

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISIS NEGRAES MENDES DE BARROS

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: ANÁLISE DO VOTO DO
RELATOR MINISTRO CELSO DE MELLO NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 – ATIVISMO JUDICIAL OU
USO DA FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA?**

**BRASÍLIA
JULHO, 2020**

ISIS NEGRAES MENDES DE BARROS

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: ANÁLISE DO VOTO DO
RELATOR MINISTRO CELSO DE MELLO NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 – ATIVISMO JUDICIAL OU
USO DA FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP. Orientadora: Prof.^a Dra. Luciana Silva Garcia.

**BRASÍLIA
JULHO, 2020**

ISIS NEGRAES MENDES DE BARROS

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: ANÁLISE DO VOTO DO
RELATOR MINISTRO CELSO DE MELLO NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 – ATIVISMO JUDICIAL OU
USO DA FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP. Orientadora: Prof.^a Dra. Luciana Silva Garcia.

Brasília, julho de 2020.

Professora Dra. Luciana Silva Garcia
Professora Orientadora

Professora Dra. Cláudia Paiva Carvalho
Membro da Banca Examinadora

Professor Dr. José dos Santos Carvalho Filho
Membro da Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o voto proferido pelo Ministro Relator Celso de Mello na ADO nº 26, em julgamento ocorrido em 2019, no Supremo Tribunal Federal. A decisão, por maioria, reconheceu a tipicidade das condutas homofóbicas e transfóbicas no tipo penal de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89. O reconhecimento dessa tipicidade se deu por meio da interpretação conforme à constituição do conceito de raça, pautada no precedente firmado, em 2003, no HC nº 4.424/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”. Muitas foram as críticas destinadas à decisão ora analisada, com afirmações de que a Suprema Corte Brasileira estaria extrapolando suas funções típicas e, por consequência, desrespeitando a separação dos poderes. Alegam esses críticos, que teria sido criado um tipo penal por meio do judiciário, o que seria vedado pela constituição brasileira por ferir o princípio da reserva legal para lei penal. A análise será feita sob a perspectiva do Ativismo Judicial e do uso da função Social da Dogmática Jurídica. Serão apresentados os debates sobre o conceito de Ativismo, bem como uma breve historicidade sobre o tema. Após, será exposto o conceito de Dogmática Jurídica, o surgimento da maneira de pensar sistemática, e a sua função social na resolução de conflitos. Na sequência, serão apresentados os principais argumentos do voto, usados para construir a decisão final. Por fim, será feita a análise, com objetivo de demonstrar qual caminho foi percorrido pelo Ministro Relator até chegar na solução encontrada, buscando inferir se houve extrapolação das funções da Suprema Corte.

Palavras- chave: Ativismo Judicial; Função Social da Dogmática Jurídica; ADO 26; Criminalização da Homofobia;

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the vote made by Rapporteur Minister Celso de Mello at ADO n° 26, in a judgment that took place in 2019, at the Supreme Court of Brazil. The decision, by majority, recognized the typical nature of homophobic and transphobic conduct in the penal type of racism, provided for in Law No. 7.716/89. The recognition of this typicality was interpreted in conformity with the Constitution of the concept of race, based on the precedent established in 2003, in HC n° 4.424/RS, known as “Ellwanger Case”. There were many criticisms aimed at the decision, with claims that the Brazilian Supreme Court was extrapolating its typical functions and, consequently, disrespecting the separation of constitutional powers. These critics allege that a criminal type was created through the judiciary, which would be prohibited by the Brazilian Constitution for violating the principle of legal reserve for criminal law. The analysis will be made from the perspective of Judicial Activism and the use of the Social Function of Legal Dogmatic. The debates on the concept of Activism will be presented, as well as a brief historicity on the theme. Afterwards, the concept of Legal Dogmatic, the emergence of systematic thinking, and its social function in conflict resolution will be exposed. Following, the main arguments of the vote, used to build the final decision, will be presented. Finally, the analysis will be carried out, to demonstrate which path, the Rapporteur took until reaching the solution found, seeking to infer whether there was an extrapolation of the functions of the Supreme Court.

Keywords: Judicial Activism; Social Function of Legal Dogmatics; ADO 26; Criminalization of Homophobia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ATIVISMO JUDICIAL	11
1.1 Historicidade	11
1.2 Debates sobre o conceito	18
2. FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	23
2.1 Historicidade	23
2.2 Conceito e Função	25
3. O CASO: ADO Nº 26	29
3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26	29
3.2 Voto do Ministro Relator, Celso de Mello.....	34
3.2.1 A Questão da “ideologia de gênero”	35
3.2.2 Impossibilidade jurídico – constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal.....	37
3.2.3 Considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas, que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso país “O amor que não ousa dizer o seu nome” (Lord Alfred Douglas, do poema “Two Loves”, publicado em “The Chameleon”, 1894, verso erroneamente atribuído a Oscar Wilde).....	37
3.2.4 A violência contra integrantes da comunidade LGBT ou “A Banalidade do mal homofóbico e transfóbico” (PAULO ROBERTO IOTTI VECHIATTI): Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea	39
3.2.5 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do Poder Público ..	41
3.2.6 A situação de inércia do Estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima.....	43
3.2.7 Soluções Possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional.....	45

3.2.7.1 A cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional.....	47
3.2.7.2 Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89	50
3.2.8 O Poder Judiciário, em sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis	61
3.2.9 Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional.....	63
3.2.10 A busca da felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.....	65
3.2.11 Uma observação final: o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal	66
3.2.12 – Conclusão do Voto.....	68
4. ANÁLISE DO VOTO SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL E DA FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	70
4.1 Aspectos sociais, históricos e contemporâneos: das Leis Coloniais à ideologia de gênero e violência.....	71
4.2. Constituição de 1988: Contexto, escolhas do Constituinte e a Função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal	76
4.3 A inércia inconstitucional do Estado: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	83
4.4 Solução: Notificação do Congresso e Interpretação Conforme à Constituição	87
5. DEBATES FINAIS E CONCLUSÃO.....	100
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

A situação de vulnerabilidade em que o grupo LGBT¹ se encontra no país, com aumento expressivo na violência e discriminação, somada à mora legislativa em criminalizar essas condutas, fez o Partido Popular Socialista (PPS) requerer, ainda no ano de 2013, que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarasse inconstitucional a inércia do Congresso Nacional (Congresso), dentre outros pedidos. A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO nº 26)² foi distribuída ao Ministro Celso de Mello, decano da Corte.

Em 2019, o STF apreciou a referida ADO - juntamente com o Mandado de Injunção nº 4733 (MI nº 4733)³ - em julgamento que ficou popularmente conhecido como “criminalização da homofobia”. O Ministro Celso de Mello votou pela procedência parcial dos pedidos para declarar a inconstitucionalidade por omissão do Congresso e dar interpretação conforme para que condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadrassem no tipo penal de racismo, previsto na Lei nº 7.716, de 08/01/1989⁴, dentre outras providências⁵.

¹ Neste trabalho foi adotado o uso da sigla LGBT em decorrência da escolha feita pelo Ministro Celso de Mello em seu voto. “É preciso esclarecer, desde logo, que a sigla LGBT, no contexto dos debates nacionais e internacionais sobre a questão da diversidade sexual e de gênero, tem sido utilizada para designar a comunidade global das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, além de outras definidas por sua orientação sexual ou identidade de gênero. A expressão LGBT, além de possuir a virtude de haver sido formulada pela própria comunidade que designa, atingiu ampla aceitação pública e consenso internacional, consagrando-se sua utilização, no Brasil, em 08/06/2008, na I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (convocada por meio do decreto presidencial de 28 de novembro de 2007), cabendo assinalar, no entanto, que a primazia conferida ao uso desse termo decorre, exclusivamente, do prestígio e do renome que o acrônimo LGBT adquiriu no âmbito da defesa dos direitos humanos e do combate à discriminação, sem que o seu emprego signifique indiferença ou esquecimento em relação às demais siglas também utilizadas, especialmente com o propósito de fazer incluir, em sua definição, as pessoas que se identificam como “queer” (LGBTQ), as pessoas intersexuais (LGBTQI), as pessoas assexuais (LGBTQIA) e todas as demais pessoas representadas por sua orientação sexual ou identidade de gênero (LGBTQI+).” - **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 07

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Data distribuição: 19 de dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção Nº 4733/DF. Impetrante: Associação Brasileira De Gays, Lésbicas E Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Data distribuição: 10 mai. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> Acesso em: 28 de jun. de 2020

⁴ BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 05 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm> Acesso em: 25 jun. 2020.

⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26

O Ministro Edson Fachin, relator da MI nº 4733, votou pela procedência dos pedidos, no mesmo sentido do Voto do Ministro Celso de Mello⁶.

O Julgamento conjunto foi por maioria. Votaram com os Relatores os Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só poderia ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo, e o Ministro Marco Aurélio, que não admitiu o Mandado de Injunção e, em relação à ADO, admitiu em parte, mas não reconheceu a omissão legislativa⁷. As teses firmadas foram as propostas pelo Ministro Celso de Mello, relator da ADO nº 26⁸, formulada em três pontos⁹:

– Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º¹⁰ 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”).

– 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

de jun. de 2020. p. 154/155

⁶ Íntegra do Voto do Ministro Edson Fachin, Relator da MI nº 4733 - Ministro Fachin vota pela aplicação da Lei do Racismo à homofobia e à transfobia até edição de lei específica. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404047>>. Acesso em: 28 jun 2020.

⁷ STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010&caixaBusca=N>> Acesso em: 28 jun 2020.

⁸ Por isso a escolha em analisar este voto.

⁹ Acórdão ainda não publicado. Íntegra do voto, tese e ementa:

Teses: STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso em: 14 de out de 2019.

Ementa e íntegra do voto: Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020.

¹⁰ Art. 5º 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. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 25 jun de 2020.

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.

– 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.

Durante o julgamento (que ocorreu em mais de uma sessão), e mesmo após sua finalização, muitas foram as manifestações contrárias. Em sua grande maioria, as análises apontavam que o STF estaria atuando como legislador, desrespeitando a separação dos poderes, extrapolando a interpretação constitucional e, por consequência, realizando “Ativismo Judicial”.¹¹

O problema deste trabalho de conclusão de curso é analisar, partindo daquelas críticas, qual o enquadramento da decisão do STF na ADO nº 26, que conferiu tipicidade à homotransfobia, fazendo uma interpretação conforme do crime de racismo. Se trataria, mesmo, de Ativismo Judicial? Estaria o STF extrapolando suas funções? Ou se trataria de

¹¹ Por exemplo:

OROTAVO NETO, Fernando. Ao criminalizar a homofobia, Supremo faz parecer que tenta jogar para a plateia. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/fernando-orotavo-criminalizar-homofobia-supremo-politizou>. Acesso em: 10 de jul. de 2019.

LEAL, Rogerio Gesta. LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto! 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniao-lgbt-fobia-nao-racismo-enquanto>. Acesso em: 09 mar. 2019.

VALENTE, Fernanda. Não cabe ao Supremo criminalizar homofobia, diz advogado criminalista. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/nao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia-criminalista>. Acesso em: 24 maio de 2019.

HAJE, Lara. “Ativismo judicial” do STF é criticado em audiência pública na CCJ. Agência Câmara de Notícias. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/576770-ativismo-judicial-do-stf-e-criticado-em-audiencia-publica-na-ccj/>. Acesso em: 19 jun de 2020.

construção de posicionamento pautado na função social da Dogmática Jurídica, no exercício do papel contramajoritário da Corte Suprema?

A análise se dará da seguinte forma: será exposto o conceito de Ativismo Judicial e da Função Social da Dogmática Jurídica, após, será exposto o pedido inicial da ADO nº 26 e o voto vencedor, de lavra do Relator, Ministro Celso de Mello, oportunidade em que serão apontados os tópicos relevantes para análise, e, por fim, serão examinados os fundamentos da decisão sob a ótica dos conceitos apresentados.

1. ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Historicidade

Luís Roberto Barroso, em texto publicado no ano de 2008, indica que a ideia de Ativismo Judicial teve sua origem no Direito Estadunidense, e que, ao contrário do que se vê hoje, iniciou em decisões de natureza considerada conservadora.¹²

O caso mais infame dessa fase inicial, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹³, foi *Dred Scott v. Sandford*¹⁴, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1857, constitucionalizou a escravidão. Dred Scott era escravo de um Major do Exército Americano, chamado John Emerson. Scott acompanhava seu “proprietário” em todas as mudanças de Estado que se faziam necessárias por conta de seu ofício junto ao exército. Em alguma dessas vezes, residiu em Estados Americanos onde a escravidão era proibida, como no Estado de Illinois e no Território de Wisconsin¹⁵. Com a morte de Emerson, Scott não teve sua liberdade reconhecida pela viúva do Major e, então, ajuizou ação requerendo o reconhecimento de sua liberdade por ter residido em duas oportunidades em Estados que

¹² BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>> Acesso em: 17 de junho de 2020.

¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁴ UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Dred Scott V. Sandford (1856), 60 U.S. 393. Decided: December 1, 1856. Circuit Court Of The United States For The District Of Missouri. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/60/393.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020.

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 53.

proibiam a escravidão, com base no princípio “*once free, always free*”¹⁶ (uma vez livre, sempre livre).¹⁷

A primeira decisão foi favorável a Scott, mas, com o recurso à Suprema Corte, a decisão foi revertida. O voto ficou a cargo do *Chief justice* Taney que afirmou que negros não eram considerados cidadãos pela Constituição e, ainda que se considerasse injusta essa afirmação, não era função da corte tratar sobre justiça ou injustiça, pois a norma deveria ser interpretada de acordo como foi considerada no momento em que foi criada. Concluiu, assim, que os cidadãos Americanos tinham o direito constitucional de propriedade de escravos, não podendo ser (o direito) suprimido por legislação infraconstitucional (mesmo que já retratasse a evolução social sobre o tema), declarando, por fim, a inconstitucionalidade da lei que proibia a escravidão.¹⁸

O ativismo judicial de *Dred Scott* não está na afirmação de que negros não eram cidadãos e, sim, uma “raça infeliz”, “inferior”, simples “artigos de mercancia”. Estas afirmações compõem o caráter moralmente odioso da decisão. O caráter ativista está, principalmente, na ambição (ou ingenuidade?) da Corte em tentar resolver o conflito político mais tormentoso daqueles dias e em negar ao Congresso o poder de controlar esse conflito nos territórios federais. Em vez de evitar questão tão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar o tema. Agindo dessa forma, a Corte não foi só ativista, mas também inconsequente.¹⁹

Ainda no campo do Ativismo conservador Estadunidense, Barroso²⁰ cita a Era *Lochner* (1905 – 1937), a qual, segundo Carlos Alexandre, foi marcada pela ideologia *Laissez Faire*. Nesta época, a Corte declarou inconstitucional várias leis federais e estaduais que

¹⁶ “*In the case of Spencer v. Negro Dennis, (8 Gill's Rep., 321,) the court say: 'Once free, and always free, is the maxim of Maryland law upon the subject. Freedom having once vested, by no compact between the master and the the liberated slave, [60 U.S. 393, 561] nor by any condition subsequent, attached by the master to the gift of freedom, can a state of slavery be reproduced.'* - UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Dred Scott V. Sandford* (1856), 60 U.S. 393. Decided: December 1, 1856. Circuit Court Of The United States For The District Of Missouri. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/60/393.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020

¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*. p. 54.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>> Acesso em: 17 de junho de 2020.

tratavam de regulação e direitos sociais, como limites de horas diárias/semanais de trabalho, salário mínimo etc.²¹

Como exemplo, cita o Caso *Lochner v. New York*²², no qual a Suprema Corte Americana suprimiu direitos sociais dos trabalhadores. O Estado de Nova Iorque, visando proteger a saúde e garantir o bem-estar dos trabalhadores, havia criminalizado a permissão (ou a exigência) da jornada de trabalho de padeiros que tivessem mais de 60 (sessenta) horas semanais, ou 10 (dez) horas por dia. A Corte americana julgou que a lei seria inconstitucional porque o Legislador novaiorquino interferiu nas relações contratuais de trabalho. Entendeu-se que a referida lei violou a liberdade de contrato entre empregador e empregado de forma desarrazoada, desnecessária e inadequada²³, e por isso, feria o que demandava a XIV Emenda da Constituição Federal Americana, em suas anotações sobre a liberdade de contrato.²⁴

Essa decisão não foi unânime, tendo dois juízes discordado por meio dos mesmos motivos que, depois, levaram esta decisão a ser considerada ativista. John Mashal Harlan afirmou que esta era uma decisão que possuía incerteza fática e divergência teórica, existindo, portanto, espaço para debate no legislativo por “diferença honesta”²⁵ de opinião, devendo a Corte deixar que a vontade do povo de Nova Iorque prevalecesse. Apenas deveria (a corte) intervir caso existissem influências desarrazoadas, desnecessárias e dúvida pertinente da inconstitucionalidade. Além disso, segundo Harlan, a Corte não teria capacidade técnica para tanto, pois se tratava de política pública de saúde e bem-estar social, devendo dar importância aos estudos e aos cálculos prévios do Legislador Estadual.²⁶

Oliver Holmes, o segundo Juiz a discordar, afirmou que não deveria a Suprema Corte decidir com base numa teoria econômica (*Laissez Faire*) não unânime no país e, ainda, que não poderia (a Corte) impô-la à decisão do Legislador, vez que a referida teoria sequer

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²² UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Lochner v. People Of State Of New York* (1905), 198 U.S. 45. Decided: April 17, 1905. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/198/45.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020.

²³ “There is no reasonable ground, on the score of health, for interfering with the liberty of the person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. Nor can a law limiting such hours be justified as a health law to safeguard the public health, or the health of the individuals following that occupation.” – UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Lochner v. People Of State Of New York* (1905), 198 U.S. 45. Decided: April 17, 1905. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/198/45.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Liberty of Contract - UNITED STATES OF AMERICA. United States Constitution. Disponível em: <https://constitution.findlaw.com/amendment14/annotation03.html#6>. Acesso em: 01 de jul. de 2020

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.. p. 56.

²⁶ Ibidem.

tinha previsão constitucional. Afirmou que não se pode maximizar o uso da XIV Emenda, pois se trata de uma proposição ampla.²⁷

Na linha manifestada por Harlan e Holmes, o ativismo judicial de *Lochner* se destacou, fundamentalmente, em duas dimensões. A primeira foi que a Suprema Corte defendeu um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no texto constitucional, apenas deduzindo-o de norma constitucional muito vaga e indeterminada como a do devido processo legal. É, sem dúvida, manifestação ativista que sugere algumas críticas. No entanto, ela levanta questão no mínimo instigante: como compatibilizar essa crítica ao *velho* ativismo judicial conservador de *Lochner* com a afirmação liberal contemporânea do ativismo judicial de defesa dos direitos fundamentais, se ambas as práticas estão ligadas à interpretação ampliativa dos catálogos de direitos e à afirmação de direitos implícitos? Segundo penso, o problema maior de *Lochner* não foi aplicar direitos não enumerados na Constituição, mas sim, o fato de a maioria da Corte ter subvalorizado os outros bens e interesses em jogo. Não é todo o ativismo de *Lochner* que deve ser condenado. Ele precisa de um recorte que o torne adequado a um mundo marcado pelo pluralismo e pela necessidade de proteção social em favor das classes desfavorecidas.²⁸

Segundo Barroso, a atuação ativista inverteu para o espectro progressista quando Earl Warren assumiu a presidência da Corte (1953-1969), tendo assim se mantido, mesmo após sua saída, até 1973 (quando os efeitos da indicação de Warren Burger à presidência, realizada em 1969 por Richard Nixon, que era conservador, passaram a ser sentidos²⁹). Barroso cita alguns precedentes dessa era progressista, que passam a ser apresentada em seguida.³⁰

A primeira decisão é de 1954, no caso *Brown v. Board of Education*³¹, que tratava sobre segregação racial no ensino público. Baseado na doutrina conhecida por *separate but equal*, que havia sido firmada em precedente anterior³² - que tratava de acomodações separadas para brancos e negros nos transportes públicos -, as escolas

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁸ Ibidem. p. 58.

²⁹ Ibidem. p.79.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020. p. 07

³¹ UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Brown V. Board Of Education*(1955), 347 U.S. 483, 497. Decided: May 31, 1955. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/349/294.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020

³² UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Plessy V. Ferguson* (1896),163 U.S. 537. Decided: May 18, 1896. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/163/537.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020

segregavam, em instituições diferentes, alunos brancos e alunos negros. A referida teoria entendia que esta regra não infringia a *Equal Protection*, porque, apesar de separadas, as acomodações ferroviárias eram iguais. Sendo assim, eram igualmente separadas para ambas as partes.³³

Por unanimidade, a Suprema Corte decidiu que a segregação racial era inconstitucional por violar, justamente, a *Equal Protection* da XIV Emenda da Constituição Americana³⁴. Entendeu (a corte) que essa segregação não só perpetuava e reafirmava a discriminação como oferecia um ensino público inferior para negros. Essa decisão sofreu resistência dos Estados, por alegado abuso de poder judicial e sob acusação que estariam os Ministros da Suprema Corte legislando.³⁵

Ela foi uma decisão legítima sob o ponto de vista moral e constitucional, mas foi ativista no sentido de negar aos estados o poder de decisão sobre tema crucial para suas respectivas sociedades e depois de mais de meio século de plena autonomia sob a doutrina do *separate but equal*. Como disse Lucas Powe Jr., “até então nenhuma corte havia ordenado que uma sociedade fosse refeita”. Daí o porquê de todas as dificuldades para a implementação. O poder político foi então decisivo, mas atuou na sequência da Suprema Corte. Na verdade, política federal e Suprema Corte atuaram em conjunto em favor da igualdade entre brancos e negros.³⁶

Seguindo com os paradigmas, Luís Roberto Barroso³⁷ citou o caso *Miranda v. Arizona*³⁸, julgado em 1966, considerado um paradigma no Direito Penal. A Suprema Corte americana considerou ilegal confissão que havia sido obtida sem aviso prévio, pelas autoridades policiais, sobre o direito do acusado de permanecer em silêncio e à assistência de Advogado.³⁹ Já no caso *Griswold v. Connecticut*⁴⁰, julgado em 1965, a Suprema Corte

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 72.

³⁴ Fourteenth Amendment - Rights Guaranteed Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process and Equal Protection - UNITED STATES OF AMERICA. United States Constitution. Disponível em: <https://constitution.findlaw.com/>. Acesso em: 01 de jul. de 2020

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 75.

³⁶ Ibidem. p. 75.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

³⁸ UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Miranda V. Arizona*(1966), 384 U.S. 436. Decided: June 13, 1966. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/384/436.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020

³⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 76.

⁴⁰ UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Griswold V. Connecticut* (1965), 381 U.S.

declarou inconstitucional uma Lei Estadual que proibia o uso de métodos contraceptivos entre pessoas casadas entre si, com base no direito constitucional à privacidade. E, por fim, Barroso⁴¹ cita o caso mais emblemático, *Roe v. Wade*⁴², julgado em 1973, que considerou constitucional o direito a interrupção da gravidez com base no direito constitucional à privacidade, precedente criado pela mesma corte no caso *Griswold*.⁴³

Aqui no Brasil o debate sobre Ativismo, que envolve a ideia de expansividade da atuação do Poder Judiciário, como dito, é mais recente. Elival Silva Ramos acredita que o fenômeno vem se desenhando a partir da constituição de 1934 onde se escolheu um “Estado democrático-social de perfil intervencionista”⁴⁴. “O Estado social-democrático, em contraposição ao Estado absenteísta do liberalismo, é um Estado atuante, que a tudo provê e que em tudo intervém”⁴⁵.

Para Barroso, entretanto, a origem se deu com a redemocratização, na promulgação da Constituição Federal de 1988. Antes disso, o que se tinha era a chamada autocontenção judicial⁴⁶, quando o judiciário tem a postura de não interferir nas ações dos outros poderes. A atuação do judiciário, portanto, era criticada por sua complacência com o poder constituído⁴⁷. Campos chama atenção de que essa autocontenção do STF poder ter sido causada pelas pressões políticas nos momentos de autoritarismo e insegurança institucional.⁴⁸

O Supremo, desde sua criação em 1890, enfrentou momentos de muita instabilidade política e crises institucionais, principalmente, durante os governos de exceção e ditatoriais. Destaques para os anos conturbados da República Velha, o Governo Provisório e o Estado Novo de Vargas, como

479. Decided: June 7, 1965. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/381/479.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

⁴² UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. ROE v. WADE (1973), 410 U.S. 113. Decided: January 22, 1973. Disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html> Acesso em: 01 jul. 2020

⁴³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos / Elival da Silva Ramos. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 283.

⁴⁵ Ibidem. p. 285.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020. p.07.

⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 209.

⁴⁸ Ibidem. p. 223.

também para a Ditadura Militar, épocas políticas quando direitos e garantias individuais foram violados e o Supremo foi chamado para remover e reparar tais violações. Em um balanço geral, a Corte até mostrou disposição inicial para enfrentar os governos autoritários, mas, no final, acabou sucumbindo às pressões políticas.⁴⁹

Por ter surgido após um período longo de instabilidade e insegurança institucional, a nova Constituição de 1988 é considerada “analítica e ambiciosa”⁵⁰. A tônica é o fortalecimento dos direitos individuais, sociais e a afirmação do papel institucional do judiciário, garantindo, assim, a efetividade de todos esses direitos⁵¹.

A partir da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Judiciário. Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos.⁵²

De acordo com Campos, o avanço do chamado Ativismo Judicial do STF envolve o fortalecimento da jurisdição a partir dos “novos desenhos”⁵³ advindos da Constituição de 1988, como, por exemplo, a ampliação das ferramentas de acesso ao STF e o incremento do leque de legitimados para propor ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, que viabilizou a participação de novos segmentos da sociedade na ressignificação da ordem jurídica, tendo em vista a “constitucionalização abrangente e compromissória”⁵⁴ e o “amplo catálogo de direitos fundamentais”⁵⁵ previstos na Carta. A

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 222.

⁵⁰ Oscar Vilhena, Supremocracia, Revista de Direito do Estado 12, 2008, no prelo. Apud BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 209.

⁵² Ibidem. p. 209.

⁵³ Ibidem. p. 257.

⁵⁴ Ibidem. p. 257.

⁵⁵ Ibidem. p. 257.

independência do Procurador – Geral da República também é um fato importante para esse fortalecimento.⁵⁶

A valorização da jurisdição foi uma escolha política em resposta ao período autoritário e de crise prolongada de que estávamos emergindo. Neste ponto, Campos cita a função do STF como o equilíbrio entre os poderes. Por termos um cenário político multipartidário, ele (STF) acaba agindo sobre excessos e tentativas de ambos os lados para emplacar leis de suas bases eleitorais que seriam prejudiciais à maioria, e, ainda, acaba discutindo assuntos que de certa forma não seriam “interessantes” para o parlamento, mas que são extremamente necessários.⁵⁷

1.2 Debates sobre o conceito

Luís Roberto Barroso, define o Ativismo Judicial como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido de alcance”⁵⁸, diferenciando-se de sua “prima”, a judicialização, porque esta “decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política como aquela”⁵⁹. Afirma que “o Ativismo Judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo de criação do livre direito”.⁶⁰

Barroso explica que o Ativismo envolve uma participação mais ampla e intensa do judiciário para que se concretizem os valores e os fins constitucionais, mas que isso significa uma maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes. Para ele, a postura ativista se manifestaria por meio de diferentes condutas que incluem as seguintes características:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;

⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 258.

⁵⁷ Ibidem. p. 266.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶¹

Traz, ainda, possíveis consequências das atitudes ativistas do judiciário brasileiro, como riscos para a legitimidade democrática e riscos de politização da justiça. Mas, deixa claro que, mesmo com essas consequências, o fortalecimento da jurisdição no Brasil tem um papel positivo.⁶²

Já para Elival Silva Ramos Ativismo Judicial é:

[...]o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁶³

O Autor chama atenção para o fato de que nem toda decisão que se alega ultrapassar os “marcos normativos materiais da função jurisdicional”⁶⁴ é uma atitude ativista do judiciário. Não tenta negar a existência do fenômeno, mas pondera:

Não se discute que o fenômeno do ativismo pode ocorrer na aplicação de normas de qualquer setor do ordenamento. Todavia, a busca de parâmetros que permitam a sua identificação em concreto se revela mais produtiva se for feita levando em conta as peculiaridades dos preceitos aplicados, podendo, destarte, se circunscrever a conhecimento dogmático objeto de sistematização específica, cientificamente autônoma.⁶⁵

Saul Tourinho Leal, em sua dissertação de mestrado, destaca que há uma dificuldade acadêmica em especificar os critérios objetivos para caracterizar o Ativismo Judicial. Afirma que o termo “*judicial activism*” foi, inclusive, criado em um texto jornalístico⁶⁶. Por fim, conclui que o termo Ativismo é ligado “a ideia de exorbitância de

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

⁶² Ibidem.

⁶³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* / Elival da Silva Ramos. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

⁶⁴ Ibidem. p. 142.

⁶⁵ Ibidem. p. 141.

⁶⁶ Jornalista norte-americano chamado Arthur Schlesinger Jr. - LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal.* / Saul Tourinho Leal. – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito

competências por parte do Poder Judiciário”⁶⁷ e que o tom ao tratar desse assunto é “sempre pejorativo”⁶⁸.

Como se pode perceber não há um conceito fechado sobre Ativismo. Paulo Gustavo Gonet Branco salienta que certas “expressões linguísticas”⁶⁹ surgem no mundo jurídico com “um significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional”⁷⁰. E afirma que o termo Ativismo Judicial se encaixa neste tipo de expressão, que foi criada sem qualquer preocupação com a sua definição. Fala, assim como Leal, sobre a origem do termo e afirma que nasceu da superficialidade, sem qualquer método jurídico. Diz, ainda, que a palavra é usada como crítica e, normalmente, por quem perde ou não concorda com a decisão proferida, uma forma de retórica.⁷¹

A própria nomenclatura *Judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a *Fortune*, ‘entre propaganda de whisky e Aqua Velva’. O Autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as duas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito levadas ao Tribunal. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade.⁷²

Mas, segundo Gonet Branco, tanto as partes que concordam quanto as que discordam do Ativismo Judicial intuem que é uma ação do juiz fora do que seria a sua atuação típica:

Tanto os que criticam, como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que a ação considerada revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes.⁷³

Público, 2008. p. 18.

⁶⁷ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal.* / Saul Tourinho Leal. – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Em Busca de um Conceito Fugidio.* [publicado em André Fellet et alii (orgs) *As novas Faces do Ativismo Judicial.* Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402]

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Em Busca de um Conceito Fugidio.* [publicado em André Fellet et alii (orgs) *As novas Faces do Ativismo Judicial.* Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402].

⁷³ *Ibidem.*

O Autor ainda se refere ao discurso do Ministro Celso de Mello – relator da ADO nº 26 em análise -, que, em 2010, enalteceu o Ativismo Judicial do STF contra a inércia do Poder Público, deixando claro que esse alegado “ativismo” a que se refere é, na verdade, a própria função da Corte:

o chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função.⁷⁴

Pode-se extrair de tudo que foi exposto, portanto, que o ativismo, no Brasil, seria decorrente do fenômeno da judicialização, que por sua vez, decorre da escolha política dos constituintes de 1988, que decidiram por uma Constituição Federal analítica, recheada de direitos individuais e sociais, e que, para a efetivação desses direitos, seria necessário garantir que os Poderes, Legislativo e Executivo, cumprissem seus papéis.

A Carta Política de 1988 ampliou as formas de controle abstrato de constitucionalidade, bem como deu uma atenção especial às omissões do Legislativo. Foram criados o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI⁷⁵, c/c o art.102, I, q⁷⁶, da CF/88), a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º⁷⁷, da CF/88), a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Estadual ou Federal (art. 102, I, a) e,

⁷⁴ Trecho do Discurso do Ministro Celso de Mello no Anuário da Justiça de 2010. Consultor Jurídico, 2010, p. 77. Apud GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Em Busca de um Conceito Fugidio. [publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402].

⁷⁵ Art. 5º 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:

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. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 25 jun 2020.

⁷⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; - Ibidem.

⁷⁷ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 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.

posteriormente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade – introduzida pela Emenda Constitucional nº 03/93.⁷⁸

Quanto aos legitimados para propor essas ações, antes se tinha apenas o Procurador-Geral da República. Rol que foi ampliado para incluir: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, CF).⁷⁹

Aliado a isso, temos outros fatores políticos e sociais que fizeram com que essa judicialização aumentasse substancialmente, o que gerou inúmeras decisões consideradas controversas e, por consequência, ampliou a discussão sobre os limites da Corte e possíveis atitudes ativistas.⁸⁰

Mas, ainda que seja um tema sempre em debate, há uma nuvem no conceito e na qualificação do que seria Ativismo. Dentre os Autores trazidos para este estudo, existe uma linha tênue que separam suas definições. Observa-se que Luis Roberto Barroso, apesar de falar que Ativismo é uma maneira “expansiva de interpretar a Constituição”⁸¹, não categoriza o fenômeno como uma extrapolação da função típica do judiciário, se alinhando com a fala do Ministro Celso de Mello, citada por Paulo Gonet Branco, que traz o lado do Ativismo como algo positivo, uma proatividade do judiciário em fazer valer a soberania da Constituição Social, escolha política da Assembleia Constituinte como um mecanismo para não emperrar na inércia dos outros poderes.⁸²

Já Elival da Silva Ramos traz a ideia de que um judiciário ativista é aquele que abusa de suas funções típicas e invade a função dos outros poderes, extrapolando, portanto, seu espaço de atuação⁸³. Para este trabalho, que nasceu da ideia de analisar a presente decisão posteriormente às críticas que surgiram a ela, foi escolhida esta definição por

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP)

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 257.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

⁸² GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Em Busca de um Conceito Fugidio. [publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402]

⁸³ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos / Elival da Silva Ramos. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

ser o sentido majoritário quando se usa o termo Ativismo Judicial para criticar decisões, tanto por quem tem conhecimento jurídico, quanto por quem não tem.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1 Historicidade

Para entender a Dogmática Jurídica, principalmente a sua função social, é necessário, mais do que conhecer o seu conceito, compreender alguns aspectos sobre sua origem.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz, a Dogmática surgiu das heranças jurisprudencial, exegética e sistemática. Após, se acrescentou a perspectiva histórica e social, transformando a Dogmática na ideia que temos hoje.⁸⁴

A herança da jurisprudência teria surgido nos países de origem românica e era um “modo peculiar”⁸⁵ de pensar sobre conflitos, onde uma autoridade deveria dirimi-los, de forma generalizadora, criando as chamadas doutrinas. Essa autoridade seria legitimada pela ancestralidade (Sucessão) e para a aplicação do Direito Natural, que seriam as tradições. Portanto, a aplicação do Direito Natural era apenas a reafirmação do que já existia, do que já havia sido construído no passado. A ideia era de “preservação da sua comunidade”⁸⁶. Não tinha a ver com a ideia de prudência grega aristotélica, que através da dialética procurava o certo e o justo. A solução do conflito era encontrada de acordo com a equidade da situação posta, não existindo a ideia de inovação.⁸⁷

Na idade média, a técnica de *jurisprudencia*, observada nas culturas românicas, foi utilizada como ponto de partida para qualquer discussão, não sendo o seu fim, mas o seu meio. Surgiu daí uma nova forma de pensar exegética, interpretativa. Ferraz afirma que o pensamento dogmático em sentido estrito surgiu nesse período. Os textos usados como base no Direito eram submetidos a uma análise que envolvia gramática, retórica e dialética, encontrando um ponto comum entre as técnicas.⁸⁸

⁸⁴ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. 1 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 1980. p.03

⁸⁵ *Ibidem*. p. 02.

⁸⁶ *Ibidem*. p. 31.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 31.

⁸⁸ *Ibidem*.

Nesse tempo, e por conta desse processo exegético, a disciplina jurídica recebe status de universitária e goza de autoridade. Os conflitos dessa época, segue o Autor, deixam de ser casos “problemáticos”⁸⁹ para se transformar em casos “paradigmáticos”⁹⁰. O jurista, ao olhar o caso, deixa de observar apenas os pontos de equidade e dos interesses em jogo naquele conflito particular (prudência) e passa a buscar princípios e regras que possam “reconstituir harmonicamente o corpus” (dogmática)⁹¹. Uma ideia de mudança e adaptabilidade com o que se tinha e o que se precisa.⁹²

Neste sentido, a principal característica para a compreensão do pensamento dogmático desenvolvido neste período está na presença do princípio da proibição da negação, isto é, do princípio da não – negação dos pontos de partida das séries argumentativas. Nesses termos, Julius Kraft define uma disciplina como dogmática na medida em que ela considera certas proposições, em si e por si, arbitrárias como estando acima da crítica, renunciando, assim, ao postulado da pesquisa independente. É preciso notar, entretanto, que a função da dogmática não consiste no postulado da proibição da negação, mas apenas depende dele, como, aliás, a evolução histórica nos tem mostrado. O desenvolvimento da Dogmática não é uma prisão para o espírito, mas sempre representou um argumento das liberdades no trato com a experiência e com textos.⁹³

Nos séculos XVII e XVIII, com a chegada do Racionalismo, veio a necessidade da aplicação do conhecimento jurídico de forma sistemática, colocando a razão na equação que resolve os conflitos, onde já existiam a *jurisprudencia* e a interpretação. Ainda seguindo com Ferraz, o Autor relata que, com as mudanças, a interpretação teve que se tornar mais livre para que não ocorresse um maior distanciamento entre a realidade (necessidades práticas) e o sistema jurídico (*corpus juris*).⁹⁴

O olhar passa a ser outro. Se antes a preocupação era não perder o vínculo com a Ordem Natural, que neste contexto consiste na ideia de ancestralidade, agora existia uma preocupação com a sobrevivência e de como dominar a natureza ameaçadora que se impunha no presente. O foco deixa de ser para o passado e passa a ser para o futuro. Passou a se preocupar em como organizar a ordem social contra a agressão dos outros, com a formalização e sistematização do Direito Natural.⁹⁵

⁸⁹ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. 1 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 1980. p. 32.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 32.

⁹¹ *Ibidem*. p. 33.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*. p. 37.

⁹⁴ *Ibidem*. 37.

⁹⁵ *Ibidem*.

Essa chegada do Racionalismo foi classificada por Ferraz como Era moderna⁹⁶. Foi na Era Moderna que se iniciou a técnica jurídica voltada para o social.

Se perguntarmos agora sobre a função social da teoria jurídica neste período, iremos observar que ela, ao construir os sistemas normativos, passa a servir aos seguintes propósitos, que são também seus princípios: a teoria se instaura para o estabelecimento da paz, a paz do bem-estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível.⁹⁷

Segundo o Autor, o Direito deixa de ser contemplativo e distante da realidade, passando a ser um procedimento empírico analítico. A autoridade observada na *jurisprudencia* românica também já não existe mais, tendo em vista que a legitimidade desta autoridade era dada de forma sucessória, e à medida que foi se distanciando do poder inicial, deixou de fazer sentido e acabou se perdendo. Agora, o Direito é interpretado de forma sistemática, analisando o que acontece e o lugar onde se quer chegar.⁹⁸

Com o positivismo surgindo, no século XIX, a Dogmática começa a ganhar um escopo mais importante. Apesar do incremento dos textos jurídicos escritos aumentar a segurança e os limites, a circunstância engessava cada vez mais o sistema como um todo, criando muitas vezes lacunas entre as normas, conflitos entre regras, dentre outros problemas que necessitavam de métodos de solução.⁹⁹

2.2 Conceito e Função

Segundo José Rodrigo Rodriguez:

A dogmática jurídica é um conjunto de raciocínios destinado a organizar sistematicamente, com a utilização de conceitos, institutos e princípios jurídicos, as leis e os casos julgados em um determinado ordenamento jurídico, nacional ou transnacional, tendo em vista a solução de casos concretos por meio de organismos com natureza jurisdicional.¹⁰⁰

⁹⁶ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. 1 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 1980. p. 37.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 45.

⁹⁸ *Ibidem*. p. 45.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 61.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica* / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate). p. 21.

O Autor afirma que a Dogmática tem como objetivo não apenas resolver conflitos de maneira eficaz, mas efetivar o princípio da igualdade perante a lei. O sistema busca ser uma maneira de garantir que “casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, sem que sejam criadas exceções ou situações de privilégio”¹⁰¹. Para Rodriguez, o Dogmático, quando exerce seu ofício, está a serviço da eficácia e da legitimidade do direito, organizando o material jurídico com o fim de obter soluções adequadas aos problemas sociais. Neste sentido, admite que a produção de normas acontece tanto em organismos legislativos quanto em instâncias jurisdicionais.¹⁰²

Reconhece que existiram épocas em que a Dogmática foi utilizada de forma pervertida e cita como exemplo o regime nazista. Porém, o Autor enfatiza que o uso do sistema está ligado à ideia de igualdade. Acredita que o judiciário, sob a ótica da sistematização da Dogmática, vive em um estado permanente de crise, vez que a todo momento precisa dar, de forma justificada, respostas, que sejam aceitas, às demandas da sociedade, sem nunca perder de vista o princípio da igualdade perante as leis.¹⁰³

Isso não significa que a racionalidade dogmática admita decisões *ad hoc*, ao contrário. Afinal, é a partir do imperativo de sistematização que a dogmática pode divisar o que há de singular: apenas no contraste é que ambos, sistema e problema, tornam-se visíveis. Num mundo de singularidades incomunicáveis, de casos concretos com racionalidade própria, qualquer organização sistemática torna-se impossível. De outra parte, a sistematização radical de um ordenamento jurídico que se julgue completamente ordenado exclui de seu campo de visão a ideia mesma de singularidade, ou seja, de um caso novo.

Por isso mesmo, as duas categorias precisam uma da outra para serem inteligíveis, o que significa que um ordenamento jurídico precisa de pelo menos dois elementos para funcionar dogmaticamente, um deles tomado como “padrão” e o outro como “desvio”. Sem casos novos, a atividade dogmática simplesmente deixa de existir, pois o ordenamento jurídico será capaz apenas, nesse caso, de oferecer até a náusea as mesmas respostas padronizadas.¹⁰⁴

Por isso, se de um lado, como já dito, a Dogmática garante que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, por outro lado, impõe a necessidade de inovar o direito, quando necessário.¹⁰⁵

¹⁰¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo: Saraiva, 2012. — (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate). p. 22.

¹⁰² Ibidem. p. 22.

¹⁰³ Ibidem. p. 24.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 25.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 24.

Se o organismo jurisdicional concluir, após sua argumentação que reconstrói a racionalidade dos casos julgados e das leis à luz do aparelho conceitual dogmático, que está diante de um caso singular, deve adotar uma decisão adequada a essa circunstância.¹⁰⁶

Para ele, a decisão ideal para o caso concreto surge de um debate entre juízes, advogados, outros operadores do direito, doutrina e da esfera pública não especializada. A resposta adequada não surge da simples leitura de textos normativos. A Dogmática Jurídica, portanto, seria a “busca da melhor resposta jurídica para o caso concreto”¹⁰⁷. Contudo, para atingir a melhor resposta para o caso concreto, deve seguir à risca as regras da ciência “para obter resultados considerados jurídicos”¹⁰⁸.

Pensar dogmaticamente significa justificar decisões com fundamento no material jurídico, ou seja, casos julgados, doutrina e leis existentes. Esse material é a cristalização das diversas posições da sociedade sobre uma série de conflitos já ocorrida e deve ser levado em conta para que a sentença não seja considerada injusta quando comparada aos padrões decisórios praticados. A racionalidade dogmática, afinal, é a ideia mesma de um governo das leis, concretizado em um conjunto organizado de conceitos cuja função é resolver eficaz, legítima e equitativamente os casos concretos.¹⁰⁹

Rodriguez afirma que as demandas sociais chegam aos órgãos jurisdicionais por meio de casos e que a linguagem jurídica é utilizada para expressar interesses sociais que não estão sendo supridos. Ademais, o Ordenamento Jurídico seria, nas palavras do Autor: “um sistema aberto e móvel, um conjunto de normas cuja interpretação está em constante movimento”¹¹⁰ e mais, “o pensamento dogmático movimenta-se, ou seja, reconstrói seus sentidos e suas fronteiras que lhe são apresentadas pela sociedade”¹¹¹.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que a principal característica da dogmática é o princípio da proibição da negação, que seria o respeito aos pontos de partida das argumentações. Isso não quer dizer que os dogmas já estejam prontos e unos, mas que estes têm parâmetro de onde devem partir. Há uma preocupação para que esses dogmas tenham,

¹⁰⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate). p. 24.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 25.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 26.

¹⁰⁹ FERRAZ, Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. 1 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 1980. p. 26.

¹¹⁰ Ibidem. p. 46.

¹¹¹ Ibidem. p. 46.

inclusive, um certo grau de abstração, para que não se tornem impedimento em vez de condições¹¹². “Pode-se afirmar, por isso, e, provavelmente, contra a visão do senso comum, que a Dogmática não representa uma prisão para o espírito, mas, ao contrário, um aumento de liberdade no trato com textos e experiências vinculantes”¹¹³.

Ferraz cita as possíveis incertezas que surgem diante de tantas interpretações de uma mesma decisão. Admite que com a Dogmática se aumentam as incertezas, mas elas são compatíveis com as exigências do sistema jurídico, quais sejam, a vinculação às normas e a pressão para decidir em caso de conflito dado, se colocando como um instrumento mediador entre as generalidades das normas e a singularidade dos casos.¹¹⁴

A Dogmática não se põe apenas e simplesmente como mediadora ou como construção de técnicas de subsunção do fato à norma. Sua principal função é o controle de consistência das decisões, tendo em vista outras decisões, sendo possível definir condições juridicamente possíveis.¹¹⁵

Nas sociedades complexas modernas, existem mais expectativas normativas que possibilidades de institucionalização. Nem todo valor é conduzido à uma norma e nem toda norma concretiza integralmente valores. Nesse tipo de sociedades a função social da Dogmática Jurídica se sobressai. Aos olhos de Tércio Sampaio Ferraz, a Dogmática é:

[..] uma instância instrumental de viabilização do Direito, na medida em que atua como veículo de alta abstração capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, mesmo quando, aparentemente, eles não se afinam.¹¹⁶

O Autor é claro ao afirmar que a Dogmática passa por uma crise em relação “às exigências políticas, sociais e econômicas”¹¹⁷. Uma crise que chegaria aos seus fundamentos, ao seu potencial argumentativo, à sua forma de decidir e às suas consequências. Mas, mostra, também, quão necessária é a Dogmática na aplicação do direito com conhecimento social e do seu potencial interpretativo adaptativo.¹¹⁸

O grande problema está, segundo Ferraz, na sua principal característica, a abstração. No mesmo momento que a Dogmática se utiliza da abstração para construir o

¹¹² FERRAZ, Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. 1 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 1980.

¹¹³ Ibidem. p. 96.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem. p. 117.

¹¹⁷ Ibidem. p. 03.

¹¹⁸ Ibidem.

conhecimento jurídico de todo o sistema e trazer soluções adaptativas às mudanças sociais, essa mesma abstração dá ferramentas para a manipulação e distanciamento da realidade¹¹⁹. Ou seja, o seu potencial interpretativo, que é sua maior ferramenta para trazer o direito para a atualidade – realidade - e alcançar a satisfação das necessidades sociais, pode ser, ao mesmo tempo, o principal distanciamento da realidade. Assim como disse Rodriguez quando se referiu à perversão nazista¹²⁰.

3. O CASO: ADO Nº 26

3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), naquele ato representado pelo seu Presidente Nacional, Roberto João Pereira¹²¹, e a petição inicial é assinada pela banca do escritório Vecchiatti Sociedade de Advogados¹²².

As teses principais aventadas pelo Autor tinham como objetivo “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, 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, real ou suposta, da vida”¹²³.

O Autor da ação alega que o Congresso Nacional “pura e simplesmente” se recusava a votar o Projeto de Lei que tramitava na casa desde 2001¹²⁴, tendo inclusive usado

¹¹⁹ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. 1 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 1980. p. 05.

¹²⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica* / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate).

¹²¹ Deputado Federal pelo Estado de São Paulo - <https://www.camara.leg.br/deputados/73805/biografia>

¹²² Petição Inicial - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Data distribuição: 19 de dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

¹²³ Petição Inicial - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Data distribuição: 19 de dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

¹²⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 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: 23 jun. de 2020.

uma manobra para procrastinar sua votação, quando o referido projeto foi apensado no Projeto do Novo Código Penal (PL 236/2012)¹²⁵, sabido que a deliberação de um novo código demoraria anos.

Aduz que existe “Má vontade institucional”¹²⁶ e que se fazia necessário a atuação da Corte Constitucional, em sua função contramajoritária, para declarar a inconstitucionalidade por omissão impondo ao Congresso Nacional a criminalização específica.

A base constitucional da tese principal (i) é o art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988, que traz um mandamento de criminalização do racismo: “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”¹²⁷. Subsidiariamente, o Autor usou como base (ii) o art. 5º, inciso XLI, da CF/88, que determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”¹²⁸. E, ainda subsidiariamente, (iii) o art. 5º, inciso LIV, da CF/88, que trata do “princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente”¹²⁹.

Em suporte à tese principal (i), foi utilizada a noção de que o racismo tem o conceito ligado a qualquer ideologia que pregue a superioridade de um grupo, inferiorizando outro(s) grupo(s), firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, que ficou conhecido como caso Ellwanger¹³⁰, dando um sentido mais amplo ao conceito de raça, que como veremos a seguir, está obsoleto.

¹²⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar PLC 236/2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 23 jun. de 2020.

¹²⁶ Petição Inicial - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Data distribuição: 19 de dez. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em: 28 de jun. de 2020. p. 07.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 25 jun 2020.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, um escritor e editor que foi condenado por crime de anti-semitismo, por publicar, vender e distribuir material antisemita. Na ocasião, o STF firmou jurisprudência no seguinte sentido “A construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo” requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. O crime de racismo constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência.” - BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de Livros: Antissemitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. Redator do acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Diário de Justiça**. Brasília, 19 mar. 2004.

A homofobia e a transfobia estariam, segundo o Autor, abarcadas pelo conceito de racismo baseado no comportamento de inferiorização da população LGBT por pessoas heterossexuais cisgêneras¹³¹. Essa situação obrigaria, assim, o reconhecimento dessas condutas como forma de racismo, enquadrando-as no tipo penal já existente, conforme demanda o inciso XLII do art. 5º da CF/88.

Caso o STF não enquadrasse as situações como forma de racismo, o autor subsidiariamente (ii) requereu que a homofobia e a transfobia fossem reconhecidas como formas de discriminação atentatórias à direitos e liberdades fundamentais. Neste caso, incidiria à espécie o inciso XLI do art. 5º da CF/88, que determina que seja elaborada legislação criminal específica, não existindo aqui espaço para o juízo de conveniência e oportunidade, já que é uma determinação constitucional e não uma faculdade.

Por fim, a última tese (iii) trata do princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente. Neste ponto, o autor traz os dados de violência contra grupos da população LGBT, demonstrando que tem “tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas”¹³². Explica, ainda, que o Estado deixou de ser puramente liberal para se tornar um Estado Constitucional Democrático e Social de Direito, sendo necessárias ações positivas para garantir a segurança desse grupo.

Depois de explicitar que há um mandamento constitucional da criminalização dessas condutas, tendo em vista que se encaixam na definição de racismo firmado pela Corte, e de que o Congresso Nacional estava em mora com a sociedade, os pedidos foram assim redigidos:

a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC n.º 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o gênero socialmente atribuído a elas), ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do

¹³¹ Diz-se da pessoa que se identifica completamente com o seu gênero de nascimento; refere-se às mulheres e aos homens em completa conformidade com os órgãos sexuais que lhes foram atribuídos à nascença; opõe-se ao transgênero (não identificação com o gênero de nascimento). Etimologia (origem da palavra cisgênero). Do grego cis 'no mesmo lado' + gênero. – Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/cisgenero/>. Acesso em: 26 jun 2020.

¹³² Petição Inicial - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Data distribuição: 19 de dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 28 de jun. de 2020. p. 03.

art. 5º, inc. XLI, da CF/88, especialmente porque a não-criminalização de tais condutas] caracteriza-se, no atual contexto social brasileiro, uma proteção deficiente do Estado Brasileiro que faticamente restringe tais direitos fundamentais da população LGBT, a caracterizar inconstitucionalidade por afronta ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente, por tais nefastas condutas se enquadrarem como condutas intolerantes que geram ofensas, agressões, discriminações, discursos de ódio, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou à discriminação” por orientação sexual e/ou por identidade de gênero, real ou suposta, da vítima e/ou homicídios por conta de tais motivações homofóbicas/transfóbicas;

b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, a saber, da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, 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, real ou suposta, da vítima, 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 – sendo que, quanto aos discursos ofensivos, criminalização específica tanto das ofensas individualizadas (injúrias) quanto às ofensas contra a coletividade de pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero (“injúrias coletivas”), pois, como supra demonstrado, liberdade de expressão não garante um pseudo “direito” a discursos de ódio, a ofensas e/ou à incitação ao preconceito e/ou à discriminação, donde requer-se seja determinada a criminalização específica de tais condutas, por ser esta a medida constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto brasileiros. Procedente o pedido visto terem se passado mais de vinte e cinco anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 sem tal criminalização, ou mesmo pelo lapso de mais de doze anos entre a propositura de projeto de lei na Câmara dos Deputados (PL n.º 5003/2001, convertido em PLC n.º 122/2006 no Senado Federal) para efetivar tal criminalização sem que nada tenha sido aprovado no Congresso Nacional desde então acerca do tema, ou, no mínimo, mais de sete anos de debates somente no Senado Federal acerca do tema, inclusive com audiências públicas (sendo que já houve aproximadamente cinco anos antes disso de debates na Câmara dos Deputados), donde superado qualquer prazo razoável de debates acerca do tema no Congresso Nacional, de sorte a possibilitar a caracterização da mora inconstitucional do mesmo acerca do tema;

c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, 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, real ou suposta, da vítima, legislação criminal esta 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 à discriminação” por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa, sugerindo-se aqui o prazo

de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos, donde tem o dever de chegar a uma conclusão sobre a forma de efetivar tal criminalização específica, respeitando-se a compreensão da homofobia e da transfobia como racismo ou, subsidiariamente, como discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta ação;

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 transfobia 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 da ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (inclusive em sua teleologia-sistêmica e sua lógica), superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar da mesma forma que esta Corte a superou ao exercer ação legislativa/normativa em sentido estrito ao regulamentar a greve dos servidores públicos civis (cf. a ratio decidendi da decisão do STF nos MI n.º 670, 708 e 712) e como iria fazer para regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço caso o Congresso não tivesse aprovado a lei respectiva antes que a Corte o fizesse (para, assim, garantir a imperatividade positiva das ordens constitucionais de legislar e da decisão desta Suprema Corte), **mediante**:

d.1) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, 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, 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, pois isto inclusive prestigia o Parlamento por se usar uma lei por ele aprovada para suprir a omissão inconstitucional do mesmo acerca do tema, ou, subsidiariamente,

d.2) efetivando a tipificação criminal/criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, 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 (real ou suposta) da vítima, legislação criminal esta 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 à discriminação” por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa, da forma que esta Suprema Corte julgar mais pertinente/adequada em termos constitucionais, na medida em que essa atividade normativa pura é o que a Corte iria realizar quando estava prestes a normatizar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (o que não fez porque o Congresso Nacional, após a Corte afirmar que iria regulamentar normativamente o tema, finalmente cumpriu seu encargo constitucional e elaborou a legislação respectiva);

d.3) requer-se, ainda, **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 transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) de ofensas (individuais e coletivas), agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima (e dos herdeiros, em caso de homicídios), pois considerando que a omissão inconstitucional do Congresso Nacional tem gerado uma nefasta sensação a homofóbicos e transfóbicos em geral de que eles teriam um pseudo “direito” de ofender, agredir, ameaçar e discriminar pessoas LGBT unicamente por sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, tem-se que o Estado Brasileiro encontra-se conivente com a homofobia e a transfobia que nefastamente assolam a sociedade, pois configurada omissão [“conduta omissiva”] do Estado relativamente a ato que deveria elaborar (legislação criminal tipificadora da homofobia e da transfobia como crimes), donde configurado também o nexo causal entre a omissão do Estado na criminalização específica de tais condutas e as ofensas, agressões e/ou discriminações sofridas por tais pessoas em razão de sua orientação sexual e/ou de sua identidade de gênero. Requer-se seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro desde que caracterizada a sua mora inconstitucional em criminalizar a homofobia e a transfobia, inclusive a fatos pretéritos a tal mora inconstitucional ou, subsidiariamente, ao menos dali em diante ou, subsidiariamente, ao menos após fixado o prazo fixado pela Corte ao Congresso Nacional efetivar tal criminalização, e que se reconheça que tal responsabilidade persistirá até que a legislação criminalizadora aqui referida entre em vigor.¹³³

3.2 Voto do Ministro Relator, Celso de Mello

Delimitadas as teses aventadas pelo Autor na petição inicial, seguimos com a apresentação do voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADO em questão. O voto foi disponibilizado pelo Ministro no *site* do STF¹³⁴ e, até a data em que este trabalho foi finalizado, o acórdão do julgamento ainda não havia sido publicado.

¹³³ Petição Inicial - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Data distribuição: 19 de dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

¹³⁴ **Teses:** STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

Ementa e íntegra do voto: Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020.

A seguir, serão expostos os principais argumentos que serviram para construir a decisão, sendo que os tópicos serão nomeados exatamente como consta no texto disponibilizado.

3.2.1 A Questão da “ideologia de gênero”¹³⁵

Ab initio, o Ministro Celso de Mello delimita o alcance de premissas utilizadas no voto: (i) a designação de sexo está relacionada exclusivamente sob a perspectiva biológica, “restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonodais (ovários ou testículos), genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físicos externos gerais)”¹³⁶; (ii) o conceito de gênero tem relação com fatores psicossociais, ou seja, é a forma culturalmente identificada na sociedade do modo de ser do homem e da mulher que “traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino”¹³⁷, podendo ou não coincidir com o sexo de nascimento; (iii) a sexualidade humana, por sua vez, “envolve aspectos íntimos da personalidade da natureza interna de cada pessoa, que revelam suas vocações afetivas e desígnios amorosos, encontrando expressão nas relações de desejo e de paixão”¹³⁸.

A sexualidade é a orientação sexual, que vem a ser exercida por meio de relacionamentos heterossexuais (atração pelo sexo oposto), homossexuais (atração pelo mesmo sexo), bissexual (atração por ambos os sexos) ou assexual (indiferença para ambos os sexos).¹³⁹

Enfatiza que o gênero e a sexualidade são elementos inerentes “essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana, sendo parte da mais íntima e profunda dimensão da personalidade”¹⁴⁰. Contudo, não obstante sejam “aspectos fundamentais relacionados à liberdade existencial e à dignidade humana”¹⁴¹, os integrantes da comunidade LGBT são expostos às mais diversas situações de vulnerabilidade por ausência adequada de proteção estatal.

¹³⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 13.

¹³⁶ *Ibidem*. p. 09.

¹³⁷ *Ibidem*. p. 09.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 09.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 09.

¹⁴¹ *Ibidem*. p. 09.

Relaciona isto ao fato de a expressão “ideologia de gênero” ter tomado espaço nos debates públicos, notadamente entre grupos políticos e sociais que reduzem, de forma preconceituosa, questões inerentes à personalidade e à dignidade das pessoas que fazem parte da comunidade LGBT à “mera teoria social”. Confira-se:

Não obstante as questões de gênero envolvam, inegavelmente, aspectos fundamentais relacionados à liberdade existencial e à dignidade humana, ainda assim integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos, por ausência de adequada proteção estatal, especialmente em razão da controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, a ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoca coloração homofóbica, que visam a limitar, quando não a suprimir, prerrogativas essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, entre outros, culminando, até mesmo, em algumas situações, por tratá-los, absurdamente, a despeito de sua inalienável condição de pessoas investidas de dignidade e de direitos, como indivíduos destituídos de respeito e consideração, degradados ao nível de quem sequer tem direito a ter direitos, posto que se lhes nega, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência.

Para esse fim, determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana, buscando embaraçar, quando não impedir, o debate público em torno da transsexualidade e da homossexualidade, por meio da arbitrária desqualificação dos estudos e da inconcebível negação da consciência de gênero, reduzindo-os à condição subalterna de mera teoria social (a denominada “ideologia de gênero”), tal como denuncia o Advogado e Professor PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, em substanciosa obra sobre o tema, de cujo teor extraio o seguinte fragmento (“Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais do Legislativo”, p. 441, item n. 1, 2019, Pessotto)¹⁴²

De acordo com o Ministro, o pensamento, “de que as diferenças biológicas entre homem e mulher devem determinar os papéis sociais”¹⁴³, impõe às pessoas da comunidade LGBT um padrão “heteronormativo”¹⁴⁴, restringindo suas liberdades

¹⁴² **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 13.

¹⁴³ *Ibidem*. p. 15.

¹⁴⁴ Significado de Heteronormativo: adjetivo: Refere-se à heteronormatividade, ao conceito de que apenas os relacionamentos entre pessoas de sexos opostos ou heterossexuais são normais ou corretos. Que enxerga a heterossexualidade como a norma numa sociedade. [Por Extensão] Que marginaliza as orientações sexuais que se diferem da heterossexual. Dicionário On line de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/heteronormativo/> Acesso em: 23 jun 2020.

fundamentais e, mais que isso, fomentam o desprezo, promovem o repúdio e disseminam o ódio contra a comunidade.

O enquadramento da autodeterminação do próprio gênero, ou da própria definição de sua orientação sexual, como uma teoria social de “ideologia de gênero” não é aceito pelo STF, que, conforme consta do voto, já se manifestou diversas vezes no sentido de que gênero e orientação sexual é “poder fundamental de qualquer pessoa”¹⁴⁵. A importância de tratar desse tema, segundo o Ministro, envolve a existência de diversos processos de controle normativo abstrato que tem como objeto normas que tentam impedir, nos sistemas educacionais dos Estados e dos Municípios, implementação de estudos de gênero e orientação sexual, e que essas normas decorrem de “inaceitável atitude preconceituosa”.¹⁴⁶

3.2.2 Impossibilidade jurídico – constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal¹⁴⁷

O Ministro Celso de Mello deixa claro, desde o princípio, que a solução que será alcançada no voto não se trata de uma tipificação penal via judiciário. Ele diz que entende não ser possível, mesmo que diante de uma omissão legislativa, que o STF tipifique uma conduta como penalmente relevante. Essa postura seria uma inadmissível substituição do Congresso Nacional, uma transgressão ao texto constitucional da separação de poderes e ofenderia o princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria penal, “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”¹⁴⁸. Não poderia, portanto, o Judiciário atuar como legislador positivo.

3.2.3 Considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas, que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso país “O amor que não ousa

¹⁴⁵ “ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, das quais foi Relator o Ministro AYRES BRITTO e ADI 4.275/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN” – **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 18.

¹⁴⁶ “ADPF 457/TO, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – ADPF 462/SC, Rel. Min. EDSON FACHIN – ADPF 465/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – ADPF 522/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ADPF 536/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA” – Ibidem. p. 17.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 26.

¹⁴⁸ Art. 5º, inciso XXXIX - BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 25 jun 2020.

dizer o seu nome” (Lord Alfred Douglas, do poema “Two Loves”, publicado em “The Chameleon”, 1894, verso erroneamente atribuído a Oscar Wilde)¹⁴⁹

Para além das discussões que existem hoje na sociedade sobre a “ideologia de gênero”, o Ministro Celso de Mello afirma que a homossexualidade é uma questão que vem sofrendo por séculos com a repressão estatal, colocando o grupo de pessoas LGBT na situação de vulnerabilidade que se encontra hoje. Como exemplo, cita a legislação imposta por Portugal ao Brasil na época Colonial, quando as “autoridades da coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais”¹⁵⁰. Na sequência, cita outras legislações brasileiras, e outras portuguesas que vigiam na época do Brasil Colônia, que tratavam de forma cruel a homossexualidade. Confira-se:

É interessante observar que as Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) –, marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, também qualificada como “pecado nefando” (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como “cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha”, cominaram sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do “supplicium extremum” aos autores dessas práticas sexuais tidas por “desviantes”, como revela VERONICA DE JESUS GOMES, em Dissertação de Mestrado (“Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa”, Niterói, UFF, 2010)¹⁵¹

O Magistrado usou a expressão “atividade persecutória”¹⁵² para se referir a todas as ações que a Coroa portuguesa promoveu contra os homossexuais - aqui no Brasil, em outras colônias e em Portugal -, cuja perversão culminou com a edição de uma lei, chamada de “O Pecado da Sodomia”¹⁵³. Continuou explicando que não apenas o Estado os perseguia, mas que, a partir de 1553, a Igreja iniciou a caça e a punição dos homossexuais, cujo objetivo principal seria “suscitar o medo, explicitar e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados”¹⁵⁴, no que ficou conhecido como o ritual do

¹⁴⁹ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 29.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 30.

¹⁵¹ Ibidem. p. 30.

¹⁵² Ibidem. p. 33.

¹⁵³ Ibidem. p. 33.

¹⁵⁴ NAPOLITANO, Minisa. A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil. Apud Ibidem. p. 33.

Santo Ofício. Os culpados, no caso, seriam pessoas que mantivessem relações sexuais com pessoas do mesmo sexo.¹⁵⁵

Finaliza constatando que a questão da homossexualidade, desde o princípio da nossa história, foi tratada sob cruel repressão, e que, desde então, o Poder Público nunca se livrou da “eiva do preconceito e discriminação”¹⁵⁶.

3.2.4 A violência contra integrantes da comunidade LGBT ou “A Banalidade do mal homofóbico e transfóbico” (PAULO ROBERTO IOTTI VECHIATTI)¹⁵⁷: Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea¹⁵⁸

Neste tópico, o Ministro Celso de Mello traz os dados apresentados pelos *Amici Curiae*, que demonstram a “concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente da sociedade brasileira”¹⁵⁹.

Nesse sentido, cabe referir que o “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitido nestes autos como “amicus curiae” e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é “o campeão mundial desse tipo de crime”. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, ainda, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT:

- a) aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período;
- b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública;
- c) das 445 vítimas referidas, 194 (43,6%) eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes;
- d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no “ranking” mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;

¹⁵⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 33.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 35.

¹⁵⁷ Este termo foi usado na petição inicial da ADO nº 26, o Advogado Paulo Roberto Vechiatti parafraseou Hannah Arendt, autora do livro “Eichamnn em Jerusalém – A Banalidade do Mal” – Ibidem.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 36.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 37.

- e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais);
- f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país.¹⁶⁰

Salienta que os números reais devem ser ainda maiores, tendo em vista as subnotificações. Além dos números, colocou uma lista exemplificativa da quantidade de matérias que são veiculadas diariamente nos principais jornais brasileiros, enfatizando o “inegável comportamento racista e preconceituoso dirigido, com clara motivação de ódio, contra essas pessoas absurdamente consideradas inferiores pelos delinquentes que as agridem covardemente”¹⁶¹.

Segundo o Ministro, os indivíduos transexuais são os mais atingidos “nesse quadro de inadmissível violação a direitos humanos essenciais da população LGBT”¹⁶².

Relatórios de organizações civis que monitoram os dados relacionados ao tema – tais como a TGEU – Transgender Europe e o GGB – Grupo Gay da Bahia – revelam ser o “Brasil campeão mundial da transfobia”, “o país que mais mata travestis e transexuais no mundo”, onde, de forma assustadora, “o risco de uma ‘trans’ ser assassinada é 14 vezes maior que um gay”, tendo sido registradas 598 mortes de transexuais e de travestis entre janeiro de 2011 e janeiro de 2016, segundo informações constantes do “site” <https://homofobiamata.wordpress.com>¹⁶³

Conclui afirmando:

Entendo, Senhor Presidente, que esses números assustadores que venho de referir autorizam e validam a argumentação feita pelo ilustre subscritor da inicial, Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, de que se verifica, no Brasil, nesse contexto, “verdadeira BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO, adaptando aqui célebre expressão de HANNAH ARENDT, no sentido de termos pessoas comuns (e não ‘monstros’) achando-se detentoras de um pseudo ‘direito’ de agredir, ofender, discriminar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual homoafetiva/biafetiva ou identidade de gênero transgênera...”, tudo a revelar inegável e inaceitável comportamento racista, na acepção referida neste voto contra os LGBT’s, tendo-os por seres menores, inferiores, degradados em

¹⁶⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 37.

¹⁶¹ Ibidem. p. 38.

¹⁶² Ibidem. p. 40.

¹⁶³ Ibidem. p. 40.

sua essencial dignidade, que devem – segundo perversamente acreditam os seus agressores – ser excluídos da sociedade!!!¹⁶⁴

3.2.5 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do Poder Público¹⁶⁵

Depois de expor a situação de opressão, histórica e social, que sofre a comunidade LGBT, o Ministro Celso de Mello ratifica que a ADO é o meio legítimo, neste caso, para ter garantida a proteção dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Isso porque se tem, na hipótese, o mandamento criminalizador na Constituição e, na prática, a mora legislativa em criar essas normas.

É preciso ter presente, nesse contexto, que o direito à legislação só pode ser legitimamente invocado na presente sede processual, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de criar normas legais, como sucede na espécie, em que a Constituição claramente veicula, em bases impositivas, inquestionável mandado de incriminação: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI – grifei) e “a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei” (CF, art. 5º, XLII). Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República.

Assim, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a constatação de inércia congressual, de outro, de tal forma que, inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado (ao Poder Legislativo da União, no caso) e reconhecer admissível, para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada, o acesso legítimo à presente ação de controle normativo abstrato.¹⁶⁶

¹⁶⁴ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 40.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 41.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 42.

Destaca que o descumprimento às ordens constitucionais acontece não apenas por ação, mas, também, por omissão.

(a inconstitucionalidade) Pode ocorrer, no entanto, como sucede na espécie ora em exame, que o Poder Público deixe de adotar as medidas legislativas, que sejam necessárias para tornar efetivos, operantes e exequíveis os próprios preceitos da Constituição. Em tal situação, o Estado abstém-se de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs. Desse “non facere” ou “non praestare”, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público¹⁶⁷

E frisa que as omissões constitucionais, principalmente as legislativas, são processos de desvalorização da Constituição:

[...]representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal.¹⁶⁸

Finaliza demonstrando que a Ação Direta por Omissão é instrumento importante para a concretização das cláusulas constitucionais frustradas. Trata-se de reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, criada para impedir a ineficácia da Constituição:

A ação direta por omissão, por isso mesmo, deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, que a forjou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do Poder Público.¹⁶⁹

¹⁶⁷ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 42.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 44.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 45.

3.2.6 A situação de inércia do Estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima¹⁷⁰

Aqui, o Ministro Celso de Mello afirma que há 30 anos (idade da constituição), o Congresso Nacional está em mora com o que determina a Carta Magna no que tange à discriminação contra homossexuais e transgêneros: “O dever jurídico de editar a lei em questão revela-se imputável, no caso, ao Congresso Nacional, destinatário específico da imposição legiferante inscrita no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Lei Fundamental, por efeito do que dispõe o art. 22, inciso I, da Constituição”¹⁷¹.

O Ministro ressalta que o simples fato de existir proposição em tramitação na casa legislativa não desconfigura a inércia legislativa. A mora pode ser considerada tanto em relação ao processo de elaboração de leis “*mora agendi*”, quanto em relação ao processo de deliberação “*mora deliberandi*”, que seria o caso em questão.

A “*inertia deliberandi*” aqui se configura, segundo o Magistrado, já que desde 2001, quando houve a primeira proposta de lei neste sentido, o Congresso não decide, definitivamente, sobre o assunto, tendo, por fim, apensado a propositura ao Projeto de Lei do Novo Código Penal (236/2012).

Cabe observar, no ponto, que, após mais de (05) anos de tramitação, 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.

Essa proposição legislativa (PL nº 122/2006), por sua vez, então em tramitação no Senado Federal, não obstante decorridos mais de oito (08) anos de seu recebimento na Câmara Alta, teve encerrada a sua apreciação, ao final da 54ª legislatura, eis que, segundo as normas regimentais (RISF, art. 322, § 1º), impõe-se o arquivamento automático das proposições que se encontrem em processamento há mais de duas legislaturas.

É certo que, por meio do Requerimento nº 46/2011, subscrito por ilustres Senadores, entre os quais a Senadora Marta Suplicy, foi requerido, nos termos do Regimento Interno da Casa Legislativa (RISF, art. 322, § 1º), o desarquivamento do PL nº 122/2006, vindo o pleito em questão a ser

¹⁷⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 46.

¹⁷¹ Ibidem. p. 46.

aprovado em 09/02/2011, havendo referido projeto de lei retornado à apreciação das comissões temáticas.

Essa medida, contudo, sofreu a oposição de parlamentares, contrários ao adimplemento das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação, da homofobia e da transfobia, circunstância essa que os levou, em clara manobra protelatória, destinada a frustrar a tramitação legislativa do projeto de lei que tipificava crimes contra a comunidade LGBT, a aprovar o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que importou na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), criando, desse modo, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

O teor das informações oficiais produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal revela que o Projeto da Câmara 122/2006, que se acha, atualmente, anexado ao projeto do novo Código Penal brasileiro (PL nº 236/2012), não obstante transcorridos mais de dezessete (17) anos desde a sua proposição, sequer teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se, até o presente momento, “sem prazo para ser votado.”¹⁷²

Como demonstrado, são mais de 20 (vinte) anos desde a propositura, bem como 17 (dezessete) anos desde que a primeira proposta fora aprovada na Câmara e passou a tramitar no Senado, sem que nada tenha sido definido, para, no fim, o projeto ser apensado a um Projeto de Lei que poderá ter sua discussão prolongada por anos, o que foi chamado pelo Relator de “clara manobra protelatória”¹⁷³.

Realça que é urgente uma posição estatal sobre a situação de vulnerabilidade em que se encontra os integrantes do grupo LGBT, pois:

[...] não se pode ignorar que, lamentavelmente, essas pessoas são vítimas de continuadas violações de seus direitos e de inaceitável tratamento preconceituoso e excludente, seja no meio social em que vivem, seja, muitas vezes, em razão de inadmissíveis comportamentos assumidos pelo próprio aparelho de Estado ou por seus agentes.

Preconceito, discriminação, exclusão e, até mesmo, punições das mais atroz: eis o extenso e cruel itinerário que tem sido historicamente percorrido, ao longo dos séculos, em nosso País, pela comunidade LGBT, lamentavelmente exposta, mesmo hoje, a atos de violência configuradores de crimes de ódio perpetrados por irracionais impulsos homofóbicos ou transfóbicos.¹⁷⁴

¹⁷² **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada).2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 47.

¹⁷³ Ibidem. p. 48.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 50.

Na sequência, é categórico, mais uma vez, sobre o perigo de desvalorizar o que determina a Constituição:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, com frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.¹⁷⁵

E, por fim, conclui:

Essa clara omissão normativa, que se acha objetivamente constatada na presente causa, revela-se lesiva ao texto da Carta Política, porque transgressora, por injustificável inação congressual, das cláusulas constitucionais de proteção penal previstas nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Lei Fundamental, o que torna plenamente justificável a utilização, na espécie, do instrumento processual de que se valeu o Partido Popular Socialista, autor da presente ação direta.¹⁷⁶

Com este tópico, o Ministro finaliza as fundamentações da inconstitucionalidade por omissão, o contexto histórico que nos fez chegar nesse ponto e a situação social atual da comunidade LGBT.

3.2.7 Soluções Possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional¹⁷⁷

O Relator, neste ponto, explica que as ordens constitucionais previstas nos incisos XLI, que tem como destinação a proteção de direitos fundamentais, e XLII, ambos do art. 5º, já foram positivados “em expressivo precedente”¹⁷⁸, assim como se tratam de “mandados expressos de criminalização”, a tornar obrigatório que o Congresso edite legislações incriminadoras dessas condutas.¹⁷⁹

Para corroborar sua fundamentação, cita a doutrina de Luiz Carlos Santos e Luciano Feldens, bem como transcreve trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI

¹⁷⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 52.

¹⁷⁶ Ibidem. p. 58.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 58.

¹⁷⁸ O precedente a que se refere o Ministro é a ADI 3.112/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes - Ibidem. p. 60.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 59.

3.112/DF¹⁸⁰. No referido julgado, o Ministro Gilmar conclui que a Constituição Federal não apenas prevê, em seu texto, os direitos fundamentais de qualquer indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, mas, também, determina que esses direitos seja garantidos (efetivados) e que qualquer tentativa de o tolher, por parte de terceiros, deve ser criminalizada.¹⁸¹

Para isso, continua o Ministro Gilmar Mendes, a própria ordem constitucional define como se realizará essa garantia. O Estado passaria de “adversário para a função de guardião desses direitos”¹⁸²:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (‘Eingriffsverbote’), expressando também um postulado de proteção (‘Schutzgebote’). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (‘Übermassverbote’), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (‘Untermassverbote’)¹⁸³

Gilmar Mendes continua: “como bem anota Luciano Feldens, os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais”¹⁸⁴. Explica, ainda, que os mandados constitucionais de criminalização devem se pautar pelo princípio da proporcionalidade entre a ideia do direito penal como “*ultima ratio*” e a proibição da proteção insuficiente que determina a constituição.¹⁸⁵

Por fim, (o Ministro Gilmar Mendes) conclui que a constituição abriu a possibilidade do controle de constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal:

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.112/DF. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB e Associação dos Delegados da Polícia do Brasil – ADEPOL. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

¹⁸¹ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 61.

¹⁸² Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.112/DF citado pelo Ministro Celso de Mello. Ibidem. p. 62.

¹⁸³ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.112/DF citado pelo Ministro Celso de Mello - Ibidem. p. 62.

¹⁸⁴ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.112/DF citado pelo Ministro Celso de Mello - Ibidem. p. 63.

¹⁸⁵ Ibidem. p. 64.

medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.¹⁸⁶

Com base nesse precedente, na doutrina que o carreou, e com todos os fatos históricos e sociais que já havia exposto até este ponto do seu voto, o Ministro Celso de Mello reconhece duas formas de solução do *vacuum legis*:

(a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, "caput"); ou, então,

(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT.¹⁸⁷

Passa-se a explicar os dois pontos.

3.2.7.1 A cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional¹⁸⁸

O Ministro Celso de Mello aduz que a própria Constituição traz, no §2º, do art. 103, a previsão para a solução no caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão, *ipsis litteris*: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva

¹⁸⁶ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.112/DF citado pelo Ministro Celso de Mello - **Ementa e íntegra do voto**: Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 64.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 65.

¹⁸⁸ Ibidem. p. 65.

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”¹⁸⁹.

Contudo, acredita não ser essa uma medida efetiva na garantia do direito de prestação legislativa, tendo em vista que “nem sempre tem se demonstrado eficaz”¹⁹⁰. Com intuito de conferir concretude às declarações de inconstitucionalidade por omissão, o STF estipulou o parâmetro de “prazo razoável”¹⁹¹. Não significa que a Suprema Corte impôs prazo para a atuação legislativa do parlamento, mas apenas um lapso temporal para que o Congresso aja contra o estado de inconstitucionalidade por omissão.

Em alguns assuntos, segue o Ministro, a fase de discussão e deliberação no congresso não pode ocorrer em tempo curto. Todavia, mesmo reconhecendo que essa possibilidade exista, considerou que “superação irrazoável do período de apreciação parlamentar”¹⁹² revela “conduta procrastinatória e abusiva”¹⁹³, não podendo a Corte Suprema coadunar com essa postura. O Ministro Relator se refere, então, ao voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.682/MT¹⁹⁴, quando analisou a questão de controle de constitucionalidade das omissões normativas. Naquela situação, o Ministro Gilmar foi enfático ao dizer que não pode o parlamento se aproveitar do processo legislativo para se valer de conduta “manifestamente negligente ou desidiosa”, que pode “pôr em risco a própria ordem constitucional”¹⁹⁵.

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 25 jun 2020.

¹⁹⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 65.

¹⁹¹ “Esta Corte Suprema passou, então, a valer-se da definição de prazo razoável como simples parâmetro de ordem temporal, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas indispensáveis à implementação de sua obrigação constitucional de dispor sobre determinada matéria (MI 232/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES – MI 283/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – MI 284/DF, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – MI 562/RS, Red. p/ o acórdão Min. ELLEN GRACIE, v.g.) a cujo respeito a Carta Política impôs-lhe o dever de editar provimento de caráter legislativo. Nesse sentido, podem ser referidos diversos precedentes, como aqueles consubstanciados na ADI 2.240/BA, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.316/MT, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.489/SC, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.689/PA, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.819/MG, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 06 meses) e na ADI 4.270/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA (prazo de 12 meses), v.g.” - *Ibidem*. p. 66.

¹⁹² *Ibidem*. p. 67.

¹⁹³ *Ibidem*. p. 67.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3682. Requerente: Assembleia Legislativa Do Estado De Mato Grosso. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data distribuição: 07 de mar. de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 01 de jul. de 2020.

¹⁹⁵ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes da ADI 3.682/MT - **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019.

Neste sentido, o Ministro Celso de Mello explica que se o Congresso, uma vez cientificado, continuar inerte, surge a legitimidade do STF para “formular solução jurisdicional que viabilize, enquanto não sobrevier a legislação reclamada, a aplicação da norma constitucional impregnada de eficácia limitada”¹⁹⁶. Citou como exemplo o direito ao exercício de greve por parte de servidores públicos civis, com base no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988¹⁹⁷.

Por fim, declarou a mora legislativa e estipulou prazo para a ação do Congresso. Confira-se:

Posta a questão nos termos hoje prevaletentes na jurisprudência desta Corte Suprema, tornar-se-ia acolhível o pedido do autor da presente ação direta, em ordem a reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e declarar a omissão que lhe foi atribuída, definindo-se o prazo de 12 (doze) meses para o Senado Federal, desanexando do PLS 236/2012 (que institui o novo Código Penal brasileiro) o Projeto de Lei nº 122/2006, dar-lhe tramitação autônoma e apreciá-lo em seguida, sem indevidas dilações, eis que já aprovado pela Câmara dos Deputados, muito embora nem sempre resulte eficaz esse apelo ao legislador, o que justifica, no caso, a adoção imediata, por esta Corte, da medida indicada no item n. 12.2, a seguir examinado.¹⁹⁸

Considerando que nem sempre a simples declaração de inconstitucionalidade quer dizer a efetividade da constituição, o Magistrado passa a abordar a outra providência possível.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>>
Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 67.

¹⁹⁶ Ibidem. p. 68.

¹⁹⁷ “No caso que ora refiro, esta Corte, reconhecendo a ausência da legislação indispensável à prática do direito de greve autorizada aos servidores civis pelo art. 37, VII, da Constituição, determinou a aplicação do diploma legislativo que regula o exercício desse mesmo direito no âmbito do setor privado, em ordem a viabilizar, “como alternativa legítima”, a proteção judicial efetiva requerida ao Supremo Tribunal Federal (MI 670/ES, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – MI 708/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – MI 712/PA, Rel. Min. EROS GRAU).” Ibidem. p.68.

¹⁹⁸ Ibidem. p. 68.

3.2.7.2 Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89¹⁹⁹

O Ministro Celso de Mello pontua que a Procuradoria Geral da República (PGR ou Procuradoria), opinou que fosse conferido “interpretação conforme à constituição ao conceito de raça previsto na lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989”²⁰⁰, assinalando que não se trata de analogia “*in malam partem*”²⁰¹.

A PGR afirmou que o constituinte se preocupou com a erradicação de práticas discriminatórias quando criou a “metanorma da dignidade da pessoa humana”²⁰². O princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF/88) seria uma das finalidades dessa metanorma, juntamente com “a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”²⁰³ (art. 3º, inciso IV, da CF/88), partindo da noção que o artigo 3º é a casa dos objetivos fundamentais da República. Além disso - continuam os destaques do Ministro ao parecer da PGR -, “conferiu à lei, a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CR) e definiu racismo como crime”²⁰⁴.

Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero.²⁰⁵

Outro trecho do parecer apontado pelo Ministro trata da definição de racismo designada pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, no qual a Procuradoria transcreve uma parte do voto do Ministro Maurício Corrêa naquela oportunidade:

limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio

¹⁹⁹ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 69.

²⁰⁰ Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto - Ibidem. p. 69.

²⁰¹ Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto - Ibidem. p. 69.

²⁰² Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto - Ibidem. p. 69.

²⁰³ Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto - Ibidem. p. 69.

²⁰⁴ Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto - Ibidem. p. 70.

²⁰⁵ Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto - Ibidem. p. 70.

da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos²⁰⁶

O Parecer arremata pontuando que, sob o princípio da igualdade, devem as condutas homofóbicas e transfóbicas serem abarcadas pela Lei nº 7.716/89. Afirma, ainda, que esse reconhecimento não ofende o princípio da reserva legal em matéria penal, pois “o conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito”²⁰⁷.

Sobre o conceito de racismo, continua a PGR:

Por sua vez, o Ministro CELSO DE MELLO destacou que ‘a noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológico ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social’. A definição de raça e racismo é, em realidade, desenvolvida de acordo com o contexto histórico e varia conforme o tempo e o local; não depende necessariamente de similaridade física entre as pessoas que compõem o grupo racializado. Em outras palavras, o conceito de raça é fluido, de maneira que se tornam possíveis o surgimento de novos grupamentos considerados raças e o desaparecimento de outros grupos racializados.

[...]

Dessa maneira, considerando o conceito histórico de raça e, por consequência, de racismo, a homofobia e a transfobia, como comportamentos discriminatórios voltados à inferiorização do ser humano simplesmente pela orientação sexual, incluem-se entre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça.

[...]

Interpretação atualizada da Constituição da República, calcada nos princípios da igualdade e da dignidade do ser humano, evidencia que a Lei 7.716/1989 abrange atos discriminatórios e preconceituosos praticados e motivados por orientação sexual e/ou identidade de gênero.²⁰⁸

Depois desses destaques da opinião do Chefe do Ministério Público, o Ministro Relator citou doutrinadores que pactuam do mesmo entendimento. Confira-se:

²⁰⁶ Transcrição do trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424/RS, citado no parecer da PGR e destacado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto – **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 70.

²⁰⁷ Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto – Ibidem. p. 70.

²⁰⁸ Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello em seu voto – Ibidem. p. 71.

A visão exposta pelo Ministério Público Federal é também compartilhada por autores eminentes (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT; CLARA MOURA MASIERO, “Virada Teórico-Democrática ao Problema da Legitimidade da Jurisdição Constitucional e o Mandado de Injunção sobre a Criminalização da Homofobia e da Transfobia”, “in” “Controvérsias Constitucionais Atuais n. 2”, organizado por Paulo Farjet, Geraldo Jobim e Marco Felix Jobim, p. 71/74, 2014, Livraria do Advogado; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, “Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da Classificação da Homofobia e Transfobia como Crimes de Racismo”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, coordenado por Maria Berenice Dias, p. 87/138, 3ª ed., 2017, RT, v.g.), que entendem constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquele mesma comunidade.²⁰⁹

Pautado no conceito de racismo descrito alhures, o Magistrado continua justificando a necessidade da ação da corte constitucional no caso em tela:

Sempre que um modelo de pensamento, fundado na exploração da ignorância e do preconceito, põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados, adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente.

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, destinados a dar efetividade e expressão concreta aos princípios consagrados pela Lei Fundamental.²¹⁰

Reafirma que o inciso XLI – “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”- do art. 5º da CF/88 consagra o repúdio estatal a todas as modalidades de preconceito e intolerância, assim como constitui mandamento ao Poder

²⁰⁹ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 71.

²¹⁰ Ibidem. p. 72.

Público para que tome todas as medidas necessárias para coibir e proteger os direitos e as liberdades fundamentais, e que o meio previsto nesta norma é a criminalização.²¹¹

Na sequência, já considerando que condutas de homofobia e transfobia estão abarcadas no conceito de racismo, reafirma que o inciso XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” – do art. 5º da CF/88, também determina que o Legislador crie efetiva tutela penal.²¹²

A partir deste ponto, o Relator se dedica a fundamentar a aplicação do conceito de racismo social, firmado no HC 82.424/RS, aos casos de homofobia e transfobia.

Afirma que na criação da Constituição Federal de 1988 já existiam documentos internacionais empenhados em eliminar qualquer forma de discriminação racial, citando a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e a Cultura, ocorrida em 1978.²¹³

A Constituição Federal de 1988 e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, sempre odiosas, de discriminação racial, reconheceram, tal como proclamado pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura, na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (1978), “a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos”, afirmando, com irrecusável correção, que “Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem”, pois “Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade”, razão pela qual “a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais”, mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.²¹⁴

Complementa que, desde a promulgação da carta de 1988, já não se aceitava mais a ideia de que os seres humanos eram divididos em raça. Todos pertenceriam à mesma espécie e teriam a mesma origem. Destaca que esse entendimento foi ratificado pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, oportunidade em que a corte considerou “descabida de lógica e

²¹¹ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 73.

²¹² Ibidem. p. 73.

²¹³ Ibidem. p. 73.

²¹⁴ Ibidem. p. 73.

de razão subjacente”²¹⁵ a “teoria racial que propõe a subdivisão artificial da espécie humana em agrupamentos raciais distintos”²¹⁶. Neste julgamento, continua o Relator:

[...] esta Suprema Corte reafirmou, de maneira inequívoca, a proclamação consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) de que todos os membros da família humana, sem qualquer distinção, são dotados de igual dignidade e valor, inerentes à própria condição humana, de modo que a pretensão de subdividir a humanidade em grupos distintos (“raças”), além de ressentir-se de qualquer legitimidade científica ou jurídica, revela-se inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na ordem internacional e na Constituição da República:

(...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ‘ad perpetuum

²¹⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 73.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 73.

rei memoriam’, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. (HC 82.424/RS, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno – grifei)²¹⁷

Cita, ainda, o Parecer elaborado pelo Professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para o Caso Ellwanger:

‘O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infra-constitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma ‘raça’ para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma ‘raça’ – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que ‘raça’ é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de ‘raça’, como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem

²¹⁷ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada).2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 74/75.

jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento contrário sensu, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças [...].²¹⁸

Neste mesmo sentido, a UNESCO se manifestou na 29ª sessão de sua conferência geral em 1997, conforme destacado pelo Magistrado. Naquele momento, havia uma preocupação internacional acerca dos estudos científicos no campo da genética, que poderiam reacender discursos racistas sustentados pelas características biológicas supostamente diferenciadas.²¹⁹

A preocupação, manifestada em âmbito internacional, com a possibilidade de as novas descobertas científicas no campo da genética reacenderem antigos discursos de caráter racista sustentados pela equivocada defesa da existência de grupos humanos distintos em razão de suas características biológicas supostamente diferenciadas suscitou discussões em torno de princípios morais que orientam a bioética, levando o tema a ser debatido pela Conferência Geral da UNESCO que, em sua 29ª sessão (1997), ao adotar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, refutou “qualquer doutrina que estabeleça a desigualdade entre homens e raças”, reafirmando a irredutibilidade dos seres humanos a seus perfis genéticos, eis que “A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas” (Artigo 2, “a”), de modo que “Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito à sua singularidade e diversidade” (Artigo 2, “b”).²²⁰

Reafirma, na sequência, que os indivíduos não estariam definidos por suas características, nem reduzidos aos seus perfis genéticos, e que todos devem ser respeitados em sua singularidade e diversidade.

Menciona a doutrina de Samantha Ribeiro Meyer -Pflug²²¹, Fabiano Augusto Mastins Silveira²²² e Alexandre Assunção e Silva²²³, que, na linha do que foi decidido no caso

²¹⁸ Parecer elaborado pelo Professor Celso Lafer para o HC 82.424/RS citado pelo Ministro Celso de Mello - **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 76

²¹⁹ Ibidem. p. 77.

²²⁰ Trecho do parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello - Ibidem. p. 77.

²²¹ RIBEIRO MEYER -PFLUG, Samantha. Liberdade de expressão e discurso de ódio. RT, 2009. p. 203/205, item n. 1.1 Apud **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17

Ellwanger, afirmam que o conceito de raça é imprestável como forma de definir comunidades humanas e que a prática do racismo é:

[...]uma ideologia fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais.²²⁴

Registra, também, análise de Norberto Bobbio:

Para que se possa falar de ideologia (ou teoria) racista, são necessárias as seguintes três condições, que podemos definir como os postulados do racismo como visão de mundo: 1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente (...).

.....
2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores. Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra (...).

.....
3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis (...).²²⁵

Salienta que o mesmo entendimento dos doutrinadores citados acima foi acolhido pelo STF no caso Ellwanger (HC 82.424/RS), destacando alguns fragmentos do voto do Ministro Relator do precedente em questão, Maurício Corrêa:

“(...) a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso

de maio de 2020. p. 77.

²²² AUGUSTO MASTINS SILVEIRA, Fabiano. Da Criminalização do Racismo. Del Rey, 2007. p.77/85. Item n.2.1.1. Apud Ibidem. p. 77

²²³ ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião. Atlas, 2012. p. 117/118 Apud Ibidem. p. 77.

²²⁴ Ibidem. p. 78.

²²⁵ BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade. Unesp, 2002. P. 127/128 Apud Ibidem. p. 79.

ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

.....
24. Em conseqüência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito – agora cientificamente ultrapassado – não nos serve para a solução do caso.

.....
36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros.²²⁶

Depois de delimitar o conceito de racismo, com variadas referências doutrinárias, de organizações mundiais e do precedente, o Ministro Relator consigna que, “tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial), quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial)”²²⁷ é evidente a correlação entre a homofobia (e transfobia) e o racismo. Segundo ele, a discriminação racial estaria baseada em dois fatores: “a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada.”²²⁸

Sendo assim, o mesmo entendimento usado no HC 82.424/RS deveria ser usado no caso em tela, pois “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”²²⁹, mas, sim, tem uma “dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de

²²⁶ Transcrição do trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa no HC 82.424/RS, citado no parecer da PGR e destacado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto. **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 79.

²²⁷ Ibidem. p. 80.

²²⁸ Ibidem. p. 80.

²²⁹ Ibidem. p. 80.

discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero”²³⁰.

A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.²³¹

Ainda segundo o Magistrado, essa correlação entre o racismo e homofobia está amparada pelos estatutos internacionais:

[...] comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância que, representando a negação da igualdade e da dignidade que qualificam os seres humanos, fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais.²³²

Passada a parte destinada a introduzir conceitos e suas correlações, o Ministro entra na fundamentação e justificação da interpretação conforme do texto constitucional. Destaca o art. 20, caput, da Lei nº 7.716/89²³³, afirmando que há múltiplas formas de execução dos núcleos do tipo penal ali previstos e que, portanto, “torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal”²³⁴.

Para isso, prossegue, o intérprete deve, “mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permite deles extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os altos objetivos indicados na Carta Política”²³⁵.

²³⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 80.

²³¹ *Ibidem.* p. 80.

²³² *Ibidem.* p. 81.

²³³ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. - BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 05 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm> Acesso em: 25 jun. 2020.

²³⁴ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 91.

²³⁵ *Ibidem.* p. 91.

Segundo o Ministro, extrair tese diversa da que estava a se construir no voto “significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade”²³⁶. Salaria que, quando se trata de interpretação constitucional em matéria de Direitos Humanos, devem se considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional.

O Ministro Relator adverte que não se pode confundir o processo hermenêutico de interpretação de normas positivadas, com o processo de criação legislativa. Refuta, assim, as manifestações neste sentido que foram feitas pelo Presidente da República, pelo Congresso Nacional, por meio do Advocacia do Senado Federal e, também, pela Advocacia- Geral da União.²³⁷

Em seguida, afirma que se aplica o método de interpretação conforme à constituição, pela “existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de ‘raça’”²³⁸. Ressalta que interpretação conforme não se confunde com analogia, pois, é sabido que “não se admite a utilização de analogia ‘*in malam partem*’ em matéria penal”²³⁹, bem como não se trata, também, de “formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais”²⁴⁰, pois “juridicamente inviável, sob a perspectiva constitucional”²⁴¹.

Ressalta que o conceito de raça foi criado “num determinado momento histórico, objetivando criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente apoiadas na hegemonia de determinado grupo de pessoas sobre os demais estratos (sociais)”²⁴².

Por fim, reconhece a tipicidade das condutas homotransfóbicas utilizando uma interpretação conforme à constituição do Crime de Racismo, com base no conceito de Racismo Social criado no precedente do Caso Ellwanger, pelo STF, no julgamento do HC 82.424/RS.

²³⁶ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 91.

²³⁷ Ibidem. p. 93.

²³⁸ Ibidem. p. 94.

²³⁹ Ibidem. p. 95.

²⁴⁰ Ibidem. p. 95.

²⁴¹ Ibidem. p. 95.

²⁴² Ibidem. p. 97.

3.2.8 O Poder Judiciário, em sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis²⁴³

Conforme demonstrado ao longo do voto, o Brasil falhou no que tange a reação “às injustas agressões praticadas contra grupos sociais vulneráveis”²⁴⁴. Essa omissão, segundo o Ministro Celso de Mello “frustra a autoridade do Direito”²⁴⁵ e “gera descrédito das instituições”²⁴⁶, além de comprometer o princípio da igualdade.²⁴⁷

O Relator destaca que a Organização das Nações Unidas (ONU), com intuito de solucionar o problema junto aos países membros, em junho de 2011, adotou a resolução nº 17/19, que trata sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero. A referida resolução solicita ao Alto Comissário das Nações Unidas para os direitos humanos “a elaboração de propostas destinadas a orientar os Estados na implementação de medidas para proteger os grupos sociais expostos aos riscos da intolerância. O Relatório que foi submetido e aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU “apresentou evidências de um padrão sistemático de violência e discriminação motivado pela orientação sexual ou pela identidade de gênero das pessoas”²⁴⁸.

Pontua, nesse contexto, que a inércia estatal em tomar providências para criar mecanismos de proteção para os grupos vulneráveis configura transgressão aos compromissos assumidos pelos Estados na ordem internacional e ocasiona “a exposição dos integrantes da comunidade LGBT aos riscos da violência, da opressão e do constrangimento, tanto na esfera pública quanto no âmbito privado”²⁴⁹.

O Ministro, então, discorre sobre a importância do julgamento da ADO nº 26 para a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas da comunidade LGBT, que têm seus direitos violados por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero. Enfatiza que em

²⁴³ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 101.

²⁴⁴ Ibidem. p. 101.

²⁴⁵ Ibidem. p. 101.

²⁴⁶ Ibidem. p. 101.

²⁴⁷ Ibidem. p. 101.

²⁴⁸ Ibidem. p. 101.

²⁴⁹ Ibidem. p. 101.

um estado democrático de direito não existe espaço para que isso aconteça e reafirma a importância da interpretação da Constituição levando em consideração todos os aspectos trazidos no voto:

É por tal razão que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa hermenêuticas emancipatória e construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se reveste o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual e à identidade de gênero, em ordem a permitir que se extraiam, em favor das pessoas em geral e dos homossexuais e transsexuais em particular, relevantes consequências no plano jurídico. Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.²⁵⁰

Enfatiza, ainda, que persegue em sua análise “a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social”²⁵¹, buscando “estimular a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois, decisões que fazem cessar o estado invisibilidade imposto à coletividade dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBT”²⁵² possuem a importância de “congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade”²⁵³. E afirma que essa decisão não pode ser considerada como em favor de apenas alguns, pois, quando o direito fundamental de um grupo é respeitado, há um ganho para toda a coletividade:

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que inviabilizam a busca da felicidade por parte de transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma

²⁵⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 103.

²⁵¹ Ibidem. p. 103.

²⁵² Ibidem. p. 103.

²⁵³ Ibidem. p. 103.

forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns, mas, sim, de toda a coletividade social.²⁵⁴

3.2.9 Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional²⁵⁵

Antes de adentrar neste tópico, o Ministro Celso de Mello tratou de diferenciar liberdade de expressão e intolerância, além de discorrer sobre a questão de que a criminalização da homofobia e transfobia violaria o direito fundamental da liberdade religiosa, suscitada por um dos *amici curiae*²⁵⁶. O Ministro, em sua explicação, deixou clara as diferenciações entre o crime de racismo e liberdade de expressão ou liberdade religiosa, e afirmou que qualquer dúvida acerca da tipicidade de cada conduta deve ser tratada em cada caso²⁵⁷. Como o tema foge da questão a ser discutida no presente trabalho, esta discussão não será detalhada.

Em seguida, o Relator aponta que seu posicionamento reflete, “com absoluta fidelidade”²⁵⁸, o exercício da função contramajoritária do STF por ser um “órgão investido no poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria, ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica”²⁵⁹.

Afirma, por outro lado, que “o Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais, tem-se mostrado infenso, nesse

²⁵⁴ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 104.

²⁵⁵ Ibidem. p. 142.

²⁵⁶ “Pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), o advogado Luigi Mateus Braga assinalou que muitos livros sagrados condenam a prática homossexual. Segundo ele, o pedido formulado nas ações em julgamento não é claro sobre a possibilidade de serem considerados crimes os pronunciamentos desses pensamentos nos púlpitos das igrejas para a comunidade religiosa e para aqueles que aceitam a crença e querem professá-la. Na sua avaliação, a liberdade religiosa é uma conquista que se perde com muita facilidade, e os religiosos estão correndo risco no caso em exame.” – REDAÇÃO. Partes e entidades interessadas se manifestam no STF sobre criminalização da homofobia. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403255>. Acesso em: 23 jun. 2019.

²⁵⁷ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 108.

²⁵⁸ Ibidem. p. 142.

²⁵⁹ Ibidem. p. 142.

tema específico, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais”²⁶⁰. E é nessa inércia que surge o “quadro de inaceitável submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria”.²⁶¹

O Ministro explicita que o STF vem desempenhando seu papel contramajoritário quando há clara violação aos mandamentos constitucionais, e que isso é a própria legitimação do Estado Democrático de Direito. Cita, então, trechos do seu voto no julgamento da ADI 4.277/DF²⁶²:

O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular, e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas – suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos –, é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

.....

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias. Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

.....

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das maiorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais.²⁶³

²⁶⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 142.

²⁶¹ Ibidem. p. 142.

²⁶² Ação Direta de Inconstitucionalidade que reconheceu as uniões homoafetivas. - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Requerente: Procuradora-Geral Da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

²⁶³ Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 4.277/DF, citado por ele no presente voto - **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em:

Não há, portanto, nos termos do voto, poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular, que de forma representativa acaba por vezes silenciando em face dos direitos das minorias. Com efeito, para o pleno funcionamento de um regime democrático, devem ser viabilizadas, às minorias, formas de lutar e exigir os seus direitos, notadamente em sede jurisdicional.²⁶⁴

3.2.10 A busca da felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana²⁶⁵

O Ministro Celso de Mello afirma que proposições como esta (ADO nº 26) encontram “suporte legitimador em postulados fundamentais, como os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e, sobretudo, o da busca pela felicidade”²⁶⁶. A busca da felicidade está implícita no princípio da dignidade da pessoa humana. Ele explica que o direito à busca da felicidade fica comprometido quando correntes majoritárias se omitem na formulação de medidas que assegurem aos integrantes da comunidade LGBT a fruir seus direitos fundamentais.²⁶⁷

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.²⁶⁸

O Relator enfatiza que o princípio da felicidade já foi, mais de uma vez, reconhecido pelo STF como importante vetor “hermenêutico relativo a temas de direitos

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 144.

²⁶⁴ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 145.

²⁶⁵ Ibidem. p. 145.

²⁶⁶ Ibidem. p. 145.

²⁶⁷ Ibidem. p. 145.

²⁶⁸ Ibidem. p. 147.

fundamentais”²⁶⁹. Cita, ainda, alguns países que já adotam o princípio em suas decisões, como os Estados Unidos da América²⁷⁰, e alguns países que positivaram o princípio, como o Japão, a França e o Butão.²⁷¹

Por este motivo, entende o Magistrado que “o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia -força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o acolhimento do pleito ora em julgamento”²⁷².

3.2.11 Uma observação final: o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal²⁷³

Neste ponto, o Ministro Celso de Mello destaca a importância dada ao STF pela Assembleia Constituinte e registra que cabe a todos os Ministros que compõem a corte o papel de:

[...] velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados.²⁷⁴

Destaca que o STF deve, pela responsabilidade que recebeu, ser garante da integridade da Carta Magna, “impedindo que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem, inclusive mediante comportamento omissivo, o significado da própria Lei Fundamental”²⁷⁵, não sendo possível renunciar ao exercício desse encargo.

²⁶⁹ SAUL TOURINHO LEAL. Direito à Felicidade. Almedina, 2018 Apud Ibidem.

²⁷⁰ “In Re Slaughter-House Cases (83 U.S. 36, 1872), Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978)” – **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020. p. 148.

²⁷¹ Ibidem. p. 148.

²⁷² Ibidem. p. 149.

²⁷³ Ibidem. p. 149.

²⁷⁴ Ibidem. p. 149.

²⁷⁵ Ibidem. p. 149.

Torna-se de vital importância reconhecer que o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada pela própria Assembleia Constituinte, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.²⁷⁶

Por este motivo, continua o Ministro, as decisões lá produzidas não podem ser consideradas como “um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais poderes da República”²⁷⁷. A prática da jurisdição constitucional, quando provocada, é a demonstração do respeito máximo ao que determina a Lei Fundamental.²⁷⁸

[...]pois esta Corte Suprema não tolera a prepotência dos governantes, não admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República, nem se curva a pressões advindas de grupos sociais majoritários que buscam impor exclusões e negar direitos a grupos vulneráveis.²⁷⁹

Enfatiza a pertinência da discussão sobre Direito Humanos, destacando a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em Paris, pela III Assembleia Geral da ONU, no dia 10/12/1948. Foi, segundo o Ministro, “um marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana”²⁸⁰. Além disso, teve o reconhecimento solene dos Estados de que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e titularizam prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal”²⁸¹.

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional – estimulados por um insuprimível senso de responsabilidade e conscientes do ultraje representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista, inclusive contra homossexuais (forçados a ostentar, nos campos de concentração e de extermínio, o triângulo rosa, se gays, ou o triângulo negro, se lésbicas), bem assim pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder – tiveram a percepção histórica de que era preciso forjar as bases jurídicas e

²⁷⁶ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 150.

²⁷⁷ Ibidem. p. 151.

²⁷⁸ Ibidem. p. 151.

²⁷⁹ Ibidem. p. 150.

²⁸⁰ Ibidem. p. 152.

²⁸¹ Ibidem. p. 152.

éticas de um novo modelo que consagrasse, em favor das pessoas, a posse da liberdade em todas as suas dimensões, assegurando-lhes o direito de viverem protegidas do temor e a salvo das necessidades.²⁸²

Por isso, continua, é inadiável conferir real efetividade, aqui no plano interno, do que foi assumido pelo Brasil, no plano externo, no que tange ao tema de Direitos Humanos e o aplique “sem restrições, sem omissões e sem tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de todo o gênero humano”²⁸³.

E finaliza:

É esse, pois, o grande desafio com que todos – governantes e governados – nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: extrair das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, quaisquer que sejam as gerações ou as dimensões em que estes se projetem (PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 560/578, 21ª ed., 2007, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 96/99, itens ns. 5.1 e 5.2, 7ª ed., 2007, Atlas; CELSO LAFER, “A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 125/134, 1988, Companhia das Letras, v.g.).²⁸⁴

3.2.12 – Conclusão do Voto

Por fim, o Ministro Celso de Mello reafirma a função contramajoritária do STF, bem como seu dever de guardar e efetivar o que determina a Carta Magna. Pontua que nesse julgamento “está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie”²⁸⁵ e que é papel da Corte Constitucional “fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas”²⁸⁶:

[...] princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada

²⁸² **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 152.

²⁸³ Ibidem. p. 152.

²⁸⁴ Ibidem. p. 153.

²⁸⁵ Ibidem. p. 153.

²⁸⁶ Ibidem. p. 154.

pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República²⁸⁷

Registra que “aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional”²⁸⁸, aos integrantes da comunidade LGBT. E finaliza:

Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, então Procurador-Geral da República, conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:

(a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;

(b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;

(c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;

(d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.²⁸⁹

²⁸⁷ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 153.

²⁸⁸ Ibidem. p. 154

²⁸⁹ Ibidem. p. 154/155

4. ANÁLISE DO VOTO SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL E DA FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Visando subsidiar a análise, é importante, inicialmente, deixar aberto o que foi efetivamente definido na decisão da ADO nº 26, conhecida popularmente por “criminalização da homofobia”. Pelo fato de se usar o termo pouco técnico “criminalização”, espalhou-se a ideia de que o STF estaria legislando e criando um novo tipo penal. Apesar de a tipificação penal ter sido um dos pedidos feitos na petição inicial, o Ministro Celso de Mello, logo no início do voto, para indeferir o requerimento, explicou que a tipificação do crime não é viável pela via do judiciário “por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional – veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal”²⁹⁰.

O que o STF fez foi uma interpretação conforme à constituição do conceito de raça previsto no tipo penal do crime de racismo, na Lei nº 7.716/89, ou seja, reconheceu a tipicidade²⁹¹ de condutas homofóbicas e transfóbicas que se enquadram em uma tipificação²⁹² já existente (crime de Racismo), baseado no conceito de Racismo Social, previamente firmado em precedente da própria Corte Constitucional brasileira no caso Ellwanger (HC 82.424/RS). Como definiu o Decano.²⁹³

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 transfobia constituem

²⁹⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 26.

²⁹¹ “Trata-se da adequação do fato ao tipo penal. A tipicidade é o fenômeno representado pela confluência entre o fato ocorrido do mundo real e o fato previsto no mundo abstrato das normas.” - NUCCI, Guilherme de Souza Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 362

²⁹² A Tipificação seria a criação de um tipo penal. Segue a definição de NUCCI: “Tipo penal é a *descrição abstrata de uma conduta*, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina)” NUCCI, Guilherme de Souza Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 348

²⁹³ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada).2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 95.

concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.²⁹⁴

Feito esse registro inicial, esclarece-se que a Análise será dividida em blocos, nos quais serão agrupados, buscando conferir objetividade ao trabalho, os núcleos de argumentos usados pelo Ministro ao longo de seu voto. Em todos os blocos, os assuntos serão analisados tanto sob o ponto de vista da Função Social da Dogmática Jurídica quanto do Ativismo Judicial.

Em relação à Função Social da Dogmática Jurídica, o estudo será baseado no conceito de Rodriguez, que entende ser o uso, na construção da decisão, de todo material jurídico – casos julgados, doutrina e leis existentes –, sem nunca perder de vista o princípio da igualdade perante as leis²⁹⁵. Sob o enfoque do Ativismo Judicial, a análise se pautará no sentido do termo como uma crítica (reprovação) à decisão, assim utilizado para qualificar a atuação do Poder Judiciário em extrapolação às suas funções típicas, invadindo as funções dos outros poderes.

4.1 Aspectos sociais, históricos e contemporâneos: das Leis Coloniais à ideologia de gênero e violência

O Ministro Celso de Mello começa o voto construindo o contexto histórico da opressão que indivíduos da comunidade LGBT sofrem desde a colonização. Situa, também, em que ponto estamos na atualidade quando o assunto é gênero e orientação sexual. Quase uma demonstração de causa e efeito.

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”), experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação.²⁹⁶

²⁹⁴ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 95.

²⁹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção direito, desenvolvimento e justiça : série direito em debate). p. 24/26

²⁹⁶ Ibidem. p. 35.

Entende-se que o Relator quis deixar explícito a construção histórica da discriminação contra a comunidade LGBT, que culmina nas situações de violência e marginalização deste grupo. Veja que os fatos trazidos no voto demonstram que a sociedade brasileira nasceu pautada na cruel ideia de que homossexuais e transsexuais não são adequados nem aos olhos da lei nem aos olhos de Deus. E, pior, a construção dessa sociedade intolerante e heteronormativa se deu, primeiro, pelo impulsionamento das leis criada pelo próprio Estado e, segundo, pela falta de proteção efetiva por parte do Estado.

Se revisitarmos a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, e analisarmos as punições cominadas no Livro V das Ordenações do Reino, conhecido como “*liber terribilis*”, tal o modo compulsivo com que esse estatuto régio prodigalizava a pena de morte, iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa) com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais. É interessante observar que as Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) –, marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, também qualificada como “pecado nefando” (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como “cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha”, cominaram sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do “*supplicium extremum*” aos autores dessas práticas sexuais tidas por “desviantes”, como revela VERONICA DE JESUS GOMES, em Dissertação de Mestrado (“Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa”, Niterói, UFF, 2010)²⁹⁷

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT (“Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial”). Naquela fase de nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra “Confissões da Bahia”), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO (“A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil”)²⁹⁸

²⁹⁷ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 30.

²⁹⁸ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que

Explica que esse contexto de opressão e omissão histórica desemboca no que temos hoje, uma sociedade que trata as questões de gênero e sexualidade como se fossem mera teoria social - a qual chamam pejorativamente de “ideologia de gênero” - ignorando o fato de que são, na verdade, elementos essenciais da própria identidade da pessoa humana, relacionados à liberdade existencial e à dignidade humana.

Destaca que, por essas questões serem tratadas como meras teorias, ficam essas pessoas expostas à falta de proteção estatal e, de outro lado, a mercê de “ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoca coloração homofóbica”²⁹⁹, que tem como intuito suprimir “prerrogativas essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e interssexuais”³⁰⁰. Todos estes acabam sendo tratados como se fossem sujeitos “destituídos de respeito e consideração, degradados ao nível de quem sequer tem direito a ter direitos, posto que lhes nega, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência”³⁰¹. Destaca-se trechos do Voto em que o Ministro cita doutrina e precedentes da Corte para corroborar sua tese:

É preciso enfatizar, neste ponto, que o gênero e a orientação sexual constituem elementos essenciais e estruturantes da própria identidade da pessoa humana, integrando uma das mais íntimas e profundas dimensões de sua personalidade, consoante expressiva advertência de autorizado magistério doutrinário (MARIA BERENICE DIAS, “Homoafetividade e Direitos LGBTI”, p. 123/125, item n. 7.3, 7ª ed., 2016, RT; VIVIANE GIRARDI, “Direito Fundamental à Própria Sexualidade”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, coordenado por Maria Berenice Dias, p. 366/370, 2017, RT; RODRIGO BERNARDES DIAS, “Estado, Sexo e Direito”, pág. 59/69, item n. 1.7.2, 2015, SRS; GIOVANNA BIANCA TREVIZANI, “Meu Corpo, Minhas Regras: A Transexualidade sob a Luz do Direito Constitucional e as Lacunas no Estado Democrático de Direito”, “in” “Homotransfobia e Direito Sexuais – Debates e Embates Contemporâneos”, p. 98/100, 2018, Autêntica, v.g.)³⁰²

A importância do tema que ora se examina acha-se bem realçada pela existência, nesta Suprema Corte, de inúmeros processos de controle normativo abstrato (ADPF 457/TO, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – ADPF 462/SC, Rel. Min. EDSON FACHIN – ADPF 465/TO, Rel. Min.

criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 33.

²⁹⁹ Ibidem. p. 13.

³⁰⁰ Ibidem. p. 14.

³⁰¹ Ibidem. p. 14.

³⁰² Ibidem. p. 13.

ROBERTO BARROSO – ADPF 522/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – ADPF 536/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA) que têm por objeto diplomas legislativos e outros atos estatais que buscam, no âmbito do sistema educacional dos Estados e dos Municípios brasileiros, impedir a implementação de medidas fundadas na “ideologia de gênero”, proibindo, em decorrência de inaceitável atitude preconceituosa, a adoção dos estudos de gênero e de orientação sexual, o que levou o eminente Ministro ROBERTO BARROSO, ao deferir provimento cautelar requerido na ADPF 461/DF, de que é Relator, a expor as seguintes reflexões: “A transsexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não deixará de existir por sua negação e que independe do querer das pessoas. Privar um indivíduo de viver a sua identidade de gênero ou de estabelecer relações afetivas e sexuais conforme seu desejo significaria privá-lo de uma dimensão fundamental da sua existência; implicaria recusar-lhe um sentido essencial da autonomia, negar-lhe igual respeito e consideração com base em um critério injustificado.”³⁰³

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, veio a assinalar que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual, enquanto expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade – longe de caracterizar mera “ideologia de gênero” ou teoria sobre a sexualidade humana – qualifica-se como poder fundamental de qualquer pessoa, inclusive daquela que compõe o grupo LGBT, poder jurídico esse impregnado de natureza constitucional, e que traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos, tal como esta Corte já o fez quando do julgamento da união civil homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, das quais foi Relator o Ministro AYRES BRITTO) e, também, no exame da controvérsia referente à alteração do prenome da pessoa transgênero, com redesignação do gênero por ela própria autopercebido, independentemente de cirurgia de transgenitalização (ADI 4.275/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN).³⁰⁴

Cita, ainda, provimentos internacionais que determinaram ser o gênero e a orientação sexual expressões do “princípio do livre desenvolvimento da personalidade”³⁰⁵:

É importante não desconhecer, Senhores Ministros, que esse mesmo entendimento veio a ser acolhido em procedimento consultivo instaurado por iniciativa da República da Costa Rica (Parecer Consultivo OC-24/2017), em cujo âmbito a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar as cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica, formalmente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto nº 678/1992), reafirmou, na linha

³⁰³ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 17.

³⁰⁴ Ibidem. p. 18.

³⁰⁵ Ibidem. p. 18.

de diversos outros instrumentos convencionais adotados no âmbito do sistema global de direitos humanos, a essencialidade do direito à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa humana e a indispensabilidade do respeito e da proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento livre, digno e pleno das diversas expressões de gênero e da sexualidade[...]³⁰⁶

Toda essa construção social discriminatória é causa para o número alarmante da violência contra integrantes da comunidade LGBT, ou, como bem colocado por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, subscritor da petição inicial da ADO nº 26, e citado pelo Ministro em seu voto, “A banalidade do mal homofóbico e transfóbico”³⁰⁷. Aqui neste ponto, o Relator faz menção aos dados trazidos pelos *amici curiae*, e já vai dando fundamento à tese de reconhecimento da tipicidade das condutas transfóbicas como crime de racismo, pois apresenta os elementos caracterizadores do racismo social. Confira-se:

Os dados estatísticos revelados pelos “*amici curiae*” demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira.³⁰⁸

Observa-se que o Ministro Relator, depois de ter situado a questão no momento atual, que é a tentativa de grupos políticos tratarem o assunto da temática LGBT como mera teoria social e chamá-la de “ideologia de gênero”, demonstra, com bastante fundamento, alguns dos fatores históricos que podem explicar de onde surgiu esse preconceito estrutural que vivemos hoje, e essa negativa em aceitar a sexualidade como algo inerente à personalidade e à dignidade humana. Mais que isso, ele consegue demonstrar que a situação de vulnerabilidade que esses grupos vivem hoje foi construída pelo próprio estado.

Dá para inferir que, com esses argumentos histórico-sociais, o Ministro constrói o alicerce da sua decisão. Pelos olhos da Dogmática Jurídica, ele demonstrou, com fatos históricos e atuais, corroborados por muitos doutrinadores, precedentes do STF e provimentos no âmbito internacional, a perseguição que este grupo sofre há muito tempo e até

³⁰⁶ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 20.

³⁰⁷ Paulo Roberto Iotti Vecchiatti – apud *ibidem*. p. 36.

³⁰⁸ *Ibidem*. p. 37.

hoje, dando o gatilho para encaixar a homotransfobia na interpretação conforme à constituição, sob o conceito de racismo firmado pela Suprema Corte brasileira no caso Ellwanger (HC 82.424/RS).

Outro ponto destacável do voto é a menção que faz à participação social na construção do sistema jurídico, ao citar dados fornecidos pelos *amici curiae*, como forma de demonstrar a construção de uma resposta à sociedade com a colaboração da própria sociedade.³⁰⁹

Mais, com a fundamentada argumentação da situação periclitante que esse grupo se encontra, ele também baseia a necessidade de o STF agir em sua função contramajoritária, interpretando a constituição com enfoque social. O Ministro ressalta a forma distinta como são tratados os indivíduos desse grupo, tendo, inclusive, suas características essenciais de personalidade e liberdade, como são o gênero e a orientação sexual, reduzidas à mera teoria social, demonstrando a violação do princípio da igualdade, que, segundo Rodriguez³¹⁰, deve pautar a interpretação da nossa Constituição Federal.

Desde o início, portanto, o Voto dá indícios que será construído no campo da Função Social da Dogmática Jurídica, que não se caracteriza como extrapolação da função do Poder Judiciário.

4.2. Constituição de 1988: Contexto, escolhas do Constituinte e a Função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal

Conforme tratado no tópico sobre o Ativismo Judicial e sua origem, a Constituição Federal de 1988 emergiu de um longo período de autocontenção do judiciário e condutas arbitrárias de quem ocupava os poderes³¹¹. Sendo assim, o Constituinte se preocupou em fazer uma Constituição analítica, que não apenas previsse textualmente todos os direitos fundamentais, e tantos outros, mas que certificasse a garantia de meios para que tais direitos fossem efetivados. Esse é o entendimento de Gilmar Mendes:

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a

³⁰⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo: Saraiva, 2012. — (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate).

³¹⁰ Ibidem.

³¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente³¹²

O Ministro Celso de Mello, a todo momento no voto, reitera a necessidade de se fazer efetiva a Constituição³¹³, enfatizando o perigo que é criar uma constituição e não fazer ela se concretizar. Realça a escolha política da Assembleia Constituinte de ter tornado o STF o guardião da Carta Magna, que, em contrapartida, tem o dever de “reafirmar, a cada momento, o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade ao texto sagrado da Constituição”³¹⁴.

Esse fortalecimento do judiciário foi uma escolha política e consciente. A Assembleia Constituinte confirmou o controle de constitucionalidade abstrato na Carta de 1988, aumentando o número de ações possíveis e ampliando o número de legitimados para propor essas ações. A intenção é que um maior número de representantes da sociedade pudesse participar no processo de aplicação da Constituição. Neste sentido, o Ministro é categórico:

Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição constitucional, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pelo preconceito, pela discriminação e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.³¹⁵

Luís Roberto Barroso destaca essa virada no controle constitucional brasileiro, com a redemocratização, para ele o judiciário “se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes”³¹⁶. Além disso, enfatiza que temos uma “constitucionalização abrangente”³¹⁷ e “na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim

³¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP). p. 1.257.

³¹³ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 52/ p. 55 / p. 57 / p.113.

³¹⁴ Ibidem. p. 149.

³¹⁵ Ibidem. p. 151.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

³¹⁷ Ibidem.

público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”³¹⁸.

O que pode se extrair desse ponto analisado é que a possibilidade de judicialização do reconhecimento da conduta homotransfóbica como crime foi uma escolha da Assembleia Constituinte. Não há, portanto, até aqui, uma extrapolação do STF em discutir e resolver essa demanda da sociedade. Até porque, como destaca Rodriguez, “em função do imperativo da eficácia, o debate sobre a melhor solução para cada caso concreto não pode ser eterno. É preciso que seja tomada uma decisão que ofereça uma resposta à parte que provocou as instituições jurídicas”³¹⁹. E no caso em tela, por se tratar de uma Ação de Controle de Constitucionalidade, cujo Autor legitimado é um Partido Político com representação no Congresso Nacional, a parte a quem se refere Rodriguez é toda a sociedade.

Isso foi destacado pelo Ministro Relator nas primeiras linhas de seu voto, onde destacou a função contramajoritária do STF como forma de fazer a constituição efetiva:

Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República.³²⁰

O Magistrado é taxativo ao afirmar em seu voto que se trata de um julgamento com absoluta fidelidade à função contramajoritária³²¹, e que este é um dos papéis que cabe à Suprema Corte no âmbito do Estado Democrático de Direito, “em ordem a conferir efetiva proteção às minorias”³²².

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

³¹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate). p. 27.

³²⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p.141.

³²¹ Ibidem. p. 141.

³²² Ibidem. p. 141.

A função contramajoritária, segundo Celso de Mello, é a de “proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra as omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica”³²³.

É o exato caso da demanda analisada. O grupo minoritário, representado pelos homossexuais e transgêneros, está sendo preterido pelo Poder Legislativo, de forma deliberada, “certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais”³²⁴, causando a mora na adequação do ordenamento jurídico nacional “a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais”³²⁵.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito.³²⁶

O Magistrado entende que só se tem a plena legitimação material do Estado Democrático de Direito com a proteção dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis³²⁷. É possível concluir que o fortalecimento da função contramajoritária foi um dos objetivos pensados pelo Constituinte ao ampliar as Ações de Controle de Constitucionalidade e ao estender o rol de legitimados para propô-las.

Luís Roberto Barroso³²⁸, além de reafirmar que uma das funções da Suprema corte nas democracias contemporâneas seria o contramajoritário, reconhece a importância desse papel, dizendo ser legítimo que os Tribunais, em nome da constituição, protejam os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria. Confira-se:

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos

³²³ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 142.

³²⁴ Ibidem. p. 142.

³²⁵ Ibidem. p. 142.

³²⁶ Ibidem. p. 142.

³²⁷ Ibidem. p. 143.

³²⁸ BARROSO, Luiz Roberto. “Contramajoritário, Representativo E Ilumista: Os Papéis Das Cortes Constitucionais Nas Democracias Contemporâneas”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robortobarroso.pdf>. Acesso em: 21 de abr.de 2020.

sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962).

Como assinalado, este é um dos temas mais estudados na teoria constitucional. A despeito da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias.”³²⁹

Barroso conclui que as teorias que aduzem que a atuação da jurisdição deve ser minimizada, não se encaixam no Brasil por ser uma país com questões muito características:

As ideias que defendo para o Brasil são distintas, em alguma medida, das posições sustentadas por autores ilustres, como Ran Hirschl, Mark Tushnet e Jeremy Waldron, sendo que os dois últimos participam deste evento. As diferenças se devem, em parte, à realidade específica do Brasil e, em parte, a concepções diferentes sobre a democracia e os papéis do Legislativo e dos tribunais constitucionais.

[...]

No tocante à posição de Waldron, infelizmente não se encontram presentes no Brasil as pré-condições (“assumptions”) por ele enunciadas e que tornam a jurisdição constitucional dispensável ou menos relevante (pessoalmente, tenho dúvida se algum país do mundo preenche integralmente tais condições, mas esta seria uma outra estória). Quanto a Tushnet, penso que minha defesa dos diálogos institucionais, que no Brasil talvez tenham uma perspectiva mais real do que, por exemplo, no Canadá, aproxima-se de sua visão mais recente na matéria.³³⁰

Ao concluir que o Brasil tem outras peculiaridades, que não permitem uma jurisdição menos presente, ele cita as “*assumptions*” de Jeremy Waldron, publicadas em seu artigo “*The Core of the Case Against Judicial Review*”³³¹. Waldron diz que não é contra a jurisdição constitucional, mas acredita que não é necessária em sociedades democráticas razoáveis, por entender que desentendimentos razoáveis devem ser resolvidos em debates, onde se ouvem a opinião de todos, democraticamente, sem que necessite a intervenção da Suprema Corte. Para o modelo proposto, Waldron assume alguns pontos como de partida.

Primeiro, que as sociedades são democráticas e que as casas legislativas estejam funcionando razoavelmente bem. Segundo, que o poder judiciário funciona bem e que é capaz de aplicar as leis de forma satisfatória, mesmo que não seja perfeito. Terceiro, assume

³²⁹ BARROSO, Luiz Roberto. “Contramajoritário, Representativo E Ilumista: Os Papéis Das Cortes Constitucionais Nas Democracias Contemporâneas”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 21 de abr.de 2020.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. *The yale journal*. 2006.

que a sociedade em que ele está falando, em sua maioria, defenda os direitos individuais, inclusive das minorias. Por último, assume que essa sociedade, mesmo defendendo os direitos individuais e das minorias, tem “*reasonable disagreement*”, ou seja, discordâncias razoáveis sobre alguns direitos, e que essas simples discordâncias não justificariam a intervenção do judiciário.³³²

Já o Professor da Universidade de Harvard Richard Fallon discorda das assunções de Jeremy Waldron propriamente ditas, em seu texto “*The Core of an Uneasy case for judicial Review*”³³³. Fallon concluiu que Waldron estava equivocado em suas premissas de que as cortes não são melhores que as casas legislativas para definir sobre os direitos fundamentais. Ele aduz que ambas as casas devem lutar pela defesa dos direitos individuais e que o argumento de que a suprema corte não tem legitimidade não procede. Afirma que a legitimidade política pode vir de várias fontes, e diz que muitos dos casos que precisam de jurisdição constitucional o são por questões morais, o que dificulta, e muito, a deliberação no legislativo.³³⁴

O Ministro Celso de Mello parece perfilhar os entendimentos de Barroso e Fallon, pois afirma reconhecer a importância do princípio majoritário para o processo decisório em uma sociedade democrática, todavia, alerta que não se pode suprimir, frustrar ou aniquilar, o exercício livre da igualdade e da liberdade, pois isso causaria a “descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. E é para isso que existe a jurisdição constitucional”³³⁵.

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, sejam elas quais forem, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de

³³² WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. The yale journal. 2006.

³³³ FALLON, Richard H. The Core of An Uneasy Case For Judicial Review, 121 Harv. L. Rev. 1693, 2008.

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 143

significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.³³⁶

Se conclui, portanto, que uma das funções da jurisdição constitucional, escolhida pela Constituição Federal de 1988, foi a contramajoritária. A Constituição tanto inadmite a omissão do Poder Público (e de alguma forma se precaveu contra ela), que criou estruturas para que os grupos minoritários pudessem ter seus direitos garantidos pela Corte Constitucional.

Não se observa, assim, sob a ótica da função contramajoritária do STF, que a decisão ora em análise tenha se utilizado de expedientes que não os previstos na Constituição Federal e no Ordenamento Jurídico brasileiro. Se afastando, portanto, do conceito de Ativismo Judicial utilizado como parâmetro para o estudo proposto neste trabalho. A análise deste tópico corrobora com o seguinte entendimento do Magistrado explícito no voto:

O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.³³⁷

Com efeito, também neste ponto, está reafirmada a construção da função social da Dogmática Jurídica da decisão, tendo em vista que o entendimento trazido neste tópico está baseado na ideia de interpretar todo o sistema jurídico com base no princípio da igualdade material.

Neste sentido, confirma o Ministro:

Nesse contexto, incumbe aos Juízes da Corte Suprema do Brasil o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar

³³⁶ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 145.

³³⁷ Ibidem. p. 151.

qualquer ensaio de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados.³³⁸

Salienta, por fim, que o STF não apenas está agindo dentro do que prevê a Constituição, como reconhece que a Corte não pode renunciar “ao exercício desse encargo”³³⁹ imposto pela Assembleia Constituinte, por colocar em risco “a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade da República”³⁴⁰.

4.3 A inércia inconstitucional do Estado: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

O pedido do PPS na ADO nº 26, é baseado em dois mandamentos constitucionais, o do art. 5º, inciso XLI, que determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”³⁴¹, e o do inciso XLII, do mesmo artigo, que determina que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”³⁴².

O Ministro Celso de Mello declara que as referidas normas são “verdadeiras imposições legiferantes”³⁴³, que visam vincular o poder público à uma prestação positiva e que se destina a proteger as pessoas, também na esfera penal, em face de “atos de preconceito ou de discriminação, em todas as suas formas de manifestação, inclusive quando perpetrados por motivo fundado na orientação sexual ou na identidade de gênero da vítima”³⁴⁴.

Enfatiza, ao tratar do mencionado inciso XLI, que os direitos fundamentais violados são: liberdade, autodeterminação, igualdade, pluralismo, intimidade e da busca da felicidade, que, segundo o Magistrado, está implícito no “valor fundante da dignidade da

³³⁸ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 149.

³³⁹ Ibidem. p. 150.

³⁴⁰ Ibidem. p. 150.

³⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm Acesso em: 25 de jun. de 2020.

³⁴² Ibidem.

³⁴³ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 41.

³⁴⁴ Ibidem. p. 41.

pessoa humana”³⁴⁵. Já em relação ao inciso XLII do art. 5º da CF, a ofensa se dá, conforme firmado em precedente do STF (Caso Ellwanger) – bem como em tratados internacionais de direitos humanos – pois as condutas homotransfóbicas se enquadram no tipo penal de racismo, tendo em vista que o conceito de racismo há muito não se relaciona com a ideia de raça – que resta obsoleta – mas, sim, com a ideia de inferiorização de um grupo por outro grupo, que se encontra em posição majoritária na sociedade.

Rechaça a alegação de que a “mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional afastaria, por si só, a configuração, na espécie, de inércia do Poder Público”³⁴⁶. Mais que isso, comprova que, apesar da tentativa de criminalizar as condutas de homotransfobia de forma a satisfazer o que manda a Carta Política, há uma “conduta procrastinatória e abusiva”³⁴⁷ dos membros do legislativo em dar prosseguimento ao assunto.

Cabe rememorar, por oportuno, que esta Suprema Corte já teve o ensejo de assinalar que o estado de mora legislativa pode restar configurado tanto na fase inaugural do processo de elaboração das leis (“mora agendi”), quanto no estágio de deliberação sobre as proposições já veiculadas (“mora deliberandi”), desde que evidenciada, pela superação excessiva de prazo razoável, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo.³⁴⁸

Para justificar a ideia de “inércia abusiva”, destaca que o Projeto de Lei (PL nº 5.003/2001) que tratava da criminalização da homofobia foi proposto em 2001, pela então Deputada Federal Iara Bernardi, na Câmara dos Deputados. A proposição chegou a ser aprovada em 2006 e enviada ao Senado para deliberação, que acabou não ocorrendo. Após anos sem nada ser feito, no final da 54ª legislatura (2011), o referido Projeto de Lei, nesta altura sob a nomenclatura de PL nº 122/2006³⁴⁹, foi arquivado por determinação do Regimento Interno do Senado Federal³⁵⁰. Houve, então, requerimento para o seu desarquivamento e, ato contínuo, o seu reapensamento ao Projeto de Lei que trata do Novo

³⁴⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 146.

³⁴⁶ Ibidem. p. 47.

³⁴⁷ Ibidem. p. 67.

³⁴⁸ Ibidem. p. 49.

³⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 122/2005. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 23 jun. 2020

³⁵⁰ O Regimento Interno do Senado Federal determina o arquivamento de proposições que se encontram em tramitação há mais de duas legislaturas – (RISF, art. 322, § 1º) - SENADO FEDERAL. Congresso. Senado. Regimento Interno nº 93, de 1970. Brasília, DF

Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012). O Magistrado classificou esta celeuma legislativa como “manobra protelatória”³⁵¹ e cravou a mora como inconstitucional.

O teor das informações oficiais produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal revela que o Projeto da Câmara 122/2006, que se acha, atualmente, anexado ao projeto do novo Código Penal brasileiro (PL nº 236/2012), não obstante transcorridos mais de dezessete (17) anos desde a sua proposição, sequer teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se, até o presente momento, “sem prazo para ser votado”. Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspícua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável “inertia deliberandi” ora constatada no presente caso.³⁵²

O Ministro comprovou que há “nexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo, de outro”³⁵³, e que, portanto, esta situação desafia a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

É preciso ter presente, nesse contexto, que o direito à legislação só pode ser legitimamente invocado na presente sede processual, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de criar normas legais, como sucede na espécie, em que a Constituição claramente veicula, em bases impositivas, inquestionável mandado de incriminação: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI – grifei) e “a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei” (CF, art. 5º, XLII). Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República.³⁵⁴

Para aquiescer a tese do perigo da mora legislativa e do surgimento da pretensão que desafia a ADO, trouxe o entendimento de doutrinadores:

³⁵¹ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 48.

³⁵² Ibidem. p. 48.

³⁵³ Ibidem. p. 46.

³⁵⁴ Ibidem. p. 42.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos deformadores da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora)³⁵⁵

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário por efeito de expressa determinação constitucional foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos, em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo, como se vê, p. ex., em JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 224, item n. 4, 8ª ed., 2012, Malheiros): ‘Não basta, com efeito, ter uma constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia, para que seja totalmente cumprida (...).’³⁵⁶

Desta feita, não há, neste ponto, indício de extrapolação da função típica do STF, haja vista que valorizar o combate à omissão legislativa foi uma escolha do constituinte³⁵⁷, que se preocupou, especialmente, em dar meios para se efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Impende enfatizar, bem por isso, que as omissões inconstitucionais dos Poderes do Estado, notadamente do Legislativo, não podem ser toleradas eis que o desprestígio da Constituição – resultante da inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal.

Cumpre reconhecer, desse modo, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – considerada a sua específica destinação constitucional – busca neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de

³⁵⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 52.

³⁵⁶ Ibidem. p. 53.

³⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP)

regulamentação normativa de preceitos inscritos na Carta Política e que dependem da intervenção concretizadora do legislador, traduzindo significativa reação jurídico-institucional do vigente ordenamento político, que a estruturou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Carta da República.³⁵⁸

A Ação Direta por Omissão, conclui-se, é a tradução da reação jurisdicional em face da inércia inconstitucional do Congresso Nacional, autorizada pela Carta Política. Ademais, em face do poder-dever do STF de dar resposta às demandas que lhe são submetidas, não opera, na espécie, qualquer extensão de competência, afastando, neste ponto, qualquer alegação de Ativismo Judicial.³⁵⁹

Noutro ponto, observa-se que, cada passo dado pelo Relator, também em relação ao tema tratado nesse tópico, foi amparado por manifestações de doutrinadores que compactuam da mesma tese, demonstrando que a decisão foi construída com a colaboração de operadores do Direito de vários espectros, evidenciando o uso da Dogmática Jurídica. Para além disso, a decisão igualmente demonstra a situação de desigualdade em que se encontram os indivíduos da comunidade LGBT, desafiando o uso da Dogmática em sua função social.

4.4 Solução: Notificação do Congresso e Interpretação Conforme à Constituição

Depois de decidir que a mora legislativa é inconstitucional, o Ministro Celso de Mello volta a afirmar que os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal “são mandados expressos de criminalização, que impõem ao Congresso Nacional, para efeito de seu integral adimplemento, a obrigação constitucional de editar legislação incriminadora de condutas”³⁶⁰. Esse entendimento, sobre o inciso XLI do art. 5º da CF/88, segundo o Ministro, é corroborado pela doutrina de Luciano Feldens³⁶¹ e Luiz Carlos dos Santos Gonçalves:

Quando se diz, por exemplo, no artigo 5º, inciso XLI, que a ‘lei punirá’ discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (...), é de punição penal que se trata.

³⁵⁸ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 44/45.

³⁵⁹ Ibidem. p. 45.

³⁶⁰ Ibidem. p. 59

³⁶¹ O Ministro Celso de Mello cita a obra LUCIANO FELDENS, “Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal”, 2ª ed., 2012, Livraria do Advogado, v.g. – Ibidem. p. 60.

.....
O rol das ordens expressas de criminalização alcançado pelo critério exposto no capítulo anterior é elucidativo da função dada a elas pela Constituição de 1988 e que é objeto desta tese. Trata-se de mecanismos de proteção de direitos fundamentais. O primeiro, relativo às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais é eloquente. Discriminação é o tratamento diferenciado, é a eleição de critérios. Estes não podem malferir direitos e liberdades fundamentais. Toda escolha deve ser feita em consonância com os direitos e liberdades fundamentais, sob pena de sanção. Trata-se de norma tutelar da igualdade e dignidade humana que comanda a proteção penal dos direitos e liberdades fundamentais.

A proibição do racismo e a mensagem no sentido de sua criminalização, por igual, versam sobre o direito fundamental à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

.....
Concluímos que as ordens constitucionais de criminalização são um instrumento da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares.³⁶²

Sobre o tema, o Ministro Relator também se refere a um trecho importante do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.112/DF. Naquela oportunidade, Gilmar Mendes reconhece os mandados criminalizantes emanados pela constituição e aponta que a Constituição não deve apenas observar os direitos fundamentais dos indivíduos em face do Poder Constituído, “mas também garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros”³⁶³. Com base na jurisprudência alemã, indica que esses mandados constitucionais de criminalização inauguram a “viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa”³⁶⁴.

Diante disto, o Ministro Celso de Mello vislumbrou duas possibilidades para resolver a *vacuum legis*. Primeiro, a mera aplicação do que demanda o art. 103, §2º, da CF/88³⁶⁵, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12- H, caput³⁶⁶, determinando a cientificação do Congresso

³⁶² GONÇALVES, Luiz Carlos Dos Santos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Fórum, 2007. p. 157/160, itens ns. 11.2 e 11.3, 2007 apud Ibidem. p. 59.

³⁶³ Trecho do voto do Ministro Gilmar na ADI 3.112/DF transcrito pelo Ministro Celso de Mello – **Ementa íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020.p. 61

³⁶⁴ Trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI. 3.112/DF transcrito pelo Ministro Celso de Mello - Ibidem. p. 64.

³⁶⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: § 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.

Nacional sobre a mora legislativa, e, com base na jurisprudência do STF, estipulando o lapso temporal de 12 (doze) meses para que a mora fosse resolvida. Segundo dar interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça previsto na Lei nº 7.716/89.

Com a necessidade de dar uma resposta à provocação social feita por meio da ADO nº 26, o Ministro demonstrou que apenas declarar a omissão legislativa como inconstitucional não tornaria efetivo os preceitos constitucionais que estão sendo violados: Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade e o princípio Republicano da Igualdade. Isso porque, como destacado em seu voto, não se pode ter uma Constituição sem a intenção de fazê-la efetiva.

A Procuradoria- Geral da República, em seu parecer – usado pelo Relator como fundamentação-, havia opinado sobre essa possibilidade, tendo o cuidado de “assinalar que sua proposta não traduz aplicação de ‘analogia in malam partem’”³⁶⁷. O *parquet* enfatiza que a erradicação de práticas discriminatórias foi uma escolha do Constituinte Originário. Destaca que o princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF/88) e “a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, situado no art. 3º, inciso IV, da CF/88³⁶⁸, são exemplos dessa missão dada pela Constituinte ao Estado Brasileiro. Além disso, reafirma a noção que veio a ser exaustivamente destacada no voto, que existe mandado de criminalização expresso previsto nos incisos XLI e XLII, do art. 5º, da CF/88.

Ainda do Parecer da PGR, o Ministro destacou os trechos que tratam do julgamento do HC 82.424/RS (Caso Ellwanger), segundo o qual “limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerando apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 jun 2020.

³⁶⁶ 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.

BRASIL. Lei nº 9.868/99 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, 05 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 25 jun. 2020

³⁶⁷Trecho do Parecer da PGR citado pelo Ministro Celso de Mello – **Ementa e íntegra do voto**: Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 69.

³⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 25 jun 2020.

limitação de direitos a determinada parcela da sociedade”³⁶⁹. O voto também abordou o conceito de racismo usado pelo Chefe do Ministério Público, baseado naquele precedente

A definição de raça e racismo é, em realidade, desenvolvida de acordo com o contexto histórico e varia conforme o tempo e o local; não depende necessariamente de similaridade física entre as pessoas que compõem o grupo racializado. Em outras palavras, o conceito de raça é fluido, de maneira que se tornam possíveis o surgimento de novos grupamentos considerados raças e o desaparecimento de outros grupos racializados.³⁷⁰

O voto finaliza este ponto ratificando a opinião da PGR que os crimes de racismo, previstos na Lei nº 7.716/89, devem abarcar as condutas homofóbicas³⁷¹. Segundo o *parquet* a interpretação da Constituição foi atualizada, com base no princípio da igualdade e da dignidade do ser humano, e, portanto, há evidência de que a Lei nº 7.716/89 “abrange atos discriminatórios e preconceituosos praticados e motivados por orientação sexual e/ou identidade de gênero”³⁷². Assim, as condutas transfóbicas, com claro intuito de inferiorizar o ser humano, “incluem-se entre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça”³⁷³.

Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, os crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, abarcam as condutas homofóbicas, isto é, os atos de discriminação em virtude de orientação sexual, motivo por que o reconhecimento de sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito³⁷⁴

Ademais, as conclusões do Relator amparadas nos referidos trechos do Parecer se encaixam na função social da Dogmática Jurídica proposta por Ferraz e por Rodriguez, pela qual se entende que o objetivo da jurisdição não é apenas resolver os conflitos de

³⁶⁹ Trecho do julgamento da HC 82.424/RS citado pela PGR - **Ementa e íntegra do voto**: Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 70.

³⁷⁰ Trecho do parecer da PGR transcrito no voto - Ibidem. p. 70.

³⁷¹ Ibidem. p. 70.

³⁷² Trecho do Parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello - Ibidem. p.71.

³⁷³ Trecho do Parecer da PGR transcrito pelo Ministro Celso de Mello - Ibidem. p.71.

³⁷⁴ Trecho do parecer da PGR – Ibidem. p. 70.

maneira eficaz e, sim, colocar o sistema jurídico todo em ação – institutos, conceitos, princípio, as leis e os casos julgados – para efetivar o princípio da igualdade.³⁷⁵

Não à toa, após os trechos citados, o Magistrado apontou os doutrinadores que entendem da mesma forma:

A visão exposta pelo Ministério Público Federal é também compartilhada por autores eminentes (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT; CLARA MOURA MASIERO, “Virada Teórico-Democrática ao Problema da Legitimidade da Jurisdição Constitucional e o Mandado de Injunção sobre a Criminalização da Homofobia e da Transfobia”, “in” “Controvérsias Constitucionais Atuais n. 2”, organizado por Paulo Farjet, Geraldo Jobim e Marco Felix Jobim, p. 71/74, 2014, Livraria do Advogado; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, “Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da Classificação da Homofobia e Transfobia como Crimes de Racismo”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, coordenado por Maria Berenice Dias, p. 87/138, 3ª ed., 2017, RT, v.g.), que entendem constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquele mesma comunidade.³⁷⁶

Do mesmo modo, o instituto da Interpretação Conforme à Constituição, usado na espécie para subsumir a tipicidade das condutas homotransfóbicas no tipo penal de Racismo, é uma ferramenta da Dogmática Jurídica. Segundo Julio de Melo Ribeiro, a Interpretação Conforme à Constituição é um método de interpretação sistemático que leva em consideração as demais proposições jurídicas da própria lei que se está interpretando, bem como de todas as normas do ordenamento jurídico. É a “concretização da interpretação sistemático-teleológica”³⁷⁷. Ambos os conceitos (interpretação conforme e interpretação

³⁷⁵ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. 1 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 1980.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica* / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção direito, desenvolvimento e justiça : série direito em debate).

³⁷⁶ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 71.

³⁷⁷ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999 Apud RIBEIRO, Julio de Melo. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009, 10/2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194954>>. Acesso em: 17 jun 2020

sistemático- teleológico) se baseiam na premissa da supremacia da Constituição e da unidade do ordenamento jurídico.³⁷⁸

O Relator destaca no Voto que o método de interpretação conforme é amplamente aceito no ordenamento jurídico brasileiro quando há “múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo”³⁷⁹, situação que se encaixa ao conceito de raça no caso em tela. E confirma sua tese indicando precedentes do STF que reconhecem o uso desta técnica de decisão, bem como diversos doutrinadores que a confirmam:

[...]tal como preconizado pela douda Procuradoria-Geral da República, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (RTJ 126/48, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 137/90, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 164/548, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 173/447-448, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 173/778-779, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – ADI 1.556-MC/PE, Rel. Min. MOREIRA ALVES – ADI 1.586-MC/PA, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – ADI 1.668-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.) e segundo entendimento fundado no magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, “Jurisdição Constitucional”, p. 316/326, item n. III, 4ª ed., 2004, Saraiva; KARL LARENZ, “Metodologia da Ciência do Direito”, p. 410/414, 2ª ed., trad. de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/232, item n. 57, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 235, 5ª ed., 1991, Livraria Almedina, Coimbra; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Curso de Direito Constitucional”, p. 101/102, 11ª ed., 1989, Saraiva; OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade: Conceito, Sistemas e Efeitos”, p. 188/189, item n. 9.8, 2ª ed., 2001, RT; ZENO VELOSO, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, p. 169/175, itens ns. 189/198, 3ª ed./2ª tir., 2003, Del Rey; GUILHERME PEÑA DE MORAES, “Direito Constitucional – Teoria da Constituição”, p. 122/123, item n. 3.3, 3ª ed., 2006, Lumen Juris; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 262/270, item n. 3.2.9, 2ª ed., 2000, RT; NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional”, p. 560/563, 2006, RT; WALBER DE MOURA AGRA, “Curso de Direito Constitucional”, p. 569, item n. 28.17, 2ª ed., 2007, Forense; UADI LAMMÊGO BULOS, “Curso de Direito Constitucional”, p. 349/350, item n. 13, 2007, Saraiva, v.g.).³⁸⁰

³⁷⁸ RIBEIRO, Julio de Melo. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009, 10/2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194954>>. Acesso em: 17 jun 2020

³⁷⁹ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 93.

³⁸⁰ Ibidem. p. 94.

Para justificar o uso desse tipo de interpretação no caso, o Magistrado iniciou registrando que o entendimento que existia sobre raça, baseado em subdivisão da raça Humana, é defasado, e que o conceito reconhecido pela Constituição Federal de 1988, bem como por “todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas”³⁸¹, e proclamado pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e a Cultura, na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (1978), é o de que:

[...] a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos”, afirmando, com irrecusável correção, que “Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem”, pois “Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade”, razão pela qual “a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais”, mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.³⁸²

E enfatiza, logo em seguida, que a Corte já se manifestou de forma a afastar a “ideia descabida de lógica e de razão subjacente à teoria racial que propõe a subdivisão artificial da espécie humana em agrupamentos raciais distintos”³⁸³, quando do julgamento do HC 82.424/RS.

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 humano.³⁸⁴

Por isso, define o Magistrado, que o conceito de racismo da Constituição Federal de 1988, e no plano internacional - Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional

³⁸¹ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 73.

³⁸² Ibidem. p. 73.

³⁸³ Ibidem. p. 73.

³⁸⁴ Ibidem. p. 77.

sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração de Durban e Programa de Ação (2001), entre outros³⁸⁵ - é:

[...] uma ideologia, fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais.³⁸⁶

Ainda argumentando sobre o uso do método de interpretação conforme, o Ministro Celso de Mello declara que o STF deve reafirmar, na linha do entendimento do HC 82.424/RS, 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”³⁸⁷, mas “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”³⁸⁸.

Segundo o Magistrado, a subsunção proposta é aceita, tanto no plano internacional, quanto na ordem interna, pois, ambos os conceitos se baseiam em dois fatores: “a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada”³⁸⁹.

Para corroborar a tese, traz mais doutrinadores que reafirmam este entendimento:

Daniel Borrillo:

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções

³⁸⁵ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 81.

³⁸⁶ Ibidem. p. 78.

³⁸⁷ Ibidem. p. 80.

³⁸⁸ Ibidem. p. 80.

³⁸⁹ Ibidem. p. 80.

(crenças, preconceitos, convicções, fantasmas...), de condutas (atos, práticas, procedimentos, leis...) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...).

.....
(...) O problema da homofobia supera a questão gay, inscrevendo-se na mesma lógica de intolerância que, em diferentes momentos da História, produziu a exclusão tanto dos escravos e dos judeus quanto dos protestantes (...); À semelhança do que ocorre em relação à diferença cultural entre nacional e estrangeiro (espécie de eufemismo do racismo), a diferença sexual entre heterossexual e homossexual é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, a saber, direitos, capacidades, prerrogativas, alocações, dinheiro, cultura, prestígio etc. E, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados. A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os (as) em um regime de exceção (particular).³⁹⁰

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

Ante o exposto, percebe-se que a criminalização da discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero é absolutamente constitucional, por força do dever fundamental de tolerância, que é pressuposto da vida em sociedade e oriundo dos princípios da dignidade da pessoa humana (que veda o tratamento indigno de pessoas por sua mera orientação sexual, por isso implica uma instrumentalização de tais pessoas em prol de uma ideologia social que, no caso de homossexuais, bissexuais e transexuais, implica a sua instrumentalização em prol de um ideal heterossexista de sociedade, que só aceita a heterossexualidade como sexualidade ‘aceitável’) e do Estado de Direito (que tem na tolerância pressuposto para o convívio social). Ademais, percebe-se que, inegavelmente, a homofobia e a transfobia encontram-se no âmbito de proteção/incidência de (ao menos) uma ordem constitucional de legislar criminalmente: a nosso ver, na ordem de criminalizar o racismo (art. 5º, XLII, da CF/1988), por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo reconhecido pelo STF no HC 82.424/RS (ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro), mas, no mínimo, no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988). Isso significa que, (muito) longe de ser ‘inconstitucional’, referida criminalização é constitucionalmente obrigatória.³⁹¹

³⁹⁰ BORRILLO, Daniel. Homofobia – História e Crítica de um Preconceito. Autêntica, 2010, p. 34/39 Apud Ibidem. p. 81

³⁹¹ “Em obra coletiva coordenada por MARIA BERENICE DIAS, eminente Desembargadora aposentada, hoje ilustre Advogada (“Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, 3ª ed., 2017, RT), desenvolveu-se estudo, da lavra do preclaro Advogado PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (“op. cit.”, p. 90/92, item n. 1.1, p. 123/124, item n. 7, e p. 136, item n. 8” – **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 82

Destaca, ainda, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, doutrinador na área do Direito Penal e Direito Processual Penal, que coaduna com a mesma tese sobre o uso obsoleto do conceito de raça, bem como ratifica o conceito aqui exposto de que racismo está ligado a conduta de qualquer tipo de discriminação:

[...] raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, é um grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial. (...) Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de ‘fobia’, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação ‘racista’. Daí porque inclui-se no contexto da Lei 7.716/89 Nem se fale em utilização de analogia ‘in malam partem’. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém ‘parecido’ com o integrante de determinada ‘raça’. Ao contrário, está-se negando existir um conceito de ‘raça’ válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que ‘racismo’ ou, se for preferível, a discriminação ou preconceito de ‘raça’ é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras. Vamos além. Impedir a entrada, por exemplo, em um estabelecimento comercial, de pessoa pobre, é pura discriminação. Embora ‘pobreza’ não seja, no critério simplista do termo, uma ‘raça’, é um mecanismo extremamente simples de se diferenciar seres humanos. Logo, é mentalidade ‘racista’. Ser judeu, para o fim de considerar atos antissemitas como manifestações de ‘racismo’, logo crime imprescritível, foi interpretação constitucionalmente válida. Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis. Não se pode considerar ‘racismo’ atacar judeus, unicamente por conta de lamentáveis fatos históricos, como o holocausto, mas, sobretudo, porque todos são seres humanos e ‘raça’ é conceito enigmático e ambíguo, mercedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos de igualdade, apreendida pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito.³⁹²

³⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5 ed. Revista dos Tribunais. p. 305. Apud **Ementa e íntegra do voto**: Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 17

Diante de toda a fundamentação pautada em material doutrinário, nas Declarações de Direitos Humanos do quais o Brasil é signatário, nos precedentes da corte e na interpretação da própria Constituição, se entende, assim como registrado no voto³⁹³, que não se trata de analogia *in malam partem*, até porque a Carta Magna veda o uso em matéria penal³⁹⁴. O que se tem é um conceito de racismo baseado em um processo único, pautado em “diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão”³⁹⁵, seja de grupos heteronormativos contra a comunidade LGBT, seja de grupos que acreditam possuir qualidades biológicas hegemônicas e hierarquicamente superiores a de outro agrupamento com qualidades biológicas diferentes.

O crime está no processo de hierarquização e exclusão entre os seres humanos, não importando a que agrupamento social se destina. Este tipo de conduta, qualquer que seja o grupo destinatário desses atos abjetos, é vedada pela Constituição, que foi criada e pautada em direitos e princípios fundamentais de liberdade, da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e, principalmente da igualdade, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”³⁹⁶.

Outrossim, não se entende tratar-se de criação de tipificação penal ou de sanção penal, porque, além matéria de conteúdo penal ser pautada e limitada pelo princípio da reserva legal³⁹⁷, o que há na espécie é a subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos núcleos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente.

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,

de maio de 2020. p. 89

³⁹³ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 94.

³⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP). p. 533.

³⁹⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo. Livraria e Editora Spessotto, 2019. p. 457, item n. 2 apud Ibidem. p. 97.

³⁹⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. - BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 jun 2020.

³⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP) p. 533.

no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.³⁹⁸

Veja que o Ministro deixa claro que não está criando uma tipificação do conceito e sim demonstrando a tipicidade da conduta racista, firmada no precedente do HC 82.424/RS – e corroborada por tantos juristas citados -, que se pauta na clara manifestação de poder, usada como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação de alteridade, da dignidade e da humanidade.³⁹⁹

Outro ponto importante para a construção da decisão é a citação, pelo Relator, do voto do Ministro Nelson Jobim no referido precedente (HC 82.424/RS), momento em que fala sobre sua participação na Assembleia Nacional Constituinte, dando uma “verdadeira interpretação autêntica”⁴⁰⁰, e demonstrando “o sentido e o alcance exatos da palavra ‘racismo’”⁴⁰¹. Ele (Ministro Nelson Jobim) fala, expressamente, que nas discussões sobre o que seria o racismo, estariam incluídos os homossexuais:

A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra homossexuais, devem, ou não, ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva? Por óbvio, o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é condição para a democracia (...). As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo, seguramente, é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas antiigualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. (...).

.....
No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro

³⁹⁸ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 95.

³⁹⁹ Ibidem. p. 95.

⁴⁰⁰ Ibidem. p. 96.

⁴⁰¹ Ibidem. p. 96.

da Assembléa Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléa Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000.⁴⁰²

Com essa transcrição, o Relator traz mais um elemento que fundamenta a escolha pela interpretação conforme à constituição que, de acordo com Julio de Melo Ribeiro, tem a vontade do legislador como um limitador⁴⁰³ e, no *leading case* usado para o presente deslinde, um dos integrante da Assembleia Constituinte afirma que não se teve a intenção de restringir o racismo à ideia obsoleta de raça, mas, sim, “deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88”⁴⁰⁴.

Ademais, entende-se que há um propósito em se utilizar trechos do parecer da Procuradoria-Geral da República como fundamentação para a tese que o Ministro Celso de Mello cravou no julgamento. A função precípua do Ministério Público é a “defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política”⁴⁰⁵, conforme texto do art. 127 da Carta Política de 1988: “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁴⁰⁶. O parágrafo que antecede o dispositivo do voto expressamente registra que o Ministro Celso de Mello acolhe os fundamentos do Procurador – Geral da República.

Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, então Procurador-Geral da República, conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa

⁴⁰² Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim – no HC 82.424 (Caso Ellwanger) - **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 97.

⁴⁰³ RIBEIRO, Julio de Melo. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009, 10/2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194954>. Acesso em: 17 jun 2020

⁴⁰⁴ Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim no HC 82.424/RS – **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada).2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 96.

⁴⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP) p. 1.156.

⁴⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm Acesso em: 25 jun 2020.

extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:⁴⁰⁷

Não há como se apontar uma extrapolação do judiciário, em suas funções constitucionalmente previstas, quando se tem um parecer do Chefe do Ministério Público Federal - Guardião da Ordem Jurídica, do Regime Democrático e dos Interesses Sociais e Individuais indisponíveis - corroborando em todos os pontos a tese firmada pelo Corte Constitucional.

Ao fim dessa análise, não se percebe qualquer elemento que possa caracterizar esta decisão como uma extrapolação dos limites impostos pela Constituição à Suprema Corte brasileira, não incorrendo, portanto, no conceito do senso comum sobre Ativismo Judicial. O que se entende, na verdade, é que o voto foi muito bem fundamentado, como exige o Controle de Constitucionalidade. O Ministro construiu a decisão de forma profunda, carreada por fundamentações históricas e atuais, bem como trouxe diversos doutrinadores para corroborar cada passo de sua tese, além de precedentes da própria corte e declarações de direitos humanos no plano internacional.

5. DEBATES FINAIS E CONCLUSÃO

No mundo jurídico, muitos foram os comentários negativos direcionados ao julgamento da ADO nº 26. Como ponto de partida para o debate final e conclusão deste trabalho, foram trazidos dois textos publicados no site Consultor Jurídico (Conjur)⁴⁰⁸.

Fernando Orotavo Neto, em publicação do dia 10 de julho de 2019, afirma que “criminalizar a homofobia seria bom, mormente nesta conjuntura de ostensiva intolerância que o nosso país atravessa”⁴⁰⁹, mas, define a decisão como gravíssima, pois entende que a “Constituição não deveria ser substancialmente remodelada ao sabor da vontade dos Ministros da Suprema Corte”⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 156.

⁴⁰⁸ <https://www.conjur.com.br/>

⁴⁰⁹ OROTAVO NETO, Fernando. Ao criminalizar a homofobia, Supremo faz parecer que tenta jogar para a plateia. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/fernando-orotavo-criminalizar-homofobia-supremo-politizou>. Acesso em: 26 jun de 2020.

⁴¹⁰ Ibidem.

No momento em que o STF cria um tipo penal por decisão judicial, ele está, o próprio *gatekeeper* constitucional, pasme-se, violando os princípios constitucionais da cidadania e do pluralismo político (CF, artigo 1º, I e V), alicerces fundamentais do pacto federativo (CF, artigo 1º, caput), e usurpando a representatividade democrática dos cidadãos (*rectius*, do povo), pois os congressistas (deputados federais e senadores) nada mais são do que delegatários do povo, seus representantes eleitos, consoante se infere da atenta leitura do parágrafo único do artigo 1º da Carta Fundamental da República (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), na sua letra e na sua única exegese possível.⁴¹¹

Para ele, o STF instituiu um novo tipo penal por decisão judicial, utilizando o método de interpretação por analogia, violando os princípios constitucionais da cidadania e do pluralismo político, colocando em xeque a representatividade democrática dos cidadãos. Se referiu à decisão como “correção”⁴¹² que, segundo o Autor, entretanto, deveria ser feita pelo povo, através de processo legislativo próprio, motivo pelo qual se deveria frear o “ativismo judicial” e a ele se impor “limites, pela crítica construtiva dos operadores do Direito, sob pena de assumirmos o risco, todos nós, com a nossa omissão, de transformarmos a nossa Constituição numa verdadeira quimera, e não simplesmente em pavão!”⁴¹³.

O princípio da separação dos Poderes (CF, artigo 2º) deixa muito claro, como a luz solar, que cabe ao Executivo governar, ao Legislativo legislar e ao Judiciário julgar. Não cabe ao STF, nem é função dele, criar leis ou, com muito menos propriedade, condutas criminalizantes (tipos penais) mediante decisão judicial. Essa função encontra sua gênese na competência privativa do Congresso Nacional (CF, artigo 22, I), e não na do Poder Judiciário.⁴¹⁴

Orotavo Neto disse, ainda, que não é vergonha para o STF errar, e comparou a o entendimento firmado pelo STF com a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Dred Scott v. Sandfor*. Relembre-se que tal decisão é considerada a mais infame da Suprema Corte americana⁴¹⁵, pois constitucionalizou a escravidão nos Estados Unidos.

Continuando com as críticas, Rogério Gesta Leal, em texto publicado no dia 09 de março de 2019, declara que os argumentos do Ministro Celso de Mello não se sustentam pois a “Constituição Federal não elenca de forma explícita a ‘LGBTfobia’ como bem jurídico

⁴¹¹ OROTAVO NETO, Fernando. Ao criminalizar a homofobia, Supremo faz parecer que tenta jogar para a plateia. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/fernando-orotavo-criminalizar-homofobia-supremo-politizou>. Acesso em: 26 jun de 2020.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

a ser protegido penalmente como o faz com as práticas de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo”⁴¹⁶. Aduz, ainda, que se há um chamado para a criminalização, este é direcionado ao Poder Legislativo. Faz inúmeros questionamentos sobre os números apresentados no voto, usados como uma das formas de aferir a violência contra a comunidade LGBT:

Deveríamos perguntar ao relator: (a) desses casos citados foram aferidos quantitativa e qualitativamente as motivações e nexos causais (diretos, indiretos, preponderantes, subsidiários) das agressões referidas (toxicológicos, violência doméstica, sexual, psíquicas, disputas patrimoniais, alcoolismo, dentre outros)? (b) com base em que dados e informações – e atribuição de sentidos a eles – chegou-se a conclusão de que as motivações foram única e exclusivamente em face da orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos atingidos? (c) qual a metodologia de investigação, coleta e interpretação de dados foram usadas na quantificação e qualificação dos informes de violência decorrente da orientação sexual e/ou identidade de gênero de indivíduos reprisados pelo relator em seu voto?

O Relator ainda informa que 445 homicídios contra o grupo LGBT ocorreram no ano de 2017, mas não esclarece quais as circunstâncias destes casos que revelaram de forma incontestável razões homofóbicas como causas culturalmente motivadas preponderantes para os comportamentos criminosos; e se foram condenados ou seus autores pelo delito de homicídio já existente no Código Penal. Ou será que isto não é importante para aferirmos a necessidade de uma *ultima ratio* ao seu enfrentamento?⁴¹⁷

Mas, admite que “É óbvio que há atos de violência no Brasil contra cidadãos da comunidade LGBT! É inequívoco que tais situações são inadmissíveis e precisam de prevenção adequada e eficiente, além de responsabilização jurídica!”⁴¹⁸. Contudo, pondera se a resposta que o Estado deve dar tem que ser de natureza penal, pela via do judiciário, em sede de ADO, já que, segundo ele, não há comando na Constituição para isso. Pede, ainda, para considerar que o assunto está em tramitação no Congresso, onde entende que teria uma “avaliação ponderada”⁴¹⁹.

Finaliza dizendo que a ADO não deveria sequer ter sido conhecida e que, se os criadores da Lei 7.716/89 quisessem ter penalizado outras condutas, o teriam feito. Por fim, propõe uma solução:

⁴¹⁶ LEAL, Rogério Gesta. LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto! 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniao-lgbt-fobia-nao-racismo-enquanto>. Acesso em: 26 de jun. de 2020.

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ Ibidem.

⁴¹⁹ Ibidem.

E a discriminações e preconceitos contra a LGBTfobia existentes hoje como seriam tratados neste meio tempo? Através das políticas públicas existentes, melhorando-as também; através de todo o sistema penal que opera a seu favor, com os tipos penais que já existem e que, mal ou bem, cumprem função importante.⁴²⁰

Ambos os Autores tratam da decisão como se ela tivesse criado um tipo penal novo, o que não ocorreu na espécie. Conforme já explicitado, o que o STF fez foi uma interpretação conforme à constituição do conceito de raça no tipo penal de racismo, já existente no ordenamento brasileiro na Lei nº 7.716/89. Dá para perceber que há uma certa insistência nessa narrativa de que o STF estaria criando um crime, o que é totalmente vedado pela Constituição Federal, tendo o Magistrado se manifestado diversas vezes durante o voto informando essa proibição.

Embora, de fato, legislar seja a função típica conferida ao Poder Legislativo pela Constituição Federal, como bem salientado no voto, a criminalização aqui discutida não é um ato discricionário do Legislador, tendo em vista que há na Carta Magna, nos incisos XLI e XLII do art. 5º, mandamentos expressos de criminalização do racismo e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Relembre-se que a Carta Magna de 1988 é conhecida como a Constituição cidadã por ser notadamente abrangente e analítica, com muitos direitos fundamentais e sociais previstos em seu texto, bem como prevendo instrumentos para dar concretude a essa gama de direitos que se visava implementar a partir da redemocratização⁴²¹. Não foi um acaso. Essa forma de Democracia constitucional foi uma escolha política e pensada para se fazer efetiva, inclusive contra as mazelas da própria Democracia. Buscou-se evitar, assim, que o princípio majoritário cause “a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito”⁴²².

⁴²⁰ LEAL, Rogerio Gesta. LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto! 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniao-lgbtfobia-nao-racismo-enquanto>. Acesso em: 26 de jun. de 2020.

⁴²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴²² **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p.143

Nesse contexto, é dever do Congresso agir para honrar a Carta Magna e a própria democracia. Não se pode criar uma Constituição sem a intenção de fazê-la efetiva⁴²³. Com intuito de fazer valer o que foi previsto na Carta Maior, em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, a própria Assembleia Constituinte previu mecanismos de acesso ao Guardião da Constituição (STF), dentre eles a ADO, os quais podem ser usados pela sociedade, pelo Ministério Público, pelo chefe do Poder Executivo e pelo Chefe do Poder Legislativo.

Verificados 30 (trinta) anos de inércia legislativa, destes, 20 (vinte) anos só de tramitação do Projeto de Lei nº 122/2006, hoje apensado ao Projeto de Lei do Novo Código Penal (PL 236/2012), entendeu-se caracterizada a mora legislativa desarrazoada. Ademais, o voto do Ministro Celso de Mello registra que a inércia deliberada por parte dos parlamentares tem um viés de preconceito e má vontade com o tema, tendo sido perceptível, aos olhos do Magistrado, a manobra protelatória por parte do Legislativo, que culminou com o apensamento a um Projeto de Lei que sabidamente demorará anos para ser votado⁴²⁴. É inconstitucional a mora legislativa. Mora, esta, que acabou reconhecida em análise contraposta à relevância social dos direitos em discussão, que não justifica sua preterição por décadas, ainda que por efeito do princípio majoritário, como será reforçado adiante.

Por essas razões é que se declarou a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional e se estabeleceu uma interpretação conforme à Constituição do conceito de raça constante do tipo penal de racismo, já existente no ordenamento brasileiro por força da Lei nº 7.716/89. Essa situação em nada se confunde com a criação de um tipo penal.

Essas mesmas conclusões são suficientes para refutar a comparação, feita por Orotavo Neto⁴²⁵, do entendimento firmado no julgamento da ADO nº 26 com decisão, considerada ativista, da Suprema Corte Estadunidense. No caso *Dred scott v. sanford*, diferentemente do estado de mora inconstitucional, existia uma lei no Estado proibindo a escravidão, ou seja, uma evolução social já havia ocorrido e o Congresso daquela época já tinha acompanhado esta mudança. A Suprema Corte americana interveio para tornar a lei

⁴²³ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020.

⁴²⁴ Ibidem. p. 48.

⁴²⁵ OROTAVO NETO, Fernando. Ao criminalizar a homofobia, Supremo faz parecer que tenta jogar para a plateia. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/fernando-orotavo-criminalizar-homofobia-supremo-politizou>. Acesso em: 26 de jun de 2020

inconstitucional fazendo uma interpretação retroativa da Constituição, que acabou por constitucionalizar a escravidão nos Estados Unidos.

Por outro lado, sobre as críticas baseadas na separação dos poderes, estas parecem partir, como bem apontado por Andrei Koerner, de uma “idealização do governo representativo, e constitucional do século XIX, com poderes limitados pela separação de poderes e a declaração de direitos individuais, e que seria capaz de gerar uma dinâmica virtuosa de representação popular e proteção de direitos”.⁴²⁶Ocorre que essa não é a realidade do Brasil⁴²⁷.

É por conta disso que a Assembleia Constituinte fez a escolha política de garantir a efetividade da Constituição para grupos minoritários por meio da função contramajoritária do STF. Sob o entendimento de Barroso, é legítima a função dos Tribunais que, com base na Constituição, protegem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a maioria.⁴²⁸ Perde espaço, assim, a afirmação de Orotavo Neto de que a decisão estaria “usurpando a representatividade democrática dos cidadãos”⁴²⁹.

Mais, como destacado no Parecer da Procuradoria-Geral da República, o Constituinte estava dedicado “à erradicação de práticas discriminatórias”⁴³⁰, sendo o princípio da igualdade (art. 5º, Caput) o principal exemplo dessa orientação. Além disso, como já falado, a Constituição previu a criminalização de todo ato atentatório à direitos e às liberdades fundamentais⁴³¹, o que demonstra que, ao contrário do que alega Rogério Gesta Leal⁴³², há sim bens tutelados pela Constituição que estão sendo ofendidos pelas condutas homotransfóbicas. Não é necessária a observância da literalidade da conduta atentatória no ordenamento para que a tutela ao direito aconteça.

⁴²⁶KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud.* - CEBRAP, São Paulo, n. 96, p. 69-85, Julho, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006#nt Acesso em: 29 Jun 2020.

⁴²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. “Contramajoritário, Representativo E Ilumista: Os Papéis Das Cortes Constitucionais Nas Democracias Contemporâneas”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/notaspalestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

⁴²⁸ Ibidem.

⁴²⁹ OROTAVO NETO, Fernando. Ao criminalizar a homofobia, Supremo faz parecer que tenta jogar para a plateia. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/fernando-rotavo-criminalizar-homofobia-supremo-politizou>. Acesso em: 26 jun de 2020.

⁴³⁰ **Ementa e íntegra do voto:** Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 69.

⁴³¹ Ibidem. p. 69/70.

⁴³² LEAL, Rogério Gesta. LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto! 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniao-lgbtfobia-nao-racismo-enquanto>. Acesso em: 09 mar. 2019.

A Interpretação Conforme à Constituição do conceito de raça foi feita com base no princípio da igualdade, seguindo declarações internacionais sobre o conceito de racismo, bem como de precedentes da Corte Superior brasileira que já havia confirmado essa orientação. Na verdade, o que se tem é um conceito de raça fluido, que comporta outros tipos de agrupamentos sociais, que, por sua vez, mudam de acordo com a evolução social, podendo desaparecer alguns grupos racializados e, da mesma forma, surgir novos grupos. Manter o entendimento de que raça é a subdivisão dos seres humanos de acordo com suas características biológicas é violar o princípio da igualdade e, portanto, desrespeitar a Constituição.⁴³³

Ainda nesse sentido, por ter se tornado obsoleto o conceito de raça sob a perspectiva biológica⁴³⁴, o crime de racismo que se fundava apenas na discriminação de um grupo em face de outro, por suas características físico-biológicas, também já não se sustenta. Conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, o raciocínio já não se sustentava nem na época da Assembleia Constituinte, tendo em vista que no julgamento da HC 82.424/RS, o Ministro Nelson Jobim, que participou da Assembleia Constituinte, interveio nos debates informando que nunca se pretendeu restringir o racismo apenas aos negros, mas, deixariam em aberto para o exercício futuro de “virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000”⁴³⁵. Salienta, ainda, que o ódio racial fere uma política de igualdade, que é condição para democracia.⁴³⁶

Rodriguez afirma que o Dogmático, quando opera o direito, está à serviço da eficácia e da legitimidade do direito, a fim de encontrar soluções adequadas para os problemas sociais. Para ele, o judiciário foi feito para viver em um estado permanente de crise, pois, a todo momento precisa dar respostas eficazes às demandas da sociedade, de forma justificada, e que sejam aceitas, sempre pautados pelo princípio da igualdade perante a lei.⁴³⁷

Entende-se que esse foi o caminho que o STF trilhou no julgamento da ADO nº 26. Toda a construção do Voto, até o momento da definição da solução – corroborada pela PGR, doutrinadores, precedentes da Corte e *amici curiae* -, em atuação provocada por

⁴³³ Trecho do parecer da PGR citado no voto - **Ementa e íntegra do voto**: Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada).2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N> Acesso em: 17 de maio de 2020. p. 69/70.

⁴³⁴ Ibidem. p. 70.

⁴³⁵ Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim no HC 82.424/RS, destacado no voto em análise – Ibidem. p. 96/97

⁴³⁶ Ibidem. p. 97.

⁴³⁷ Ibidem. p. 22.

instrumento destinado a resolver mora legislativa inconstitucional, demonstra que o STF exercitou sua missão contramajoritária em prol do afastamento de “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁴³⁸, usando todo ordenamento jurídico de forma muito bem fundamentada para encontrar a resposta que a sociedade demandou naquele momento, sem perder a legitimidade das leis e garantindo a eficácia da Constituição Federal. Diante de todos esses pontos, não se vislumbra, a partir da análise efetuada, que tenha havido extrapolação das competências do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, conclui-se que não cabe a esta decisão a pecha de ser um símbolo do Ativismo Judicial no sentido pejorativo, de crítica. Não se identifica um exercício deliberado da política, nem tampouco uma proatividade na interpretação⁴³⁹. O que se entende é que tratou do exercício constitucional da função contramajoritária do STF que, de algum modo, se encontra com o conceito da função social da Dogmática Jurídica trazido neste trabalho, que é usar todo o ordenamento jurídico, de forma legítima e sem perder o sentido das Leis, com olhos sempre voltados para o princípio da igualdade.

⁴³⁸ Inciso XLI do art. 5º da CF/88 - BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 jun. 2020.

⁴³⁹ BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 17 de junho de 2020

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. RESTROSPECTIVA 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009, Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>> Acesso em: 17 de jun. de 2020.

BARROSO, Luiz Roberto. “Contramajoritário, Representativo E Ilumista: Os Papéis Das Cortes Constitucionais Nas Democracias Contemporâneas”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 21 de abr. de 2020

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Data distribuição: 19 de dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção Nº 4733/DF. Impetrante: Associação Brasileira De Gays, Lésbicas E Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Data distribuição: 10 mai. 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> Acesso em: 28 de jun. de 2020

BRASIL. Lei nº 9.868/99 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, 05 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 25 de jun. de 2020

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de Livros: Antissemitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. Redator do acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Diário de Justiça**. Brasília, 19 de mar. de 2004

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 05 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm> Acesso em: 25 de jun. de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 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: 23 de jun. de 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar PLC 236/2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 23 de jun. de 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 122/2005. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 23 de jun. de 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.112/DF. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB e Associação dos Delegados da Polícia do Brasil – ADEPOL. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3682/MT. Requerente: Assembleia Legislativa Do Estado De Mato Grosso. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data distribuição: 07 de mar. 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 01 de jul. de 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FALLON, Richard H. The Core of An Uneasy Case For Judicial Review, 121 Harv. L. Rev. 1693, 2008.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. 1 ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 1980

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Em Busca de um Conceito Fugidio. [publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 96, p. 69-85, julho, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006#nt Acesso em: 29 de Jun. de 2020.

LEAL, Rogerio Gesta. LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto! 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniao-lgbtfobia-nao-racismo-enquanto>. Acesso em: 26 de jun. de 2020.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. / Saul Tourinho Leal. – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes,

Paulo Gustavo Gonet Branco. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP)

Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada).2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de jun. de 2020.

Ministro Fachin vota pela aplicação da Lei do Racismo à homofobia e à transfobia até edição de lei específica. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404047>> Acesso em: 28 de jun. de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OROTAVO NETO, Fernando. Ao criminalizar a homofobia, Supremo faz parecer que tenta jogar para a plateia. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/fernando-orotavo-criminalizar-homofobia-supremo-politizou>. Acesso em: 26 de jun. de 2020.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos / Elival da Silva Ramos. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015

RIBEIRO, Julio de Melo. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 184, p. 149-170, out./dez. 2009, 10/2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194954>. Acesso em: 17 jun. 2020

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica / José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel, Marta Rodriguez de Assis Machado (organizadores) — São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate).

STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso em: 26 de jun. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Dred Scott V. Sandford(1856), 60 U.S. 393. Decided: December 1, 1856. Circuit Court Of The United States For The District Of Missouri. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/60/393.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Lochner v. People Of State Of New York(1905), 198 U.S. 45. Decided: April 17, 1905. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/198/45.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Brown V. Board Of Education(1955), 347 U.S. 483, 497. Decided: May 31, 1955. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/349/294.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Plessy V. Ferguson (1896), 163 U.S. 537. Decided: May 18, 1896. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/163/537.html>. Acesso em: 01 jul. 2020

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Miranda V. Arizona (1966), 384 U.S. 436. Decided: June 13, 1966. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/384/436.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. Griswold V. Connecticut (1965), 381 U.S. 479. Decided: June 7, 1965. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/381/479.html>. Acesso em: 01 jul. de 2020

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. ROE v. WADE (1973), 410 U.S. 113. Decided: January 22, 1973. Disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html> Acesso em: 01 jul. de 2020

UNITED STATES OF AMERICA. United States Constitution. Disponível em: <https://constitution.findlaw.com/>. Acesso em: 01 de jul. de 2020

WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review". The yale journal. 2006.