op. cit.*, 2013, p. 70.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, 1988.

regulamentação restritiva (quando um ato ilícito é proibido e exige abstenção), quanto a de regulamentação obrigatória (quando é estipulado o exercício de determinado ato, sob pena de violação da lei por omissão). Embora o primeiro esteja próximo do nosso mandado, esse último resultaria em uma determinação.

Com efeito, a ação subjetiva em comento representou uma novidade na realidade constitucional após 1988, posto que não estava prevista nas constituições anteriores. Pode-se dizer que o regulamento marcou, com virtuosidade, o regresso do Estado legislativo ao Estado constitucional.

O mandado de injunção é manejado de acordo com o quanto previsto na redação do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988:

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.¹⁰

O conteúdo do inciso acima citado fora introduzido no art. 2º da Lei nº 13.300/2016¹¹, que regulamenta o procedimento e a avaliação das ações subjetivas individuais e coletivas. Embora pareça contraditório, não houve remédio constitucional adequado para superar a falta de uma disposição normativa por quase 28 anos, posto que a lei em comento fora publicada em meados de junho de 2016.

Nesse período, o Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão, em julgamento referenciador, de que o procedimento escolhido teria manejo análogo ao do mandado de segurança¹².

Os requisitos de cabimento do mandado de injunção são: i) a inviabilidade de exercícios de direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; ii) a decorrência de ausência de norma regulamentadora. À vista disso, os dois elementos acima citados devem estar ligados por um nexo

¹⁰*Ibidem*.

¹¹ “Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI nº 107-3-DF**. Relator: Min. Moreira Alves, DJU 21.09.1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>. Acesso em: 20 ago. 2023.

causal entre o vazio da lei e a impossibilidade de concretizar os direitos e liberdades constitucionais.

Para a condução do remédio constitucional em comento, não é necessário existir determinação constitucional expressa de regulamentação da norma dirigida ao legislador ou administrador, como acontece no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Apenas que determinado direito não pode ser exercido porque não existe norma regulamentadora para concedê-lo.

Quando se trata da legitimidade passiva do sucedâneo em tela, há certa controvérsia entre os posicionamentos da doutrina brasileira. A primeira tendência é que o polo passivo dessa ação seja formado pelo órgão responsável pela publicação da norma e pela pessoa física (física ou jurídica/ pública ou particular) que será responsável por preencher a lacuna. Contudo, existe a perspectiva sustentando que basta incluir este último (pessoa jurídica/física privada/pública), aquele que arca com o ônus, o que também tornaria desnecessária a constituição do polo passivo pela autoridade omitida, assim defendido por Luís Roberto Barroso¹³.

Porém, segundo Barroso:

o Supremo Tribunal Federal, no entanto, afastando-se das duas correntes acima, firmou jurisprudência no sentido de que a legitimação passiva recai somente sobre a autoridade ou órgão omissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação¹⁴.

Na mesma toada, à luz da interpretação literal na lei regulamentadora, a redação do artigo 3º aponta que a legitimidade passiva irá recair “como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora”¹⁵.

2.2.2 Efeitos da decisão em sede de ADO

A Constituição Federal de 1988 possui plexo extenso de normas com eficácia limitada, ou seja, são regras com aplicabilidade mediadora ou reduzida, que

¹³BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-108.

¹⁴*Ibidem*, p. 108.

¹⁵BRASIL, *op. cit.*, 2016.

dependem de legislação derivada. Ainda existe a necessidade de regulamentação dessas disposições constitucionais, embora tenham sido aprovadas há mais de 35 anos desde a sua promulgação.

A ausência de eficácia das normas constitucionais põe em perigo a própria ordem constitucional. Com efeito, as regras contidas na Constituição, onde se insrem os direitos fundamentais, devem ser implementadas e aplicadas. Entretanto, para que isso seja bem sucedido, mister se faz influenciar de forma eficaz os organismos e autoridades responsáveis pela regulamentação das normas constitucionais, conforme a competência originária constitucional.

A Carta Cidadã de 1988 se revela como a norma básica máxima e representa um padrão normativo para todo o sistema lógico-jurídico e, dessa forma, a implementação derivada da Lei Fundamental se apresenta como um dever e uma obrigação constitucional que não deve ser violada pelo legislador ordinário ou pelo administrador público.

De fato, dada toda a legalidade já prevista na Constituição, além da relevância de sua importância no mundo jurídico, resta desejável que as regras que definem os direitos e garantias fundamentais sejam imediatamente aplicáveis e logo efetivadas. Com base nessa afirmação, a implementação da Constituição é uma tarefa de medida necessária e não pode ser deixada à discricionariedade injustificável das autoridades públicas.

Diante do sistema de freios e contrapesos, inserido pelo legislador constituinte para o bom funcionamento do mecanismo constitucional, evitando desequilíbrio no exercício das competências, além de garantir o cumprimento regular e sem excessos da determinação constitucional de legislar ou regulamentar, a própria Constituição criou dois mecanismos de controle: a ação direta, em caso de inconstitucionalidade por omissão, e o mandado de injunção (este já estudado nas páginas anteriores).

Deveras, todas as disposições constitucionais têm efeito jurídico. Todavia, há normas de envergadura constitucional que não possuem a eficácia e aplicabilidade imediata à luz do interesse do legislador constituinte, necessitando de complementação derivada, legislativa ou administrativa, requerendo legislação posterior para sua máxima efetivação.

Nesse sentido, sobre a inconstitucionalidade por omissão e considerando que há três categorias de normas à luz do grau de eficácia (plena, contida e limitada ou

reduzida),Silva aduz que:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tomar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.¹⁶

À vista disso, a omissão legislativa inconstitucional diz respeito a disposições que não são diretas, imediatas e integralmente aplicáveis. Em outros termos, o seu âmbito se refere a regulamentações que exigem a entrada em vigor de disposições legais posteriores. Assim, as omissões inconstitucionais se enquadram em critérios de limitação da eficácia.

É relevante destacar que, em geral, as regras jurídicas são dotadas do atributo da imperatividade, ou seja, proclamam ordens que geralmente estão contidas em princípios de persuasão, que não podem ser represados pela vontade das partes. As normas imperativas podem ser proibitivas ou taxativas e proibir ou exigir certos comportamentos. Por conseguinte, uma violação de uma ordem constitucional ocorre quando um ato proibido pela Constituição é cometido ou quando a inação é tomada em relação a uma ordem constitucional¹⁷.

É fato que diante de uma determinação constitucional é possível que os poderes fiquem omissos. Dessa forma, o Poder Executivo pode quedar-se inerte e não entregar determinado benefício que o indivíduo tinha direito ou necessitava. Por seu turno, o Poder Judiciário não pode deixar de exercer a sua função típica e permanecer inerte em prestar a atividade-fim, salientando que a justiça não pode ser negada, mas a lentidão da sua administração pode impedir a satisfação das reivindicações das partes. Além disso, as deficiências identificadas nas condições de apoio judiciário podem dificultar o acesso à justiça.

Mas tal resposta do Judiciário tem limites. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior afirma que:

Esse efeito, contudo, na hipótese de omissão de medida legislativa, estaria sujeito a limites. O Poder Judiciário não poderia dispor normativamente sobre matérias constitucionais que envolvessem, por exemplo, projetos de códigos ou projetos de lei restritivas de direitos, como as definidoras de condutas delituosas e imposições tributárias¹⁸.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 49.

¹⁷ BARROSO, *op. cit.*, 2012, p. 452.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2008, p. 233.

O corolário da inconstitucionalidade por omissão pode ser observado principalmente ao nível do Poder Legislativo, quando este deixa de deliberar politicamente as disposições necessárias à aplicação das ordens constitucionais, conforme vontade deixada pelo legislador constituinte na norma constitucional. Dessa forma, a inércia do legislador ordinário em cumprir a obrigação que lhe foi imposta pelo seu par antecessor tem sido objeto de debate jurídico e doutrinário.

Nesse sentido, Silva pontua que:

Não se trata de verificar inconstitucionalidade em tese, mas *in concreto*, ou seja, a de que não se produziu uma medida (lei, decreto etc.) concretamente requerida pela norma constitucional. Não se cogitará, portanto, de efeito *erga omnes*, mas determinação diretamente dirigida a um Poder.¹⁹

É possível, à vista disso, afirmar que a inconstitucionalidade da omissão está associada, especialmente, no plano legislativo, ao descumprimento da obrigação de regulamentar e conceder a aplicabilidade de dispositivos constitucionais de eficácia limitada.

Ao compulsar o único dispositivo que regulamenta a ação direta por omissão da Constituição Federal Brasileira de 1988, nota-se também que nos casos de negligência administrativa, a decisão do Supremo Tribunal Federal não se limita a dar conhecimento da situação à autoridade em estado de omissão. Neste caso, a decisão terá natureza mandamental com previsão do prazo de 30 dias para colmatar a lacuna regulatória.

Por seu turno, em sede de legislação infraconstitucional, o §2º do artigo 12-H, da Lei 9.868/99²⁰, aduz que cabe a aplicação complementar dos efeitos das decisões proferidas no âmbito de denúncia direta de inconstitucionalidade, no que for compatível. Dessa forma, uma decisão de inconstitucionalidade por omissão só será considerada por maioria absoluta de votos no plenário do Tribunal Federal Constitucional, devendo pelo menos oito de seus ministros estarem presentes na

¹⁹ SILVA, *op. cit.*, 2013, p. 57.

²⁰Cf: “art. 12-H. Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei”. BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 07 out. 23.

sessão de julgamento.

No sistema de controle constitucional concentrado, a decisão em sede de ação declaratória por omissão terá via de regra efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativo ao longo do tempo através da aplicação do princípio da nulidade ao reconhecimento abstrato da inconstitucionalidade.

Contudo, existe a possibilidade de modular os efeitos temporais regulamentados conforme se depreende da redação do art. 27, da referida Lei 9.868/99²¹, caso seja provado por quórum de dois terços dos ministros da Suprema Corte. Esse dispositivo permite, à luz do princípio da segurança jurídica ou por razões sociais específicas, determinar que a eficácia de uma sentença terá o condão de produzir efeitos no futuro e fixar um prazo a partir do qual será declarada a inconstitucionalidade para fins de efeitos jurídicos.

Outrossim, a decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte se impõe a todos e tem efeito vinculativo às autoridades judiciárias e à administração pública nos âmbitos federal, estadual e municipal, conforme preconizado pela redação do art.28, parágrafo único, da Lei em comento²². Como se pode verificar, o dispositivo acima não aborda o poder legislativo, respeitando a necessidade de abertura do princípio democrático, ou seja, sinaliza a manifesta omissão e permite a possibilidade do debate político sobre a matéria da mora ante a competência constitucional de legislar.

Poder-se-ia até defender uma interpretação sistemática para fins de hermenêutica, mas há limites para tal exegese lógico-sistêmica, conforme defende Dirley da Cunha:

Se assim o é, não podemos nos limitar a interpretar literalmente o que dispõe aquela norma em pauta, pois aceitar, sem mais, que o único efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão conduz a uma mera ciência desta declaração ao órgão inerte, a fim de que ele supra a

²¹ Cf: “art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. *Idem*.

²² “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. *Ibidem*.”

omissão, não condiz com a real intenção do legislador constituinte, haja vista que tal resultado não resolverá o problema das omissões inconstitucionais e, no mesmo passo, da não efetividade da Constituição²³.

Nesse passo, os corolários da declaração de inconstitucionalidade por omissão dependem das vicissitudes da questão objetodessa ação, que está sujeita ao controle objetivo do Supremo Tribunal Federal.

Com uma interpretação literal do art. 103, §2º CF /88, aduz-se que, diante do caso enfrentado, o comando constitucional determina que o Supremo Tribunal Federal reconheça a omissão inconstitucional em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a informe à autoridade legislativa e administrativa. Neste último caso, a Constituição Federal prevê o prazo de 30 dias para integralização normativa. Neste caso, tem-se o efeito mandamental para o órgão administrativo, uma vez que o compele à prática de ato, sob pena de responsabilidade.

Deve-se notar que não existe qualquer possibilidade do Supremo Tribunal Federal vir a colmatar a lacuna até que a norma suplementar seja criada. Apesar da decisão na ação direta de inconstitucionalidade n. 26, foi adotada uma interpretação mais extensa do texto constitucional. Isso permite que o STF desenvolva ordenamentos adicionais enquanto se aguarda a adoção de uma lei ou ato regulamentar. Embora a doutrina reconheça esta necessidade, vários autores afirmam que tal suplementação não é juridicamente aplicável²⁴.

Nesse sentido, considerando o critério temporal, a articulista Pignatari, em sua dissertação de mestrado, aduz que:

Em suma, nas hipóteses em que o texto constitucional fixa prazo para a edição de uma norma, são ex tunc da decisão que reconhece a omissão legislativa; quando a Constituição não estabelece qualquer prazo, a decisão constituirá em mora o órgão inerte, projetando efeitos ex nunc.²⁵

Em análise do quanto acima afirmado, pode-se deduzir que as decisões que

²³ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2008, p. 231.

²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 89.

²⁵ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade**. 150 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-133203/publico/DISSERTACAO_SIMPLIFICADA_ALESSANDRA.pdf. Acesso em: 20 ago. 2023.

estabelecem omissões administrativas produzem efeitos *ex-tunc*, enquanto as decisões que estabelecem omissões legislativas produzem efeitos *ex-nunc*. À vista disso, a inferência das omissões administrativas pode ser facilmente compreendida, uma vez que o próprio texto constitucional estabelece um prazo para a adoção de um regulamento, sob pena de responsabilização da autoridade competente.

Ao revés, é de se concluir que as omissões legislativas exigem uma justificação mais complexa - à luz do marco temporal -, uma vez que é impossível determinar exatamente o que está em causa, pois fica a indagação de se a omissão surge de ato contínuo à origem da carta constitucional ou veio à baila em decorrência da dinâmica social.

Em referência à urgência ou relevância da matéria, o legislador normatizou as redações dos artigos 12-F e 12-G da Lei 9.868/99²⁶ para tratar dessa questão. Assim, a redação do artigo 12-F prevê que, em casos excepcionais em que o assunto seja urgente e importante, o Tribunal poderá, por maioria absoluta de seus membros, tomar medida preventiva, ouvidos os órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional. Logo depois, no mesmo artigo, seu parágrafo primeiro diz que:

a medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.²⁷

Desse modo, a interpretação da redação do artigo 12º-F, §1º da Lei 9.868/99²⁸ não apresenta maiores desafios para sua compreensão, todavia as dúvidas surgem sobre a possibilidade de propor norma para sanar a negligência em caso de adoção de outra disposição decorrente da decisão do Tribunal (segunda parte do § 1º).

Nesse caso, parte da doutrina acredita na impossibilidade de tal suposição, uma vez que é impossível ao Supremo Tribunal Federal tomar uma decisão sobre uma medida antecipatória que vá além dos efeitos da própria decisão em definitivo.

Sem maiores esforços de entendimento, evidencia-se que não se pode presumir que a urgente medida cautelar irá produzir efeitos que não ocorreriam

²⁶ BRASIL, *op. cit.*, 1999.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

mesmo que fosse concedida a decisão em definitivo, especialmente pelo fato de que não se pode aceitar que sepreveja aquilo que não pode ser alcançado²⁹.

Conclui-se que, ao analisar a redação do artigo 12-H, a Lei em comento determina que, no reconhecimento da omissão, o Supremo Tribunal Federal dará ciência ao Poder competente para que este dê as devidas e necessárias providências, com efeito meramente declaratório, cujo respeito à separação dos Poderes se revela explícito.

Flávia Piovesan³⁰ defende que o Supremo Tribunal Federal tem a obrigação de reconhecer a inconstitucionalidade da demora e estabelecer um prazo razoável para que o Poder Legislativo corrija a falta, o qual poderia ser equivalente ao período constitucional de urgência para projetos de lei. Caso o prazo seja expirado sem que a falta inconstitucional seja solucionada, o Supremo deveria agir temporariamente para regulamentar a situação até que o Legislativo efetivamente estabeleça as normas definitivas relacionadas ao assunto.

De acordo com a citada escritora, esse entendimento resultaria na conciliação entre o princípio político da independência do legislador e a necessidade de cumprir efetivamente as leis constitucionais. Além disso, conceder um prazo adequado para que o próprio Legislativo preencha a lacuna também garantiria a compatibilização com o princípio da separação dos poderes.

Na mesma linha intelectual, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitiero entendem que:

O princípio da separação dos poderes confere ao Legislativo o poder de elaborar as leis, mas, evidentemente, não lhe dá o poder de inviabilizar a normatividade da Constituição. Aliás, tal poder certamente não é, nem poderia ser, absoluto ou imune. Bem por isso, nos casos em que a Constituição depende de lei ou tutela infraconstitucional, a inação do Legislativo, exatamente por não ser vista como discricionariedade ou manifestação de liberdade e sim violação de dever, deve ser suprida pelo Judiciário mediante a elaboração da norma que deixou de ser editada.³¹

Em paralelo, tem-se o entendimento de Miguel Calmon Dantas, para quem:

[...] na medida em que há um caráter dirigente, estendendo-se a programaticidade sobre a política e vinculando as deliberações democráticas, o Estado Democrático de Direito legitima, por essa via, a expansão da jurisdição constitucional, deixando a função de guarda

²⁹NEVES, *op. cit.*, 2017, p. 91.

³⁰PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 126.

³¹SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1116-1118.

passivo para ser o promotor ativo da programaticidade dirigente constitucional, seja proveniente de imposições abstratas, seja de imposições concretas, seja até mesmo oriunda dos direitos fundamentais.³²

Em compasso com os posicionamentos acima declinados, a ADO nº 26, além de reconhecer a omissão legislativa, foi além do que estava previsto, ou seja, deveria dar ciência ao Legislativo sobre a omissão e a mora legiferante, mas avançou mais que o previsto, ao criar fato típico no mundo jurídico.

Pode-se notar que, em decorrência do ativismo judicial, a ADO nº 26 alterou significativamente três pontos do ordenamento normativo. A primeira diz respeito à criminalização do comportamento – criação de tipo penal no mundo dos fatos, através da interpretação – o que viola o princípio da legalidade estrita em matéria penal; a segunda diz respeito à extensão do impacto causado pelo reconhecimento de inconstitucionalidade, decorrente da existência da inação de ação por parte do legislador; e a terceira refere-se ao alcance do conceito de racismo, no qual houve uma significativa mudança constitucional, tema a ser enfrentado abaixo em tópico próprio.

2.2.3 Aspectos comparativos entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A proteção dos direitos fundamentais exige um exame sistemático do direito processual constitucional. Assim, desde que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) introduziu os postulados das garantias processuais, as constituições nacionais têm sido orientadas por estas recomendações, não apenas como meio de acesso à justiça, mas também como meio de proteção contra atos que violam direitos.

A hodierna Constituição de 1988 apresenta duas garantias normativas, mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que visam combater a omissão legislativa em desfavor do texto constitucional e da vontade do legislador constituinte, podendo inferir que:

³² DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 342.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um processo objetivo, no qual se discute a lei em tese, não havendo um conflito de interesses a ser resolvido pela prestação jurisdicional. Por outro lado, o mandado de injunção é um processo subjetivo, que busca resolver uma situação concreta de crise jurídica, amoldando-se perfeitamente ao conceito de *lide carneluttiana* (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida)³³.

Dessa forma, conforme apontado acima, há outro ponto de divergência. Trata-se do fato de que a ação subjetiva tem como objeto as omissões decorrentes dos direitos, liberdades e salvaguardas constitucionais inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania referidas no art. 5º, artigo LXXI, CF/88³⁴, ao revés, que na ação objetiva, por seu turno, tem como objeto toda e qualquer omissão.

No tocante à legitimidade ativa e competência, o mandado de injunção possui maior amplitude, pois qualquer pessoa pode figurar no polo ativo, além de outros órgãos dotados de capacidade judiciária, caso seja mandado coletivo, e a competência originária é da primeira instância ou dos Tribunais. Já a ação objetiva tem limites quanto à legitimidade, uma vez que há rol taxativo elencado na redação do art. 103³⁵ da Constituição Federal, relevando-se considerável restrição do polo ativo, cuja competência é restrita, também, ao Supremo Tribunal Federal.

Por seu turno, a legitimidade passiva para responder o mandado de injunção recai sobre a pessoa política, por força da omissão do Legislativo, sendo obrigada a responder à ação subjetiva, uma vez que impede o exercício dos direitos, liberdades ou privilégios constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No que se refere à ação objetiva, o polo passivo na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, será ocupado pela autoridade omissa que tinha a competência legal para editar a lei ou o ato normativo com a finalidade de conferir eficácia à norma constitucional, mas não o fez.

³³ *Ibidem*, p. 94.

³⁴ Cf: "LXXI - 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; BRASIL, *op. cit.*, 1988.

³⁵ Cf: "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. *Ibidem*.

De acordo com o disposto no artigo 12 -E, parágrafo 3º da Lei nº 9.868/99³⁶: “O Procurador-Geral da República, no caso de documentos de que não seja o autor, terá acesso ao documento 15 dias após o término do prazo para fornecimento de informações”. Como corolário dessa participação, a PGR contribuirá para as custas do contencioso apenas na área das ações diretas por violações da Constituição por omissões das quais não é autora.

No mandado de injunção, por força do artigo 7º da Lei 13.300/2016³⁷, haverá a participação do Ministério público para, querendo, pronunciar-se no prazo de dez dias.

Não há previsão da participação da Advocacia-Geral da União no procedimento da ação subjetiva, ao passo que dispõe o artigo 12-E, § 2º, da Lei nº 9.868/99³⁸, “o relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias”. Nota-se que a participação da AGU na ação direta de inconstitucionalidade por omissão é facultativa.

Tal qual acontece com outras ações concentradas de controle constitucional, a participação de um *amicus curiae*³⁹ também é permitida na ação objetiva para determinar a inconstitucionalidade por omissão. Destaca-se que a Lei nº 13.300/2016 não trouxe nenhuma restrição ao ingresso dos *amici curiae* no procedimento do mandado de injunção individual ou coletivo.

E mais, ao proferir decisão declarando inconstitucional uma omissão, a ação subjetiva optou pelo princípio do efeito *interpartes* (entre as partes), com restritas exceções para a possibilidade de extensão além das partes (*erga omnes*). Conclui-

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, 1999.

³⁷ Cf. “Art. 7º Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias, após o que, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão”. BRASIL, *op. cit.*, 2016.

³⁸ BRASIL, *op. cit.*, 1999.

³⁹ “A figura do ‘amigo da Corte’ é importante justamente para levar o que a sociedade tem a dizer sobre determinada matéria diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, essa figura tem o objetivo de democratizar o debate sobre a inconstitucionalidade e de legitimar socialmente as decisões do STF, tendo em vista que o cidadão não pode ser autor dessas ações e também porque os ministros que compõem o STF não são eleitos pelo povo. Portanto, o *amicus curiae* funciona como um instrumento de democratização e pluralização do debate constitucional. Mas, cuidado, ele é apenas um colaborador, e não parte”. FONTENELE, Vivian. Aspectos Gerais da Ação Direta de Inconstitucionalidade: conheça mais. **MasterJuris**. Rio de Janeiro, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://masterjuris.com.br/aspectos-gerais-da-acao-direta-de-inconstitucionalidade-conheca-mais/>. Acesso em: 08 out. 2023.

se que estas referidas exceções no mandado de injunção se tratam, na verdade, da regra adotada na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nesse sentido, Silva assevera que:

Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º. É equivocada, portanto, *data venia*, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão.⁴⁰

Ao considerar a decisão proferida com base na ação subjetiva, pode-se sustentar que a sua natureza jurídica é de cunho declaratório e constitutivo porque produz efeitos resolutivos e de aplicabilidade imediata com a sentença com efeitos *inter partes* em caso de mandado individual ou *erga omnes* reduzido (por força interpretativa do art. 13 da Lei regulamentadora) em caso de mandado coletivo.

Contudo, no que diz respeito à ação objetiva, a afirmação acima apresentada não foi defendida por parcela da doutrina, pois se a omissão for dos Poderes Legislativo e Executivo, de acordo com o texto da lei, resta à Suprema Corte apenas a declaração de omissão em relação ao Legislativo e ordenar a publicação da disposição regulamentadora à autoridade administrativa no prazo de Lei.

À vista disso, referindo-se aos efeitos da decisão da ação de inconstitucionalidade por omissão, Silva aduz que:

É, sem dúvida, um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto; e está bem que assim seja.⁴¹

Em verdade, apesar do disposto acima, o Supremo Tribunal Federal, recentemente e através da ADO nº 26, modificou sua interpretação sobre a possibilidade de edição de regulamentação para superar a omissão inconstitucional. Nota-se que, depois dessa interpretação, surge a presente divergência, tema desse trabalho, que transpassa no valor e nos efeitos do julgamento e abrange vários tópicos de indagação, com relevância ao ativismo judicial, além dos métodos interpretativos e integrativos. Outrossim, a consideração de entendimento atentatório aos princípios, a separação de poderes e a analogia *in malam partem*, sendo este o

⁴⁰SILVA, *op. cit.*, 2013, p. 453.

⁴¹*Ibidem*, p. 50 -51.

de maior relevância, uma vez que o fundo do direito da ação objetiva em estudo se assenta na controvérsia que desafiou uma questão de direito penal.

Com razão ao questionamento acima, a publicação das leis penais se enquadra no Princípio da Reserva Legal e que a lei no sentido estrito é somente norma oriunda de competência do órgão legislativo - no caso o Congresso Nacional - por ser matéria de competência exclusiva da União para legislar sobre Direito Penal, conforme capitulado no art. 22, inciso I, da CRFB⁴².

De fato, a criação de uma conduta delitiva pelo Poder Judiciário - como defendido no presente trabalho - demonstra não apenas uma depreciação ao Princípio da Separação de Poderes da República, mas também um desequilíbrio capaz de minar a ordem constitucional que proporciona garantias humanas fundamentais em matéria penal.

Diante desse cenário, chega-se à conclusão de que a sentença no âmbito da ação de inconstitucionalidade por omissão deflui essencialmente um efeito declaratório. Afirma-se essencialmente declarativo (e não apenas declaratório), considerando que também tem uma eficácia de mandamental média em face do órgão do Executivo, porquanto determina que este proceda com uma ação administrativa, sob pena de responsabilização, ao passo que, em relação ao Legislativo, tem-se eficácia mandamental baixa, uma vez que, malgrado não obrigue a edição da lei integradora, impõe uma advertência de natureza política sobre a existência da omissão e mora legislativas.

2.3 SÍNTESE DA DECISÃO EM SEDE DE ADO N.º 26

2.3.1 Lei de racismo e caso Ellwanger

As decisões judiciais, em especial, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, possuem relevância na manutenção do sistema jurídico brasileiro. A ideologia jurídica deve ser formulada a partir do contexto social em que está inserido para enfrentar os problemas de compreensão de cada sociedade como meio de formular uma decisão coerente com o cenário vivido por todo o grupo social. No entanto, há

⁴²BRASIL, *op. cit.*, 1988.

decisões que não tiveram, ou não têm, o efeito desejado pelo citado Tribunal porque não correspondiam, ou não correspondem, como contexto social e, assim, não complementam o imaginário coletivo.

Veja-se o *habeas corpus* n. 82.424-2/RS⁴³, no presente trabalho conhecido como “Caso Ellwanger”, que se converteu em jurisprudência para decisões sobre crimes racistas no Brasil. A defesa de Ellwanger fora arrazoada sobre o argumento de que o povo judeu não é uma raça porque, biologicamente falando, todas as pessoas pertencem uma só raça: o *Homo sapiens*.

O citado remédio constitucional fora decidido em 2003. Tal julgamento tornou-se um dos marcos mais importantes na problemática do racismo no Brasil, pois diz respeito a questões - sociológicas e antropológicas - que ultrapassam os limites jurídicos.

O autor, ora paciente, desse sucedâneo constitucional, Siegfried Ellwanger Castan, foi acusado de racismo depois de publicar vários trabalhos tendo como tema a Segunda Guerra Mundial, negando a extensão ou mesmo a existência do Holocausto⁴⁴ – fato histórico de notório conhecimento.

Recaiu sobre Siegfried Ellwanger Castan o cometimento do artigo 20 da Lei 7.716/89⁴⁵. A defesa reconheceu o caráter discriminatório da sua publicação, todavia, seguiu a tese de que os judeus seriam um povo e não uma raça e que o acontecimento não deveria ser classificado como crime de racismo, que é inafiançável e não está sujeito à prescrição nos termos do artigo 5º, letra XLII, da Constituição Federal⁴⁶.

No caso, a análise dos votos individuais de cada ministro do Supremo Tribunal Federal ajuda a mostrar quais fatores foram cruciais na decisão de negar o pedido de *habeas corpus* guerreado pelo supracitado paciente, ou seja, qual a

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424-2/RS**. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770347>. Acesso em: 08 out. 2023.

⁴⁴ IZIDORO, Taynara. O caso Ellwanger. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>. Acesso em: 02 out. 2023.

⁴⁵ Cf: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. [...]”. BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 5 jan. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

⁴⁶ Cf: “art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]”. BRASIL, *op. cit.*, 1988.

fundamentação nuclear serviu para a sustentação denegatória do remédio constitucional em comento.

Nessa toada, votaram a favor da concessão os Ministros Moreira Alves, Ayres Brito e Marco Aurélio. Na contramão, pela denegatória, votaram os Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e a Ministra Ellen Gracie⁴⁷.

O Ministro Moreira Alves aceitou os argumentos de defesa de Ellwanger de que os judeus não poderiam ser considerados uma raça, uma vez que a única raça existente era a humanidade, o *Homo Sapiens*, conforme dito alhures. Assim, o paciente não poderia ser acusado de racismo.

O próximo voto favorável à concessão de *habeas corpus* fora do então Ministro Ayres Britto. Seu raciocínio se baseou no fato de que a lei que criminaliza o racismo foi aprovada depois que Ellwanger cometeu o crime, fundamentando seu voto na não-retroatividade da lei penal.

Por seu turno, o Ministro Marco Aurélio também votou pela concessão da ordem a favor de Siegfried Ellwanger, alegando que ele não estava incitando a violência contra os judeus, mas apenas exercendo o seu direito à liberdade de expressão.

Contudo, restaram votos vencidos⁴⁸, pois houve formação de maioria para denegar a ordem sob vários fundamentos.

A votação do Ministro Maurício Corrêa observou que a genética proíbe o conceito de raça, mas que a expressão é utilizada como consequência sociopolítica para denotar o processo de intolerância entre os homens e que as ideias antissemitas difundidas nos livros afetam a convivência dos judeus entre a população brasileira, vindo a rejeitar o *Habeas Corpus* n. 82.424-2/RS.

Carlos Velloso, por sua vez, rejeitou o *habeas corpus* após leitura de livros, declarando que as publicações tinham caráter racista. Em sua decisão, ele cita fragmentos de obras da Editora Revisão, que pregam abertamente uma concepção antissemita. Assim como ele, o Ministro Nelson Jobim votou contra o *habeas*

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2**. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770347>. Acesso em: 08 out. 2023.

⁴⁸STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. **Consultor Jurídico**, jun. 2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-jun-26/maioria_stf_nega_hc_editor_condenado_racismo. Acesso em: 08 out. 2023.

corpus, argumentando que os livros publicados por Ellwanger visavam promover ideias racistas. Na sequência, Celso de Mello negou a ordem sob o fundamento de que só existe uma raça, que é a humana.

Na sua vez, Ellen Gracie arrazoou seu voto no texto da Enciclopédia Judaica sobre a definição de “raça” e rejeitou a ordem por não ter encontrado nenhum posicionamento concreto.

Já Cezar Peluso fundamentou seu voto pela denegatória da ordem, sob o argumento de que “a discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre”⁴⁹. O Ministro Sepúlveda Pertence, na sua vez, sustentou que o livro poderia ser uma ferramenta para a afirmação da ideologia racista e, dessa maneira, era contrário à concessão.

Em seu voto, Gilmar Mendes enfatizou o conflito entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade humana, sendo tal colisão de normas fundamentais resolvida à luz da teoria da colisão fundamental de Robert Alexy. Nesse sentido, o citado jurista alemão sustenta que:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.⁵⁰

À vista disso, mister se fez a técnica da ponderação para obter uma decisão que mais viesse a se aproximar do ideal para o caso enfrentado. Assim, destacou o Ministro Gilmar Mendes, para sustentar seu voto pela denegação com base na dignidade da pessoa humana, que a liberdade de expressão não poderia ser considerada uma norma absoluta, porque ao violar a dignidade de uma pessoa ou de um grupo, tornar-se-ia inválida. No entanto, isso não significaria que o princípio estivesse sendo considerado nulo ou que parte dele viesse a ser afastado, mas sim que houvesse um sopesamento para não afrontar outros postulados.

Com efeito, o artigo 5º, XLII, expressa a precisão do princípio geral da igualdade e da não discriminação. O destinatário é uma pessoa vítima de racismo. O artigo representa uma inovação em relação à Constituição de 1988 e faz parte de

⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no HC nº 82.424/RS**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 08 out. 2023.

⁵⁰ALEXY. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

um processo mais amplo de esclarecimento dos direitos humanos, capitulados como direitos fundamentais, que caracteriza o nosso texto constitucional. A sua peculiaridade reside no rigor da proteção penal, o que ilustra a importância que a Constituição atribui ao combate às práticas racistas.

A redação da norma constitucional contida no artigo 5º, LXII, sobre o crime de prática de racismo e capitulado como conduta delitiva e suas variantes através da legislação infraconstitucional, funda-se em teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas e lhes atribuem características de “raça” para discriminá-los, nascendo daí a previsão do art. 20 da Lei nº 7.716/89⁵¹.

Por sua vez, a discriminação cometida no caso Ellwanger enquadra-se na categoria de racismo, conforme fora decidido no resultado do *habeas-corpus* nº 82.424-2/RS.

A Constituição de 1988, tendo em conta a dignidade da pessoa humana e os seus direitos, dispõe no artigo 5º, inciso XLI, que “a lei pune qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁵²; ao passo que o artigo XLII estipula que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”⁵³. Esta citada proteção penal tem características próprias, que não são idênticas às outras, igualmente rigorosas, também listadas no artigo 5º, Título II da CRFB, uma vez que, no remédio constitucional em estudo, a conduta considerada racista recai na interpretação sobre o preconceito contra árabes e mulçumanos, em igual referência ao antissemitismo.

Para tanto, o sistema brasileiro⁵⁴ adota normas internacionais, por exemplo, sobre direitos humanos, na forma de emendas constitucionais, restando evidente, em conclusão, que a resolução se apresenta explícita em sua interpretação para inferir que a conduta praticada por Ellwanger foi discriminatória, considerada, assim, um ato de racismo.

⁵¹ BRASIL. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁵² BRASIL, *op. cit.*, 1988.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cf. “art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. *Ibidem*.

2.3.2 Síntese concreta da decisão da ADO nº 26

É sabido que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26 abordou um tema delicado e atual na legislação brasileira, que necessitava de um enfrentamento por parte da sociedade, através do debate político, com o fito de se construir uma legislação primária protetiva ante o estado de vulnerabilidade dos membros da comunidade LGBTQIA+.

Pois bem, a ação foi proposta pelo Partido Popular Socialista e tinha como principal escopo a criminalização da conduta homofóbica e transfóbica e incluí-las no conceito ontológico e constitucional de racismo. E, para tal desiderato, ou seja, para obter uma decisão positiva no Supremo Tribunal Federal, haveria a necessidade de se debater sobre o enquadramento do Congresso Nacional mora inconstitucional, devido à ausência de debate e possível aprovação da lei sobre homotransfobia.

Nessa toada, ao largo dos pedidos principais, fora pleiteado ao Supremo Tribunal Federal que estipulasse um prazo razoável para a adoção de leis de criminalização ou de ação afirmativa da Suprema Corte por meio da corrente concretista à luz do mandado de injunção. Assim, deveria a Corte Guardiã construir um entendimento a ser aplicável ao caso enfrentado até ulterior deliberação de norma específica com a temática da tutela LGBTQIA+.

Outrossim, foi guerreado o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro, bem como o pagamento de indenização às vítimas de homofobia e transfobia, também por ações anteriores ao reconhecimento do atraso legislativo ou, alternativamente, aos casos após o reconhecimento da mora legiferante.

De mais a mais, a maioria dos pedidos da exordial foi atendida, sendo rechaçado o pedido de indenização⁵⁵, uma vez que a ADO se trata de ação objetiva ao revés do mandado de injunção. Em síntese, fora reconhecida a omissão do poder legislativo em adotar as normas sobre combate à homotransfobia e, dessa forma, a

⁵⁵ Conforme trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello na ADO nº 26: “Pleiteia-se, finalmente, o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, condenando-se a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa a indenizarem as pessoas do grupo LGBT prejudicadas pelo comportamento omissivo ora imputado ao Estado”.

mora em cumprir o disposto da redação do art. 103, § 2º, da Carta de 1988, além do quanto determinado na legislação infraconstitucional da Lei nº 9.868/99⁵⁶, art. 12-H.

Ocorre que o pedido de responsabilidade civil objetiva foi rejeitado na decisão porque o Supremo Tribunal Federal considerou que o dano e o nexo causal dependem da propositura de uma ação individual e, como é de conhecimento jurídico, a ação direta de inconstitucionalidade se trata de um procedimento regulatório abstrato com um único objetivo: a proteção objetiva da norma constitucional, sem referência a situações jurídicas de natureza específica *inter partes*. Nesse sentido, segue excerto do voto do relator Celso de Mello:

Vê-se, daí, que o exame da pretensão de índole reparatória formulada pelo autor, além de importar na investigação de situações concretas e na discussão de interesses individuais, implicaria aprofundada análise de elementos probatórios, o que se revela inadmissível neste processo de controle normativo abstrato, considerado, estritamente, o teor do pleito ressarcitório deduzido pela agremiação partidária⁵⁷. (sem os grifos do original)

Houve pontos relevantes que serviram como pilar de sustentação da decisão: primeiro, destaca-se o entendimento do conceito de racismo, tendo como hermenêutica de partida o caso Ellwanger (HC 82.424/RS)⁵⁸; ao passo que, segundo, tal entendimento jurisprudencial serviu para arrazoar a aplicação da Lei 7.716/89⁵⁹ (Lei do Racismo) aos casos de homofobia e discriminação de transgêneros. Nesse sentido, segue fragmento pertinente do voto de Celso de Mello:

Se o Congresso Nacional, no entanto, a despeito de cientificado por esta Corte de sua omissão, deixar de adotar as providências cabíveis no prazo estipulado, legitimar-se-á, segundo jurisprudência firmada por esta Corte, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal formular solução jurisdicional que viabilize, enquanto não sobrevier a legislação reclamada, a aplicação da norma constitucional impregnada de eficácia limitada.⁶⁰ (sem os grifos do original)

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela ampliação do conceito de racismo, não o limitando a um entendimento naturalmente biológico ou antropológico. Ao revés, entendeu a Corte Guardiã que o significado de racismo deveria ser mais amplo e espreado numa dimensão cultural e sociológica, com o objetivo de albergar

⁵⁶ BRASIL. *op. cit.*, 1999.

⁵⁷ Trecho extraído do voto do Rel. Min. Celso de Mello em sede de julgamento da ADO nº 26, p. 24.

⁵⁸ BRASIL. *op. cit.*, 2003.

⁵⁹ BRASIL. *op. cit.*, 1989.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 68.

situações de agressão baseadas na orientação sexual e na identidade de gênero, conforme compreensão do Relator da ADO nº 26:

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de homotransfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social. Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder – permite identificá-lo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados “outsiders” e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito.⁶¹ (sem os grifos do original)

Pois bem, ao analisar a fundamentação do voto de Celso de Mello, pode-se afirmar que a ideia de analogia *in malam partem* e o princípio da reserva de lei penal foram afastados por uma interpretação constitucional conjugada com os mandamentos contidos no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Carta Cidadã de 1988, para garantir maior ampliação da definição de racismo⁶².

Em sentido contrário ao entendimento acima, Ricardo Lewandowski sinalizou sobre a impossibilidade de extensão do tipo penal para alcançar a conduta transfóbica ao crime de racismo, conforme excerto de seu voto:

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.⁶³

No mesmo passo, Marco Aurélio filiou-se no entendimento do voto divergente sobre a impossibilidade de se criar tipo penal através da decisão que, naquela oportunidade, estava sendo construída. Veja-se:

Cuidam-se de providências de todo incompatíveis com a natureza declaratória da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Reconhecer parcialmente a impropriedade da ação, na extensão postulada

⁶¹ *Ibidem*, p. 95.

⁶² Cf. Constituição Federal. Art. 5º, XLI e XLII. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. BRASIL, *op. cit.*, 1988.

⁶³ Trecho extraído do voto do Min. Ricardo Lewandowski em sede de julgamento da ADO nº 26, p. 514.

pelos autores, confunde-se com a própria delimitação do alcance da atuação do Supremo ante a relação com os demais Poderes, no que cede perante o reconhecimento de princípio ínsito a todo e qualquer Estado de Direito que se pretenda democrático: o da reserva de lei em matéria penal.⁶⁴

Por sua vez, Dias Toffoli alinhou-se em comunhão com o entendimento dos votos divergentes, em apertadíssima síntese, externou que “Vou pedir vênias à maioria, que proferiu doutíssimos votos, para acompanhar o voto hoje proferido pelo Ministro **Ricardo Lewandowski**”⁶⁵ (grifo no original).

Com a ressalva dos votos divergentes acima, em maioria, o Supremo Tribunal Federal decidiu na mesma linha do relator, mas enfrentou resistências por outras autoridades. Nesse sentido, a Advocacia-Geral da União se posicionou pela improcedência da ação objetiva em análise, sob a alegação da inexistência de omissão inconstitucional pelo Congresso Nacional ante a falta de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. Nesse sentido:

A eminente Senhora Advogada-Geral da União em exercício, MARIA APARECIDA ARAUJO DE SIQUEIRA, ao pronunciar-se nestes autos, sustentou a improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁶⁶

No mesmo compasso, o Senado Federal se posicionou pela improcedência escudado nos princípios da Legalidade Penal e Separação dos Poderes, além da independência do Legislativo, suscitando sobre a existência de várias tipologias de sanções (crimes contra a dignidade, homicídio qualificado, lesões corporais, agravantes etc.) que poderiam ser utilizados para combater a homotransfobia.

No âmbito jurídico, a controvérsia acerca da flexibilização dos direitos essenciais é um assunto intrincado. Por um lado, a concepção de que certos direitos são absolutos e indivisíveis - como o direito à vida e à liberdade - é crucial para preservar a dignidade humana. Por outro lado, as circunstâncias cotidianas nos confrontam com situações em que esses mesmos direitos podem entrar em conflito, demandando reflexão e análise minuciosa.

Nesse sentido, diferentemente da percepção que a flexibilização possa passar, a relativização não implica em negar a relevância dos direitos fundamentais. Pelo contrário, ela reconhece que, em circunstâncias excepcionais específicas, a

⁶⁴ Trecho extraído do voto do Min. Marco Aurélio em sede de julgamento da ADO nº 26, pag. 552.

⁶⁵ Trecho extraído do voto do Min. Dias Toffoli em sede de julgamento da ADO nº 26, p. 558.

⁶⁶ Trecho extraído do voto do Rel. Min. Celso de Mello em sede de julgamento da ADO nº 26, p. 23.

implementação de um direito absoluto pode exigir uma análise ponderada em relação a outros direitos ou valores significativos.

Em tese de doutorado, Laura Cecília Fagundes dos Santos Braz aduz que:

O jurista e animalista Daniel Braga Lourenço apresenta a tese fundamental de que esse núcleo, inclusive das confissões afro-brasileiras, não seria atingido se, ao testar a razoabilidade e proporcionalidade, o resultado fosse favorável ao valor ambiental, destacando que, até mesmo no âmbito da sociologia das religiões, há campo e espaço para a evolução. Com isso, Lourenço esclarece que tanto a manipulação das forças sagradas quanto a invocação das deidades e oferendas podem efetivamente prescindir do sacrifício animal, submetendo-se sempre a novas interpretações e práticas, logo elas não são revestidas pelo caráter do absolutismo⁶⁷.

Em cada situação em questão, é preciso fazer uma análise meticulosa dos direitos que estão em conflito, levando em conta diversos elementos, tais como: o tipo e a gravidade dos direitos em questão; as particularidades específicas do caso; os princípios e valores em que se fundamenta a lei; e as possíveis repercussões de cada escolha.

Laura Cecília aponta que

Reconhece-se que o atual momento se caracteriza por intensas manifestações em prol do aperfeiçoamento do sistema jurídico, ainda muito embebecido de antropocentrismo, através da criação de normas mais eficientes, que ofereçam soluções eficazes aos conflitos do presente, face às constantes mudanças culturais⁶⁸.

É importante estabelecer como base que os direitos essenciais constituem um conjunto coeso de normas e princípios que se relacionam, se complementam e se aplicam mutuamente, conhecido como princípio da coerência do sistema jurídico ante a leitura da conjuntura social, não podendo o Direito permanecer estático diante da dinâmica social.

A singularidade da convivência em comunidade demonstra que ocasionalmente é preciso ponderar direitos fundamentais em benefício da defesa de outros direitos semelhantes:

Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentarem outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais⁶⁹.

⁶⁷ BRAZ, Laura Cecília Fagundes dos Santos. **Liberdade religiosa ou sacrifício animal?** O estudo do re n. 494601/RS. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021, p. 107.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 167.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.

Em relação ao assunto em questão, o Supremo Tribunal Federal já expressou seu posicionamento:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que essas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁷⁰

Apesar da resistência apresentada, além do comunicado do Senado Federal suscitando pelo aguardo do julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não havia mais tempo a esperar e julgou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26 e reconheceu a omissão e o estado de mora inconstitucional e decidiu pela equiparação da conduta transfóbica ao crime de racismo, ao arrepio do primado constitucional da legalidade estrita em matéria penal.

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 12-5-2000.

3 ASPECTO PENAL DA ADO Nº 26

Conforme afirmação da Carta Cidadã de 1988, é função do Poder Legislativo deliberar sobre o ordenamento primário, inovando ou modificando o sistema jurídico. Por sua vez, as decisões judiciais devem ser tomadas para resolver conflitos com o fito de harmonizar a sociedade. Eugenio Raúl Zaffaroni entende que:

É inquestionável que dirimir conflitos entre pessoas é uma função judicial, mas isto não serve para caracterizá-la, porque há outros órgãos do Estado que fazem o mesmo, sem contar os muitos particulares que também o fazem. De toda forma, não há dúvida de que dirimir conflitos é uma função judicial e que é necessário que os cidadãos gozem de um eficaz serviço judiciário e de um amplo acesso a ele⁷¹.

Malgrado a possibilidade do exercício de determinadas funções atípicas por parte dos Poderes, equilíbrio entre eles deve ser promovido através do sistema de “freios e contrapesos”, cuja incidência já predeterminada pela própria norma constitucional à luz do artigo 2º, da CF/88.⁷²

Nessa perspectiva, se a ânsia da sociedade pela construção de uma determinada legislação não é suficiente para ensejar o movimento do Poder Legislativo na criação de tipos penais incriminadores para a proteção de direitos fundamentais, não se pode deixar ao livre arbítrio a movimentação ilimitada do Poder Judiciário em tal sentido, na medida em que a forma como essa proteção deve ocorrer é tarefa atribuída ao parlamento.

A legislação penal, delimitada pelo princípio da reserva de lei, acaba por implicar o cerceamento das liberdades públicas e, por conseguinte, a sua evolução deve observar a cláusula democrática e seguir os ditames do processo legislativo, cuja hermenêutica deve respeitar, em todo caso, o conjunto harmônico do ordenamento jurídico.

⁷¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 35.

⁷²“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL, *op. cit.*, 1988.

3.1. APLICABILIDADE DOS MÉTODOS INTERPRETATIVO E INTEGRATIVO NO DIREITO PENAL

Através dos controles de constitucionalidade, a exegese constitucional se relaciona à própria Carta Magna vigente, cuja interpretação é balizada nas margens da carga principiológica e nas previstas regras e, também, influencia o ordenamento infraconstitucional.

Com efeito, aduz a mitologia grega que Hermes⁷³ era o mensageiro de Zeus, que fazia a interpretação da mensagem dos deuses para os meros mortais, daí, surge o nome “hermenêutica” e, no presente capítulo, hermenêutica constitucional. Na esfera do Direito, hermenêutica consiste na ciência como meio laborativo da interpretação, uma vez que, no contexto jurídico, pode-se dizer que o entendimento da lei, através de sua redação, é produto da interpretação por meio da hermenêutica.

No magistério de Carlos Maximiliano, o entendimento de hermenêutica é “a teoria científica da arte de interpretar”⁷⁴ e tem como objeto “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito.”⁷⁵

Ainda no entendimento de Carlos Maximiliano:

A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para se chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que envolveu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica. Esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio delas fixa novos processos de interpretação; enfeixa-os num sistema, e, assim, areja com um sopro de saudável modernismo a arte, rejuvenescendo-a, aperfeiçoando-a, de modo que se conserve à altura do seu século, como elemento de progresso propulsor da cultura profissional, auxiliar prestimosa dos pioneiros da civilização.⁷⁶

⁷³O termo “hermenêutica” advém de Hermes, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir ou interpretar as mensagens das divindades. Hermes significa, portanto, “mensageiro dos Deuses”. ANDRADE, Flávio da Silva. A hermenêutica jurídica segundo Carlos Maximiliano. **Revista TRF1**, Brasília, v. 28, n. 9-10, set./out. 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/107711/hermeneutica_juridica_segundo_andrade.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

⁷⁴MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17.

⁷⁵*Ibidem*.

⁷⁶*Ibidem*.

Dessa forma, após explanação preliminar do entendimento sobre hermenêutica, faz-se necessário analisar os métodos de interpretação constitucional adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse passo, é de bom tom enaltecer a relevância do conhecimento sobre os métodos de interpretação constitucional, uma vez que a Constituição Federal, que se encontra no ápice da pirâmide normativa, deve ser devidamente interpretada.

É sabido que, no âmbito do Direito Constitucional, a hermenêutica tem como escopo servir como caminho de interpretação para dirimir os conflitos e colisões entre direitos e bens constitucionalmente tutelados. Dessa forma, a interpretação constitucional deve ser feita, à revelia de suscitação de hierarquia, considerando o momento histórico, o contexto político, além das hodiernas ideologias, para se extrair o melhor entendimento dotado de capacidade para dar solução, com base no preceito jurídico, ao caso enfrentado, uma vez que tal resposta irá irradiar no mundo jurídico, quer seja no âmbito público, quer seja no âmbito das relações privadas.

A interpretação constitucional se trata de meio de extrema relevância, pois, além de conservar os valores do ordenamento jurídico deixado pelo legislador constituinte na ocasião de sua edição e promulgação, o intérprete tem a missão de dar aplicabilidade a conceitos vagos e, por muitas vezes, indeterminados, diante da dinâmica social e de se manter uma constituição viva para ser atualizada ao contexto social ora vivido por meio da hermenêutica constitucional.

Para tanto, o intérprete da norma constitucional precisa ter o conhecimento sobre os valores básicos dos princípios que norteavam a sociedade à época de sua promulgação e comparar a conjuntura social atual para melhor se alcançar os objetivos almejados pelo legislador originário da época, buscando com isso o melhor sentido semântico da norma constitucional. Assim, a fim de alcançar uma racional interpretação, com maior amplitude em sua semântica, faz-se necessário ao exegeta conhecer as balizas principiológicas.

Dessa forma, em respeito ao Princípio da Unidade da Constituição, não se pode perder de vista que o ordenamento constitucional se trata de um sistema unitário, não podendo haver interpretação que venha a contrariar o próprio sistema normativo, não podendo o intérprete incorrer numa interpretação fragmentada do todo com o fito de se evitar tensões, contradições ou antinomias, quer sejam de 1º

ou 2º grau. Conforme Eros Grau, o referido princípio da unidade da Constituição aponta que “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”.⁷⁷

Outrossim, com base no Princípio do Efeito Integrador, no desenlace das questões jurídico-constitucionais, a integração político e social deve ser privilegiada através dos critérios de interpretação, além de servir para reforçar o corpo político do ordenamento constitucional. Servirá, também, para respeitar as diversidades para fins de solidária coexistência. Com razão, a Lei Fundamental, mais do que firmar e confirmar em sede de interpretação, a ordem jurídica, atua para desenvolver e dar continuidade à unidade política, pressuposto de condição de validade do sistema jurídico⁷⁸.

Não menos importante é que a interpretação da redação constitucional deve ter maior eficácia com densidade na sua efetivação social, trata-se do Princípio da Máxima e Efetividade ou da Eficiência, cuja aplicação, em especial, recai nos direitos fundamentais. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).⁷⁹

Nessa toada, à luz do Princípio da Justeza ou da Conformidade Funcional, a Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal) tem como missão produzir uma hermenêutica com força normativa à Constituição quando na interpretação da norma constitucional, evitando, contudo, insurgir-se, modificar ou desassossegar o sistema de organização e funcionamento orquestrado pelo legislador constituinte, ao revés, deve-se buscar a manutenção do Estado de Direito. Trata-se de um primado decorrente do Princípio da Separação dos Poderes, que deverá ser respeitado na

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 181.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178.

⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.224.

interpretação das normas constitucionais, não podendo a Suprema Corte, na qualidade de intérprete da Constituição, agir como legislador positivo⁸⁰.

E mais, conforme o Princípio da Concordância Prática ou Harmonização, ao interpretar o texto constitucional, não se pode ferir de morte ou sacrificar determinado bem jurídico em favorecimento de outro, uma vez que deve haver uma coexistência de uns em relação aos outros, não existindo predominância, mas, sim, harmonia no sistema interpretativo constitucional, pois os bens possuem igualdade em seus valores, considerando que não se pode falar em hierarquia, caso ocorra conflito entre eles. Dessa forma, a interpretação deve respeitar limites e condicionantes, cuja hermenêutica deve se assentar no sistema pré-organizado pelo legislador constituinte. O articulista Adolfo Mamoru Nishiyama, em trabalho realizado sobre os princípios em tela, sustenta que:

O princípio da harmonização tem sido observado, até agora, na colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Subjacente ao princípio da harmonização está a ideia do igual valor dos bens constitucionais que impede, como solução do conflito, o sacrifício de uns em detrimento aos outros e estabelece limites e condicionamentos recíprocos para se conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses bens.⁸¹

Dessa forma, no que se refere ao Princípio da Força Normativa da Constituição, poderá o intérprete extrair várias interpretações da norma constitucional, mas, ao final, deve prevalecer aquela que mais contribua com os fins desejados pelo legislador constituinte, além de que seja dotada de maior amplitude de eficácia, aplicabilidade, estabilidade e em compasso com a conjuntura social, tudo com o fito de tornar a Constituição viva em seus objetivos. Nesse sentido, Konrad Hesse aduz que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais,

⁸⁰ NOVO, Benigno Nuñez. A concretização da Constituição diante do Direito. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-concretizacao-da-constituicao-diante-do-direito/1309767133>. Acesso em: 02 set. 2023.

⁸¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Os princípios da interpretação constitucional**: a razoabilidade, a proporcionalidade e outros princípios interpretativos. Disponível em: [file:///C:/Users/Dell/Downloads/Dialnet-OsPrincipiosDaInterpretacaoConstitucional-4057029%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Dell/Downloads/Dialnet-OsPrincipiosDaInterpretacaoConstitucional-4057029%20(1).pdf). Acesso em: 02 set. 2023.

técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.⁸²

No campo das escolhas de suas várias interpretações, considerando os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, o intérprete tem que prestigiar uma exegese prudente, equânime, dotada de bom senso, que evite o excesso e que, ao final, afirme os valores da norma constitucional ou jurídica. Nesse passo, Luís Roberto Barroso, sobre o Princípio da Razoabilidade pondera que:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva.⁸³

Por seu turno, considerando o princípio da proporcionalidade, Barroso averba que, tanto na doutrina lusitana, quanto na brasileira, apoiando-se no entendimento teórico alemão, tal postulado possui tríplice dimensão, uma vez que:

[...] se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos⁸⁴.

Por fim, neste ponto sobre a escolha da melhor interpretação, tem-se o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, que alerta ao intérprete que ele deve prestigiar a interpretação que esteja em harmonia e compatibilização com o objeto constitucional, não se podendo interpretar para contrariar a redação constitucional. Com efeito, o controle constitucional deve ser instrumentalizado para prestigiar a melhor interpretação de uma lei ou norma e buscar a sua constitucionalidade e conformação com a Constituição.

⁸² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar F. Mendes. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf. Acesso em: 02 set. 2023.

⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 2.019.

Trata-se de um princípio que pode ser entendido como: i) princípio hermenêutico; ii) princípio de controle da constitucionalidade; iii) princípio de conservação das normas; iv) e, outrossim, como técnica de decisão. Nesse sentido, Canotilho nos ensina que:

É fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma.⁸⁵

À vista disso, a hermenêutica constitucional parte de uma interpretação dotada de prévios limites impostos pelo próprio texto constitucional. Outrossim, no entendimento de Lenio Streck “é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”.⁸⁶

Superada a exposição sobre os limites impostos pela carga principiológica à interpretação constitucional, mister se faz afunilar o objeto do capítulo em tela, que é a aplicabilidade dos métodos interpretativo e integrativo no Direito Penal.

É sabido que o Direito deve ser entendido como um campo dinâmico, cujo intérprete deve dar vida no momento da subsunção do fato à norma, uma vez que o fato e o Direito estão imbricados, donde o segundo só terá legitimidade se levar em consideração os valores hodiernos e os fatos com suas especificações.

Dessa forma, o Direito de ontem já não será o mesmo Direito de hoje em decorrência de sua mutabilidade interpretativa corolário das metamorfoses sociais, pois a realidade traz novas situações e o legislador deve dar respostas a tais mudanças da sociedade, ao passo em que o intérprete deve criar novos precedentes corroborados pelas novas transformações sociais.

Então, pergunta-se se é possível surgir, nessa remodelagem do tecido social, lacunas no Direito vigente e, se o intérprete, ao aplicar as técnicas de interpretação, encontrará um ordenamento ilimitado, ou não, para poder desenvolver os precedentes, considerando que o Direito se “modifica e se adapta às novas exigências e necessidades da vida”⁸⁷.

⁸⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 1.226.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 443.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

Com efeito, malgrado Hans Kelsen tenha defendido que o Direito deve ser interpretado à luz do pressuposto normativo, ele não negligenciou a existência das externalidades valorativas e fáticas, outrossim, com base em Miguel Reale, em sua teoria tridimensionalista do Direito (fato, valor e norma), ao afirmar que:

A análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos sucintamente lembrados, demonstra que a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a valores determinados.⁸⁸

Assim, apesar de toda a metamorfose legislativa e social, é importante que ocorra uma interdependência no sistema normativo, mesmo que venham a surgir incongruências ou lacunas, em face da deficiência do sistema, ou antinomias, decorrentes de possível conflito de normas do próprio ordenamento jurídico.

Assim, surge para o intérprete a necessidade de enfrentar a lacuna, por exemplo, na esfera penal, posto que nem sempre o ordenamento existente está apto para enfrentar determinada demanda desse livro do Direito.

Nesse ponto, o magistério de Tércio Ferraz Sampaio Júnior apresenta um reiterado exemplo, com base nessa dinâmica do sistema jurídico, em especial, tendo como exemplo o furto de energia:

O furto de energia elétrica que, quando passou a representar um problema para a ordem jurídica, não era configurado por nenhum tipo penal (que falava em furtar coisa móvel, não se enquadrando energia elétrica como tal, devendo, então, por força do princípio *nullun crimin nulla poena sine lege*, ser admitido como comportamento penalmente admissível).⁸⁹

Nota-se que houve uma questão de deficiência/integridade do ordenamento jurídico, outrossim, considera-se como lacuna, que demanda uma decisão ao caso concreto.

Malgrado a relevante hermenêutica que deve ser produzida no âmbito do direito privado, na seara penal, a questão apresentada no exemplo citado se torna de fácil interpretação ou exegese em face do princípio da legalidade e seus correlatos, uma vez que ninguém poderá ser acusado – e jamais condenado – se não existir cabal tipicidade penal que alcance o ato reprovado e suas elementares,

⁸⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 511.

⁸⁹FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed., São Paulo: Atlas. 2008, p. 185.

não há o que se falar em indigitado, quiçá condenado, considerando a inexistência prévia de conduta delitativa, ou seja, ausência de previsão necessariamente legal.

Apesar da rigidez do ordenamento penal, não se pode deixar de lado que há norma processual penal e norma penal, donde se extrai que o processo comporta a possibilidade da instrumentalização por meio da integração, relativizando, com isso, a legalidade, pois é o entendimento que se extrai da redação do artigo 3º do Código de Processo Penal⁹⁰, com a confirmação de que, em caso de lacuna, o intérprete poderá se valer da analogia e dos princípios gerais do Direito.

Com efeito, a analogia é um dos métodos de integração da Lei, diante de uma lacuna na redação da norma, ou seja, uma hipótese não regula por lei, podendo ser aplicado a interpretação de um caso semelhante a outro da mesma matéria e natureza.

Entretanto, na regra penal, a manobra interpretativa não pode ocorrer em decorrência do impedimento imposto pelos princípios da legalidade e da anterioridade penal, no qual este estabelece previsão anterior para imputação delitativa.

Nesse sentido, Silva ensina que:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito submete-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela sua busca da igualização das condições dos socialmente iguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude da lei.⁹¹

Dessa forma, a analogia é bem-vinda no campo do aspecto processual penal, e, não obstante a vedação legalista na esfera penal, existe a possibilidade da analogia para beneficiar o réu (analogia *in bonam partem*), de modo que a sua

⁹⁰“Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06 set. 2023.

⁹¹SILVA, *op. cit.*, 2013, p. 423.

utilização comporta considerável limite na lei penal, apenas incidindo em favor do indigitado.

Com efeito, o princípio da legalidade em matéria penal se trata de uma garantia individual (art. 5º, XXXIX, da CF/88), segundo a qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁹², cuja interpretação não pode ser flexível, por se tratar de uma garantia relacionada ao direito de liberdade do indivíduo, impedindo que a atividade legiferante seja transferida a outrem o encargo de definir o que venha a ser crime e, respectivamente, capitular penas.

3.2 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO NA ADO N.º 26

De início, mister se faz atentar para a diferença entre hermenêutica e interpretação, considerando que são termos dicotômicos. No entendimento de Carlos Maximiliano, interpretação é a aplicação da hermenêutica, defendendo que o objetivo da exegese jurídica é estudar e sistematizar os processos aplicáveis à determinação do significado e do alcance das expressões jurídicas⁹³. Por sua vez, interpretar é a tarefa exercida pelo executor para extrair sua carga máxima de intenções. Desse modo, é “[...] determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.⁹⁴

Com efeito, Eros Roberto Grau alude que:

O Direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete⁹⁵.

Dessa forma, o Direito é decorrente da interpretação da norma, ou seja, o texto de lei se encontra pronto para ser colocado em análise pelo intérprete, e será

⁹² BRASIL, *op. cit.*, 1988.

⁹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.1.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.

no momento que ocorrer a subsunção da redação do texto (mundo do dever-ser⁹⁶) ao caso concreto (mundo do ser⁹⁷), quando será extraída e conhecida a verdadeira intenção da norma, defendendo Grau que

isto é: a interpretação – que é interpretação/aplicação – vai do universal ao singular, através do particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis (= do direito) no mundo do ser (= mundo da vida)⁹⁸.

Ainda, o autor em comentário pontua que:

O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado –, a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado.⁹⁹

Para o ex-ministro do STF, trata-se a interpretação de uma prudência, considerando que interpretar conduz a várias possibilidades com potência de aplicabilidade ao caso concreto - através da lógica jurídica -, sendo a exegese escolhida a mais adequada, não havendo que se optar entre o certo e o errado, mas, sim, entre aquilo que é mais justo. Veja-se:

O intérprete atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da consequência [Comparato]: a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz].¹⁰⁰

É sabido que se trata a Constituição de norma superior e que, decorrente do labor legiferante dos legisladores constituintes, irradia seus valores sobre todo o ordenamento jurídico, vinculando o legislador ordinário no momento da criação normativa decorrente ou derivada, considerando que qualquer norma contrária à Carta Magna será qualificada como inconstitucional.

A Constituição é a suprema norma do regramento jurídico, de modo que sua interpretação deve ser feita com peculiar zelo e critérios específicos, se comparada com a interpretação da legislação infraconstitucional, uma vez que a norma constitucional é considerada como o guia normativo de um determinado sistema

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 38.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 36.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 32.

jurídico. Além do mais, a Constituição possui relevante peso jurídico, pois é composta de densa carga axiológica de uma determinada sociedade.

No entendimento do Robert Alexy, as orientações que são definidas como princípios são consideradas como ordens de otimização que servem para decidir, uma vez que normas que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”¹⁰¹.

Em consonância, neste recorte, Miguel Reale aponta que o Direito também se fundamenta em princípios¹⁰², afirmando que o legislador reconhece que o Direito possui seus princípios fundamentais¹⁰³, além de que:

Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam mais ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios. Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários¹⁰⁴.

Dessa forma, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade exige a compreensão sobre como fazer uma hermenêutica jurídica a ser realizada pelo Poder Judiciário que respeite os limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes, mas que não venha a enfraquecer a atuação dos Tribunais na busca de garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

É decorrente desse embate de atuação que nasce a interpretação conforme a Constituição, técnica criada e utilizada para servir de meio exegético para interpretar a norma constitucional no campo cinzento entre o limite do princípio democrático e o princípio da supremacia constitucional sem desrespeitar o primado da separação dos Poderes.

O fundamento do princípio da interpretação conforme a Constituição tem sua base vinculada ao próprio texto constitucional, determinando que a hermenêutica a ser feita pelos meios interpretativos considera que o próprio texto da norma constitucional é o fundamento e o limite da metodologia exegética.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

¹⁰² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 61.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 62.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 60.

Nessa linha de entendimento, Luiz Roberto Barroso, ao falar sobre o princípio da razoabilidade, no contexto da interpretação constitucional, sobre os atos do Legislativo, aponta que “a verdade, contudo, é que, ao apreciar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária, o juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável”¹⁰⁵.

No mesmo entendimento, Barroso sustenta ainda:

Diante disso, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo ser o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento.[...].¹⁰⁶

Nessa toada, a técnica da interpretação conforme a Constituição exige que haja a incidência do princípio da razoabilidade para que se faça o sopesamento sobre a adequação entre os meios e os fins almejados pela Constituição no âmbito do controle constitucional.

Mais à frente, nos próximos capítulos, os votos dos ministros na ADO n. ° 26 serão analisados com base no recorte sobre a fundamentação utilizada para a sustentação pela procedência da referida ação objetiva e, outrossim, do entendimento pela improcedência. Será defendido que o uso das redações dos incisos XLI e XLII, do art. 5º, da CF/88, fora interpretado de forma isolada e, dessa forma, de encontro à hermenêutica lógico-sistemática¹⁰⁷ da Constituição, no que tange ao confronto dos posicionamentos com o princípio da reserva legal em matéria penal.

Pois bem, nesse ponto acima, Eros Grau defende que não se pode interpretar o direito em tiras¹⁰⁸, ou seja, aos pedaços, não podendo haver interpretação isolada. Veja-se:

A interpretação de qualquer texto do direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado,

¹⁰⁵ Nesse sentido BARROSO, *op. cit.*, 1999, p. 221.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 228.

¹⁰⁷ Cf. Maximiliano: “Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexos entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem-compreendido. MAXIMILIANO, *op. cit.*, 2011, p. 100.

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44.

desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.¹⁰⁹

Dessa forma, decorrente da Revolução Francesa, a subordinação à lei fora elevada à baila principiológica, revelando como uma das grandes vitórias da sociedade, ao passo que, hodiernamente, a legalidade (Lei nº 7.716/89) se encontra sob a égide constitucional (no artigo 5º, inciso II, da CF/88)¹¹⁰, cujo confronto normativo - regras e princípios assentados no texto constitucional – revelam-se como supremos a serem abraçados pelo direito posto.

Além disso, a unidade constitucional, assim considerada para fins de sistema jurídico, serve para evitar que haja contradições de valores e que ocorra uma interpretação da redação constitucional por pedaços.

Desse modo, ao analisar a fundamentação utilizada nos votos dos ministros que se posicionaram favoravelmente à procedência da ADO n.º 26, restou identificado que o entendimento prevalente se revelou à revelia do princípio da legalidade, uma vez que este primado fora citado em poucas passagens no bojo dos votos, havendo, assim, uma criação de tipo penal ao arrepio da própria norma constitucional.

Também, todas as prescrições constitucionais são dotadas de normatividade, e, dessa forma, sua interpretação não pode ser fragmentada, mas, sim, como um todo, conforme defendido por Norberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-los¹¹¹”.

Com efeito, construir uma jurisprudência de índole constitucional exige um trabalho cirúrgico do intérprete, uma vez que se irá laborar a redação do núcleo formado pelos direitos e garantias fundamentais, com exigência do respeito aos limites que surgem dessa preleção do texto da Carta Magna vigente, pois, ao ampliar o conceito de racismo na ótica social, o intérprete – os ministros que votaram pela procedência - ignorou que ali, o objeto da ação objetiva, tratava-se de matéria de índole penal e, à revelia da Lei Fundamental, ultrapassou os limites impostos pela

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ O princípio da legalidade, externado no artigo 5º, inciso II, da CF/88, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Logo, as obrigações dos indivíduos só podem ser criadas por espécies normativas produzidas em conformidade com o devido processo legislativo.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

própria clausula pétrea – núcleo constitucional – do no artigo 5º, inciso II, da CF/88, e, dessa forma, feriu-se de morte essa citada redação, por meio de um ativismo judicial que se entronizou mais o conteúdo (proteger grupo vulnerável) do que a forma (limites constitucionais do próprio controle de constitucionalidade).

E mais, o Direito Penal tem raízes no Direito Constitucional, isto é fato; são dois direitos entrelaçados e fundamentais, uma vez que abarcam a contenda entre os direitos do indivíduo e os da sociedade. Com o advento da constitucionalização do Direito, a seara penal se tornou limitada pela própria Constituição para se evitar abusos e arbitrariedades praticadas pelo próprio Estado, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana¹¹², por se tratar de um cânone da representatividade da qualidade de ser humano.

A exegese da norma constitucional - interpretação conforme a Constituição - não pode ferir o princípio por ricochete, uma vez que, ao alargar o conceito de racismo, a Suprema Corte acabou criando tipo penal de forma transversa decorrente da inovação de índole delitativa, matéria de competência do Poder Legislativo, fato que arranhou profundamente os limites institucionais na relação dos Poderes constituídos.

Em artigo publicado sobre a temática em comento, o articulista Thiago Bonato Carvalho, em relevante explanação, defende que:

O princípio da legalidade estrita em matéria penal (*princípio da reserva legal*), portanto, impõe que a criminalização de condutas seja realizada, *exclusivamente*, após debate parlamentar exaustivo sobre a matéria. Se proposições legislativas ainda tramitam no Congresso Nacional, é sinal de que a *criminalização da homofobia* ainda guarda restrições junto ao povo e seus representantes, e por lá devem ser discutidas e pacificadas. É o *preço* da democracia, e da adoção constitucional da teoria da separação de Poderes¹¹³.

Como resultado, prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana é respeitar os limites impostos pelo próprio texto constitucional, pois a criação de normas penais - e a consequência da ADO n.º 26 foi dar vigência, perante a sociedade, à tipificação legal em matéria penal da conduta de homotransfobia - está subordinada à legislação de reserva de lei e compete ao Poder Legislativo, através

¹¹² Art. 1º, III, CF, da CRFB/1988.

¹¹³ CARVALHIDO, Thiago Bonato. Elasticidade do crime de racismo afronta a Constituição Federal. **Conjur**, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-30/thiago-carvalhido-elasticidade-crime-racismo-afronta-constituicao>. Acesso em: 20 ago. 2023.

do Congresso Nacional, em compasso com a competência privativa da União, legislar sobre Direito Penal¹¹⁴, cujo entendimento é corroborado nas lições do jurista Guilherme de Souza Nucci:

Ao cuidarmos da legalidade, podemos visualizar os seus três significados. No prisma político, é a garantia individual contra eventuais abusos do Estado. Na ótica jurídica, destacam-se os sentidos lato e estrito. [...]. Neste último enfoque, é também conhecido como princípio da reserva legal, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal.¹¹⁵

Por consequência, não precisa de dilação ótica para concluir que, ao ampliar e equiparar a conduta transfóbica ao crime de racismo, o Poder Judiciário criou tipo penal e, como corolário, feriu de morte o princípio da separação dos Poderes da República (pelo povo, para o povo e com o povo), e se revelou numa deformidade institucional com potencial para corromper o tecido da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais na seara penal, ao custo do achincalhamento do postulado da dignidade da pessoa humana.

3.3 CRÍTICAS À ADON.º 26

3.3.1 Princípio da separação dos poderes e a sua mitigação

Conforme pregado pela doutrina, a Teoria da Separação dos Poderes, também conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos (*checks and balances*), com base nas obras de Platão, Aristóteles e John Locke, fora celebrada pelo escritor, filósofo e político francês Charles-Louis de Secondat, conhecido pela literatura como Barão de Montesquieu (1689-1755), no período da Revolução Francesa, 1789, marco histórico da implantação do modelo de Estado Nacional, sendo ambiente político utilizado para assentar a divisão dos poderes.

Em sua obra “A Política”, discorre Aristóteles que, na antiguidade clássica grega, havia três órgãos independentes com o escopo de ordenar o poder estatal: o Poder Deliberativo (deliberava sobre os negócios do Estado); o Poder Executivo

¹¹⁴Art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. Ed. Revista dos Tribunais. 2007, p. 85.

(aglutinação das funções necessárias à ação do Estado); e o Poder Judiciário (cargos da jurisdição)¹¹⁶.

Tal separação, conforme compreendia Montesquieu¹¹⁷, em sua obra “O Espírito das Leis”, publicada em 1748, tinha, e tem, como um dos objetivos, evitar a tirania ou concentração do Poder em uma pessoa só, afastando, com isso, o retorno de governos tiranos ou absolutistas, devendo existir autonomia e limites entre os Poderes, cujo valor axiológico fora incorporado como pressuposto do constitucionalismo. Não à toa, a teoria da separação dos poderes foi incluída na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹¹⁸.

Na qualidade de princípio, a Separação dos Poderes defende a autonomia como requisito de validade e legitimidade para o Estado Democrático, sugerindo que cada Poder cumpra sua função típica, mas havendo integração entre eles, garantindo, assim, uma harmônica interação e independência nas suas prerrogativas.

Com efeito, tal sistema de controle serve para relativizar a tripartição dos Poderes, uma vez que limita o Poder pelo próprio Poder, considerando que cada um detém sua competência constitucional, mas os demais atuam, como atribuição típica, no controle sobre o exercício da citada competência político-jurídica.

Examinando que a ciência política e a teoria geral do Direito imputam o entendimento tripartite do Poder à sabedoria grega e no magistério do saudoso professor Dalmo Dallari, este lecionou que:

O antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.¹¹⁹

¹¹⁶ PIRES, Ana Carolina Fernandes Pires. Conceito Histórico de Separação de Poderes. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historicodaseparacao-dos-poderes>. Acesso em: 05 ago. 2023.

¹¹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹¹⁸ “Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>). Acesso em: 05 ago. 2023.

¹¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217.

Nesse sentido, o sistema tripartite do poder, no entendimento de Montesquieu, almeja, no mínimo, oferecer à sociedade a validação de que seus direitos serão considerados. Malgrado seja uno o poder, mister se faz fragmentá-lo em funções típicas – Executivo, Legislativo e Judiciário – demonstrando-se com isso que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a efetivação das atribuições estatais serão legais e legítimas, buscando-se o bem comum e o senso de justiça, por meio da interação à luz da harmonia e independência de prerrogativas.

Tal harmonia refere-se à possibilidade de que haja o controle da atividade, uma vez que os Poderes possuem plexo de competência constitucional e não poderá haver injusta invasão de um na competência do outro, além de que não haverá subordinação entre aqueles.

Com efeito, a questão da tripartição do poder, para Montesquieu, foi de tamanha relevância a ponto de suscitar que não se poderia falar em liberdade se não houvesse a divisão dos Poderes:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares¹²⁰.

No que se refere à Separação dos Poderes na Constituição de 1988, salientando que tal fragmentação tripartite esteve presente em todas as Constituições brasileiras com os três poderes nas condições atuais - harmônicos e independentes -, buscou a Carta Magna expressar na redação do art. 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”¹²¹.

¹²⁰MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1993, p. 168.

¹²¹BRASIL, *op. cit.*, 1988.

Firmou, de forma indubitosa, a tripartição dos Poderes republicanos, com a devida partilha das atribuições constitucionais de cada Poder, mas não de forma absoluta, uma vez que poderá haver o compartilhamento de atribuições e mescla de atuação, onde os três Poderes irão atuar em comunhão, como no caso de julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, sem esquecer das funções atípicas, que cada um poderá exercer internamente.

Nesse sentido, *v.g.*, a doutrina de Luigi Ferrajoli alude que

A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (artigo 129, I, CRFB), tornando a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados.¹²²

No magistério de José Afonso da Silva, este doutrinador constitucionalista aduz que o princípio da divisão de poderes “exprimem, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da organização dos poderes”¹²³.

Com efeito, quando se fala em independência dos Poderes:

(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.¹²⁴

Por seu turno, no que tange a harmonia da tripartição orgânica, entende-se que:

A harmonia dos poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder em sua independência são

¹²²FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. 3. ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567.

¹²³SILVA, *op. cit.*, 2013, p. 108.

¹²⁴*Ibidem*, p. 112.

absolutas. Há interferências, que visam "ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados."¹²⁵

Quanto às funções atípicas, a Carta Magna de 1988, no seu artigo 62, prevê que "em caso de urgência e relevância, o presidente da república poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional"¹²⁶. Ato contínuo, o § 3º do aludido artigo aponta que

as medidas provisórias, [...] perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.¹²⁷

No que se refere ao controle legislativo, aduz a Constituição de 1988 que é possível haver a arguição dos atos típicos executivos, com base nos critérios da legalidade, legitimidade, economicidade e, ainda, o Congresso Nacional tem a competência de sustar os atos executivos que venham a exorbitar o poder regulamentar por parte do chefe do Poder Executivo, como bem lembrado por Montesquieu para quem:

Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas; e é esta a vantagem que possui este governo sobre os de Creta e da Lacedemônia, onde os cosmos e os éforos não prestavam contas de sua administração.¹²⁸

É de fácil constatação os mecanismos do sistema de freio e contrapesos distribuídos na Carta de 1988 para os Poderes, levando em consideração a harmonia e a independência.

Com efeito, tem para o Poder Executivo a possibilidade de realizar o controle sobre os atos do Legislativo, conforme as respectivas redações dos artigos 66 e 84, ambos da CF/88. Em relação ao controle sobre o Judiciário, o Executivo possui competência na redação do art. 84, XII, da CF/88.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ BRASIL, *op. cit.*, 1988.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ MONTESQUIEU, *op. cit.*, 1993, p. 174.

Por sua vez, o Judiciário realiza o controle do Legislativo com base na redação do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O Executivo é alvo de controle do Judiciário quando se examina o que vaticina o artigo 103, § 2º, da CF/88. Veja-se:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Nessa quadra, outrossim, com a reforma do Judiciário por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, fora criado e inserido no corpo constitucional o artigo 103-A, que deu base legal e regulamentação para a súmula vinculante, que se trata de enunciado editado apenas pela Suprema Corte que, uma vez preenchidos todos os requisitos (art. 103-A, da CF/88), tem força de lei, vinculando tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública, além de determinar o respeito à força impositiva das decisões da citada Corte Guardiã.

Conforme dito acima, foi inserida pela reforma do Poder Judiciário através da EC nº 45/2004, havendo a criação do aludido instrumento jurídico com o fito de dar mais celeridade e harmonia às decisões judiciais, cuja regulamentação ocorreu por força da Lei nº 11.417/06.

A súmula vinculante possui efeito *erga omnes*, devendo ser obedecida pelos demais órgãos judiciais e, também, administrativos, cuja natureza jurídica não é pacífica, ora sendo ato jurisdicional, ora sendo compreendida como ato normativo, havendo corrente que entende ser um ato normativo de função jurisdicional.

Nessa toada, não se pode esquecer que se pode falar em controle a ser exercido pelo Legislativo em face do Judiciário, quando se compulsua a redação do artigo 58, § 3º, da CF/88:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos

Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Nota-se que o legislador constituinte buscou enaltecer as prerrogativas dos Poderes, mas não se esqueceu de mitigá-los com a inserção implícita do sistema de freios e contrapesos em seus institutos com o intuito de que não houvesse prevalência de um determinado Poder sobre o outro, mas, buscando, através de mecanismos jurídicos, operacionalizar as prerrogativas constitucionais, além, concomitantemente, que se precedesse um sistema de controle entre os mesmos, não havendo o que se falar sobre rigidez absoluta ou total separação entre eles, tudo em favor da busca, efetivação e limitação do bem comum.

3.3.2 Conceituação e crítica ao ativismo judicial

É de relevância, antes de se enfrentar o ativismo jurídico, tecer comentários sobre a interpretação constitucional, espécie de interpretação jurídica – que consiste na atividade de evidenciar ou imputar propósito ou objetivo à norma jurídica ou fontes do ordenamento jurídico -, cuja finalidade se assenta no meio para, primeiramente, distinguir norma (conteúdo) e dispositivo (texto normativo).

Não menos importante, para fins de interpretação, é a distinção entre regra e princípio, onde ambos são espécies de norma jurídica à luz da hodierna doutrina, cuja exegese requer um entendimento diverso por parte do intérprete, uma vez que regra tem arcabouço legal já determinado como permitido, autorizado ou obrigatório, ao passo que o princípio se trata de norma geral de alto grau de densidade valorativa, cuja incidência é de maior amplitude e de maior falibilidade também.

Com base no recorte do presente tópico, que tem como objetivo analisar a hodierna atuação do Supremo Tribunal Federal, apoiando-se na exegese da positivação dos princípios no texto constitucional, essa intensa produção hermenêutica não se trata de caso isolado na nossa Suprema Corte, ao contrário, no Direito Comparado, as Cortes Constitucionais vêm se destacando em vários países através do ativismo judicial. Veja-se:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.¹²⁹

Ocorre que o cenário brasileiro é de destaque no que tange a atuação da Corte Constitucional, quer seja pelo volume, quer seja pela amplificação dos atos, decisões decorrentes do ativismo jurídico, conforme Luís Roberto Barroso, para quem “todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume”¹³⁰.

Para melhor compreensão, o ativismo jurídico tem origem no contexto interpretativo da novel hermenêutica constitucional (neoconstitucionalismo), assentado nos princípios e nas cláusulas gerais do Direito, além do mais, soma-se a essa técnica jurídica a inércia legislativa, que acaba entregando campo aberto para que o Supremo Tribunal Federal seja provocado por meio das ações¹³¹, objetiva e subjetiva, para promover e tutelar a efetivação das liberdades e direitos fundamentais, interferindo por meio da “judicialização”¹³², e, por consequência, na discricionariedade política inerente à atividade típica legiferante, que detém esta amplitude deliberativa para alcançar a vontade geral¹³³. Veja-se:

Via de regra, há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas**, Brasília, OAB, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 08 ago. 2023.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*, p. 24.

¹³³ “[...] só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum”. ROUSSEAU, *op. cit.*, 1999, p. 33.

ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares. Quando, porém, se retiram dessas mesmas vontades os mais e os menos que se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral.¹³⁴

Com efeito, é por meio dessa vontade geral que a lei é expressa e, dessa forma, deve se posicionar acima da vontade particular, por ser enunciado máximo do bem comum.

Para tanto, é através do legislador, por meio da elaboração das leis, cuja atuação se dá no campo político, que a vontade geral será expressa do embate entre o interesse particular e a busca do bem comum, conforme entendimento de Jean-Jacques Rousseau:

O legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é por seu gênio, não o é menos pelo seu cargo. Não se trata de magistratura, nem de soberania. Esse cargo, que constitui a República, não entra em sua constituição. É uma função particular e superior que nada tem em comum com o império humano, porque, se aquele que manda nos homens não deve mandar nas leis, aquele que manda nas leis não deve tampouco mandar nos homens; do contrário suas leis, Ministros de suas paixões, nada mais fariam, muitas vezes, do que perpetuar suas injustiças, e ele nunca poderia evitar que opiniões particulares alterassem a sanidade de sua obra.¹³⁵

Diante da possibilidade de se ter como consequência a efetivação da política através do ativismo jurídico, Rousseau, em sua filosofia, enaltece o Poder Legislativo no âmbito de um Estado maduro e soberano:

O princípio da vida política repousa na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro, que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixa de funcionar, o animal morre.¹³⁶

Pois bem, quanto à definição de ativismo jurídico, não existe na doutrina pátria um conceito fechado, ao revés, há vários conceitos firmados. Apenas por amostragem, para Barroso, o ativismo jurídico é:

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo

¹³⁴ *Ibidem*, p. 37.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 106.

descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹³⁷

Nota-se que o referido autor aponta a redução da atividade legislativa que acaba deixando de cumprir uma vontade do legislador constituinte e, diante da mora, deixa de regulamentar direitos fundamentais ou políticas públicas de natureza social, ocasionando que essas deixem de ser contempladas pela atividade estatal, com a falta de proteção a grupos minoritários.

Na mesma quadra, Continentino, provocando a indagação sobre o negativo entendimento da palavra ativismo na doutrina brasileira, aduz que:

Significaria, pois, ativismo judicial a extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário? A usurpação de competência institucional alheia (Executivo ou Legislativo)? Erro da decisão? Decisão proferida por juiz inconsequente? A adoção de uma metodologia da interpretação escusa? O casuísmo jurídico? Uma decisão progressista? Ou, ao invés, conservadora? Quem sabe, simplesmente, uma decisão da qual eu ou você discorda? Enfim, uma decisão que frustra uma expectativa prévia?¹³⁸

Aponta o articulista que, considerando a conotação negativa do entendimento sobre ativismo, é necessário se indagar sobre o perfil das pessoas que são indicadas para compor a Suprema Corte, analisando quem foi o Presidente que as indicou, qual a ideologia política do governo na época da indicação para se entender se existe ou não uma Corte Ativista. Veja-se:

Poderíamos, assim, começar por uma investigação do perfil dos Ministros integrantes do STF, o que representaria um primeiro passo para alavancar os elementos da avaliação. Qual Presidente os nomeou? Quando? É que, embora não tenha levado a termo uma pesquisa específica, é possível identificar a existência de certos laços de natureza diversa (ideológica, axiológica, política etc.) entre o Presidente da República e os cidadãos indicados ao cargo de Ministro do STF.¹³⁹

Depois, precisaremos analisar o posicionamento da maioria dos integrantes da Corte Constitucional sobre os temas que tenham como direito de fundo as garantias, liberdades e direitos fundamentais, além do entendimento sobre o mandado de injunção - que se trata de remédio constitucional subjetivo para

¹³⁷ “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”. Cf. BARROSO, *op. cit.*, 2009.

¹³⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496562>. Acesso em: 08 ago. 2023.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 145.

perseguir a garantia do exercício de um direito fundamental -, devendo ser estudada a opinião de cada um dos ministros e o entendimento institucional do Supremo Tribunal Federal.

Deve-se atentar sobre o entendimento de integridade e coerência do sistema constitucional, como falado nesse trabalho sobre a metáfora de Dworkin (*Romance em Cadeia*)¹⁴⁰, onde o filósofo estadunidense enalteceu que os juízes devem escrever suas decisões em folhas limpas, mas dando continuidade aos capítulos pretéritos, evitando transformar juízos de valor próprios em Direito. Veja-se:

Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma convicção religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita.¹⁴¹

E mais, o *Romance em Cadeia* apresenta um entendimento de que as decisões judiciais devem ser postas numa mesma linha interpretativa com os anteriores capítulos de um romance, e estes estarão sob a responsabilidade do juiz ou do tribunal que recebeu um determinado caso concreto para analisar e decidir, respeitando, claro, os fatores sociais, econômicos e políticos da época, além das nuances do caso concreto.

Dessa forma, os intérpretes ou operadores do Direito têm a obrigação de construírem uma jurisprudência coerente e que respeite a integralidade do sistema normativo vigente, uma vez que tratando-se de princípio, que possui natureza bastante abstrata, deve-se, a despeito da construção reflexiva e argumentativa, manter a integralidade - conforme defende Dworkin - do sistema normativo com base na redação constitucional e, dessa forma, haverá uma construção jurisprudencial assentada nos axiomas mais expoentes da dignidade humana.

¹⁴⁰À luz de Dworkin, fazendo uma mescla sobre o *Romance em Cadeia*, aduz que a hermenêutica do Direito deve ser por meio de uma escrita literária, pontuando-se nos pretéritos julgamentos sobre o primado da igualdade feitos pelos julgadores passados e reescritos pelos atuais. Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 09.

¹⁴¹*Ibidem*.

Em especial, neste trabalho, tem-se que o ativismo não pode servir de meio para transformar o Direito em política, evitando-se, com isso, o “casuísmo jurídico”¹⁴², Nesse sentido, Continentino defende que:

Em consequência, o “casuísmo jurídico” é o inimigo número um da noção de coerência ou integridade no direito e, ao mesmo tempo, o elemento revelador do ativismo judicial. Decisões distintas proferidas por um mesmo tribunal ou juiz em situações semelhantes deixam transparecer um forte potencial de ativismo, além de subjetivismo e de irracionalidade judicial.¹⁴³

E de onde surge o ativismo jurídico? Decorre, em regra, da inércia do Poder Legislativo que, com baixa produção legiferante, não promove, por motivos vários, a efetivação de políticas públicas ou sociais voltadas para as minorias, dando espaço para que o Poder Judiciário, por meio de mandado de injunção ou por ações objetivas através do controle de constitucionalidade, venha a construir jurisprudência com matérias puramente políticas, imiscuindo, por vezes, as atribuições legislativas de forma transversa, transformando-se em verdadeiro protagonista da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

E mais, hodiernamente, o Judiciário brasileiro, cuja racionalidade do Direito tem como base a família Romano-Germânica¹⁴⁴, tem se posicionado e atuado em determinados fatos com puro ativismo judicial que, por muitas vezes, as decisões ativistas tiveram como objeto os direitos fundamentais decorrentes do garantismo constitucional, justificado pelos mandados constitucionais, conforme compreendido por Konrad Hesse:

A Constituição não se configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.¹⁴⁵

¹⁴² *Ibidem*, p. 146.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**, v. 4, n.1, mar. 2009, p. 4. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>. Acesso em: 10 ago. 2023.

¹⁴⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

Dessa forma, através da Suprema Corte, o espaço jurídico transforma-se em verdadeira arena política, já que, diante da omissão do Legislativo, os grupos minoritários, que deveriam ser assistidos e terem suas questões deliberadas pela vontade popular através da representação da democracia semidireta, acabam batendo na porta do Judiciário para ter suas demandas analisadas e deliberadas pelo Direito, cujas ações constitucionais acabam ganhando legitimação em face da matéria discutida, que são os direitos fundamentais de alta grandeza à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, diante da importância dos bens jurídicos discutidos. Nesse sentido, há o entendimento de Manoel Messias Peixinho, para quem:

A judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes. A judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos.¹⁴⁶

Dessa forma, mister se faz que o intérprete, quer seja a autoridade judiciária singular ou o próprio colegiado, abstenha-se de impor suas vontades ou interesses particulares que venham a se desvirtuar dos padrões normativos – conforme aludido acima na metáfora de Dworkin – vindo, dessa forma, o ativismo a ser um caminho proativo utilizado pelo Judiciário para interpretar a norma constitucional para exprimir ao máximo os comandos constitucionais e até a própria vontade de legislador constituinte, em sua extensão e sentido, cuja atuação, conforme dito alhures, é decorrente do encolhimento do Poder Legislativo, que ficou inerte em exercer seu trabalho político, causando corolários severos à sociedade no que tange ao exercício dos direitos fundamentais e sociais.

Nesse ponto, Rousseau, ao desenvolver seu conhecimento no *Contrato Social sobre o Estado* (o príncipe¹⁴⁷) e o Soberano (o legislador¹⁴⁸), não se esqueceu do colegiado da magistratura (o tribuno¹⁴⁹), para quem atribuiu o entendimento que este corpo é o fiel da balança entre o Princípio e o povo, entre

¹⁴⁶ PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3>. Acesso em: 09 ago. 2023.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 147.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

este e o Soberano e o definiu como sendo “o conservador das leis e do poder legislativo”¹⁵⁰. Veja-se:

O tribunato não é uma parte constitutiva da Cidade e não deve dispor de nenhuma parcela do poder legislativo nem do executivo, mas é justamente aí que reside sua maior força, pois, nada podendo fazer, tudo pode impedir. É mais sagrado e reverenciado como defensor das leis do que o príncipe que as executa e o soberano que as dita. [...] O tribunato sabiamente equilibrado é o mais firme apoio de uma boa constituição, mas, por pouco que cresça sua força, tudo subverte. [...] O tribunato degenera em tirania quando usurpa o poder executivo, de que é apenas o moderador, e quando quer outorgar as leis que só lhe compete proteger.¹⁵¹

Chama a atenção que Rousseau defendeu que a magistratura (o tribunato) não poderia se arvorar e usurpar as competências do governo executivo (o príncipe) nem a legiferação (o soberano), outrossim, aludiu que a melhor forma de impedir tal intromissão ou usurpação seria a suspensão temporária da magistratura de tempos em tempos, cuja regulamentação desse intervalo deveria ser pautada em lei, não devendo ser um intervalo extensivo para que o caos não se instalasse: “E parece-me eficaz porque um magistrado novamente reintegrado em suas funções não parte do mesmo poder do seu antecessor, mas apenas do que a lei lhe concede”¹⁵².

Nessa toada, na seara do ativismo jurídico, revela-se que há o deslocamento do eixo político para o campo jurídico, rompendo-se com o limite imposto pela divisão orgânica e o tecido político-social para se albergar debaixo do sombrero da judicialização. Nesse sentido, Lenio Streckaduz que:

Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. O processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, etc. – torna-se um instrumento permanente da cidadania.¹⁵³

Dessa forma, com o citado rompimento, nota-se a existência de uma crise decorrente da mora legislativa, que acaba levando demandas de índole constitucional por meio das ações constitucionais para o Judiciário, expandindo a

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 147-148.

¹⁵² *Ibidem*, p. 148.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

atuação deste Poder por meio do ativismo, que tem como corolário a ampliação interpretativa e, muitas vezes, a própria inovação jurídica.

Daí que nascem as críticas ao ativismo jurídico, considerando que parte da doutrina entende e aprova o protagonismo do Judiciário da implementação e efetivação dos direitos sociais. Mas há, ao revés, aqueles que criticam o ativismo judicial. Veja-se o posicionamento do citado autor:

Há um conjunto de obras que tratam da judicialização no Brasil e daquilo que pode ser considerada a sua vulgata, o ativismo judicial. Nelas — e cito (*Jurisdição e Ativismo Judicial, Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais e Levando o Direito a Sério* são algumas) — há uma forte acusação ao protagonismo judicial. Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?¹⁵⁴.

Com efeito, o presente trabalho posiciona-se ao lado da doutrina que rechaça a hodierna realidade da justiça brasileira – repita-se, não se está aqui negando proteção aos grupos vulneráveis – que vem fazendo políticas públicas ou sociais por intermédio de um protagonismo da Suprema Corte, que acaba ultrapassando os limites impostos pelos princípios republicanos da Separação dos Poderes, da Legalidade e Reserva Legal, além do princípio da Segurança Jurídica. Veja-se o posicionamento de Streck:

Assim, a partir da diferença entre ativismo e judicialização e da relevante circunstância de que o STF não representa o estado da arte dessa fenomenologia deste país de proporções continentais, há uma série de pontos que devem ser abordados. Como venho referindo em vários livros e textos, os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer. [...] ¹⁵⁵

Nessa senda, a exemplo do ativismo jurídico no direito comparado, tem-se o caso *Lawrence v. o Estado do Texas/EUA*, *Lourenço v. Texas*, que se revelou como sendo uma decisão de relevante densidade jurídica do Supremo Tribunal dos

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. O ativismo jurídico existe ou é imaginação de alguns? **Conjur**, jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 21 ago. 2023.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

Estados Unidos¹⁵⁶, uma vez que considerou inconstitucionais as sanções penais para o assédio sexual, com base no princípio da independência. Fato foi que a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucional a lei de sodomia do Estado do Texas, invalidando, também, outras demais leis da mesma matéria de outros Estados estadunidenses, considerando a interação sexual das pessoas do mesmo sexo um ato legal.

Todavia, considerando o sistema jurídico brasileiro, baseado no Direito Romano-Germânico, em que a lei foi elevada ao patamar de princípio fundamental, Carlos Eduardo Dieder Reverbel afirma que:

Assim – em um sistema que tem por base a lei – a percepção do ativismo judicial parece ser um mal maior. Mas certamente este ativismo judicial, ao menos no Brasil, possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política, a falta de consenso sobre pontos fundamentais.¹⁵⁷

Apenas para fins de ilustração, o autor defende que o direito romano prestigia o princípio da legalidade juridicamente devida, conforme citado trecho acima, mas, no sistema inglês (consuetudinário), privilegia-se o princípio do processo jurídico devido e não o estatuto (lei). Veja-se:

Mas o princípio da processualidade deve obedecer a determinados requisitos, “a começar, ao menos, pelos de forma, como, por exemplo, o juiz natural, a ampla defesa, a igualdade de armas, a licitude das provas, a presunção de inocência etc...”. Vê-se, portanto, que não é qualquer processo, mas o princípio do processo jurídico devido. Assim, o juiz desenvolve o direito nos países de tradição de Common Law. É da essência desse sistema que o direito opere pelo judiciário. Na célebre frase do Juiz Wendell Holmes: “a constituição dos Estados Unidos é o que a Suprema Corte diz que é²⁹”, acrescentaríamos, o direito é aquilo que o juiz diz que é, a partir de um caso concreto, operado por um processo jurídico devido¹⁵⁸.

¹⁵⁶A Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS) é a mais alta corte do judiciário federal dos Estados Unidos. Tem jurisdição de apelação final e amplamente discricionária sobre todos os casos de tribunais federais e estaduais que envolvem uma questão de lei federal, e jurisdição original sobre uma gama restrita de casos, especificamente “todos os casos que afetam embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e aqueles em que um Estado será Parte.”. A SUPREMA Corte dos EUA decide em *Lawrence v. Texas* que as leis de sodomia baseadas em gênero são inconstitucionais. **Calendarz.com**. Disponível em: <https://www.calendarz.com/pt/on-this-day/june/26/supreme-court-of-the-united-states-1>. Acesso em: 19 dez. 2023.

¹⁵⁷REVERBEL, *op. cit.*, 2009.

¹⁵⁸*Ibidem*, p. 07.

Nesse sentido, Reverbel aponta que não se permite ao juiz no sistema *common law* ser ativista, afirmando que, quando o ativismo jurídico é identificado, com as devidas ressalvas em cada caso, é “prontamente expelido”¹⁵⁹. Veja-se:

A expressão *judge-made-law* tem esta profunda raiz no *common law*. Assim, o juiz neste sistema, por regra, não é ativista. Ele, em verdade, cumpre o seu papel de improvisação continuada, a cada vez que é chamado a se pronunciar sobre um caso concreto. Não se diga, entretanto, não pode existir ativismo judicial no *common law*. Ele existe, e quando verificado, é prontamente expelido, respeitando, é claro, às peculiaridades do sistema em que este ativismo se verifica.

Continua, afirmando que o Estado de Direito deve ser lido como Estado Democrático de Direito, ao passo que, antes de ser de Direito, o Estado é política, democracia, é governado pelo povo, com o povo e para o povo, reforçando que o juiz deve ficar vinculado ao cumprimento da lei:

O Estado antes de ser de Direito é de política, de democracia. Neste sentido a melhor expressão para designar o Estado de Direito é Estado Democrático de Direito, e não Estado de Direito Democrático. É a democracia como fundamento (governo do povo), funcionamento (governo pelo povo) e finalidade (e para o povo) que define o direito em nosso sistema jurídico. Assim, o juiz fica adstrito ao cumprimento da lei.¹⁶⁰

Surge, assim, a caracterização do que vem a ser o ativismo jurídico, ou seja, o juiz ou tribunal dá a solução para uma determinada demanda de natureza política através de critérios jurídicos, tendo como causa dessa provocação judicial a ineficiência ou omissão do Legislativo, podendo decorrer, também, da má administração pública ou malbaratamento do Erário.

Com efeito, o ativismo ultrapassa os paradigmas da ordem constitucional com o fito de efetivar os direitos fundamentais, não devendo ser compreendido que se trata de uma atividade desvinculada de limites impostos pelo postulado da separação dos Poderes, além da própria matéria penal, em especial.

Reverbel aponta que na realidade brasileira, e de uma forma geral dos demais países ibero-americanos¹⁶¹, que não separam governo, administração e Estado¹⁶², misturando jurisdição constitucional e jurisdição ordinária¹⁶³, não se conseguirá separar com exatidão o que é política e o que é jurídico.

¹⁵⁹*Ibidem*, p. 04.

¹⁶⁰*Ibidem*.

¹⁶¹*Ibidem*, p.08.

¹⁶²*Ibidem*.

¹⁶³*Ibidem*.

Com vários exemplos¹⁶⁴, afirma que quando ocorre a mistura entre político e jurídico, a consequência é nefasta, uma vez que o julgador acaba realizando uma política ruim por meio de instrumentos jurídicos, apontando, ainda, que o hodierno sistema brasileiro de controle de constitucionalidade favorece para que haja uma acentuada intervenção e ocorrência do ativismo jurídico, posto que existe tanto o controle concentrado - realizado pela Suprema Corte -, quanto o controle difuso - efetivado por qualquer juiz ou tribunal -, que poderá declarar a constitucionalidade ou não de uma lei.

Nessa senda, o ativismo judicial, com base no que é realizado no sistema brasileiro, revela-se como uma verdadeira doença que deve ser enfrentada e analisada pela doutrina, em especial, na seara penal, donde se extrai a maior proteção à dignidade da pessoa humana.

Para Dworkin¹⁶⁵, o ativismo é um canal não genuíno da atividade prática do julgador, que poderá vir a hostilizar o texto constitucional, os julgamentos pretéritos da Corte Suprema, além de ferir a harmonia jurídico-política, não respeitando o próprio Estado de Direito.

Appio¹⁶⁶ defende que é necessário que se observe os limites do ativismo judicial com a preocupação de que não acabe com o processo do debate político-comunitário, diante da necessidade de legitimação das decisões decorrentes da vontade geral.

Com efeito, é sabido que o Judiciário não detém competência para elaborar política criminal *ultra legis*, posto que se trata de atribuição constitucional do Legislativo, por meio da deliberação política com base na vontade geral.

¹⁶⁴ Cf. REVERBEL: Colaciono aqui apenas algumas decisões que comprovam o aqui afirmado; me limito, entretanto, a algumas decisões, pois de norte a sul de nosso País, em todos os tribunais elas aparecem como um “passe de mágica”, “vindo das nuvens” (out of the blue, na expressão inglesa), distribuindo os escassos recursos públicos do orçamento da saúde. Fico pensando no que deve fazer quem não acessa o judiciário, ou quem não conhece uma defensoria pública! Apelação Cível Nº 70031342652, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 31/08/2009; Apelação Cível Nº 70023603905, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 20/08/2009; RE n. 557548/MG, relator o Senhor Ministro Celso de Mello. Em 08.11.2007, DJ 05.12. 2007. *Ibidem*, p. 9.

¹⁶⁵DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 22.

¹⁶⁶APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 37-53, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 19 dez. 2023.

O direito penal se assenta no princípio da legalidade que pressupõe a aprovação de uma determinada lei decorrente da atividade legiferante, não sendo aceito, sem resistência, o ordenamento decorrente de critérios jurídicos.

Dessa forma, através de interpretações por meio dos princípios, realiza-se o ativismo judicial, afrontando o princípio da separação dos poderes¹⁶⁷, transformando o fiscalizador (juiz) em criador (legislador), abespinhando o Estado de Direito, por conseguinte o princípio da reserva legal, de índole constitucional, de modo a enfraquecer o Estado Democrático.

¹⁶⁷ Cf. REVERBEL: O Estado de Direito, pautado na separação dos poderes, implica na redução do ativismo judicial. Sobre este ponto ver o recente trabalho de RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional**. São Paulo: Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, área de Direito Constitucional, 2009, p. 83 e ss. *Ibidem*.

4 A DECISÃO DO STF NA ADON.º 26 E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE RACISMO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 teve como escopo sanar a ausência de legislação específica referente à tutela dos membros da comunidade LGBTQIA+ contra atos de discriminação homofóbica, sob o fundamento jurídico de legislar a matéria do racismo, capitulado no artigo 5º, XLII, ou com o objetivo de proteger os direitos e garantias fundamentais, fundamentado no artigo 5º, inciso XLI, ambos da CF/88.

O desafio imposto pela ADO nº 26 foi a persecução pela ampliação do entendimento sobre o conceito de racismo para fins de tipificação da conduta homofóbica. Num primeiro momento, o conceito de racismo foi ampliado com base no seu entendimento social, arrazoadado no inciso XLII, para depois ocorrer a criminalização com base no inciso XLI.

4.1 A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733 E A PROPOSITURA DA ADO N.º 26

O referido remédio constitucional fora impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), tendo como partes opostas a União Federal e o Congresso Nacional, além da participação de outras entidades na qualidade de *amici curiae*, com o fito de “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e homotransfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ ou identidade de gênero”¹⁶⁸, cujo pedido foi para criminalizar a conduta discriminatória contra os membros da comunidade LGBTQIA+ em decorrência da intolerância à orientação sexual e identidade de gênero.

¹⁶⁸ BRASIL. STF - MI: 4733 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/10/2013, data de Publicação: DJe-213 DIVULG 25/10/2013 PUBLIC 28/10/2013, p. 05. Acesso em: 30 JUL. 2023.

Para tanto, os peticionários invocaram o princípio da proporcionalidade com o escopo de buscar a incidência do princípio da proibição de proteção deficiente com a criação de ordenamento protetor de matéria penal pelos órgãos estatais, sob o entendimento de que a discriminação em tela poderia ser enquadrada no conceito de racismo, através da equiparação, além do fato de que há mandado criminal no bojo da redação do art. 5º, XLI, da CRFB, que vem sendo desrespeitado pelo Congresso Nacional.

E mais, o autor perseguiu a procedência para que a Suprema Corte reconhecesse a manifesta omissão legislativa e, ato contínuo, a fixação de prazo de pelo menos um ano no máximo para deliberação de norma criminalizada.¹⁶⁹ Este prazo, uma vez ultrapassado e na insistência da mora legislativa ou caso haja entendimento diverso pela Corte de desnecessária fixação prazal, que o STF decida pela criminalização das condutas transfóbicas por parte dessa Corte Constitucional na exegese da Lei nº 7.716/89¹⁷⁰, até que o Congresso Nacional dê uma satisfatória resposta ante a vulnerabilidade do citado grupo social minoritário.

Por fim, ainda houve o pedido pela procedência da responsabilidade civil do Estado Brasileiro para indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, enquanto tais condutas não fossem criminalizadas de forma eficiente.

Na sequência, em sede de informações, a Câmara Baixa informou que, na oportunidade, já estava em trâmite a PL nº 5003/2001¹⁷¹, que dispõe sobre as penalidades às condutas transfóbicas. Por sua vez, a União Federal manifestou sobre a inexistência de qualquer comando constitucional que imponha a construção de uma legislação específica para combater a homotransfobia, além de sinalizar sobre a impossibilidade de criação por meio do ativismo jurídico de ordenamento para suprir a inexistência de matéria penal.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 06.

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 5 jan. 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 08 out. 2023

¹⁷¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 5003/2001**. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 30 jul. 2023.

Por seu turno, em sede de pronunciamento, a Procuradoria-Geral da República se posicionou pelo não cabimento, alegando que não há mora legislativa e que existe legislação aplicável aos delitos em razão do preconceito transfóbico.

A tramitação do mandando de injunção, por sua vez, não foi de raia lisa, uma vez que Ricardo Lewandowski, alinhando-se ao parecer ministerial e em sede de decisão monocrática, negou a tramitação do referido sucedâneo constitucional pelo seu não cabimento, cuja decisão fora desafiada pela interposição de agravo regimental, com opinativo favorável e procedência no pedido de reconsideração.

Nesse momento processual, o citado recurso fez alusão sobre a tramitação da ADO n.º 26, cujo objeto era semelhante com o mandado de injunção em questão. O Senado Federal, em sede de informações, sinalizou pela legislação já existente no ordenamento pátrio. A União reiterou suas considerações iniciais e, no mérito, requereu a denegação da ordem. A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, opinou pela procedência parcial do pedido com o fundamento de reconhecer a mora legislativa e fixar prazo para o Congresso Nacional legislar sobre a matéria em tela.

Em sede de voto de relatoria, Edson Fachin entendeu que há mandado constitucional de criminalização no art. 5º, XLI, da CRFB, dando azo à exegese sobre o direito à legislação protetiva e o dever de legislar como vontade do legislador constituinte, não havendo óbice para conhecimento e julgamento do presente *writ* a tramitação de projeto de lei com a mesma matéria, entendendo que “as informações trazidas pelos *amici curiae* e pela própria impetrante dão conta de possíveis violações de seus direitos, inobstante a previsão constitucional garantir-lhes efetiva proteção, desde o texto original de 1988”¹⁷².

Nessa quadra, apoiou-se, também, no princípio da proporcionalidade, na dimensão da proibição de proteção insuficiente, citando que a Suprema Corte tem reconhecido que a esfera penal é o caminho mais apropriado para tutelar os direitos e liberdades fundamentais de cunho constitucional:

[...] a Constituição Federal assegura aos cidadãos o controle da omissão legislativa, legitimando os que tenham por inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais à impetração de mandado de injunção. Noutras palavras, há um mandado constitucional de criminalização e há mora legislativa em regulamentar o tema. O mandado de injunção é, pois, a

¹⁷² Trecho do voto do Ministro Edson Fachin no MI nº 4733, p. 23.

garantia para a efetividade do direito protegido pelo mandado de criminalização.¹⁷³

A conclusão, no entendimento do relator, foi pelo julgamento procedente do presente remédio constitucional para (1) reconhecer a omissão e mora legislativas, e (2) aplicar com efeitos futuros a Lei nº 7.716/89 até que o Congresso Nacional venha a legislar sobre a matéria em tela com o fito de equipar as condutas discriminatórias por orientação sexual ou identidade de gênero aos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, etnia, religião ou procedência nacional.

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade (ADO) n.º 26, fora a mesma proposta pelo então Partido Popular Socialista (PPS) – hoje com a denominação Partido Cidadania¹⁷⁴ -, tendo como objeto a, então, suposta inércia legiferante imputada ao Congresso Nacional, uma vez que o Legislativo Nacional estaria dificultando a tramitação de projetos de lei, manejados com o intuito de criação de ordenamento jurídico específico para incriminar todas as formas de discriminação transfóbicas contra os membros da comunidade LGBTQIA+, com a seguinte postulação:

(a) que seja reconhecido que a homofobia e a homotransfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC nº 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88; (b) que seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da homotransfobia [...], determinando-se que ele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa; (c) que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e homotransfobia [...], sugerindo-se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos; (d) caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, [requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a homotransfobia como crime (s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a homotransfobia [...], superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar”; (e) “a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e homotransfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas

¹⁷³*Ibidem*, p. 37.

¹⁷⁴Conforme registro eleitoral no Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse/cidadania>. Acesso em: 31 jul. 2023.

(individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas e (f) que seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e homotransfobia¹⁷⁵.

O objeto da referida ação objetiva, conforme dito acima, cuja procedência se requereu em sua totalidade, perfaz-se na alegada inércia legislativa das Câmaras Alta e Baixa, que estaria causando graves consequências contra os primados constitucionais de direitos e liberdades fundamentais, em especial, a incriminação à luz do racismo, ou para combater os atos discriminatórios ou atentatórios aos citados direitos fundamentais, e a hostilização ao princípio da proibição da proteção insuficiente – subprincípio do postulado da proporcionalidade.

Por meio de sua presidência, o Senado Federal manifestou pela improcedência com base na reserva da lei em matéria penal, separação e independência dos Poderes, considerando sua atribuição jurídico-política e, ainda, apresentou extenso rol de projetos de lei que tinham como tema a tutela por meio da criminalização dos atos atentatórios em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero, defendendo que o tema já vinha sendo bastante debatido na seara da política, concluindo com o posicionamento de que não haveria que se falar em inércia por parte do Poder Legislativo.

Por seu turno, a Câmara dos Deputados manifestou que houve a tramitação e aprovação do PL nº 5003/2001 com a remessa do mesmo à Câmara Alta. Veja-se:

[...] reafirmar a posição institucional desta Casa que, em 23 de novembro de 2006, aprovou o Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, que ‘determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas’, enviado em seguida à análise do Senado Federal¹⁷⁶.

No desdobramento, a Advocacia-Geral da União sustentou pelo julgamento improcedente da ação em comento com o fundamento de que descabe imposição de prazo ao Legislativo, tipificação em matéria penal somente por meio de lei,

¹⁷⁵ Trecho do voto do Relator Ministro Celso de Mello na ADO nº 26, p. 16.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 23.

ausência de mandado constitucional de criminalização para combater atos de homofobia.

Houve a participação de várias entidades interessadas na qualidade de *amici curiae* com posicionamento desfavorável (“Frente Parlamentar ‘ Mista’ da Família e Apoio à Vida ”, “Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM ” e “Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE”) e favorável (“Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros ”, “Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU ”, “Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA ” , “Defensoria Pública do Distrito Federal”, “Grupo Gay da Bahia – GGB”, “Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT ” e “Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS”)¹⁷⁷.

Por seu turno, a Procuradoria-Geral da República emitiu pronunciamento favorável em parte no sentido de não conhecer o pedido indenizatório, mas reconhecer a mora legislativa e a existência de mandado de criminalização da homofobia, configurada no conceito de raça à luz da Lei nº 7.716/89, em caso de não entendimento com base no racismo, que houvesse a fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legiferante.

Em extenso voto, Celso de Mello reafirmou a necessidade da interferência da Suprema Corte com base nos precedentes internos, enaltecendo a postura dessa Corte Constitucional na qualidade de guardião da Carta Cidadã de 1988 para combater a omissão e a mora legislativa em tutelar o grupo minoritário da comunidade LGBTQIA+ e a necessidade de ampliar o conceito de racismo para colmatar a conduta transfóbica ao crime de racismo à luz da Lei nº 7.716/89, até ulterior providência normativa específica por parte do Congresso Nacional.

Em tempo, os votos dos ministros serão analisados em capítulo próprio com o devido recorte de cada posicionamento quanto ao cabimento da equiparação e o fundamento para afastar a barreira da reserva legal em matéria penal.

¹⁷⁷*Ibidem*, p. 24.

4.2 OS CONCEITOS DE 'RAÇA' E 'RACISMO' NA DECISÃO DA ADO N.º 26

No presente tópico, faz-se necessário analisar e apresentar os entendimentos dos ministros sobre os conceitos de raça e racismo para fins de colmatação das condutas de homotransfobia como corolário da ampliação por meio da exegese, considerando o ordenamento ora existente, a Lei nº 7.716/89.

Para entendimento inicial, conforme a legislação externa, promulgada pelo Decreto nº 10.932/2022¹⁷⁸, a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância define o racismo como sendo:

[...] qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial. O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas. Toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas descritas neste Artigo são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes.¹⁷⁹

A discriminação racial, que é um corolário de racismo, é notável por sua natureza sistêmica. Não se trata apenas de um ato isolado de discriminação ou de um conjunto de atos, mas sim de um processo em que as desvantagens de um grupo racial e os privilégios de outro grupo são perpetuados nas esferas política, econômica e nas interações diárias.

Assim, o preconceito étnico é o julgamento sobre um específico agrupamento social com base em estereótipos que podem ou não levar a práticas discriminatórias prejudiciais. Nesse contexto, considerar os afrodescendentes como violentos e não confiáveis, os judeus como avaros ou os asiáticos como naturalmente inclinados para as ciências exatas são exemplos de preconceitos.

¹⁷⁸BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 07 fev. 24.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

A discriminação étnica, por outro lado, é a atribuição de tratamento diferenciado aos indivíduos pertencentes a certos grupos étnicos. Portanto, a discriminação requer essencialmente o poder, sem o qual não seria possível conceder vantagens ou desvantagens com base na etnia.

Outrossim, a discriminação racial, que se expressa como racismo, é caracterizada pela sua natureza sistêmica. Não existe o que se falar em um ato discriminatório isolado ou de um conjunto de ações, mas sim de um processo no qual as desvantagens de um grupo racial e, ao mesmo tempo, os privilégios de outro grupo, são perpetuados nas esferas políticas, econômicas e sociais do dia a dia.

Silva aduz que “o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são consequências da teoria”¹⁸⁰.

Considerando os precedentes do direito comparado, nos Estados Unidos¹⁸¹, seguindo os passos do Movimento pelos Direitos Civis, no ano de 1964, foi aprovada a Lei dos Direitos Civis, que oficialmente buscou eliminar com a discriminação racial praticada nos Estados do sul. Entendimento pretérito à aprovação da Lei, a Suprema Corte Americana já havia iniciado um movimento para derrubar as leis segregacionistas, como mostrado no histórico caso de *Brown v. Board of Education*¹⁸², de 1954, no qual foi decidido que escolas segregadas eram inconstitucionais.

Superadas as considerações preambulares sobre o conceito de racismo e jurisprudência comparada, Celso de Mello, ao fundamentar seu voto na ADO nº 26, na esteira da jurisprudência firmada pelo Caso Ellwanger, considerando a Lei do racismo, entendeu que o conceito de racismo não poderia ser reduzido às dimensões antropológicas ou biológicas, mas, sim, a um entendimento abertamente

¹⁸⁰SILVA *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.424-2/RS, voto do Ministro Maurício Correa, p. 28.

¹⁸¹RACISMO. In: **Encicloédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/92/edicao-1/racismo#:~:text=O%20racismo%20%C3%A9%20uma%20forma,racial%20e%20da%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20racial>. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹⁸²Nesta decisão histórica, o Supremo Tribunal decidiu que a separação de crianças nas escolas públicas com base na raça era inconstitucional. Sinalizou o fim da segregação racial legalizada nas escolas dos Estados Unidos, anulando o princípio "separados, mas iguais" estabelecido no caso Plessy v. Ferguson de 1896. ESTADOS UNIDOS. **Brown v. Board of Education of Topeka**. Records of the Supreme Court of the United States, Record Group 267, National Archives, May 17, 1954. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education>. Acesso em: 04 fev. 2024.

cultural e sociológico - racismo social -, fato que daria azo à abrangência para incriminar as condutas discriminatórias da homotransfobia – ou seja – decorrentes do preconceito contra os indivíduos com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero. Veja-se:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.¹⁸³

Por sua vez, para Mello, o conceito de raça já havia sido apresentado pela Suprema Corte com base no HC 82.424/RS – caso Ellwanger – cujo entendimento foi pela imprestabilidade do conceito de raça como forma de identificação dos corpos sociais. Veja-se:

Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano¹⁸⁴.

Edson Fachin, por sua vez, silenciou-se em pontuar detalhadamente no bojo do seu voto os conceitos de raça e racismo, mas, apoiando-se na jurisprudência firmada pelo caso Ellwanger, buscou esmiuçar as peculiaridades do princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva da sexualidade e do tratamento isonômico.

No luminoso precedente julgado pelo Plenário desta Corte relativo ao caso Ellwanger, HC 82.424. Nesse precedente, entendeu a Corte que não era possível afastar a imprescritibilidade do crime de racismo imputado ao paciente, que teria distribuído obras de conteúdo antissemita, ao fundamento de que os judeus não seriam raça.¹⁸⁵

¹⁸³ *Ibidem*, p. 190.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 112.

¹⁸⁵ Trecho do voto do Ministro Edson Fachin na ADO nº 26, p. 215.

Na sequência, Alexandre de Moraes, em aparente similitude com o voto do Fachin em decorrência da ausência de conceituação de raça e racismo, buscou justificar a possibilidade de colmatação com base em uma interpretação teleológica sobre o arcabouço principiológico, citando passagens da Lei Fundamental de 1988 para justificar a ampliação do campo interpretativo dos elementares das condutas típicas da Lei nº 7.716/89. Veja-se:

Os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República – em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) –, seus objetivos fundamentais – entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I e IV) –, o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput e inciso I) e a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º).

[...]

Na presente hipótese, conseqüentemente, está presente o necessário “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal.¹⁸⁶

Por seu turno, Luís Roberto Barroso anotou que, em compasso com o pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, outorgou interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça, na redação da Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo), para colmatar os atos homotransfóbicos até ulterior legislação específica ao caso em tela deliberado pelo Congresso Nacional. Veja-se:

O raciocínio que conduz a essa conclusão passa por cinco etapas: (i) a Constituição de 1988 estabeleceu comandos claros de vedação a toda forma de discriminação; (ii) essa imposição da ordem constitucional conduziu ao progressivo reconhecimento de direitos da população LGBTI+; (iii) a evolução vivida pela sociedade brasileira permite dizer que o conceito de racismo passou por mutação constitucional; (iv) essa alteração da percepção social ainda não se refletiu na vedação à discriminação fundada na orientação sexual e/ou na identidade de gênero; e (v) já existem no direito brasileiro, contudo, normas penais que punem o racismo. Passo, então, a desenvolver essas ideias.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADO nº 26, p. 265.

¹⁸⁷ Trecho do voto do Ministro Luis Roberto Barroso na ADO nº 26, p. 296.

No mesmo sentido, alude Barroso que houve mutação constitucional¹⁸⁸ para o conceito de racismo enunciado no art. 5º, XLII, da CF/88, concluindo que, em compasso com a dinâmica social, ocorre a evolução nos conceitos ao encontro com a modificação nos juízos de valor de determinada sociedade. Veja-se:

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 [31]. O âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes. Apesar disso, como a interpretação que ora se fixa não é a prevalecente até o momento, penso que, como decorrência do princípio da segurança jurídica, não deve retroagir em prejuízo de possíveis réus. Por isso, essa decisão deve ser aplicada apenas a condutas praticadas após a conclusão deste julgamento.¹⁸⁹

Pois bem, Rosa Weber, para arrazoar seu voto, rememorou o entendimento da própria Suprema Corte no HC nº 82.424/RS – que interpretou o sentido e alcance da definição do conceito de racismo e raça, declarando que:

A respeito da exegese do termo “racismo”, tal como inscrito na Constituição, observou o Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, “não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica”, devendo-se “entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos”. Anotou, ainda que “o que vale não é o que pensamos, [...] se se trata ou não de uma raça, mas se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação¹⁹⁰”.

Afirmou, ainda, que o conceito jurídico-constitucional de racismo, na exegese da Corte Suprema, semanticamente, também enquadra os atos discriminatórios de homofobia e transfobia.

Por seu turno, fazendo citação de seu próprio voto no caso Ellwanger e firmada jurisprudência da Suprema Corte, Gilmar Mendes defendeu que o conceito de raça foi corolário de desenvolvimento hermenêutico “político-social”, que serviu

¹⁸⁸ Para o Ministro Barroso, a mutação constitucional é um mecanismo de modificação informal da Constituição, que permite a transformação do sentido e do alcance das suas normas, sem que se opere, no entanto, qualquer alteração do seu texto. *Ibidem*, p. 298.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 299.

¹⁹⁰ Trecho do voto da Ministra Rosa Weber na ADO nº 26, p. 399.

para classificar e separar os seres humanos, dando azo ao surgimento do “racismo, da discriminação e o preconceito segracionista”. Veja-se:

Relembro que a noção de “raça”, que insiste em dividir e classificar os seres humanos em “categorias”, resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segracionista. Como explica Joaze Bernardino, “a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada” (BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento. In: Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 19-20).¹⁹¹

Com efeito, Mendes advogou pela ampliação do conceito de racismo para os aspectos social e político:

Diante dessas considerações, não vejo como se possa atribuir ao texto constitucional significado restrito, isto é, no sentido segundo o qual o conceito jurídico de racismo se divorcia dos conceitos histórico, sociológico e cultural. O que a nossa Constituição visa a coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de “racismo”.¹⁹²

Luiz Fux, por sua vez, também fundou seu entendimento sobre raça e racismo na firme jurisprudência do caso Ellwanger, à luz da teoria concretista:

Entendo que estamos fazendo aqui uma interpretação da Lei do Racismo à luz da Constituição Federal, principalmente - reitero - porque o Supremo Tribunal Federal, no HC 82.424, assentou que raça são homens de carne e osso. Racismo se dá contra seres humanos, qualquer que seja a sua fé e a sua orientação sexual.¹⁹³

Apontou, ainda, que a homofobia e a transfobia são espécies do conceito de racismo, sendo, assim, alcançadas pelo conceito de raça, para fins de incidência da Lei nº 7.716/89, o que poderia ocasionar a procedibilidade ao pedido de equiparação conceitual para fins de criminalização.

Cármem Lúcia também fez alusão à jurisprudência do caso Ellwanger para definir o conceito de raça e racismo:

Prevaleceu, contudo, definição mais ampla, afeita ao conceito etnológico de raça, firmado a partir do voto condutor do Ministro Maurício Corrêa como “coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia”. Racismo foi tomado como fenômeno ideológico, internacionalmente reconhecido e combatido, estruturado na discriminação de um grupo

¹⁹¹ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADO nº 26, p. 532.

¹⁹² *Ibidem*, p. 533.

¹⁹³ Trecho do voto do Ministro Luiz Fux na ADO nº 26, p. 406.

populacional física ou culturalmente identificável, por isso submetido a racialização (sua categorização como “raça”), perversamente orientada por valoração negativa, de inferiorização.¹⁹⁴

Em arremate, a ministra afirmou que racismo é um crime contra a humanidade, sendo, então, imprescritível, devendo o Poder Público agir para coibir, prévia ou repressivamente, os atos transfóbicos pela educação e civilidade das próximas gerações.

Na sequência, Ricardo Lewandowski enaltece a necessidade de combater os atos discriminatórios com base na orientação sexual e identidade de gênero, afirmando sobre a existência de um cenário social de intolerância e violência em desfavor dos membros da comunidade LGBTQIA+, com a apresentação de dados para arrazoar seu entendimento.

Ao continuar sua explanação, reconhece a mora legislativa, mas não expõe, no seu voto, o conceito de racismo, nem de raça, muito menos se as condutas transfóbicas poderiam ser colmatadas na Lei nº 7.716/89, uma vez que defende a existência da barreira principiológica da reserva da lei em matéria penal para defender que a Suprema Corte não poderia se imiscuir em matéria política de competência constitucional do Legislativo. Veja-se:

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.¹⁹⁵

Na mesma esteira legalista, Dias Tofoli, presidente da Sessão na oportunidade, em poucas palavras, alinhou-se com o entendimento e fundamentação do voto de Ricardo Lewandowski.

Enfileirado com a inteligência hermenêutica, Marco Aurélio, malgrado tenha reconhecimento do nefasto cenário atentatório, violento e agressivo em desfavor da comunidade LGBTQIA+, defendeu que não seria possível alargar o conceito de racismo, capitulado na Lei nº 7.716/89, para colmatar a conduta transfóbica sem atentar contra o princípio da legalidade estrita em matéria penal, por ser de competência exclusiva do Legislativo federal. Veja-se:

¹⁹⁴ Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia na ADO nº 26, p. 474.

¹⁹⁵ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADO nº 26, p. 514.

O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º –, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a “proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado” (ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, 1997, p. 140).¹⁹⁶

Destarte, nota-se que, ao compulsar a ata de votação da ADO n.º 26 - ação objetiva e de controle de constitucionalidade, de natureza vinculante, com eficácia *erga omnes* e efeitos *ex-nunc* -, revela-se que houve o julgamento em parte por maioria (vencidos Dias Tofoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio) pela procedência dos pedidos, firmando a tese proposta por Celso de Mello:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);
2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e Ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;
3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBT+I+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa

¹⁹⁶ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio na ADO nº 26, p. 553.

inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.¹⁹⁷

Restou demonstrado no presente tópico, por meio da teoria concretista, apoiada em jurisprudência da própria Suprema Corte, a equiparação das condutas transfóbicas ao conceito ontológico-constitucional de racismo, ampliando este para uma concepção hermenêutica com base na definição de racismo social.

4.3 O ENTENDIMENTO DOS MINISTROS NA ADO N.º 26

4.3.1 Ministro relator Celso de Mello

Celso de Mello, ao iniciar seu voto, preambuló que seu posicionamento em favor das minorias seria alvo de críticas por parte de grupos fundamentalistas - que rejeitam e repudiam o pensamento plural ante a compreensão de mundos divergentes -, mas que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre as decisões contramajoritárias deve prevalecer com base nos valores supremos e indiscutíveis da Carta Magna de 1988.

Assim, após esclarecer e identificar a controvérsia constitucional – a inércia e a omissão legislativa – em divergência com o dever estatal de tutela dos mais vulneráveis, tratando-se aqui daqueles que se incluem na comunidade LGBTQIA+ e, dessa forma, são alvos de ataques homofóbicos e transfóbicos, podendo haver uma extensão interpretativa com base na noção de racismo, elencou os pedidos da pretensão pela procedência em reconhecer formalmente a existência de *situação de omissão constitucional* e, subsidiariamente, a colmatação dos atos discriminatórios ao crime de racismo (Lei nº 7.716/89), além de outros pedidos apresentados na vestibular da presente demanda, objeto de análise do presente trabalho.

Para construir seu voto, Celso de Mello apresentou vários tópicos no que tange às definições e questões terminológicas, esclarecendo sobre a questão da ideologia de gênero.

Aludiu sobre a impossibilidade de pedido de índole condenatória em responsabilidade civil no âmbito da ação constitucional declaratória de omissão.

¹⁹⁷ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADO nº 26, p. 559-560.

Aduziu, também, sobre a impossibilidade de tipificação e conduta criminosa em sede jurisdicional e cominar sanções de natureza penal.

Pontuou que a comunidade LGBTQIA+ tem suportado, no decorrer dos séculos, repressão, agressões e atos de intolerância, marginalizando e oprimindo os seus membros com a privação dos direitos básicos, à luz do primado da dignidade da pessoa humana. Também discorreu sobre a existência de vários atos criminosos contra os indivíduos LGBTQIA+ e a escala de violência em desfavor desse grupo, que acaba se tornando vítima das mais variadas formas de violência, em especial, de comportamento racista.

Na sequência, suscitou sobre a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para instrumentalizar a efetivação das cláusulas constitucionais que são frustradas, ante a sua aplicabilidade e efetividade, em decorrência da inércia do Poder Estatal.

Em extenso voto, Celso de Mello defendeu a existência de nexo de causalidade entre a omissão legislativa sobre a necessidade de construção legislativa da tutela dos membros da comunidade LGBTQIA+ contra os atos de toda forma de violência em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero.

Nessa toada, argumentou que o Supremo Tribunal Federal possuía precedentes que apontavam sobre a intenção do legislador constituinte em sinalizar para o congressista ordinário a necessidade de construção de legislação incriminadora de condutas com o fito de proteção aos direitos e liberdades fundamentais. Suscitou, ainda, que a própria Constituição da República vigente reconhece a possibilidade da ocorrência de inércia legislativa, diante do descumprimento da imposição de legislar, conforme se extrai da redação do seu artigo 103, § 2º.

Observa-se que, na mesma ordem de ideias, Celso de Mello também embasou seu voto no pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, uma vez que este órgão federal opinou no sentido da possibilidade de ocorrer interpretação conforme a Constituição para conferir exegese ao conceito de racismo às condutas homofóbicas e transfóbicas à luz da Lei nº 7.716/89, afirmando que não seria caso de “**analogia ‘in malam partem’**”¹⁹⁸ (grifo nosso).

¹⁹⁸ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADO nº 26, p. 104.

Pois bem, continuou Celso de Mello a assentar que a falta de posicionamento efetivo por parte do Poder Público ante a violência suportada pelos membros de comunidades vulneráveis e a omissão em agir para combater tais atos de agressão, caracteriza desleixo que imobiliza a atividade jurisdicional, menospreza o interesse público, além de desacreditar as instituições, hostilizando, assim, o primado da igualdade.

Aduziu, também, que não se pode conviver, no regime democrático, com práticas de intolerância ou comportamentos de ódio, posto que na ordem democrática há pluralismo de ideias e existe diversidade de entendimentos de mundo, justificando a necessidade de atuação estatal para tutelar os membros da comunidade LGBTQIA+ no exercício de suas prerrogativas e liberdades fundamentais relacionadas à orientação sexual ou de identidade de gênero.

No mesmo sentido, apontou o Relator que seu voto estava sendo reflexo de absoluta fidelidade do posicionamento contramajoritário do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Estado Democrático de Direito para construir tutela jurisdicional em favor dos grupos minoritários, enaltecendo a atribuição dessa Corte na sua missão constitucional de proteger e efetivar os direitos fundamentais contra os exageros ou omissões da maioria (grupos majoritários).

Celso de Mello ressaltou, também, que a demanda em questão estava assentada em arcabouço axiológico de natureza fundamental – liberdade, autodeterminação, igualdade, pluralismo, intimidade, além, em especial, do fito da felicidade – firmado no valor da dignidade humana.

Durante a evolução da construção do seu voto, ainda reafirmou a missão de guardião da Carta Magna, atribuída ao Supremo Tribunal Federal pelo legislador constituinte, devendo esta Corte Constitucional buscar confirmar tal desiderato. Ao concluir seu entendimento, Mello aludiu que a matéria em testilha travava verdadeira batalha entre a *civilização* e a *barbárie*, sendo dever da Egrégia Corte Guardiã afirmar a essência da dignidade das pessoas, tutelando-a contra a estupidez humana e toda forma de violência contra os valores pilares da ordem democrática. E, por fim, afirmou seu voto para conhecer parcialmente os pedidos em parte com *eficácia geral e efeito vinculante*.

Em relação ao princípio constitucional da legalidade estrita em material penal, Celso de Mello defendeu que não estava ignorando o preceito fundamental da vontade do constituinte no que se refere à reserva legal constitucional em lei penal.

Na sequência, no que pertence ao primado da reserva legal em matéria penal, ainda sustentou que o Poder Judiciário não pode dispor da função típica do Poder Legislativo para desempenhar uma missão constitucional a qual não lhe compete, conforme os seguintes trechos:

Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

[...]

Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a conseqüente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional.¹⁹⁹

Pois bem, no desenvolvimento do voto, Mello ponderou que, passadas mais de três décadas da promulgação da Carta Magna vigente, o legislador derivado ainda segue inerte – até o presente momento do julgamento da ADO 26 – em dar uma satisfatória e eficaz resposta para tutelar os membros da comunidade LGBTQIA+. Nesse sentido:

Decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à punição dos atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão.²⁰⁰

Para reforçar a apontada morosidade legislativa – “*mora agendi*” e “*mora deliberandi*” -, Celso de Mello ainda justificou que houve manobras de grupos de parlamentares contrários à tramitação do PL nº 122/2006²⁰¹, sustentando que ocorrera explícita manobra protelatória.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 82.

²⁰¹ O Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela então Deputada Federal Iara Bernardi, em 07/08/2001, com o objetivo de definir “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”, foi aprovado, em 23/11/2006, pela Câmara dos Deputados, vindo a ser encaminhado ao Senado Federal, no qual passou a ser designado como Projeto da Câmara nº 122/2006 (trecho do voto do Relator Min. Celso de Mello na ADO 26, p. 82).

A partir da constatação sobre a injusta mora do Poder Legislativo, o Min. Relator assentou que tal quadro justifica a intervenção do Supremo Tribunal Federal, no sentido de dar uma resposta à manifesta e objetiva omissão legislativa, aduzindo que não faria sentido tolerar a inconstitucional apatia do Poder Estatal, sendo causa de verdadeiro estelionato constitucional a tolerância de tal contexto pelo Poder Judiciário.

Celso de Mello sustentou que tal inércia é deveras muito cruel ante a gravosa violação dos primados constitucionais por meio da omissão, causando, com isso, desprestígio da própria Constituição por partes dos órgãos republicanos, citando o entendimento de Pontes de Miranda em trecho de seu voto:

Cabe referir, no ponto, em face de sua inquestionável atualidade, a autorizada lição de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT), cujo magistério contém grave advertência, que por ninguém pode ser ignorada: **“Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la**. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior [...]. No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. **Não a cumprir é estranquilá-la ao nascer**”²⁰².

Assim, o relator buscou justificar a plausibilidade do manejo pelo autor - Partido Popular Socialista - da presente Ação Declaratória por Omissão, a fim de buscar uma resposta com base no ativismo jurídico, através do reiterado entendimento contramajoritário por parte do Supremo Tribunal Federal, para fazer frente à lesiva omissão causada na Carta Magna vigente.

Revela-se que Celso de Mello fundou seu entendimento na interpretação conforme a Constituição, considerando a redação do art. 5º, inciso XLI, da CF/88, com a exegese de que tal preceito se perfaz em verdadeiro *mandamento constitucional de criminalização*, que deverá ser eixo penal para construção de uma legislação que venha a tutelar direitos ou liberdades fundamentais hostilizados por atos discriminatórios e suas formas de caracterização que venham a vilipendiar o *status* da dignidade da pessoa humana.

²⁰²Ibidem, p. 90.

Não obstante, aludiu sobre a existência do comando do art. 5º, inciso XLII, que trata da prática de racismo que é crime na forma da lei²⁰³, que serve para reforçar o suporte interpretativo da necessidade, por parte do legislador derivado, a tutela das liberdades e direitos fundamentais sinalizada no parágrafo anterior.

Dessa forma, posicionou-se o relator em dar guarida aos pedidos ventilados na referida ação constitucional objetiva para entender que, com base no precedente do HC 82.424/RS (caso Ellwanger)²⁰⁴, para afirmar que:

Sob tal perspectiva, revela-se inadmissível, no que concerne à exegese que possa ser dada ao art. 5º, incisos XLI e XLII, da Carta Federal, a interpretação de que resulte a frustração dos objetivos perseguidos pelo texto constitucional.²⁰⁵

Aludiu que os núcleos do tipo penal do art. 20, da Lei nº 7716/89, mudam constantemente de forma - proteiforme – e, assim, podem assumir as possíveis formas de atos discriminatórios, reforçando que o processo hermenêutico não pode suportar limitação interpretativa, considerando a força normativa da Constituição Federal, não podendo, nesse passo, aceitar tese diversa para não vulnerar grupos minoritários, em especial, membros da comunidade LGBTQIA+.

Celso de Mello, afastando os óbices apresentados pelos órgãos executivo e legislativo, asseverou que não haveria intromissão na competência de origem dos demais Poderes à luz do princípio da separação das funções constitucionais, defendendo seu voto com o seguinte entendimento:

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de homtransfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.²⁰⁶

Com efeito, nota-se que, para justificar o ativismo jurídico – saída do Poder Judiciário do seu limite de competência constitucional – o posicionamento do relator visou alargar o entendimento sobre o racismo e proceder com a exegese sobre o

²⁰³“a prática do racismo constitui crime [...], nos termos da lei”. BRASIL, *op. cit.*, 1988, art. 5º, XLII.

²⁰⁴“Donde se extrai que Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica’ (trecho do voto do Relator Min. Celso de Mello, ADO nº 26, p. 115).

²⁰⁵*Ibidem*, p. 125.

²⁰⁶*Ibidem*, p. 130.

denominado racismo social, à revelia da legitimação do debate político na seara legislativa.

No mesmo sentido, Celso de Mello apartou o entendimento de que a decisão decorrente do seu voto, em caso de aprovação, seria considerada como sentença aditiva.²⁰⁷ Reafirmou que o método utilizado para dirimir o objeto da análise da ADO 26 foi pela interpretação conforme a Constituição, não havendo o que se falar em sentença aditiva.

Apenas para registrar, o julgador em comento mencionou sobre a possibilidade, por meio da liberdade de expressão, de ocorrer discordância quanto à matéria objeto da demanda, salvo a exteriorização de atos com notório conteúdo racista:

É por essa razão, Senhor Presidente, que não hesito em proclamar e em destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica, política, cultural ou ideológica, quaisquer que sejam – que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer corrente de pensamento – estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório e jurídico-penal do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de expressão e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às posições doutrinárias em geral.²⁰⁸

Conforme já sinalizado alhures, Celso de Mello ainda sustentou seu voto no princípio da felicidade, enaltecendo a jurisprudência da Corte irmã norte-americana, apresentando precedentes com base no direito à busca da felicidade pessoal.

Dessa forma, diante de tudo quanto foi acima apresentado, numa síntese do voto, revela-se que, data vênica, não houve o enfrentamento exegético do óbice que há entre o ativismo jurídico e o ostentado pelo princípio da legalidade estrita em direito penal, uma vez que Celso de Mello buscou arrazoar profundamente seu voto, tanto da doutrina especializada, quanto na jurisprudência de precedentes, ora debatidas pelo próprio Tribunal Guardião.

²⁰⁷ “Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém aquilo que deveria conter para corresponder aos imperativos da Constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta” - MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 210.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 146.

Com isso, revela-se a existência de um posicionamento parcial ante a ausência de um debate de natureza política para sopesar os prós e contras de uma proposta de lei, fruto do ambiente legislativo.

Com efeito, é no ambiente político que a sociedade se posiciona por meio de seus representantes em alto grau de discricionariedade argumentativa, não havendo nada predefinido, a não ser a própria estrutura dos valores constitucionais - numa interpretação de Ronald Dworkin, à luz do Romance em Cadeia²⁰⁹ -, que servirá de baliza para a construção de um ordenamento legal legítimo e que reflita os verdadeiros anseios de uma sociedade plural, sem as amarras de decisões condicionadas de casos outros - com as suas peculiaridades específicas -, que é o caso da jurisprudência, atrelada a um ordenamento no Direito Comparado, que foi a fundamentação demasiadamente utilizada pelo relator analisado.

4.3.2 Ministro Luiz Fux

Na sequência da análise dos votos dos ministros, tem-se o posicionamento de Luiz Fux, que inicia seu voto colocando em cheque a força da soberania popular esculpida na redação do art. 1º, parágrafo único, da CF/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”²¹⁰.

Com efeito, a capacidade e coragem de Luiz Fux traduz a gana da Suprema Corte em – sob a verberação de ser Guardiã da Constituição – distorcer até o alicerce da soberania do voto e, assim, dos direitos políticos.

Nota-se que o processo legislativo fora hostilizado, posto que a vontade do povo, através de seus representantes devidamente legitimados por sufrágio universal, pode ser, quando assim entenderem os ditos guardiões, tranquilamente analisado por Poder Judiciário.

Na sequência, citando o brocardo jurídico “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”²¹¹, o ministro aduziu que a intervenção do Judiciário não estaria

²⁰⁹ DWORKIN, *op. cit.*, 2005.

²¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, 1988.

²¹¹ *Ibidem*, p. 405.

criando novo, mas procedendo com a exegese do conceito de racismo na legislação infraconstitucional à luz da homofobia. Veja-se:

O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou seu conceito de que racismo é um delito cometido contra o homem de carne e osso, integrantes da comunidade LGBT, judeus e afrodescendentes. Tudo isso é racismo. E por que nós temos que promover essa interpretação conforme a Constituição? Porque o racismo implica delitos imprescritíveis. [...] **De sorte que eu também afasto essa questão da criminalização por violação do princípio da reserva legal.**²¹² (grifo nosso)

Valendo-se do precedente do HC nº 82.424/RS, entendeu Luiz Fux que a Suprema Corte deveria, afastando o princípio da legalidade estrita em matéria penal, afirmar a tese contramajoritária em favor das minorias, o que era o caso em questão, posto que o Judiciário não era feito de juízes eleitos, mas composto por juízes concursados e daí nascia a independência do ato de julgar, assim afirmando que “não há influências nem preço social a pagar”²¹³. Veja-se:

A presente ação direta pretende, assim, a aplicação da Lei 7.716/89 às condutas homofóbicas e transfóbicas, por meio de sentença aditiva. A procedência do pedido autoral deve-se ao reconhecimento judicial da equiparação de homofobia e homotransfobia a racismo, na acepção jurídico-constitucional fixada no Caso Ellwanger, bem como da identificação da vontade hipotética do legislador e da solução constitucionalmente obrigatória, afastadas as alegações de violação à estrita legalidade e a analogia in mala partem, como será desenvolvido adiante.²¹⁴

No detalhamento do voto, fez alusão aos Mandados de Injunção nº 670²¹⁵, 708²¹⁶ e 712²¹⁷ para exemplificar as consequências da omissão legislativa. Ocorre que tais ações de insurgência não têm natureza penal nem criação tipo penal, mas, ao revés, poderiam, como assim fizeram, socorrer-se por meio da analogia, uma vez que a matéria de fundo de Direito – regulamentação do direito de greve do servidor – não se trata de matéria criminal.

Dessa forma, o entendimento fora fincado na exegese do conceito de racismo, ora feito no citado precedente sulista, onde o ministro buscou – sob a

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Trecho do voto do Ministro Luiz Fux na ADO 26, p. 407.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 427-428.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção**: MI 670/ES. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2926661>. Acesso em: 19 OUT. 2023.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção**: MI 708/DF. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14725991>. Acesso em: 19 out. 2023.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção**: MI 712/PA. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2926757>. Acesso em: 19 out. 2023.

justificativa de não criar crime – proceder com ampliação realizada na apontada jurisprudência da própria Suprema Corte para colmatar a subsunção da homofobia e transfobia à Lei nº 7.716/89. Veja-se:

Por já restarem definidas na Lei 7.716/89, com precisão e de forma cristalina, as práticas atentatórias a direitos e liberdades fundamentais de grupos estigmatizados, motivadas por discriminação, a interpretação conforme, que explicita ser essa a melhor exegese do texto legal, não viola a legalidade estrita.²¹⁸

Nota-se que o fundamento de Luiz Fux aponta em linha reta e sem desníveis para o puro ativismo judicial, uma vez que a decisão a ser tomada pela Corte, e como foi, é impositiva e sem analisar as consequências sociais de uma vontade que é de natureza puramente política - aliás, no crivo da discricionariedade legiferante - e vindo a ser outorgada pela vontade de um colegiado, diga-se de passagem, não legitimado pelo voto decorrente da soberania popular. Ao considerar que há tipificação para enquadrar os atos discriminatórios na seara penal, hostiliza a vontade catalisada pelos representantes do povo e cria tipo penal, inflando um denso ordenamento criminal, muitas vezes desacreditada socialmente.

Para finalizar, entendeu o ministro pelo perfilhamento da sua exegese e posicionamento com o voto do relator Celso de Mello, com base na tutela deficiente à luz do princípio da proporcionalidade e em precedentes da própria Suprema Corte e aplicação da Lei nº 7.716/89 ou em outra lei que venha a substituí-la.

4.3.3 Ministro Luís Roberto Barroso

Ao considerar o voto de Luís Barroso, de início, há o relatório com toda a descrição da causa de pedir, dos autores, acionados e demais participantes. Na sequência, Barroso aduz, como preliminar de mérito, conceitos atinentes ao objeto da demanda em estudo, conceituando homofobia, gênero, além de apresentar a conjuntura brasileira sobre a questão da homofobia.

Referendou que o Direito deve ser interpretado na realidade e não no abstrato, assim:

²¹⁸ *Ibidem*.

Não se interpreta o direito em abstrato. Interpreta-se à luz da realidade. A realidade que vigora no momento presente. Há um belo verso de Carlos Drummond de Andrade, em que ele diz: “o tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente”. Logo, a vida presente exige uma resposta do Estado e uma resposta do direito contra essa violência institucionalizada de pessoas que, muitas vezes, passam como invisíveis na percepção da sociedade.²¹⁹

Cita, ainda, a legitimidade do Congresso no que tange à criação das leis como sendo um ato de vontade e a interpretação dessa norma como função do Judiciário como sendo um ato de razão. Afirma, também, que quando o Poder Legislativo é omissivo em face de determinado comando constitucional, o Judiciário se torna protagonista, uma vez que sua participação se amplia para efetivar a Constituição.

Reforça, no desdobramento do voto, que as duas questões que ampliam os limites da interpretação constitucional, (1) a existência da omissão inconstitucional e (2) a tutela dos direitos fundamentais e a própria vida dos indivíduos da comunidade LGBTQIA+.

Em continuidade das razões, Barroso delimitou que, primeiro, seria necessário o reconhecimento da existência de um mandamento constitucional de natureza penal para incriminar o ato de discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Num segundo momento, analisou os corolários da declaração da omissão inconstitucional, afirmando que

a ausência de norma criminal punitiva de atos de homofobia e homotransfobia configura mora inconstitucional do legislador, nos termos do art. 103, §2º, CF, decorrente da ausência de regulamentação suficiente do art. 5º, XLI e XLII, CF.²²⁰

Defendeu o julgador que deixar de incriminar as condutas transfóbicas seria uma ofensa ao princípio da proporcionalidade na sua extensão de proibição de proteção insuficiente, considerando a existência de diplomas jurídicos protetivos de outros grupos minoritários.

Definiu, também, sobre a necessidade de extensão da interpretação do conceito de racismo para alcançar os atos discriminatórios com base na exegese do texto constitucional, citando o Caso Ellwanger:

²¹⁹ Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADO 26, p. 285.

²²⁰ *Ibidem*, p. 291.

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”. 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+.²²¹

No desdobramento do voto, no que pertine à incidência da Lei nº 7716/89 como parâmetro de interpretação para colmatação da omissão inconstitucional, nota-se que Barroso, data vênua, já se posiciona *contra legem*²²² no momento em que - em condições normais - seu voto seria para impor prazo ao Poder Legislativo para agir e, somente em caso de quedar-se inerte este Poder, para depois integrar a matéria por meio do ativismo jurídico. Veja-se:

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.²²³

Nota-se que o entendimento de Barroso se revela parcial e desprovido de legalidade, considerando o que reza o texto constitucional (art. 103) somado à redação regulamentar da Lei nº 9.868/99²²⁴. Apoiando-se na tese da interpretação conforme a realidade, o Magistrado adiu que, hodiernamente, o conceito de racismo fora ampliando devido ao maduro enfretamento do preconceito suportado pelos membros da comunidade LGBTQIA+.

Observa-se que Barroso, ao arrepio do princípio da interpretação estrita em matéria penal²²⁵, alargou a interpretação do conceito de racismo para proceder com

²²¹ *Ibidem*, p. 294.

²²² O art. 103, § 2º, da CF/88, pontua que somente haverá estipulação de prazo, neste caso, de trinta (30) dias, para órgão administrativo.

²²³ Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADO 26, p. 295.

²²⁴ BRASIL, *op. cit.*, 1999.

²²⁵ Conforme a jurisprudência do STJ: PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR PRATICADO PRÓXIMO A FAIXA DE PEDESTRES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A causa de aumento prevista no art. 302, parágrafo único, II, do Código de

a subsunção de condutas discriminatórias decorrentes da orientação sexual e identidade de gênero para - criar na realidade - conduta típica, aproveitando a existência do fato típico já esculpido na Lei nº 7.716/89, vindo inclusive a atentar contra o princípio da proporcionalidade quanto à carga punitiva infligida pelas condutas já pré-estipuladas pelo Legislativo²²⁶.

No desenvolvimento do voto, Barroso sinalizou que se poderia enquadrar a conduta discriminatória nas circunstâncias agravantes e no homicídio torpe (arts. 61, II, a, e 121, § 2º, II do Código Penal), ou seja, toda vez que as circunstâncias do crime apontarem que o fato ocorreu com base na discriminação devido à intolerância decorrente da orientação sexual ou identidade de gênero, o julgador estará obrigado a agravar a situação penal e processual do autor do fato.

Ocorre que, malgrado tenha reconhecido a existência de tipificação para aplicação da tutela, Barroso entendeu que era necessária a criação de norma específica de natureza penal para proteger os membros do grupo LGBTQIA+, não sendo suficiente a legislação já existente. Por fim, finalizou seu voto, na ADO e no mandado de injunção, para conhecer e julgar parcialmente procedentes os pedidos.

Compulsando as razões apresentadas acima, revela-se que, primeiro, mais uma vez, a fundamentação foi arrazoada com base nos princípios norteadores constitucionais, à luz da interpretação conforme a Constituição; segundo, não houve o enfrentamento sobre a possibilidade de afastamento do princípio da reserva legal no âmbito penal, apenas afastou e pronto; terceiro, no item 3 do voto acima, revela julgamento *ultra petita*, uma vez que os pedidos da ADO nº 26 não aduzem sobre interpretação dos art. 61 e 121, ambos do CP.

Dessa forma, data vênia, o que se revela é um posicionamento que afastou a interpretação sistemática para dar guarida à minoria – justo – em contraponto com a

Trânsito Brasileiro só pode ser aplicada se o homicídio culposo ocorreu na faixa de pedestres ou na calçada, pouco importando, para sua incidência, que tenha ocorrido há poucos metros dela, uma vez que o direito penal não admite interpretação extensiva em prejuízo do réu. 2. Ordem concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no art. 302, parágrafo único, II, da Lei 9.503/97. (STJ - HC: 164467 AC 2010/0040295-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/05/2010, T5 - QUINTA TURMA, data de publicação: DJe 21/06/2010).

²²⁶ A proibição do excesso foi considerada muitas vezes pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, que segundo Humberto Ávila, proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. Assim, onde um direito fundamental estiver sendo restringido com excesso, presente estará o postulado da proibição de excesso. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques/>. Acesso em: 12 jun. 2023.

tutela penal em vigência já existente por meio de legislação, diga-se de passagem, desprestigiando os princípios limitadores da exegese de natureza penal, criando, assim, tipo penal, malgrado provisório.

4.3.4 Ministra Rosa Weber

Inicialmente, Rosa Weber afirmou sobre a impossibilidade de conhecer o pedido de responsabilidade civil em sede de ADO, posto que se trata de ação de natureza objetiva, de controle concentrado e abstrato.

Aduziu que o pedido em comum de ambas as ações, a ADO e o MI, têm respaldo no comando imperativo do art. 5º, XLI, da CF/88, decorrente da vontade do constituinte para o legislador ordinário para a construção de ordenamento que venha a tutelar direitos e liberdades fundamentais de grupos minoritários. Reconheceu, com isso, a omissão legislativa, justificando que a mera tramitação de projeto de lei não afasta da mora da atividade legiferante em análise.

Na sequência, apontou sobre o perfil da sociedade brasileira quanto à heteronormatividade, fazendo alusão ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da CF/88) no que tange ao tratamento dado aos indivíduos de grupos vulneráveis, como no presente caso, diante do desequilíbrio enfrentado por seus membros decorrente de atos discriminatórios com base na orientação sexual ou identidade de gênero.

Sinalizou sobre o princípio da legalidade estrita em material penal, sob o enfoque de que tal primado não pode ser superado pelo ativismo jurídico da Suprema Corte. Veja-se:

Ponto, sob outro enfoque - em breve anotação sobre a inviabilidade de o princípio da legalidade estrita em matéria penal ser superado por decisão desta Casa -, que extreme de dúvida a consagração do princípio da legalidade estrita em matéria penal no **art. 5º, XXXIX, da CF**, quando proclama “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, traduzindo o brocardo latino - Nullum crimem nulla poena sine lege.²²⁷

Citou, também, o precedente anotado no caso Ellwanger (HC nº 82.424/RS), aduzindo que a proposta da ADO seria o alargamento semântico do conceito de

²²⁷ Trecho do voto da Ministra Rosa Weber na ADO 26, p. 369.

racismo para colmatar os atos discriminatórios de homofobia e transfobia à luz da Lei nº 7.716/89. Veja-se:

Ora, o que se propõe, nos processos que estamos a julgar, é que o próprio conceito jurídico-constitucional de racismo, a partir do delineamento que lhe foi conferido no referido precedente deste Plenário, abarque, em sua abrangência semântica, a discriminação com base em gênero e orientação sexual e de gênero, às quais nos referimos como discriminação por homofobia e homotransfobia.²²⁸

Na sequência, afirmou que a missão constitucional dada à Suprema Corte como guardiã da Carta Magna autoriza a intervenção do Judiciário para criar norma originária - mesmo que seja de natureza penal -, devendo realizar a efetiva interpretação ante a omissão e mora legislativas à luz do art. 5º, incisos XLI e XLII, da CF/88. Veja-se:

Sem dúvida compete ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, a função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país. E a este STF, nunca é demais lembrar, cabe precipuamente a guarda da Constituição, por expressa disposição de seu art. 102, caput, como ainda há pouco lembrado pela eminente Ministra Carmen Lúcia.²²⁹

Rosa Weber finalizou seu voto, sob o fundamento dos arts. 103, § 2º, da CF e 12-H da Lei nº 9.868/199, devendo cientificar o Congresso Nacional e, até que sobrevenha lei incriminadora na espécie, que seja aplicada a Lei nº 7.716/89 às condutas discriminatórias com base na orientação sexual e identidade de gênero.

Observa-se que o seu voto também foi fundamentado em carga principiológica - não poderia ser diferente -, alargando o conceito de racismo e ultrapassando os limites fronteiriços construídos pelo princípio da legalidade em sentido estrito, com a criação de tipo penal através da jurisprudência constitucional decorrente de um ativismo jurídico que fere de morte, além dos princípios em comento, o postulado republicano da separação dos Poderes.

²²⁸ *Ibidem*, p. 371.

²²⁹ *Ibidem*, p. 372.

4.3.5 Ministro Gilmar Mendes

De início, Gilmar Mendes apontou sobre a existência no Direito Alemão do princípio da autodeterminação, que no ordenamento pátrio revela-se no desdobramento da liberdade em consonância com os demais direitos fundamentais constitucionais e, como consequência, o livre exercício da liberdade de determinação, da qual a orientação sexual e a identidade de gênero são oriundas.

Na sequência, Gilmar Mendes deixa bem claro a incidência do ativismo jurídico ao passo que entende que, diante da omissão legislativa, a intervenção do Judiciário mostra-se necessária para realizar a tipificação dos crimes de homofobia e homotransfobia. O julgador apontou que há 30 anos o Congresso Nacional vem tentando deliberar medidas – também de natureza penal – para coibir os atos discriminatórios, mas, diante do atravancado processo legislativo, a mora legiferante se torna discutível e insustentável, somada à existência de vários projetos de lei em tramitação que tratam da mesma matéria.

Ressaltou sobre a existência de jurisprudência na Suprema Corte para realizar o “controle de omissões normativas constitucionais do Poder Público”, com a citação da ADI 3.682²³⁰, de sua própria relatoria, que tratou do desmembramento dos municípios. Aduziu que a atuação da Suprema Corte tem atuação relevante na intervenção diante da omissão legislativa com o fito de se construir uma “teoria de diálogos institucionais entre os Poderes”²³¹, sendo tal omissão suscetível de dissentimento judicial, um vez que a indiferença legiferante dá azo à deformidade da Constituição.

Defendeu que, no corpo da Carta Cidadã vigente, há vários mandados de criminalização – imperativos de tutela.²³²

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art.

²³⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 40 DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (STF - ADI: 3682 MT, Relator: GILMAR MENDES, data de julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, data de publicação: 06/09/2007). Acesso em: 26 jun. 2023.

²³¹ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADO nº 26, p. 523.

²³² *Ibidem*, p. 525.

227, § 4º). Em todas essas disposições, é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista bens e valores envolvidos.²³³

No seu entendimento, o legislador ordinário foi, no decorrer da legislação subjacente, ampliando a exegese dos núcleos dos tipos penais da Lei nº 7.716/89, fato também assegurado pela jurisprudência da Suprema Corte, *v.g.*, o precedente do caso Ellwanger. Veja-se:

Por isso, a meu ver, afigura-se compatível com o texto constitucional a solução interpretativa do art. 20 da Lei 7.716/1989, que já criminaliza a prática, indução ou incitação da “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, para que tal norma também seja utilizada com a finalidade de cumprir integralmente o dever de proteção capitulado no art. 5º, XLI, da Constituição, estendendo-se a tipificação a atos de homofobia e homtransfobia.²³⁴

Nessa toada, Gilmar Mendes sustenta o ativismo da Suprema Corte para tutelar os direitos e liberdades fundamentais das minorias através de atos concretizadores para corrigir a omissão legislativa que, como consequência imediata, viola os mandados de criminalização. Por fim, manifestou seu voto no sentido de alinhar-se com o entendimento do relator Celso de Mello para julgar procedente a ação.

4.3.6 Ministro Edson Fachin

Edson Fachin iniciou seu voto elencando premissas de base constitucional, aludindo que: (1) atenta contra o Estado Democrático de Direito qualquer ato discriminatório, em especial, aquele que se funda na orientação sexual das pessoas e na identidade de gênero; (2) a isonomia sem distinções alcança a expressão de gênero e a orientação sexual de cada ser humano; (3) em decorrência do Brasil ser signatário de tratados internacionais, a interpretação conforme a Constituição aponta pela existência de um mandato constitucional para criminalizar toda discriminação que atenta contra os direitos e liberdades fundamentais; (4) sinaliza que a Lei Fundamental de 1988 não tolera a omissão legislativa em incriminar a conduta

²³³ *Ibidem*, p. 524.

²³⁴ *Ibidem*, p. 535.

discriminatória em face dos membros da comunidade LGBTQIA+e; (5) a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero é antagônica, uma vez que impede a pessoa de ser tratada de forma justa e igual.

Em desenvolvimento do seu voto, Fachin aduziu sobre o dispositivo constitucional dado pela redação do art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”²³⁵.

Ainda, fez alusão aos princípios de Yogyakarta²³⁶, ao sustentar que:

O Comitê indica que os Princípios de Yogyakarta devem ser utilizados como fontes para as definições de “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Assim, no Princípio 2, a Declaração de Yogyakarta dispõe que “a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”²³⁷.

Na sequência, fez referência ao princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição de proteção insuficiente, sinalizando que esse fundamento tem sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer o direito penal como instrumento a ser utilizado para tutelar bens jurídicos explicitamente indicados no texto constitucional.

Ocorre que, para se chegar até o limite do direito penal, na qualidade de medida extrema, mister se faz perquirir se os outros Direitos são ineficientes para responder à altura determinado clamor social, não podendo tratar o direito penal e suas medidas extremadas como única solução cabível a dar uma efetiva resposta à certa conduta social que tenha potencial de vilipendiar liberdades ou direitos fundamentais.

235 BRASIL, *op. cit.*, 1988.

236 Os princípios de Yogyakarta mais 10 (PY+10) procuram documentar e aprofundar essas evoluções através de uma série de Princípios e Obrigações Estatais adicionais. Os PY+10 devem ser lidos em conjunto com os 29 Princípios de Yogyakarta originais. Juntos, esses documentos proporcionam uma exposição especializada e autorizadora da legislação internacional de direitos humanos, tal como se aplica atualmente aos temas da orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e das características sexuais. Trecho extraído do voto do Ministro Edson Fachin em sede de julgamento da ADO nº 26, p. 202.

237 Trecho extraído do voto do Ministro Edson Fachin em sede de julgamento da ADO nº 26, p. 201.

Na intelecção de ideias, Edson Fachin citou legislação convencional, aduzindo em especial sobre a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Apontou que, mais grave do que a omissão, é a ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que as pessoas da comunidade LGBTQIA+ suportam tratamento diferenciado, sinalizando que na Lei 7.716/89 o tratamento com base no preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional é crime, mas as mesmas condutas com base na orientação sexual ou identidade de gênero não é crime, não havendo nenhum preceito constitucional que ature a violência em tela contra aquelas, arrazoando seu entendimento sobre a dignidade humana.

Afirmou que é grave a discriminação sexual ou de gênero como critério de intolerância, uma vez que priva das pessoas a legítima esperança de tratamento isonômico, conforme entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Opinião Consultiva sobre Igualdade de Gênero: “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gêneros possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas”²³⁸.

Fachin também mencionou o caso Ellwanger, HC nº 82.424, citando passagem do voto de Celso de Mello, pontuando sobre o alcance do princípio da igualdade:

Em um palavra, Senhor Presidente: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano²³⁹.

Ocorre que, compulsando a fundamentação do voto de Fachin, nota-se que o núcleo temático foi a dignidade da pessoa humana e seus reflexos no contexto da orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto, depois de reforçar sobre a implícita determinação oriunda da exegese do art. 5º, XLI, da CF/88, Fachin se limitou a afirmar que nesta redação constitucional há a determinação de incriminar as condutas homofóbica e transfóbica, aludindo sobre a possibilidade de criação de tipos penais próprios, assim, “como se depreende da leitura das razões acolhidas

²³⁸*Ibidem*, p. 215.

²³⁹*Ibidem*.

pelo e. Relator, a proteção dos direitos fundamentais pode implicar também a criação de tipos penais próprios”.²⁴⁰

Por fim, apesar de não ter enfrentado o ativismo judicial ao colocar de lado o princípio da legalidade estrita em matéria penal, procedeu com a conclusão do seu voto e reforçou que o postulado da igualdade exige, dos exegetas da Corte Constitucional, determinar o reconhecimento dos atos discriminatórios, tanto no caso de os judeus não serem vítimas de racismo, quanto na presente matéria da ADO 26, vindo a acompanhar integralmente o voto de Celso de Mello.

4.3.7 Ministra Cármen Lúcia

Cármen Lúcia inicia seu voto afirmando sobre a possibilidade de conhecimento da ação controle de constitucionalidade - com a ressalva do pedido de condenação pecuniária - e a caracterizada omissão legislativa, o que não obsta o citado controle por parte da Suprema Corte.

Pontuou sobre os direitos fundamentais em suas várias apresentações na ordem constitucional vigente, cuja eficácia é plena e de aplicabilidade imediata, devendo, por isso, vir a ser construída tipificação penal para as condutas discriminatórias com base na orientação sexual e identidade de gênero.

Também fez alusão aos Decretos n. 4.229/2002 (PNDH-2)²⁴¹ e n. 7.037/2009 (PNDH-3)²⁴², donde se concluiu que a redação deste último regulamento executivo, dando tratamento à matéria de homofobia e transfobia.

Na sequência, defendeu que foi desejo do legislador constituinte consagrar a tutela dos direitos fundamentais, determinando a incriminação das condutas decorrentes de discriminação, os chamados “*mandados de criminalização*”²⁴³.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 204.

²⁴¹ Dispunha sobre o programa nacional de direitos humanos –PNDH 2, instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, e dava outras providências, mas fora revogado pelo Decreto nº 7.037, de 21/12/2009. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4229.htm. Acessado em 19/07/23.

²⁴² BRASIL. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre a aprovação do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3, além de dar outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

²⁴³ Trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia na ADO 26, p. 469.

Com efeito, com base na jurisprudência da Suprema Corte - caso líder Ellwanger – entendeu Carmen Lúcia sobre a possibilidade de alargar - conforme perseguiu o autor da ação objetiva em comento – e equiparar ao racismo as condutas de discriminação homofóbicas e transfóbicas.

Dessa forma, sustentou que a existente legislação ordinária - dos crimes contra a vida, honra, liberdade sexual – é insuficiente, e indica sobre a existência e incidência ao caso em exame do princípio de origem alemã da proibição da proteção deficiente.

Ao finalizar a sua fundamentação, alinhou-se com a maioria e proclamou seu voto no entendimento pelo julgamento procedente para declarar a omissão legislativa com subsunção das condutas homofóbicas aos tipos penais da Lei nº 7.716/89, até ulterior norma própria sobre o tema.

4.3.8 Ministro Alexandre de Moraes

Alexandre de Moraes preambulou seu voto sobre o cabimento da ADO, em apertada síntese, opôs-se apenas ao pedido de responsabilização civil do Estado, sob o fundamento de que a presente ação objetiva não alberga pedidos condenatórios e, também, não comporta matérias subjetivas e específicas.

Na sequência, aludiu que a vestibular da ação constitucional em questão alude sobre a dicotomia entre prestações positiva (mandamento constitucional) e negativa (omissão legislativa), posto que, no entendimento daquele, o legislador descumpra uma ordem da Constituição Federal vigente (art. 5º, XLI, da CF/88) ao não criar ordenamento regulamentar para tutelar os indivíduos da comunidade LGBTQIA+ contra atos discriminatórios dos quais são vítimas.

Ante o necessário reconhecimento da mora legislativa, Alexandre de Moraes inferiu duas reflexões sucessivas:

(1) incidência do inciso XLI do art. 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia); e (2) obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e homotransfobia e, conseqüentemente, sanar o estado demora inconstitucional²⁴⁴.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 235.

Em complementação, respondeu que resta de forma incontestável para fins de criação de conduta criminosa, uma vez que se trata de manifesta “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”²⁴⁵.

Em relação à segunda pergunta, após cotejar os posicionamentos antagônicos dos atores e protagonistas da relação processual em testilha, entendeu que: “Em que pese a excelência dos diversos posicionamentos, na presente hipótese, flagrante a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica”²⁴⁶.

Dessa forma, em compasso com as fontes de fundamentação do voto de Celso de Mello, Moraes lembrou que o próprio Congresso Nacional fez nascer lei primeva (Lei nº 7.716/89) para coibir as condutas discriminatórias em desfavor de grupos minoritários.

Na sequência do voto, ventilou sobre os grupos vulneráveis e seus respectivos diplomas protetivos – idosos, crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, vítimas de violência doméstica, consumidores – aduzindo que há uma padrão legislativo para tutelar as minorias com o implemento de ordenamentos legais para cada grupo citado, mas, em descompasso, não há edição de norma disciplinadora a tutelar os membros da comunidade LGBTQIA+ contra atos discriminatórios.

Apontou, ainda, que a harmonia e a separação dos Poderes exige que haja um respeito para com os atos *interna corporis*, considerando a prioridade e conjunta de cada um, não havendo que se falar em estipular prazo, próprio ou impróprio, para que o Congresso Nacional, para fins de colmatação da omissão constitucional, salientando, ademais, a incidência da *síndrome da inefetividade*²⁴⁷, em caso de manutenção do descumprimento por parte daquela Casa bicameral.

No desdobramento das razões, em tópico específico, iniciou afirmando ser inviável a colmatação constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal,

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 243.

²⁴⁷ Por Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais compreende-se a ausência de regulamentação adequada de normas de eficácia limitada (que dependem de elaboração normativa infraconstitucional), o que impede o efetivo exercício de direitos previstos na Constituição. SÍNDROME da inefetividade das normas constitucionais. **CPIURIS**, 11 jun. 2019. Disponível em: <https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normas-constitucionais>. Acesso em: 12 jun. 2023.

conforme pleiteava o autor da ação em comento, uma vez que isso iria criar tipo penal pela Corte Judiciária, considerando os princípios da reserva legal e o da anterioridade penal (art. 5º, inc. XXXIX, da CF/88). Veja-se:

Os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*), pois, como destacado por ANÍBAL BRUNO: “O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que fixa em limites precisos as zonas do lícito e do ilícito, reduzindo o poder do juiz à aplicação da lei, é uma conquista liberal penosamente adquirida e que importa conservar” (Direito Penal – Parte Geral, tomo 1º, Forense, 3ª. Ed., 1967, pp. 209-211).²⁴⁸

Na mesma ordem intelectual, afirmou que aqueles princípios constitucionais impedem que haja a criação de tipo penal por analogia *in pejus*, pelo Supremo Tribunal. Observa-se que, neste ponto, Moraes enfrentou os óbices de envergadura principiológica para apontar sobre a impossibilidade da intervenção do Poder Judiciário para criar tipo penal.

Todavia, numa abrupta guinada, no tópico seguinte de seu voto, Moraes defende que, malgrado haja a impossibilidade de colmatação da omissão constitucional através da criação de tipo penal e a vedação da utilização da analogia para piorar, nada impede que a Suprema Corte, na função de intérprete constitucional, proceda com a técnica da interpretação conforme a Constituição para promover a exegese do significado da lei ao exato escopo constitucional, na oportunidade em que a norma ofertar diversas interpretações de seus comandos, alinhados ou não com a Constituição.

No desenrolar do voto, pontuou que há, na Lei nº 7.716/89, “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”²⁴⁹, consignando que a dita lei amplia a proibição a quaisquer outros atos discriminatórios, garantindo assim a intolerância e conseqüente tutela contra atos atentatórios contra a dignidade da pessoa humana, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, conforme as normas extraídas das redações dos incisos XLI e XLII, do art. 5º, da CF/88.

Finalizando seu voto, Moraes comungou com o voto de Celso de Mello e

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 260.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 265.

entendeu pela procedência da ação em tela para:

DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional. 2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.²⁵⁰

Dessa forma, analisando as razões do voto em tela, nota-se que o enfrentamento do princípio da reserva legal em matéria penal se resumiu a mera citação expressa, não muito diferente do princípio da separação dos Poderes, uma vez que ficou evidente que a interpretação conforme a Constituição se trata de uma teoria que não possui limites, podendo o intérprete realizar a exegese sem a preocupação de estar invadindo campo principiológico adverso.

Com efeito, compulsando a fundamentação, veja-se que Alexandre de Moraes aludiu que não haveria impedimentos para a Suprema Corte realizar uma interpretação conforme a Constituição – não foi à toa que votou pela equiparação até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional - e, de forma pontual, assentou seu voto em dois incisos do art. 5º (incisos XLI e XLII), afastando, assim, a interpretação sistemática²⁵¹, já que a norma não pode ser vista de forma isolada, considerando que há harmonia no Direito e a exegese do intérprete não pode se dar pontualmente, mas, sim, de forma ordenada e sincronizada.

A interpretação conforme a Constituição se revela bastante excessiva, pois, além de votar pela equiparação, criou, implicitamente, uma condicionante na parte final do voto que não está capitulada no art. 12-H, da Lei nº 9868/99, verdadeira interpretação *contra legem*.²⁵²

Diga-se mais, não se trata de posicionamento isolado – considerando as decisões contra a redação da Lei -, uma vez que há vários entendimentos firmados na Suprema Corte que vão além da letra da lei constitucional e infraconstitucional –

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 271.

²⁵¹ Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito à exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas refere ao mesmo objeto. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100.

²⁵² BRASIL, *op. cit.*, 1999.

ativismo jurídico -, *v.g.*, (1) a ação de reconhecimento de união estável de casal homoafetivo, contrariando a redação do art. 226, § 3º, da CF/88, ADI 4.277²⁵³, e na ADPF 132²⁵⁴, (2) a inovação na criação de vedação de financiamento eleitoral por pessoa jurídica na ADPF 4650²⁵⁵, (3) além da abolição da conduta criminosa do crime de aborto de feto com até três meses de vida no HC nº 124.306/RS²⁵⁶.

4.3.9 Ministro Ricardo Lewandowski

Iniciou Ricardo Lewandowski tecendo comentários sobre o princípio da isonomia, aduzindo que se trata de uma das maiores bandeiras de grupos minoritários e de Direitos Humanos e que tais diferenças devem ser minoradas, firmando o entendimento de que a busca da felicidade é corolário do respeito ao primado da dignidade da pessoa humana.

Em sua fundamentação, sobre a omissão do Poder Legislativo, sinalizou que se trata de uma manifesta inércia em decorrência da falta de vontade política por se tratar de deliberações impopulares, sendo consequência a transferência para o Judiciário ante a possibilidade de serem julgados por seus eleitores por causas dessas decisões politicamente tensas.

Aludiu que o Parlamento Federal deliberou e aprovou o Projeto de Lei nº 5003/2001, sendo remetido ao Senado e, nesta Casa, tramita sob o nº 122/2006, todavia, sem análise, caracterizando, assim, a mora constitucional legiferante no que concerne à homofobia e à transfobia.

No desenvolvimento do voto, o julgador chama a atenção que - malgrado a inaceitável discriminação em tela – é imprescindível aludir que a criação de tipo

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Relator: Min. Ayres Britto. Acesso em: 12 jul. 2023.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_4650__complementa_voto.pdf. Acesso em: 12 jun. 2023.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2016. Relator Min. Marco Aurelio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 12 jul. 2023.

penal tem berço constitucional assentada na necessidade de lei formal. E mais, citou, no âmbito do Direito Penal Internacional, alguns tratados e convenções – Convenção de Palermo, Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 9º), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 15) – com o fito de confirmar a jurisprudência da Suprema Corte em respeitar os limites impostos pelo princípio da reserva absoluta de lei formal na dimensão da descrição penal por força do art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Cidadã de 1988.

Nesse passo, rechaçou, ainda, a tentativa de se criar crime com a exegese da Suprema Corte em ampliar a interpretação sobre a expressão verbal “punir” do inciso XLI, da CRFB de 1988²⁵⁷. Veja-se:

Daí vislumbrar na redação conferida ao inciso XLI da Constituição Federal espécie de “mandado de criminalização” a vincular o legislador ordinário é passo demasiadamente largo, considerados o caráter programático da norma e a relativa amplitude semântica do texto. O Direito é uma ciência, possuindo expressões e vocábulos com sentido próprio, descabendo equiparar a forma verbal “punirá” – gênero – à “criminalizará” – espécie –, presente a possibilidade de ter-se observado o comando constitucional, a instituição de sanções estranhas ao campo penal.²⁵⁸

Concluiu seu voto abrindo divergência sobre o entendimento de Celso de Mello, com o posicionamento de que, malgrado a existência de mora legislativa, não poderia “atravessar o rubicon”²⁵⁹ e alargar a tipicidade penal em comento e ultrapassar a fronteira erguida pelo primado da legalidade estrita em matéria penal, votando apenas para reconhecer a mora legiferante e dar ciência ao Congresso Nacional para tomar as cabíveis diligências.

4.3.10 Ministro Dias Toffoli

Na qualidade de presidente da sessão de julgamento e sendo o último a votar, Toffoli cingiu-se apenas em confirmar seu alinhamento com o voto de Lewandowski, não apresentando motivação sobre o mérito do debate.

²⁵⁷ Art. 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Acesso em: 21 jun. 2023.

²⁵⁸ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADO 26, p. 556.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 516.

Citou que, com a decisão, o STF apenas confirmou o quanto previsto na redação do artigo 3º da CRFB de 1988, considerando que a Carta Cidadã vigente veda qualquer tipo de injusta discriminação.

4.3.11 Ministro Marco Aurélio

Inicialmente, Marco Aurélio alude que a Carta Cidadã de 1988 traz o primado do tratamento isonômico em várias passagens, além do tratamento diferenciado no trato dos direitos fundamentais, em especial, a determinação esculpida no artigo 5º, XLI²⁶⁰, que veda albergar pela inércia atos discriminatórios constitucionalmente proibidos, apontando, que a instrumentalização do Direito deve ser respeitada com base em suas regras.

Outrossim, aludiu sobre as ações constitucionais e os seus manejos com o intuito de se buscar uma tutela sobre violações aos direitos individuais, chamando atenção de que essa prerrogativa é do Estado, “o poder-dever de punir”²⁶¹, e não dos particulares.

Nessa toada, Marco Aurélio lembrou sobre o respeito aos limites impostos pelo princípio da Separação dos Poderes, devendo haver o reconhecimento do primado da reserva da Lei em matéria penal, que se trata de cânone de qualquer Estado de Direito. Veja-se:

O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º –, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a “proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado” (ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito, 1997, p. 140).²⁶²

Afirmou que a Lei nº 7.716/89, na sua exegese, não contempla os atos discriminatórios com base na orientação sexual ou identidade de gênero, sinalizando sobre a equivocada interpretação dada ao conceito de racismo no caso Ellwangere,

²⁶⁰ “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. BRASIL, *op. cit.*, 1988.

²⁶¹ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio na ADO 26, p. 552.

²⁶² *Ibidem*, p. 553.

no seu entendimento, descabe o enquadramento de homofobia e homotransfobia ao conceito ontológico-constitucional de racismo - raça, cor, etnia, religião e procedência nacional - para que não haja o esvaziamento desses preceitos à luz da interpretação estrita em matéria penal.

E, mais, a busca da tutela através da Suprema Corte vai de encontro com as competências constitucionais, uma vez que é da alçada do Congresso Nacional legislar sobre matéria Penal e com vedação até por parte da Presidência da República.

Além do mais, defendeu que se coloca em risco a interpretação judicial, uma vez que dará liberdade ao magistrado em sua discricionariedade exegética, não ocorrendo mais a vinculação à lei estrita em matéria penal, hostilizando, assim, o primado da segurança jurídica como corolário do afastamento dessa limitação interpretativa.

Nessa ordem intelectual, aduziu que não cabe à Suprema Corte, por meio de interpretação ampliativa do ordenamento em vigor, criar tipo penal, considerando que tal competência é do legislador ordinário que atua em ambiente próprio, que é no Congresso Nacional – em alusão à tripartição do Poder e o respeito às suas prerrogativas, além da harmonia entre os mesmos.

Mencionou que, enquanto fenômenos da natureza humana, as variadas orientações sexuais têm origem desconhecida, mas são corolários do ódio e da intolerância e, dessa forma, a presente demanda em curso serve de sinalização para que o legislador ordinário proceda com a precisa tutela das minorias ante a existência dos Princípios da Separação dos Poderes e Reserva Legal.

Advertindo sobre a insuperável barreira imposta pela Carta Magna à Corte Constitucional, divergiu dos demais relatores para admitir, em parte, a ação objetiva e julgá-la improcedente para reconhecer a omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia e da homotransfobia.

4.4 A TESE FIRMADA PELO JULGAMENTO DA ADO N.º 26

Na conclusão do julgamento, foi considerado que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem natureza jurídica de ação objetiva de controle

de constitucionalidade, dotada de caráter vinculante com efeitos *erga omnes*, proposta por Celso de Mello.

Assume-se, assim, a posição do Supremo Tribunal Federal ao examinar o racismo a partir de seu conceito ontológico e constitucional, observando que tal prática resultaria em uma forma de expressão da força de direitos a partir da construção da natureza histórica e social e “no que concerne à exegese que possa ser dada ao art. 5º, incisos XLI e XLII, da Carta Federal, a interpretação de que resulte a frustração dos objetivos perseguidos pelo texto constitucional”²⁶³.

Apenas para efeito de comparativo a *prima facie*, ao analisar o panorama traçado sobre a legislação infraconstitucional da base do Direito, considerando a iniciativa da produção da Lei nº 7.716/89, ao analisar que o povo negro do Brasil, em um passado não muito remoto viu seus corpos violados através da escravidão legalizada pelo Estado, a discriminação racial deixou de ser considerada um simples crime anão (contravenção penal), para ser enquadrado na redação da Constituição Federal como crime inafiançável e imprescritível.

Deveras, dada a possibilidade de a homofobia ser subsumida como racismo até que uma norma específica seja promulgada, há necessidade de compreender as características mais específicas dos processos pelos quais passam os negros até a via criminosa da discriminação racial, estudo que não é objeto do presente trabalho.

Com efeito, a lei do racismo é decorrente do combate contra a conduta racista em face da população negra, via de regra. Pergunta-se, na prática, é possível enquadrar uma conduta homofóbica como crime? Se positivo, então, pode-se concluir que houve a criação de tipo penal por meio do ativismo judicial ao arrepio de morte do princípio da legalidade estrita em matéria penal.

Dessa forma, considerando a abordagem e posicionamento do presente trabalho, entende-se que a decisão da ADO n.º 26 confrontou valores constitucionais, pilares do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito à luz das considerações a baixo.

A uma, porque ocorreu violação da legalidade e da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário, por meio da Corte Guardiã Constitucional decidiu

²⁶³ Trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello em sede de julgamento da ADO nº 26, p. 125.

resolver a questão, matéria exclusiva de competência da União, além da função típica de legislar exclusivamente do Poder Legislativo.

A dois, em decorrência da ausência de disposições constitucionais específicas relativas à criminalização da homofobia e da homotransfobia, ou seja, ausência de previsão constitucional de tratamento penal à conduta transfóbica.

Três, conforme utilizado no voto do relator Celso de Mello, considerando que este fundamentou seu entendimento em dados quantitativos apresentados pelas entendidas defensoras da comunidade LGBTQIA+, carecendo de base de ados oficiais que demonstrem a ocorrência de crimes com motivação homotransfobia.

A quatro, diante da existência de legislação penal dotada de potencial de aplicabilidade à discriminação decorrente da identidade de gênero ou orientação sexual, a incapacidade do direito penal em satisfazer o pedido da ADO n.º 26 e, por fim.

Por fim, a existência de projetos de lei em tramitação com o mesmo objeto da ADO n.º 26, reforçado pelo comunicado pelo Senado Federal, solicitando a suspensão do julgamento para possibilitar a deliberação pela via política da matéria em questão²⁶⁴.

²⁶⁴ Cf. “**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Não suspendo este julgamento, tendo em vista os precedentes que esta Suprema Corte firmou em sede de controle abstrato, inclusive em ações diretas por omissão (ADI 3.682/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADO 24-MC/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ADO 25/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES). O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, até por coerência, considerado o voto que vou proferir, entendo que se impõe suspender o julgamento e aguardar o Congresso Nacional.” Trecho da ata de julgamento da ADO nº 26, p. 315.**

5 OBSTÁCULOS PARA A APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADO Nº26

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 (ADO 26), julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2019, declarou a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público em regulamentar o crime de homofobia e transfobia.

Ocorre que um dos principais obstáculos é a definição de quais condutas devem ser consideradas crime de homofobia e transfobia. Assim, relevante apontar que o STF não definiu expressamente tais atos, uma vez que a redação do julgamento da ADO também entra em contradição com os princípios de segurança e de taxatividade jurídica²⁶⁵, já que deste modo supõe que o julgador tenha que penalizar qualquer comportamento que tenha conotação discriminatória decorrente da orientação sexual ou ideologia de gênero, sem ao menos deixar claro o que seja tal ofensa, aliás, problemática afeita aos tipos penais abertos.

A decisão da Suprema Corte sinaliza que a homofobia e a transfobia poderão ser considerados crimes em futura lei específica e que o Estado deve tomar medidas para proteger as pessoas da comunidade LGBTQIA+ da discriminação e da violência.

5.1 O POSICIONAMENTO DO PODER LEGISLATIVO NA TRAMITAÇÃO DE PROJETOS DE LEI VOLTADOS AO MOVIMENTO LGBTQIA+

De início, mister se faz reconhecer que a camuflagem, violência, exclusão, sendo a verdadeira situação do preconceito enfrentado pelos membros da comunidade LGBTQIA+, além dos diversos desafios que devem ser debatidos pela legislação brasileira.

Dessa forma, o primeiro problema a ser sinalizado é a demora do legislador na criação de uma legislação específica, que tenha o escopo de tutelar a população LGBTQIA+, que permite ao Estado proteger essas pessoas e as minorias em geral. Por isso, deu-se azo para que a criminalização da homotransfobia não seguiu o

²⁶⁵CALLEGARI, André Luís. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 412.

caminho do processo legislativo esperado e só entrou em vigor após provocação do Poder Judiciário.

Com efeito, essa bandeira tem vários projetos de lei submetidos ao Congresso Nacional, mas nenhum deles foi aprovado pelas duas Casas desde a redemocratização. Boa parte das propostas com escopos diversos estão conexas a projetos afins e aguardam deliberação das comissões especiais sobre o tema e os respectivos pareceres dos relatores, sem indicativo de avanços em tempo próximo.

Diante dessa situação sem solução, a comunidade LGBTQIA+ encaminhou seu pedido ao Judiciário, conseguindo assim determinados resultados diante da dificuldade do legislativo em implementar seus projetos. Malgrado a via eleita não tenha sido a mais apropriada, considerando que a interpretação sistemática da redação constitucional veda a criação de crime salvo pela legalidade estrita.

Uma das medidas mais antigas atualmente em apreciação pelo Parlamento é o PL 580/2007²⁶⁶, que permite a união civil entre pessoas do mesmo sexo. O projeto está vinculado a outros sete projetos com o mesmo conteúdo e está tramitando na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família (CPASF), onde o projeto teve recentemente parecer aprovado, aguardando tramitação.

O casamento civil entre pessoas do mesmo sexo está na lista de prioridades do movimento LGBTQIA+ há pelo menos duas décadas. Hodiernamente, os casais do mesmo sexo têm direito à convivência estável, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2011.

Assim como acontece com as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a questão da criminalização avançou mais no Senado do que na Câmara. Os senadores aprovaram o PLS 309/2004²⁶⁷ e remetido à Câmara dos Deputados.

Verdade que vários outros projetos de lei foram arquivados nos últimos anos porque receberam pareceres desfavoráveis em comissões ou simplesmente

²⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 580/2007**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Cf: tramitação do processo legislativo na Câmara dos Deputados. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155>. Acesso em: 20 out. 2023.

²⁶⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 309, de 2004**. Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Cf: tramitação do processo legislativo no Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70918>. Acesso em: 20 out. 2023.

expiraram sem serem considerados pelas comissões e sessões plenárias. Em especial, é o caso da chamada “Lei PL João Nery, de Identidade de Gênero” (PL 5002/2013)²⁶⁸, que leva o nome do primeiro homem transexual a ser submetido a uma cirurgia de redesignação sexual no Brasil. O projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Direitos Humanos da Câmara, mas não foi aprovado, vindo a ser arquivado com base no regime interno da referida Casa Parlamentar.

Entre os diversos projetos, há o PLS 134/2018²⁶⁹, lei que poderá criar o Regulamento sobre Diversidade de Gênero e Sexual, influenciado nas normas existentes nas leis brasileiras de direitos humanos, como o Estatuto da Igualdade Racial, o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e o Estatuto do Idoso, que tratam de grupos vulneráveis.

Com efeito, a própria redação da Carta Cidadã de 1988, no seu artigo 3º, inciso IV, aduz que haverá a promoção de todos sem nenhuma forma de tratamento diferenciado, assim grafado: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”²⁷⁰. Ocorre que, mesmo depois de 35 anos da entrada em vigência da Constituição Federal, ainda não se introduziu no texto a vedação expressa à discriminação por orientação sexual.

Em verdade, os partidos políticos, quer sejam no Poder Legislativo, quer sejam no âmbito da Administração Pública, devem formar coligações apoiadas no genuíno processo legislativo ou fincado no interesse público, respectivamente, que, dependendo da questão a ser votada e dos fins protegidos, os parlamentares devem deixar de lado suas questões ideológicas, para garantir a estabilidade na governabilidade, deliberando ou apoiando projetos mais importantes para a sua sobrevivência política, além de fitarem a proteção aos grupos que ainda estão na condição de vulneráveis, como é o caso da comunidade LGBTQIA+.

²⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 5002/2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Cf: tramitação do processo legislativo na Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 20 ago. 2023.

²⁶⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018**. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Cf: tramitação do processo legislativo no Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>. Acesso em: 20 ago. 2023.

²⁷⁰ BRASIL, *op. cit.*, 1988.

Nesse contexto político, em que se demandam temáticas minoritárias e que estas enfrentam resistência dos blocos conservadores, fato é que encontram acentuada resistência para o efetivo processo legislativo, devido à grande exposição política em face do eleitorado tradicionalista, que pode incorrer, inclusive, na manutenção da coligação de apoio à governabilidade.

As atividades do movimento LGBTQIA+ têm que buscar mobilização contínua pelos direitos, em especial, através do direito fundamental de reunião²⁷¹, perante as instituições democráticas, mesmo em áreas de tomada de decisão com fortes diferenças políticas, como se mostra o Legislativo brasileiro, com o fito de se buscar espaços para a transmissão de propostas que visem necessidades específicas dessa comunidade.

Embora o movimento tenha alcançado alguns direitos através do Poder Judiciário, em verdade, o Poder Legislativo carrega pesado ônus diante de sua missão constitucional decorrente da omissão e mora na construção de legislação específica destinada a tutelar as pessoas LGBTQIA+.

E mais agravante, embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido o atraso do legislador e decidido pela procedência da ADO n.º 26, criando tipo penal provisório contra a discriminação transfóbica, passados aproximadamente quatro anos, nada foi feito para mudar essa realidade pela via certa da vontade e deliberação política.

Todavia, é de se registrar que, ainda que não houvesse e interferência da Suprema Corte para criar tipificação penal, os casos reais de homotransfobia poderiam ser combatidos com todo o rigor da legislação vigente, uma vez que qualquer forma de preconceito é inaceitável. Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro, mesmo antes decisão da ADO n.º 26, repita-se, já previa efetivamente condutas típicas suficientes para realizar a tutela dos membros da comunidade LGBTQIA+ de ataques discriminatório em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero, conforme explanado em tópico anterior.

²⁷¹ Cf. Constituição Federal, art. 5º, XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. BRASIL, *op. cit.*, 1988.

5.2 TEORIAS DO DIREITO PENAL: MÁXIMO E MÍNIMO

É sabido que a sociedade almeja um equilíbrio contínuo na vivência dos indivíduos, seja moralmente, socialmente, psicologicamente ou fisicamente. Da mesma forma, no cenário jurídico, esse equilíbrio torna-se finalidade crucial para a aplicação das leis e sua eficácia no bojo social.

No campo penal a situação não é diferente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabelece limites à atuação do Estado ao utilizar meios para punir cidadãos que cometem crimes.

Dessa forma, é essencial examinar as concepções do direito penal mínimo e máximo, considerando a paralelamente as recentes abordagens penais de tolerância zero adotadas pela sociedade.

Inicialmente, ao examinar os princípios do direito penal máximo, pode-se constatar que tal conceito surge de uma lógica jurídica excessiva e incoerente, visto que tal sistema é marcado por sua inflexibilidade em relação à aplicação das sanções penais, tendo como ideia central a adoção de leis mais severas para prevenir e combater a criminalidade que assola a sociedade.

Outrossim, o crime e o criminoso são vistos como males a serem combatidos por meio de uma abordagem de tolerância zero, uma vez que suas práticas ameaçam o bem-estar social, intimidam a população e geram um sentimento de insegurança devido aos perigos percebidos pela comunidade, que exige uma resposta rápida e enérgica por parte do Estado. Ferrajoli entende que:

Por outro lado, o direito penal máximo é um modelo de direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente.²⁷²

O Direito Penal é considerado como o último recurso para solucionar o problema, o que leva a uma concepção irracional das leis penais e uma maior restrição dos direitos fundamentais estabelecidos.

Destarte, à luz do direito penal máximo, percebe-se que se trata de um conjunto de normas visa promover a eficácia do Estado na execução das leis, a fim de prevenir e solucionar o aumento da violência criminal. Dessa forma, é transmitida

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

à sociedade uma sensação de segurança, através da atuação enérgica e rigorosa do Estado, que se manifesta por meio de uma postura normativa rígida.

Lado outro, o direito penal mínimo se baseia nos limites e proteções do indivíduo contra abusos ou erros cometidos pelo Estado no contexto penal. Nesse sentido, esse modelo não aceita a imposição de uma pena sem que sejam criteriosamente analisados os elementos racionalmente considerados, tais como a tipificação legal do crime, as consequências prejudiciais causadas, a proteção do direito de resposta e da ampla defesa, a neutralidade dos juízes mediante procedimentos legalmente estabelecidos.

Ou seja, esse modelo garante amplamente os direitos dos cidadãos, uma vez que o poder punitivo do Estado é severamente limitado, proporcionando assim maior segurança jurídica, já que esse sistema se baseia na imparcialidade das decisões, onde prevalece a suposição de inocência do acusado até a sentença final, a interpretação dos crimes, a aplicação do princípio *in dubio pro reo* (na dúvida, pelo acusado) em casos de dúvidas sobre a autoria e a materialidade de um crime alegado, e por fim, a responsabilidade pela prova recai sobre a acusação.

No entanto, o hodierno contexto dessa mesma sociedade, que atravessa uma era de aumento absurdo da criminalidade em decorrência de várias externalidades, exige leis cada vez mais rigorosas para combater, ou tentar, o ímpeto criminoso que desafia a busca pelo citado controle social.

Nesse passo, tem-se a teoria do direito penal mínimo, também conhecida como direito penal equilibrado, corroborado na intromissão mínima do direito penal no comportamento do indivíduo, mas infligindo a punição eficaz sobre as condutas delitivas de maior importância jurídica e social. Ou seja, significa limitar os mecanismos de sanção do Estado, utilizando-os apenas quando for absolutamente necessário para proteger a sociedade.

Nesse sentido, externando sobre o direito penal no estado democrático de direito, Cesar Roberto Bitencout aduz que:

Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquela para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.²⁷³

²⁷³ BITENCOUT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral 1**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 21.

Com efeito, o direito penal não pode ser utilizado como solução para todos os requisitos legais. É por isso que hoje se fala muito na descriminalização de certos tipos de infrações penais que, na verdade, não dizem especificamente respeito a bens jurídicos protegidos de grande importância.

Outrossim, o direito penal mínimo baseia-se no pressuposto de que o sistema penal só tem que prevenir comportamentos nocivos e prejudiciais que vulnerarem os bens mais importantes do equilíbrio social. Além disso, mesmo que o interesse protegido seja importante, a ingerência excessiva do direito penal não é necessária se outros ramos do direito forem eficazes e capazes de protegê-lo. Este não é um processo de descriminalização, mas sim uma adaptação do sistema penal à sociedade moderna, em especial, hodiernamente, o próprio Supremo Tribunal Federal tem apresentado pauta de cunho progressista²⁷⁴ com o fito de julgamento sobre descriminalização do aborto²⁷⁵ e de substâncias abusivas²⁷⁶, condutas até então criminosas no Brasil.

Dessa forma, considerando a necessidade de garantir a paz social, o Estado busca tutelar, através da força justificada na legitimação sócio-jurídica, para proteger bens considerados vitais para a sociedade, distanciando-se e deixando o poder para outros ramos do direito quando a proteção já não for necessária a atenção de última linha de contenção do direito penal.

Nessa linha intelectual, a nossa Carta de Direitos de 1988 estabelece o princípio da reserva legal em matéria penal, precisamente, no seu artigo 5º, inciso XXXIX, ao afirmar expressamente: “Não há crime sem lei prévia que o defina, nem pena sem prévia sanção legal”, consagrando assim os princípios da legalidade e da reserva de direitos no ordenamento jurídico nacional.

Por conseguinte, mister se faz relevante deixar claro à luz solar o importante papel do Estado e seus limites constitucionais na seara penal. Conforme Nilo Batista

²⁷⁴ Disponível em <<https://www.diariocarioca.com/justica/barroso-assume-presidencia-do-stf-com-perspectiva-de-avancar-pauta-progressista/>. Acesso em: 22 out. 2023.

²⁷⁵ Disponível em: <https://www.correiodamanha.com.br/especiais/2023/09/97133-com-voto-de-weber-stf-ira-julgar-a-descriminalizacao-do-aborto.html>. Acesso em: 22 out. 2023.

²⁷⁶ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512815&ori=1>. Acesso em: 22 out. 2023.

“Só a lei escrita, isto é, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas: não o costume”²⁷⁷.

Assim, o primado da interferência mínima é um dos limites do direito de punir estatal. A proteção penal mínima estipula que o direito penal só intervém em crimes graves contra bens jurídicos de fundamental importância. Daí o caráter subsidiário da proteção penal. Nesse sentido, como ensina Nilo Batista:

não se justifica aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só o pagamento de despesas funerárias²⁷⁸.

Dessa forma, fica claro que a criação de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal e que uma lei, no sentido mais estrito, nasce da atividade legiferante e se trata de norma promulgada pelo Legislativo competente, que, no caso, ante o processo legislativo pátrio, tem o Congresso Nacional como casa constitucional competente, sendo a União detentora da competência para legislar sobre Direito Penal²⁷⁹.

A vontade do legislador constituinte foi de dificultar e dar exclusividade para criação da legislação penal ante o caráter drástico da sua intervenção, uma vez que há corolários negativos, como a estigmatização da pena, tanto ao responder, quanto no cumprimento da reprimenda penal, além da consideração de egresso do sistema prisional daquele indivíduo que suportou o peso da norma criminal, e, deste modo, as condutas menos graves devem ser da responsabilidade de outros ramos do sistema jurídico, como o direito civil e o direito administrativo.

Juridicamente, dessa forma, no contexto de um Estado de Direito Constitucional, como é o sistema brasileiro, mesmo que haja autoridade e previsão da redação da Constituição, para aplicar sanções penais, tais poderes devem respeitar os princípios e garantias básicos estipulados na Carta Magna de 1988, em especial, os princípios de sopesamento (razoabilidade e proporcionalidade) no momento da criação do tipo penal. Nesse sentido, Canotilho defende que:

O teste de razoabilidade será também um esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo facto de um dos

²⁷⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed., Rio de Janeiro: Revan. 2005, p. 70.

²⁷⁸ MAURACH apud BATISTA, *Ibidem*, p. 87.

²⁷⁹ Cf: art. 22, inciso I, da Constituição Federal. BRASIL, *op. cit.*, 1988.

direitos invocados não estar ou não se poder considerar “enquadrado” na esfera de protecção de uma norma constitucional.²⁸⁰

Tal deliberação para fins de construção de uma legislação de matéria penal, devem levar em consideração que as inflições penais afetam, entre outros, necessariamente, o direito à liberdade do cidadão, um bem extremamente caro para cada indivíduo. Destarte, a intervenção punitiva do Estado deve obedecer às raias balizadas pela ordem constitucional.

Assim, mesmo que a protecção através da criminalização de determinadas condutas se revele extremamente relevante à sociedade, a função de se criar tipo penal é da responsabilidade do Poder Legislativo federal, através da lei, não sendo de competência do Poder Judiciário ou do Poder Executivo.

De fato, o Princípio da Separação dos Poderes deve ser rigorosamente respeitado à luz do sistema de controle de freios e contrapesos, uma vez que, quando tal primado da harmonia e independência dos Poderes é rompido, exsurge a temida ditadura, quer seja política, administrativa ou judicial, situação não tolerada pelo nosso ordenamento jurídico externado pela vontade do legislador constituinte.

Na verdade, é inevitável enfrentar a decisão da ADO n.º 26 sem falar sobre a tripartição dos poderes, uma vez que a própria história prova que a concentração de poder leva ao desequilíbrio entre os Poderes. Para eliminar ou minimizar esses efeitos nocivos, o Direito racional desenvolveu a ideia de cisão das funções. Esse fracionamento pode ocorrer de três formas, a primeira refere-se à divisão do território, a segunda à liberdade humana e às garantias contra abusos estatais, e, por fim, à tradicional separação de poderes: legislativo, executivo e judiciário. E como consequência, o princípio da reserva legal faz o papel de ser o vetor da conformação do Direito Penal.

De mais a mais, afirma-se, sem vacilo, que o Estado de Direito almeja específicos e saltares resultados através da redacção constitucional, quais sejam: vedar analogias para criar, agravar ou apoiar crimes, proibir a retroatividade do direito penal e coibir a criação de condutas delitivas por meio das práticas legitimadas pela sociedade.

²⁸⁰CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 1.239.

É evidente a relevância do sistema jurídico criminal nas interações sociais, uma vez que ele ainda desempenha um papel fundamental no controle social por meio do cumprimento das normas e a eventual imposição de sanções. Conseqüentemente, a teoria abolicionista é considerada uma ideia utópica. Nucci entende que “o abolicionismo é uma utopia, impossível de ser praticada nos dias de hoje, pois a sociedade não tem preparo para desfazer-se das normas e sanções penais, que ainda representam forma eficiente de controle geral”²⁸¹.

5.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA ADO N. ° 26

Um dos maiores desafios que o Direito Penal se depara é a necessidade de administrar e manter o equilíbrio no bojo social. É por isso que o poder punitivo pertence ao Estado, que tem o direito e o dever de punir aqueles que violam a ordem social.

Para tanto, o poder estatal faz uso do direito criminal, através da persecução penal dotada de força sancionatória. Mas, mesmo assim, a criminalidade não recua e força a sociedade a requerer do Estado respostas para enfrentar tamanha e deletéria contingência social.

Pois é dessa necessidade, que surge a urgência de reduzir a incidência criminosa e manter a ordem social em equilíbrio, mesmo que por um momento, pressionando o Estado a deliberar resposta, através da atividade legiferante, em busca da construção de um ordenamento sancionador célere e efetivo.

Nesse passo, o direito penal é considerado um instrumento político e social que visa implementar os preceitos estabelecidos pela Constituição, uma vez que tem como fito proteger a propriedade e os interesses sociais, além da preservação dos direitos fundamentais, a fim de evitar a violação das regras, através da imposição de sanções por condutas anteriormente imputadas, com base nos princípios penais da legalidade e anterioridade.

Em verdade, ao compulsar o contexto histórico-social, certas comunidades já foram enquadradas como “inimigos sociais”, não porque tenham cometido crimes, mas simplesmente porque foram considerados diferentes, a seu tempo como no

²⁸¹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

caso dos hereges e das bruxas, que foram perseguidos pelo braço religioso católico da Inquisição, além da perseguição aos judeus e aos homossexuais no início da Segunda Guerra Mundial, são exemplos de grupos que foram considerados inimigos no decorrer histórico.

Desse ambiente perseguidor, surge o direito penal do inimigo, oriundo da doutrina alemã, elaborado pelo filósofo germânico Gunther Jakobs²⁸², por volta dos anos 80. Trata-se de uma teoria penalista, defendida por alguns e hostilizada por outros, que se tornou um tema de discussão no meio acadêmico.

O professor alemão, para arrazoar sua teoria, baseou-se em modelos filosóficos contratualistas, que intencionam a exclusão dos transgressores do meio social, justificando o entendimento de que há uma diferença entre o cidadão e o criminoso contumaz, sendo para o primeiro o direito penal e, ao segundo, as consequências do direito penal do inimigo.

Jakobs entende que o inimigo é aquele que questiona as convenções estabelecidas da sociedade e, assim, ameaça a estrutura do Estado ao tentar destruí-la. Dessa forma, pelo fato de não respeitar as disposições imposta pelo Estado democrático, aquele indivíduo não se beneficia dos direitos e garantias fundamentais aplicáveis aos demais cidadãos:

O direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de - como é habitual - retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente alta: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas²⁸³.

É possível existir um comparativo o direito penal do inimigo e a decisão da ADO n.º 26, uma vez que a aprovação pelo Supremo Tribunal Federal da criminalização da homofobia, apesar de ter sido uma vitória da comunidade LGBTQIA+, decorreu de uma violação aos direitos fundamentais mínimos contra a força punitiva do Estado.

²⁸² JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁸³ *Ibidem*, p. 90.

Com base num entendimento potencialmente inquinado pelo que foi visto como um ato de populismo punitivo, cujo precedente do caso Ellwanger não criou tipo penal, Luiz Edson Fachin defendeu a tese de que:

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, **que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS** (caso Ellwanger), **que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação** consagrada em *referido precedente histórico* no sentido **de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica** dos delitos **previstos** na Lei nº 7.716/89 – **não se resume** a um conceito de ordem **estritamente** antropológica ou biológica, **projetando-se**, ao contrário, numa dimensão **abertamente** cultural e sociológica, **abrangendo, inclusive, as situações** de agressão injusta **resultantes** de discriminação **ou** de preconceito contra pessoas **em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.**²⁸⁴

Pois bem, à luz do populismo punitivo, a discussão da impunidade e da punição como a única solução viável para combater a criminalidade em desfavor da sociedade se baseia numa falsa suposição, que é a de que o sistema criminal desempenha as suas funções oficiais, e, dessa forma, a insegurança e o medo estão infundidos nesta última camada de proteção social, que, independentemente de possíveis soluções alternativas ao direito penal, utiliza a punição como primeiro e único como mecanismo de combate.

Luiz Flávio Gomes afirmara sobre o populismo penal que:

[...] é um **discurso e, ao mesmo tempo, uma prática punitiva** (um método, um procedimento ou um movimento de **política criminal**), **paralelo** (com características próprias) e, ao mesmo tempo, **complementar** de tantos **outros discursos** punitivistas (movimento da lei e ordem, tolerância zero, direito penal do inimigo etc.).²⁸⁵

Dessa forma, à luz dos fundamentos da decisão judicial que foram que ficaram suas bases em prólogos da própria Corte, isso poderia, como poderá, abrir a porta a mais e mais crimes criados pela via inadequada, o que levaria a um excessivo aumento da legislação criminal ante um desmedido ativismo judicial, considerando que a própria lei sofre controle, tanto legislativo, quanto administrativo, para entrar em vigência, diferentemente da decisão judicial em questão, que, por ora, vem produzindo seus efeitos sem enfrentar obstáculos.

²⁸⁴ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADO nº 26, p. 115.

²⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. Populismo Penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 05 abr. 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34486/populismo-penal>. Acesso em: 24 out. 2023.

Em verdade, a consequência social da teoria em tela se revela numa violação do Estado Constitucional Democrático, posto que, ao ampliar o conceito de racismo, ora discutido e deliberado pela vontade soberana do povo através de seus representantes, e concluir pela equiparação de um comportamento a um tipo penal, não se chega a outra conclusão, a não ser a violação de vários princípios penais, em especial, o da proporcionalidade, que aponta sobre a dosimetria e individualização da pena.

Não obstante a criação de tipo penal pela via da decisão judicial ser uma ofensa de morte aos postulados protetivos da ânsia punitiva do Estado, fato é que o direito penal do inimigo viola a Constituição, pois segundo esta teoria o indivíduo perde a sua condição de pessoa com direitos, quando na realidade, em vez de excluí-lo, a melhor forma de enfrentar o inimigo é garantir a eficácia da lei. Por mais grave que seja o ato, deve haver princípios e garantias em favor do infrator, uma vez que este é sujeito de direitos.

E mais, basta raciocinar que o indivíduo que venha a ser enquadrado na Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo) pelo fato de ter praticado conduta homofóbica correrá o risco de responder por um crime, cuja denúncia será baseada numa decisão judicial que não tem previsão legal, e, mais, ser estigmatizado pela persecução penal, e, por fim, suportar uma pena e cumpri-la à luz da lei de execução penal, ou seja, será a ele infligido um título executivo judicial em matéria penal construído em terreno movediço em decorrência da ausência de legalidade estrita em matéria penal.

Outrossim, Celso de Mello atestou sobre a impossibilidade de enveredar sobre o caminho a frente aberto pelo conhecimento e julgamento da ADO n.º 26, veja:

Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, **constitucionalmente, como única fonte formal direta legitimadora** da regulação normativa **concernente à tipificação penal, com a conseqüente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional**²⁸⁶.(grifos no original)

Seria possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal realizou alguns truques jurídicos verdadeiramente nocivos ao ordenamento constitucional, uma vez que Celso de Mello, que iniciou seu voto enfatizando que o poder judiciário não pode se sobrepôr ao poder legislativo, fazendo no final uma mágica com as palavras, ao

²⁸⁶ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADO nº 26, p. 64.

afirmar que a jurisprudência não pode criar tipo penal, mas pode utilizar um tipo de crime já estabelecido em lei, estendendo a interpretação, atropelando, outrossim, o princípio da interpretação restritiva em matéria penal.

Na ânsia de se dar uma resposta efetiva à reconhecida omissão legislativa, Celso de Mello estendeu os efeitos do conseqüente reconhecimento para dizer que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão dá azo para suplementação da legislação abstrata quando alude sobre a “concretização das cláusulas constitucionais”. Veja-se:

Isso significa, portanto, que a ação direta por omissão deve ser vista e qualificada como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Poder Público, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum²⁸⁷.

Destarte, efetivar a Constituição por meio da equiparação para criar tipo penal provisório, através de decisão judicial decorrente de ação de controle de constitucionalidade por omissão, donde se extrai a total inexistência, tanto na redação constitucional, quanto na legislação regulamentadora, para tipificar a discriminação homofóbica, não previsto na lei 7.716/89, repita-se, constitui manifesta e gravosa ofensa ao princípio da reserva legal em matéria penal e clarividente insulto à vedação da analogia para prejudicar o acusado - eis o direito penal do inimigo -, o que é indiscutivelmente proibido no sistema democrático em conformação com os postulados mais básicos do direito penal moderno.

5.4 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

Esse tópico se inicia com a afirmação de que não existe a menor possibilidade de se relativizar um direito fundamental em face de um possível interesse da sociedade. Em verdade, a vedação de tal ponderação abrange todos os direitos, mas a forma como é implementada difere para cada tipo de direito.

Dessa forma, em matéria penal, é impossível falar em relativização de garantias, em nome de alguma coisa. Trata-se de um fundamento da justiça criminal

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 80.

democrática. Eis o ônus de tal regime, que é avesso a qualquer tipo de autoritarismo.

Dito isso, pode-se adentrar na temática do presente tópico que é o chamado garantismo jurídico na perspectiva penal e, para tanto, apoiar-se-á no ensinamento do filósofo italiano Luigi Ferrajoli²⁸⁸.

No entendimento de Ferrajoli, trata-se o garantismo penal de um formato jurídico que trata dos aspectos formais e essenciais que devem estar sempre presentes para que uma lei seja válida. Esta combinação de configurações formais e materiais teria a finalidade de resguardar a possibilidade de garantir efetivamente todos os direitos fundamentais existentes em favor do indivíduo, considerando a questão do ser, nos aspectos da existência e realidade.

No entendimento do professor de Roma, o aspecto formal se assenta Na compreensão da existência de um procedimento previamente estabelecido, que serve como pré-requisito para a legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal. Em outras palavras, a regra só é válida e legítima se for formulada de acordo com os métodos formais prescritos pelo sistema jurídico, que é o caso do processo legislativo. Para o catedrático italiano:

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.²⁸⁹

Por seu turno, Ferrajoli defende que, para uma norma ser considerada válida, não apenas na sua colmatação com os aspectos de formalidade, ela deve refletir um elemento material, que seriam os direitos fundamentais; para quem estes:

São todos aqueles direitos subjetivos que são universalmente aplicáveis aos seres humanos na medida em que são dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir. Direito subjetivo significa qualquer direito positivo (de benefícios) ou negativo (de não sofrer lesão)

²⁸⁸Luigi Ferrajoli é um jurista italiano e um dos principais teóricos do garantismo, definindo-se a si próprio como um juspositivista crítico. Graduou-se em Direito pela Universidade de Roma "La Sapienza". Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/184-conferencistas/620848-prof-dr-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 23 out. 2023.

²⁸⁹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 785-786.

atribuído a um sujeito por uma regra legal; e por status significa a condição de um sujeito, também prevista por uma regra legal positiva, como uma presunção de sua aptidão para ser titular de situações legais e/ou autor de atos que são o exercício destes ²⁹⁰.(tradução livre)

Superado o entendimento preliminar sobre garantismo jurídico, a garantia criminal é qualificada pela lei que garante a segurança dos cidadãos e atua como mecanismo limitador de poder e garantia criminal em um estado constitucional, onde o poder flui necessariamente do sistema jurídico, principalmente da Carta Magna, que serve para frear ao máximo o poder punitivo e maximizar as liberdades.

Ferrajoli busca adaptar o modelo de Estado de Direito no qual, formalmente, o princípio da legalidade limita o poder. Os procedimentos, formas e competências das autoridades públicas são regulados pelas leis que os definem. Em caso de incumprimento das disposições da lei, serão tratados nos termos da própria lei.

Por seu turno, materialmente, os direitos fundamentais determinam toda a atividade estatal, o que significa, conforme preceito constitucional, que através destes direitos fundamentais é garantida a legitimidade do exercício do poder.

Dessa forma, a teoria do garantismo penal pode ser entendida como uma política penal em que a ação mínima do Estado se baseia em um sistema normativo positivo, variando na validade da norma e na sua eficácia, bem como entre elas, funcionando como uma filosofia política do fator externo, que atribui ao Estado e à lei o ônus de atingir a finalidade do direito penal, respeitando os direitos fundamentais (maximização da intervenção mínima e preservação da liberdade). Nota-se, a bem da verdade, que as garantias do direito penal representam, por isto, uma barreira jurídica à intervenção massiva do Estado na liberdade de vontade dos cidadãos.

Ferrajoli defende que, à luz da teoria do garantismo penal, há dez postulados que equivalem às regras básicas no exercício do direito criminal pelo Estado, faltando um deles, não há o que se falar em direito penal, com atenção para o mandamento “*nullum crimen sine lege*”²⁹¹, que aponta sobre a inexistência de crime sem lei, axioma este que corresponde ao princípio da legalidade em sentidos amplo e estrito.

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001. Disponível em:

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0F63B7BF49EE94F205257D25006DC4C2/\\$FILE/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/0F63B7BF49EE94F205257D25006DC4C2/$FILE/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf). Acesso em: 23 ago. 2023.

²⁹¹ FERRAJOLI, *op. cit.*, 2006, p. 91.

Com bastante relevo, à luz de comparação do entendimento de Ferrajoli, somada ao magistério de Eros Grau, este defende que:

E mais: o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo.²⁹²

No que concerne ao princípio da legalidade, trata-se de um padrão postulatório que limita o poder penal do Estado, uma vez que possui previsão constitucional no bojo dos direitos fundamentais – ou seja, não poderá vir a ser abolido, mas apenas resguardado e respeitado -, conforme artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1998: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”²⁹³.

Não obstante, o princípio da reserva de lei em matéria penal também encontra guarida e previsão no art. 1º do Código Penal: art. “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”²⁹⁴.

Fica evidente que o Estado, em todos os seus Poderes, incluindo o Judiciário, não tem o direito de agir de forma a se apossar das funções previamente estabelecidas no plexo de competências constitucionais, especialmente, no caso de ações manifestamente contrárias à citada Lei Fundamental e que violam de morte o princípio da legalidade penal, além do próprio axioma da Separação dos Poderes.

Por conseguinte, resta evidente, outrossim, outras consequências jurídicas em decorrência da criação de tipo penal pela via judicial, uma vez que, além de ultrajar o princípio da legalidade estrita em matéria penal, outros postulando, também, são alcançados por ricochete, por exemplo, os princípios da anterioridade penal e da retroatividade da lei penal.

Não precisa de muito esforço para concluir que, em matéria penal, a lei deve ser sólida e firme. Acontece que, diante da decisão da ADO n.º 26, houve, sem dúvidas, a criação de tipo penal provisório para equiparar a conduta homofóbica ao crime de racismo, ampliando a interpretação sobre discriminação racial à luz da alegada interpretação conforme a Constituição.

²⁹² GRAU, *op. cit.*, 2006, p. 42.

²⁹³ BRASIL, *op. cit.*, 1988.

²⁹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

Pois bem, suponha-se que, com a decisão de finalmente reconhecer a homofobia e a transfobia como crimes racistas, o Congresso Nacional venha a aprovar legislação sobre a matéria objeto da decisão judicial, haverá conflitos acrônicos no comparativo entre a lei promulgada pelo Legislativo e a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, se a lei for mais vantajosa para aquele que está sendo acusado, haverá a incidência do princípio da retroatividade da lei penal para beneficiar, afastando com isso a efetivação da decisão judicial e seus efeitos. Por outro lado, se houver um tratamento gravoso por parte dessa mesma lei, ocorreram casos que serão tratados com mais parcimônia ante a decisão judicial e que outros serão processados de forma mais gravosa com base na aplicação da inovação legislativa incriminadora, gerando severa instabilidade jurídica com o conseqüente atropelo do princípio da segurança jurídica em desfavor dos direitos fundamentais, reflexo do direito penal do inimigo, que será tratado em tópico abaixo.

Em conclusão, considerado como temerário o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e respectivo desarranjo da redação constitucional vigente, eis a confusão, explanada no parágrafo anterior, que a decisão judicial decorrente da usurpação de competência irá com muita probabilidade causar, com o corolário de total instabilidade no sistema jurídico, tudo consecutivo de uma busca desponderada para dar uma solução pela inadequada via eleita, malgrado reforça-se a nobreza da matéria de mérito.

5.5 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A responsabilidade civil na ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um tema complexo e ainda não totalmente consolidado na jurisprudência brasileira. Em linhas gerais, a responsabilidade civil do Estado por omissão ocorre quando o Estado, ao deixar de cumprir uma obrigação legal, causa danos a terceiros.

No caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a responsabilidade civil do Estado pode ser alegada por terceiros que tenham sofrido

danos em decorrência da omissão do Poder Público em cumprir uma obrigação constitucional.

Por exemplo, se o Estado-legislador deixar de regulamentar uma norma constitucional que protege o meio ambiente, e essa omissão causar danos ao meio ambiente, terceiros que tenham sofrido danos em decorrência desses danos podem ajuizar uma ação de indenização contra o Estado.

Todavia, via de regra, a responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, o que significa que o Estado só será responsabilizado se for comprovada a sua culpa ou dolo na omissão, conforme a teoria da culpabilidade.

Para que seja comprovada a culpa ou dolo estatal, faz-se necessário apontar que o Estado tinha conhecimento da omissão e que permaneceu inerte nas providências necessárias para efetivar os mandamentos constitucionais. Veja-se, nesse caso, se a decisão da inconstitucionalidade por omissão firmar prazo para apresentação das providências e estas não serem apresentadas, poderia se falar em condenação do ente omissor para responder pelas consequências desse silente comportamento.

Nesse passo, os tribunais brasileiros ainda não têm decisões pacíficas sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão no contexto da ação direta de inconstitucionalidade, conforme fora decidido na ADO nº 26, uma vez que foi formulado pedido de cunho indenizatório. Veja-se:

Pleiteia-se, finalmente, o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, condenando-se a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa a indenizarem as pessoas do grupo LGBT prejudicadas pelo comportamento omissivo ora imputado ao Estado.²⁹⁵

Entretanto, entendendo incabível em sede de ação objetiva, o relator Celso de Mello preferiu voto pelo indeferimento, sob o seguinte fundamento:

Não podem constituir objeto de análise, neste processo de controle concentrado, as circunstâncias de fato e os elementos de prova cuja constatação permitiria – após necessária dilação probatória – determinar, como pretendido pela agremiação partidária autora, a responsabilidade civil objetiva não só da União Federal, mas, também, de seus congressistas (CF, art. 37, § 6º).²⁹⁶

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 41.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 59.

Ainda assim, é possível identificar alguns critérios que podem ser utilizados para aferir a responsabilidade civil do Estado por omissão no contexto da ação direta de inconstitucionalidade:

A possibilidade de o Poder Público ter evitado a omissão: a responsabilidade civil do Estado é mais provável quando o Poder Público tinha condições de evitar a omissão.

A existência de danos concretos: a responsabilidade civil do Estado só é possível se houver danos concretos causados pela omissão, conforme entendimento do Celso de Mello. Veja-se:

Vale registrar, por oportuno, que essa impossibilidade em torno da concreta produção probatória dos pressupostos legitimadores da incidência da cláusula inscrita no art. 37, § 6º, da Constituição, referentemente a situações individuais ou transindividuais, não afeta nem compromete o direito material eventualmente titularizado pelo ofendido, a quem fica assegurado, por isso mesmo, o acesso às vias processuais ordinárias, em cujo âmbito poderá, valendo-se de todos os meios de prova disponíveis, demonstrar o dano moral ou patrimonial que lhe foi infligido e comprovar o nexo de causalidade material entre o comportamento estatal omissivo e a consumação do resultado lesivo por ele sofrido.²⁹⁷

A responsabilidade civil do Estado por omissão é um tema importante, pois pode garantir a reparação de danos causados a terceiros em decorrência da omissão do Poder Público.

Sérgio Cavalieri Filho afirma que:

[...] é de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa (comissiva ou por omissão específica) e o dano. Resta, todavia, espaço para a responsabilidade subjetiva (por omissão genérica) [...].²⁹⁸

Cavalieri alude sobre a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade por lei aplicada via ato normativo e declarada posteriormente inconstitucional, defendendo que, aquele que seja prejudicado, teria legitimidade e causa de pedir para pleitear indenização em caso de prejuízo, sujeitando o Estado a reparar o dano:

Quando a Justiça reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, está, ipso facto, proclamando que o legislador agiu de forma errônea. E, se os efeitos da lei inconstitucional provocarem prejuízo ao administrado, deve a pessoa

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 59-60.

²⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 356.

federativa responsável pela promulgação (União, Estado ou Município) ser civilmente responsabilizada pelo ressarcimento do dano daí decorrente²⁹⁹.

Com efeito, a responsabilidade civil do Estado pode ser alegada por terceiros que tenham sofrido danos em decorrência da aplicação de uma lei que foi declarada inconstitucional.

Nesse sentido, Braga Neto defende que o Poder Público deve desempenhar um ativo papel no cumprimento dos direitos fundamentais dos administrados, com a ampliação das responsabilidades do governo em áreas inimagináveis:

O que ontem não causava responsabilidade civil do Estado, hoje pode causar. É possível que o futuro contemple, entre as ações ou omissões que responsabilizam o Estado, fatos que nós não nos atreveríamos a colocar como fatores de responsabilização estatal. A ampla responsabilidade dos danos causados pelo Estado faz progressivas conquistas. Basta comparar a jurisprudência brasileira, na linha do tempo, e se verificará a verdade deste enunciado. A propósito, por exemplo, da responsabilidade civil por atos legislativos, o STF esclareceu que o Estado 'não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal' (STF, ADInMC 1.063-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/01).³⁰⁰

Dessa forma, revela-se que o dever de o Estado efetivar os direitos fundamentais, existe uma determinação na Constituição para fazer isso, deliberar e promulgar leis. Assim sendo, o não cumprimento destas ordens constituirá um ato ilegal, caracterizando a omissão inconstitucional.

Poder-se-ia estipular um prazo na ADO nº 26 para que o Poder Legislativo sanasse a omissão para adotar providências legiferantes necessárias ao devido cumprimento dos deveres constitucionais impostos pelos incisos XLI e XLII, ambos do artigo 5º, da CF/88, sob pena de responsabilização civil do Estado?

A resposta é sim! Para tanto, há jurisprudência do STF nesse sentido com base na ADI nº 3.682, cuja ementa segue:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/1996. AÇÃO JÚLGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 369.

³⁰⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 142.

de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.³⁰¹

Observa-se que não houve interferência por parte da Suprema Corte na competência legiferante do Poder Legislativo, mas, conclui-se que, em caso de insistência da mora inconstitucional, a busca de reparação civil pelos prejuízos causados pela omissão se revela possível em desfavor do ente competente.

Isso revela que a decisão da ADO nº 26 poderia ser diferente, no sentido de que, ao invés de ferir demais princípios penais de envergadura constitucional, a fundamentação deveria respeitar a separação dos poderes e, em caso de descumprimento do prazo estipulado para deliberação política em construir legislação específica, medidas de indenização poderiam ser tomadas em desfavor do ente resistente, considerando a legislação criminal já existente para fins de enquadramento e repreensão das condutas homofóbicas, conforme dito em tópicos acima.

³⁰¹ BRASIL. STF. **ADI 3682**, Relator Min. Gilmar Mendes, 2007..

Sem querer aprofundar na matéria da responsabilidade civil e respeitando o entendimento de que a ação constitucional objetiva, que é o caso da ADO, não comporta decisão sobre condenação civil, o posicionamento apresentado no parágrafo acima é no sentido de que a resposta positiva sobre o cabimento da responsabilidade civil do Estado poderia ocorrer como corolário da caracterizada omissão constitucional, que daria direito para o terceiro prejudicado perseguir pelas vias adequadas uma compensação civil. É o que defende Dirley da Cunha:

Enfim, o que revela sublinhar é que, seja de natureza legislativa ou não, seja total ou parcial, a omissão do poder público não pode interditar os desígnios constitucionais e o desenvolvimento de importantes avanços sociais e políticos consagrados na Constituição brasileira que é, como vimos, uma Constituição marcadamente dirigente, compromissária com os ideais de uma justiça social e com a dignidade da pessoa humana.³⁰²

Destarte, se a ilegalidade for apurada no transcurso do prazo sem a devida resposta legislativa, tem-se o primeiro requisito para fins de configuração do ato de indenizar. Caso o Legislativo desrespeite a decisão declaratória de inconstitucionalidade por omissão proclamada pelo STF, a possibilidade de condenação civil, em decorrência das peculiaridades de cada caso, surge após o decurso prazal sem resposta legiferante, uma vez que o Poder Legislativo se quedou inerte - segundo pressuposto - para efetivar uma norma constitucional.

³⁰²CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2008, p. 235.

6 CONCLUSÃO

A verdadeira questão no cerne da dinâmica social em comento gravita ao redor da orientação sexual e da identidade de gênero. Ao longo da história, um determinado grupo de pessoas teve todo o seu comportamento, privacidade, estilo de vida e até mesmo direitos civis questionados pela maioria dominante, por meio de um direito ultrapassado, de modo que se buscou limitar e regular a individualidade desta parte da sociedade ao que se considerava como norma.

Com razão, a uniformização aqui em questão implica o respeito a regras e códigos de conduta anteriormente postos, rechaçando aqueles que se destacam pela identidade de gênero e/ou orientação sexual não heteronormativa. Este enquadramento dá origem à homofobia, não sendo muito diferente de outras formas de preconceito que a precederam.

O objetivo desta dissertação foi examinar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26, e demonstrar vários aspectos de uma determinada decisão, fazendo uma breve comparação entre a referida ADO e o mandado de injunção.

Além disso, foi realizada uma análise sobre a *analogia in malam partem* e sua interpretação constitucional, examinando como esses conceitos foram introduzidos no processo de tomada do julgamento. Em última análise, foi adotado um argumento centrado no princípio da separação de poderes, com particular destaque para o sistema de separação recíproca, associado à mitigação deste princípio através da atuação do Poder Judiciário instrumentalizado pelo ativismo jurídico.

O tema do trabalho se apoiou na análise da adequação da decisão ao ordenamento jurídico brasileiro em relação à própria ideia de criação de conceitos normativo-penais, ao estender o conceito de racismo para alcançar os comportamentos homofóbicos.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 contempla um grande número de dispositivos constitucionais de eficácia limitada, ou seja, são dispositivos de eficácia média ou reduzida e dependentes de direito derivado. Na contemporaneidade, ainda existe a necessidade de regulamentar estas disposições constitucionais, embora já se tenham passado mais de 35 anos desde a sua deliberação e promulgação.

Tendo em conta que toda legalidade do ordenamento jurídico pátrio está prevista na Constituição, bem como a importância da sua pertinência no mundo do

Direito nacional, continua a ser desejável que os princípios que definem os direitos e garantias fundamentais sejam imediatamente aplicáveis e efetivamente implementados. Resulta desta afirmação que a implementação da Constituição é uma tarefa necessária e não pode ser deixada ao arbítrio injustificado das autoridades responsáveis.

Em verdade, é possível que as autoridades competentes possam permanecer caladas diante de uma ordem constitucional. Dessa forma, o Poder Executivo pode permanecer passivo e não prestar um serviço específico ao qual o indivíduo tinha direito ou necessitava.

Por sua vez, o sistema judicial não pode deixar de desempenhar a sua função habitual e permanecer ocioso no desempenho das suas atividades principais, sublinhando que a justiça não pode ser negada, mas que a lentidão da resposta judiciária impede que os pedidos das partes sejam satisfeitos. Além disso, as deficiências identificadas nas condições de apoio jurídico podem dificultar o acesso à justiça.

Não menos verdade é que a situação jurídica da comunidade LGBTQIA+carece urgentemente de proteção jurídica, devidamente enfrentada pelo debate político, que é o local ideal e apropriado, uma vez que se trata da produção de um estatuto protetor, além de construir diretrizes governamentais que permitam compreender que a sexualidade e o gênero de uma pessoa não podem ser motivos de violação de nenhum direito, especialmente à vida, à integridade física e à igualdade.

E mais, diante do estado de vulnerabilidade sobre o aumento da violência que os indivíduos desta comunidade estão expostos, revela-se que se faz necessário que o Estado esteja empenhado na sua proteção, independentemente do entendimento sobre ser a última resposta ou não pelo Direito Penal.

No entanto, a formação de condutas delitivas não pode, malgrado seja uma questão de direito fundamental, basear-se em interpretações jurídicas que violem os princípios constitucionais e os direitos humanos, atropelando, com isso, o princípio da reserva legal, além de tantos outros de alta envergadura, conforme fora exposto no desenvolvimento desse trabalho.

Em verdade, mostrou-se que a hermenêutica aplicada pelo Supremo Tribunal Federal é deletéria para o ordenamento jurídico vigente, pois cumpre a tarefa de criminalização pelo ativismo jurídico sem qualquer legitimidade ao exercício

legislativo, valendo-se do manejo de instrumento jurídico, que é a analogia *in malam partem*, por sinal, extremamente vedada na seara criminal.

Este trabalho sugere como alternativa ao entendimento do julgado da ADO nº 26, com base em jurisprudência do próprio STF, a possibilidade de estipulação de prazo para providências por parte do Legislativo, sendo que depois de ter sido chamado a agir e suprir a omissão ou antes de um prazo fixado pela própria Constituição, o legislador permanecesse inativo, de forma a vulnerar a esfera jurídica de terceiros, surgiria o primeiro pressuposto a partir do qual a responsabilidade do Estado poderia vir a ser razoavelmente considerada e se houvesse nexos causal efetivo com a omissão legiferante, surgiria o direito à indenização.

O presente trabalho repetidamente sinalizou a grandeza do mérito do tema, que se refere à questão da necessidade de proteção de um grupo vulnerável da nossa sociedade. No entanto, salta aos olhos que a decisão contramajoritária do Supremo Tribunal Federal implicou em uma violação de tantas outras garantias e princípios constitucionais, ressaltando o fundamento de uma teoria dos sistemas jurídico e político, nomeadamente, o Princípio da Separação de Poderes.

Malgrado a matéria de mérito seja de alta relevância, a via eleita se revelou bastante hostil ao próprio ordenamento jurídico, uma vez que uma decisão judicial decorre da criatividade interpretativa do julgador e esta deve estar estritamente em conformidade com os básicos postulados do ordenamento jurídico vigente. Não se deve tolerar que direitos e garantias, mesmo sob controle constitucional, sejam ampliados em descompasso de outros da mesma envergadura ou, quiçá, de maior densidade, vindo a provocar um desequilíbrio no arranjo harmônico e independente dos Poderes e balançar perigosamente o regime democrático no qual se assenta nosso Estado de Direito.

De mais a mais, quanto ao teor da decisão, constatou-se que ela contrariou as garantias básicas previstas na Constituição Federal, fundamentadas nos pilares dos princípios jurídicos, uma vez que, ao equiparar a homofobia ao racismo, o STF violou uma série de princípios de alta envergadura para o Direito, em especial, a exigência de lei em sentido estritamente formal, a exigência de segurança jurídica na interpretação da redação constitucional, a proibição do uso de analogias, violações aos princípios da anterioridade penal, individualização da pena, da

proporcionalidade, vilipêndio ao garantismo penal e aplicação do direito penal do inimigo.

Alternativamente, como resposta à declaração da inconstitucionalidade por omissão na ADO nº 26, poder-se-ia estipular prazo para o Poder Legislativo e a União tomarem providências para a construção de legislação específica, sob pena de condenação civil por parte do ente omissor.

Por fim, conclui-se que, embora haja espaço para o Poder Judiciário defender os direitos e garantias fundamentais para todo indivíduo da sociedade, deve-se respeitar os seus limites de atuação, devidamente balizados no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Flávio da Silva. A hermenêutica jurídica segundo Carlos Maximiliano. **Revista TRF1**, Brasília, v. 28, n. 9-10, set./out. 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/107711/hermeneutica_juridica_segundo_andrade.pdf. Acesso em: 29 ago. 2023.

APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 37-53, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 19 dez. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Shyn)thesis**, Brasília, v. 5, n. 2, 2012. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 08 ago. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOUT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado**. Salvador: Juspodivm, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 5003/2001**. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 580/2007**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3, e dá outras providências. Brasília, DF, 21 dez. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 07 fev. 24.

BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013 Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acessado em 07/02/24.

BRASIL. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 07 out. 23.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF, 23 jun. 2016. Disponível

em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018**. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 309, de 2004**. Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70918>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_4650__complementa_voto.pdf. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Relator: Min. Ayres Britto. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.439/MC/1996**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=A%C3%87%C3%83O%20DIRETA%20DE%20INCONSTITUCIONALIDADE%20POR%20OMISS%C3%83O&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424-2/RS**. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770347>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**. Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2016. Relator: Min. Marco Aurelio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2**. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770347>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI nº 107-3-DF**. Relator: Min. Moreira Alves, DJU 21.09.1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção**: MI 670/ES. Disponível em:<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2926661>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção**: MI 708/DF. Disponível em:<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14725991>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção**: MI 712/PA. Disponível em:<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2926757>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no HC nº 82.424/RS**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRAZ, Laura Cecília Fagundes dos Santos. **Liberdade religiosa ou sacrifício animal?** O estudo do re n. 494601/RS. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021, p. 107.

CALLEGARI, André Luís. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHIDO, Thiago Bonato. Elasticidade do crime de racismo afronta a Constituição Federal. **Conjur**, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-30/thiago-carvalhido-elasticidade-crime-racismo-afronta-constituicao>. Acesso em: 20 ago. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012. Disponível em:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496562>. Acesso em: 08 ago. 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu **Elementos da Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADOS UNIDOS. **Brown v. Board of Education of Topeka**. Records of the Supreme Court of the United States, Record Group 267, National Archives, May 17, 1954. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education>. Acesso em: 04 fev. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZJUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FONTENELE, Vivian. Aspectos Gerais da Ação Direta de Inconstitucionalidade: conheça mais. **MasterJuris**. Rio de Janeiro, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://masterjuris.com.br/aspectos-gerais-da-acao-direta-de-inconstitucionalidade-conheca-mais/>. Acesso em: 08 out. 2023.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. Populismo Penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 05 abr. 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34486/populismo-penal>. Acesso em: 24 out. 2023.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo : RT, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em:
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20%20-%20Hesse.pdf. Acesso em: 02 set. 2023.

IZIDORO, Taynara. O caso Ellwanger. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em:
<https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>. Acesso em: 02 out. 2023.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JOBIM, Marcelo Barros. **Existem Omissões Constitucionais?** Maceió: Viva, 2013.
JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 21.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NOVO, Benigno Nuñez. A concretização da Constituição diante do Direito. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-concretizacao-da-constituicao-diante-do-direito/1309767133>. Acesso em: 02 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3>. Acesso em: 09 ago. 23.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade**. 150 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-133203/publico/DISSERTACAO_SIMPLIFICADA_ALESSANDRA.pdf. Acesso em: 20 ago. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**, 2 Ed. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 126.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. Conceito histórico de separação de Poderes. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historicodaseparacao-dos-poderes>. Acesso em: 05 ago. 2023.

RACISMO. *In*: **Encicloédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/92/edicao-1/racismo#:~:text=O%20racismo%20%C3%A9%20uma%20forma,racial%20e%20da%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20racial>. Acesso em: 20 jan. 2024.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n.1, mar. 2009. Disponível em:<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>. Acesso em: 10 ago. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SABRA, Paula Rodrigues. **Mandado de injunção: a relação entre os poderes judiciário e legislativo**. 2008. 75 f. Monografia (Graduação) -Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/mandado-de-injuncao-a-relacao-entre-os-poderes-judiciario-e-legislativo/>. Acesso em: 26 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo jurídico existe ou é imaginação de alguns? **Conjur**. 13 jun. 2013. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 21 ago. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.