

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

LEONARDO DELGADO CAÚLA REIS

**A RETÓRICA DA OBJETIVIDADE E AS ESCOLHAS INTERPRETATIVAS NA
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA COMO FORMAS DE
RACISMO: uma cartografia de votos selecionados do julgamento conjunto da ADO 26 e
do MI 4733 pelo STF**

RECIFE

2022

LEONARDO DELGADO CAÚLA REIS

**A RETÓRICA DA OBJETIVIDADE E AS ESCOLHAS INTERPRETATIVAS NA
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA COMO FORMAS DE
RACISMO: uma cartografia de votos selecionados do julgamento conjunto da ADO 26 e
do MI 4733 pelo STF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas,
como requisito parcial para obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e
Silva

RECIFE

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do
SIB/UFPE

Reis, Leonardo Delgado Caúla.

A retórica da objetividade e as escolhas interpretativas na criminalização da homofobia e da transfobia como formas de racismo: uma cartografia de votos selecionados no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733 pelo STF / Leonardo Delgado Caúla Reis. - Recife, 2022.

104 p.

Orientador(a): Gustavo Just da Costa e Silva

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Hermenêutica constitucional. 2. Jurisprudência do STF. 3. Retórica da objetividade. 4. Criminalização da homotransfobia. 5. Cartografia de votos. I. Silva, Gustavo Just da Costa e. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22. ed.)

LEONARDO DELGADO CAÚLA REIS

**A RETÓRICA DA OBJETIVIDADE E AS ESCOLHAS INTERPRETATIVAS NA
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA COMO FORMAS DE
RACISMO: uma cartografia de votos selecionados do julgamento conjunto da ADO 26 e
do MI 4733 pelo STF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 26/07/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Profa. Dra. Mariana Fischer Pimentel
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

RESUMO

Esta monografia, elaborada na forma de um trabalho de conclusão de curso, possui como tópico geral o estudo das “variações do discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade” nos moldes estabelecidos por Gustavo Just em projeto-mãe de mesmo nome, e, como objeto, o estudo de três votos selecionados do julgamento conjunto do Mandado de Injunção 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, que resultou na criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas como formas de racismo. Tal tese foi firmada através da interpretação conforme à Constituição da Lei do Racismo, que define raça, aplicando-se o sentido de “raça social” firmado no precedente do Habeas Corpus nº 82.424/RS, o julgamento do “Caso Ellwanger”, que definiu que condutas antisemitas seriam consideradas racistas. O julgamento MI 4733 e da ADO 26, considerado histórico e controverso, representando um campo fértil para a observação de conflitos interpretativos e da tensão entre os limites e as liberdades da atividade interpretativa judicial. A exploração dos votos se dá a partir de determinadas premissas metodológicas e teóricas, respectivamente: i - a adoção de um método “cartográfico” de investigação, preocupado em decodificar diferentes camadas do discurso jurídico que se pretende racional: a decisão interpretativa (em que o intérprete escolhe um significado de vários para dar a uma norma), os modelos interpretativos (através dos quais o intérprete vai tentar dar legitimidade à sua escolha com razões tomadas como “jurídicas”), os argumentos não-codificados juridicamente (recursos provindos de outras fontes, “não-jurídicas”, mas que auxiliam no convencimento – como a política, a teologia, a sabedoria popular, a psicologia etc.), e a estrutura discursiva (na qual aspectos diversos, desde a organização das demais camadas até a adoção de um linguajar específico, vão dar a ideia de objetividade); ii - a adoção de noções básicas sobre a atividade interpretativa, como percebida através das teorias de Bourdieu (a retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que buscam produzir o discurso tido como “racional” no âmbito jurídico, seguindo um *habitus* comum) e de Troper (a teoria realista da interpretação, cética, que decompõe o ato interpretativo judicial como: fundado na vontade, não no saber; não tendo como objeto a norma, mas como objetivo sua produção; e sendo carregado de um poder-fardo, dependente de poder se legitimar pelas regras de um jogo), como percebidas no âmbito do projeto de pesquisa. A partir de tais concepções, e de um trabalho de contextualização da Corte constitucional brasileira, das críticas e funções a ela atribuídas, e do caso específico, se pretende observar quais decisões foram feitas por ministros que participaram do julgamento e assumiram diferentes vias interpretativas, para assim mapear como legitimaram tais escolhas, especificamente, suas dependências em relação a brocardos interpretativos tradicionais, a modelos interpretativos clássicos, às metodologias “pós-positivistas” (como a neoconstitucionalista) e a argumentos acessórios, de natureza moral, histórica, ideológica etc.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Criminalização da homotransfobia. Retórica da objetividade. Cartografia de votos.

ABSTRACT

This monograph, prepared in the form of a course conclusion work, has as its general topic the study of “variations of objectivity-oriented interpretative legal discourse” in the mold established by Gustavo Just in a parent project of the same name, and, as an object, the study of three selected opinions from the joint judgment of the Writ of Injunction (AI) n° 4733 and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) n° 26, which resulted in the criminalization of homophobic and transphobic conducts as forms of racism. This thesis was established through an "interpretation according to the Constitution" of the so called "Racism Law", which defines race, applying to it the meaning of "social race" established in the precedent of the Habeas Corpus n° 82.424/RS, the "Ellwanger ruling", which defined that anti-Semitic conducts should be considered racist. The MI 4733 and ADO 26 judgment, considered historic and controversial, represents a fertile field for the observation of interpretive conflicts and the tension between the limits and freedoms of the activity of legal interpretation. For the exploration of judicial opinions a few methodological and theoretical premises were established, respectively: i - the adoption of a “cartographic” method of investigation, concerned with decoding different layers of the legal discourse intended to be rational: the interpretive decision (in which the interpreter chooses a specific meaning, from several, to assign to the legal text), interpretive models (through which the interpreter tries to legitimize his choice with arguments understood as “legal”), legally non-codified arguments (arguments which come from other, not legal, sources, but can help convincing – such as political, theological, common wisdom, psychological etc.), and the discursive structure (in which a multitude of aspects, from the textual organization of the other layers to the adoption of a specific lingo, can contribute to give a sense of objectivity); ii - the adoption of some basic notions about this interpretive activity, as perceived through Bourdieu's theories (a rhetoric of autonomy, neutrality and universality, which would seek to produce the discourse considered "rational" in the legal sphere, a commonly shared habitus, a way of behaving and even thinking) and Troper's (skeptical and realist theory of interpretation, which deconstructs the act of legal interpretation as: based on will, not on knowledge; not having the norm as its object, but the norm production as its objective; and being loaded with a burden also viewed as a power, dependent on being able to legitimize itself by the rules of a game), as perceived within the scope of the research project. Departing from such conceptions, and after efforts to contextualize the Brazilian Constitutional Court, the criticisms and roles attributed to it, and the studied ruling, it is intended to observe which specific decisions were made by justices who participated in the trial and took different interpretative paths, to then map how they legitimized such choices, specifically, their argumentative dependencies to the tradition of interpretive legal maxims, to classical methods of interpretation and to “post-positivist” methodologies (such as the "neoconstitutionalist" ones) and accessory arguments, of a moral, historical, and ideological nature, etc.

KEYWORDS: Constitucional hermeneutics. Federal Supreme Court. Criminalization of homotransphobia. Rhetoric of objectivity. Cartography of judicial opinions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AS PREMISSAS METODOLÓGICAS E TEÓRICAS DO ESTUDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STF	11
2.1 O TÓPICO AS VARIAÇÕES NO DISCURSO JURÍDICO INTERPRETATIVO ORIENTADO À OBJETIVIDADE, AS CAMADAS DISCURSIVAS E O MÉTODO CARTOGRÁFICO	11
2.2 O PODER CRIADOR DO INTÉRPRETE: OS POSTULADOS “PÓS-POSITIVISTAS” E O DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL	19
3 O CASO ESCOLHIDO: O JULGAMENTO CONJUNTO DA ADO 26 E DO MI 4733; COMENTÁRIOS QUANTO AO SEU CONTEXTO E À SUA PERTINÊNCIA AO PROJETO DE PESQUISA	32
4 OS VOTOS SELECIONADOS: A CARTOGRAFIA DE ARGUMENTOS DOS MINISTROS CELSO DE MELLO, RICARDO LEWANDOWSKI E MARCO AURÉLIO	49
4.1 O RECORTE ESCOLHIDO DO JULGADO: OS VOTOS E ARGUMENTOS A SEREM EXPLORADOS	49
4.2 A PRIMEIRA CAMADA	54
4.3 SEGUNDA E TERCEIRA CAMADAS	61
5 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	101

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia possui como objeto o julgamento conjunto do Mandado de Injunção (MI) 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, realizado em 2019 pelo Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, as reconhecendo como formas do tipo penal de racismo (previsto na Constituição Federal) e o Poder Legislativo como inconstitucionalmente omissivo (por não ter obedecido ao alcance dessa previsão). A decisão foi considerada tão histórica quanto controversa, significando, a depender do ponto de vista assumido, passo importante no combate às discriminações e violências por identidade de gênero e orientação sexual, ou passo perigoso na politização da Corte Constitucional brasileira – adotada solução sofisticada à questão jurídica para tutelar minorias vulneráveis, ou operada inapropriada manobra arbitrária de “ativismo judicial”.

Não é, todavia, objetivo deste estudo assumir qualquer posição crítica quanto à decisão, seja para elogiar ou acusar. Está este interessado em observar como a controvérsia foi identificada no julgamento por alguns dos ministros da Corte, como eles a resolveram individualmente, e quais argumentos utilizaram para justificar suas escolhas. A controvérsia de interesse, no caso, sendo aquela da identificação ou não das condutas homotransfóbicas como formas de racismo; explorados os raciocínios que a informariam, suas alternativas e consequências como apresentadas por ministros.

O racismo é conduta discriminatória constitucionalmente tipificada como crime, havendo não só um extenso “mandado” para coibir e punir todas as formas graves de discriminação (art. 5º, XLI, da Constituição Federal), como um “mandado específico” de criminalização das condutas racistas (art. 5º, XLII, da Constituição), o que fundamentou a criação da Lei 7.716/89, conhecida como a “Lei do Racismo”. O STF, no julgamento conjunto, teria aplicado à lei infraconstitucional uma “interpretação conforme a Constituição” do conceito de racismo construído jurisprudencialmente – firmado pela Corte na ocasião do “caso Ellwanger” (HC 82.424 RS), quando fora reconhecido como “amplo” o suficiente para abrigar as condutas antissemitas, baseado numa noção de “raça social”, desvinculada de fundamentos biológicos ou divisões antropológicas, e centralizada na desaprovação dos fundamentos de caráter segregacionista, hierarquizante de grupos na sociedade – para considerar nela inclusa a penalização de condutas homofóbicas e transfóbicas (baseadas em ódio a identidades de gênero e orientações sexuais minoritárias).

Na criminalização da homotransfobia, o Plenário do STF se dividiu, com 8 ministros a favor e 3 contrários à tese de que as condutas hostis a orientações sexuais e identidades de gênero minoritárias estariam também abrigadas no conceito das condutas racistas firmado no “caso Ellwanger”, logo, tocadas também pelo “mandado de criminalização” constitucional – que teria sido, logo, mal cumprido pelo Legislativo na edição da Lei 7.716/89 e nas suas alterações posteriores, que ignoraram o seu dever de incriminar o ódio homotransfóbico.

A fim de se explorar a variedade argumentativa natural de um resultado como esse, decisão não unânime sobre questão jurídica de alta complexidade, se preferiu selecionar três dos onze votos – um favorável, representativo da posição majoritária, e dois desfavoráveis, mas dissonantes; sendo, neles, de interesse os pontos concernentes a adoção ou rejeição da tese controversa. Para tanto, foram assumidas as premissas metodológicas e teóricas do projeto de pesquisa desenvolvido pelo professor Gustavo Just que tem como tópico “variações do discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade” e que serviu de base para uma série de monografias e dissertações, assim como para artigo-piloto do próprio professor.

Nos moldes do projeto-mãe¹, detalhados na segunda seção deste trabalho, serão assumidas duas premissas relativas à atividade interpretativa no âmbito judicial (“primeira: a interpretação é uma forma de poder; segunda: o poder da interpretação é inseparável do compromisso do agente que atua no campo jurídico com a retórica da objetividade”²), e adotada uma metodologia específica, “cartográfica” (que implica na identificação, na catalogação e na exploração de determinadas camadas do discurso jurídico que se dirige à objetividade), para estudar o conflito interpretativo surgido na definição do racismo, a escolha feita por intérpretes frente a essa questão e algumas das formas como essa escolha foi legitimada.

Promissora, portanto, a aplicação dessas premissas ao julgado escolhido, a fim de observar como alguns dos ministros navegaram a controvérsia interpretativa na conceituação da homotransfobia e do racismo (a primeira das camadas discursivas), e de como buscaram legitimar argumentativamente seus posicionamentos (a segunda e a terceira das camadas); isso em meio à tensão inerente às funções da atividade jurisdicional contemporânea, capturada entre a capacidade criativa do ato interpretativo e suas supostas limitações, entre a

¹ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2016.

² DE ASSIS, Igor Beltrão Castro. **Retórica da objetividade**: uma análise discursiva dos julgamentos dos Habeas Corpus 84.078/MG e 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, p. 16.

subjetividade (vontade, caráter inseparável da escolha) e o dever para com a expressão (seja como prática ou como performance) de objetividade, neutralidade, racionalidade (e vinculação à Lei e à Jurisprudência). Tensão tal que só se torna maior no contexto de uma Corte constitucional como a brasileira.

As Cortes constitucionais contemporâneas (e, na realidade, todo o mundo jurídico, ou, ao menos, todo o Judiciário brasileiro) estão no cerne (e são as protagonistas) do debate essencial quanto ao significado do próprio ato interpretativo (também desenvolvido pelo século XX e que continua até os dias de hoje). Avançando sobre as concepções legalistas clássicas, que viam a interpretação como a ação de *descobrir o significado da Lei*, muito se desenvolveu ainda dentro de uma doutrina tida como “juspositivista” antes das suas supostas superações, colecionadas dentro da classificação genérica de “pós-positivistas”, que consideram a interpretação como a ação de *dar significado à Lei*. As perspectivas pós-positivistas, no entanto, como sugerido, são múltiplas doutrinas presentes em campos jurídicos muitíssimo diferentes: aquelas *céticas*, por exemplo, são valiosas no contexto acadêmico (como nesta monografia), mas absolutamente incongruentes ao contexto judicial, visto que abandonam as pretensões de autenticidade e racionalidade que são essenciais para a legitimidade do poder do discurso jurídico operacional.

A forma *prática* que o pós-positivismo assumiu no contexto judicial brasileiro foi aquela da doutrina neoconstitucionalista (de caráter substancialista), fonte de uma metodologia interpretativa – que, em extremo resumo, pode ser descrita como – fundada em uma aplicação ponderada de valores constitucionalmente afirmados (ou implícitos) sobre as questões jurídicas todas, com a aproximação do direito da esfera política (como controlador dos processos políticos, mas também como diretor e guardião do programa constitucional). Tal paradigma sendo origem para diversos modelos de interpretação que superam determinadas fronteiras associadas a concepções tomadas como clássicas.

O pós-positivismo, nesse sentido, não é uma completa negativa do juspositivismo, visto que ainda usa de suas premissas de racionalidade, de sujeição à Lei como fonte primordial e soberana, e dos métodos clássicos de interpretação a ele relacionados, que permanecem em uso. O espaço para a incerteza e a discricionariedade também permanece – assim como não havia sido solucionado pelo juspositivismo –, apesar dos melhores esforços (e parece ter se acirrado). O projeto ao qual se atém nesta monografia, porém, não está interessado em assumir “lados” na discussão sobre qual solução seria a preferível diante do

problema de indeterminação do direito, só em compreender como os juristas buscam enfrentá-lo, tendo consigo essas ferramentas, mas também o fardo indicado nas premissas (o poder inerente ao ato interpretativo judicial e o compromisso para com uma retórica de objetividade que o acompanha).

Na **segunda seção**, como mencionado, serão detalhadas as premissas e como essas se conectam ao campo (a Jurisprudência do STF) onde se encontra o objeto deste trabalho. Assim, inicialmente, caberá uma exposição dos fundamentos teóricos adotados nesta monografia para compreensão do ato interpretativo, do seu poder e de sua forma de apresentação no contexto judicial, o discurso jurídico prático. Serão explicadas as camadas percebidas nesse discurso argumentativo-interpretativo e o método cartográfico, que se propõe a explorá-las. Na etapa seguinte dessa seção, dada sequência à via anterior, serão exploradas as relações de poder e liberdade no ato interpretativo para alcançar a questão do “ativismo judicial” e da mencionada crise de indeterminação do direito; através de um apanhado histórico e doutrinário se observando postulados tidos como “pós-positivistas” neoconstitucionalistas e comuns à Corte constitucional brasileira, citando-se defensores e críticos de tal tendência.

Na **terceira seção**, será especificado o caso de interesse, o mencionado julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, assim como as razões que levaram à sua escolha. Nessa etapa, será realizado um esforço para contextualizar o julgado, sendo apresentadas algumas reações prévias e posteriores à decisão. O objetivo, vale ser dito, é expor ao máximo a complexidade da controvérsia, conectando-a às considerações anteriores sobre o “ativismo judicial” e o fardo do ato interpretativo jurisdicional. Dessa forma, na chegada à etapa seguinte, se espera ter uma imagem do contexto no qual os intérpretes executaram sua tarefa, vistas as considerações e opiniões que a antecederam e a seguiram.

A **quarta seção**, então, é dividida em três seções secundárias: a primeira explanando a escolha do julgado, dos votos e das questões jurídicas controversas que melhor serviriam ao método cartográfico eleito – nesse momento também foram incluídas algumas ressalvas sobre os caminhos não percorridos, os pontos do julgado, dos votos e das questões que não puderam ser explorados nesta monografia –; a segunda e a terceira parte percorrendo as três primeiras camadas do discurso dos votos dos ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, com o detalhamento das escolhas interpretativas realizadas e dos métodos argumentativos utilizados pelos julgadores para justificar tais escolhas.

2 AS PREMISSAS METODOLÓGICAS E TEÓRICAS DO ESTUDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

2.1 O TÓPICO AS VARIAÇÕES NO DISCURSO JURÍDICO INTERPRETATIVO ORIENTADO À OBJETIVIDADE, AS CAMADAS DISCURSIVAS E O MÉTODO CARTOGRÁFICO

Como mencionado em sua introdução, esta monografia mantém as mesmas premissas fundamentais que os demais estudos³ realizados no âmbito do projeto de pesquisa originado pelo professor Gustavo Just na exploração do tópico das “variações no discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade”. Tais fundamentos⁴ estão detalhados no já citado projeto-mãe⁵, também deste sendo aproveitada a intentada atitude de imparcialidade: serão evitados comentários particulares⁶ de vertente crítica quanto à qualidade dos argumentos ou aos méritos jurídicos, políticos ou morais de qualquer interpretação ou conclusão tratada⁷.

Resta posto no próprio projeto que a linha de pesquisa proposta permite numerosas abordagens⁸, devendo, todavia, se limitar ao texto produzido e proferido por juristas no âmbito prático, do processo judicial (evitando aprofundar-se em discussões legais de caráter legiferante, político – mais sobre a diferença entre Poder Legislativo e Poder Judiciário adiante –, ou em discussões na esfera da ciência jurídica, de caráter acadêmico, teórico-doutrinário), cabendo nessa definição tanto os julgadores quanto os advogados e

³ Os quatro estudos, devidamente detalhados nas referências ao fim, são duas monografias e duas dissertações de mestradados, respectivamente: HILUEY, 2017; HEIMAIDAN, 2017; MOREIRA, 2018; DE ASSIS, 2019.

⁴ São, nesse sentido, como adiante restará evidente, assumidas e reproduzidas: a teoria “da retórica da autonomia, neutralidade, e universalidade no campo jurídico”, de Bourdieu, e as teorias “realista da interpretação” e “das constrições da argumentação jurídica”, de Michel Troper – principalmente a partir de como essas já foram tratadas nos já citados trabalhos do grupo de pesquisa.

⁵ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2016.

⁶ Críticas alheias (não vindas do autor desta monografia), todavia, serão trazidas: primeiro, a fim de contextualizar os textos discursivos escolhidos para estudo, mas, também, quando presentes nos próprios textos e em referência aos argumentos neles contraditados. Será vital à investigação presenciar como são pelos discursantes enfrentadas (ou evitadas ou enfeitadas) as críticas.

⁷ JUST, Gustavo. **Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse: A Strategic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban**. 2016, p. 577, 578: “It is though important to make clear beforehand that the actual topic of my analysis is not the ruling itself, or the law it scrutinised. I am not going to comment on the legal merits of the decision, debating whether it was correct or incorrect, whether it embraced a good or a bad interpretation of the relevant provisions of the European Convention on Human Rights (ECHR). Nor am I going to embark on the discussion of the very complex political, sociological, and indeed philosophical issues surrounding this case. The matter in hand is, in reality, judicial discourse, or more specifically, objectivity-oriented judicial discourse, by which I mean, in an initial and provisional definition, the (argumentative) activity carried out by a Court in order to present its decision as one that (‘objectively’) complies with the law.”

⁸ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2016, p. 2.

demais emissores⁹ de argumentos e conclusões. Nesta monografia, sobretudo, será posto foco na atividade judicial, dos representantes do Judiciário, julgadores, “intérpretes finais” – especialmente, naquela de ministros específicos enquanto compunham o Supremo Tribunal Federal frente a uma questão jurídica específica.

A especificação não é aleatória, e não só acaba por seguir o padrão presente nas monografias e dissertações já citadas, realizadas no âmbito do projeto de pesquisa (todas foram sobre decisões do STF), mas, sim, serve para melhor aproveitar o potencial da segunda das **duas premissas** assumidas¹⁰ no presente estudo, as quais cabe, neste ponto, detalhar:

1) A linguagem é (talvez de forma mais evidente no Direito) uma ferramenta de poder, para sua conservação ou sua alteração. No ato interpretativo judicial, tem-se uma forma destacada de exercício desse poder, afinal, o intérprete não está meramente a escolher entre diferentes significados para atribuir a um objeto qualquer: como esse objeto é (pretensamente¹¹) a Lei e o intérprete um jurista em desempenho funcional, tal **escolha** não somente terá repercussão imediata na vida daquelas pessoas ligadas à questão jurídica em lide, mas também causará inúmeros impactos (sutis, óbvios, complexos, indiretos etc.) nos demais casos, e, portanto, na própria atividade interpretativa (e nas vidas de todos aqueles ligados a questões próximas à discutida). De mesma forma, no entanto, apesar de seu incomensurável alcance, esse continua a ser um ato interpretativo, de significação, logo, necessariamente aberto à imprecisão, aos vieses conscientes e inconscientes do intérprete, às pressões (circunstanciais e perenes) de natureza social, cultural, intelectual, psicológica, política etc. que existam e a tantos outros fatores quantos se possa imaginar.

Nesse sentido é essencial – como foi aos demais trabalhos que seguiram o projeto-mãe de Just – a Teoria Realista da Interpretação de Michel Troper, que muito bem abaliza o ponto de vista relativista ora adotado, não preocupado em analisar a autenticidade da argumentação dos juristas, mas, em reconhecer o papel da vontade na escolha¹² das interpretações e o poder

⁹ Entram aqui não somente os representantes das partes, mas todos aqueles que emitem posicionamento jurídico dentro do processo e que possa ser formalmente considerado pelos julgadores, como o Ministério Público em sua atividade de “fiscal da lei”.

¹⁰ *Idem*, p. 3.

¹¹ HEMAIDAN, Amanda Rodrigues. **A pretensão de racionalidade no discurso jurídico prático: aproximação e distanciamento entre as estratégias argumentativas em votos dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso**. 2017, p. 16: “Seguindo a teoria da interpretação-vontade, se a interpretação produz o significado e se a norma é um significado, então a norma não pode preexistir à interpretação, que, por outro lado, não a pode ter como objeto”.

¹² *Idem*, p. 15: “Troper indica que existem duas possibilidades de perceber a interpretação: compreender que interpretar é indicar o significado de uma coisa ou é determinar o significado desta coisa. Para a primeira tese, a interpretação seria uma função do conhecimento, na medida em que interpretar é redescobrir e, assim, conhecer,

considerável do discurso interpretativo (e dos seus argumentos) em relação às normas que esse anuncia que interpreta – formando as bases da primeira das duas premissas teóricas listadas. São três propostas aqui também assumidas: “(1) a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento; (2) ela não tem por objeto as normas, mas os enunciados ou os fatos; (3) ela confere àquele que a exerce um poder específico”¹³.

2) A chamada “retórica da objetividade” servirá, então, ao fim de resolver (ou afugentar) essa aparente contradição entre a natural incerteza da atividade interpretativa e a amplitude intangível de seu alcance quando jurídica. Porque é no carregar desse fardo específico pelo intérprete jurídico, de se justificar e assim manter o poder que detém (e que o detém), que o juiz (representante da autoridade estatal) realiza um esforço contra-autoritário (ou, melhor seria dizê-lo, um esforço contra a *impressão*¹⁴ de autoritarismo, de arbitrariedade). O direito precisa ser apresentado não somente como preciso (no sentido de *necessário*, *obrigatório*, e no de *seguro*, *previsível*, *certo*), mas também como imparcial (*justo*, *desinteressado*), legitimando-se¹⁵ na crença (ou na performance) de que é técnico, um instrumento para a atividade das partes, para os projetos do legislador e em cumprimento de uma racionalidade construída jurisprudencialmente.

A segunda premissa, estabelecendo o peso simbólico do direito “no sentido de Pierre Bourdieu”¹⁶, reitera e aplica sua noção sociológica da prática de uma “retórica da autonomia,

um sentido externo, preexistente. A tese da interpretação como uma função da vontade, por outro lado, considera que o sentido de um texto legal não possui existência independente da interpretação, não podendo ser redescoberto, representando, na verdade, uma produção do próprio intérprete”.

¹³ *Idem*, p. 15.

¹⁴ Vale esclarecer, como sugerido, que não será de interesse nesta monografia descobrir se o intérprete acredita ou não na sua própria objetividade, se ele é consciente ou não dos desdobramentos de sua subjetividade nas suas escolhas supostamente racionais, se enxerga ou não a atividade discursiva interpretativa jurídica como um disfarce para preferências pessoais, políticas etc. De mesmo modo, não será em nada importante descobrir se o discurso argumentativo proferido é uma demonstração autêntica das razões do intérprete, que o levaram à conclusão, ou uma construção artificial do jurista, que já tinha sua preferência pré-definida.

¹⁵ Em nenhum outro contexto tais questões de legitimidade do Poder Judiciário (e de significação do próprio ato interpretativo) sendo mais evidentes do que na jurisprudência de Cortes constitucionais como o STF, inseparáveis da conceituação dos Estados de Direito contemporâneos como “Democracias Constitucionais”. Nenhuma outra explicação precisa haver para os estudos nesse grupo de pesquisa terem preferência por elas, com as controvérsias alcançando as questões mais complexas (e portanto, mais abertas a significações alternativas) e sendo resolvidas com as maiores liberdade e finalidade disponíveis nos ordenamentos internos dos países (como normalmente essas Cortes são as últimas instâncias, suas decisões são menos limitadas pelas amarras da jurisprudência e dos precedentes alheios: elas que dizem para todo o Judiciário o que diz a Constituição). Como posto no projeto (JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group, p. 4): “in the liberal era, the very principle of political legitimacy becomes increasingly dependent on its “‘legal rationality’ (...) this tendency reaches its peak when Constitutional Courts, entrusted with the ultimate protection of fundamental rights, become the cornerstone of a conception of political legitimacy that redefines democracy as ‘constitutional democracy’”.

¹⁶ *Idem*, p. 3.

neutralidade e universalidade” no campo jurídico, com a qual os discursantes estariam comprometidos – obrigados (em troca do poder identificado na primeira premissa) a utilizar em algum grau esses componentes retóricos capazes de apresentar o discurso jurídico como i) autônomo, separado dos demais discursos proferidos socialmente, ii) neutro, repleto de linguagem imparcial, como dito, desinteressada, e iii) universal, anunciando-se como público e oficial e desligado da pessoa do jurista e até de um interlocutor específico, adepto, portanto, a generalidades –, em “uma tentativa (...) de fazer os destinatários de sua decisão acreditarem que ela teria sido tomada através de um juízo de conhecimento, velando assim o seu caráter discricionário, volitivo, valorativo”¹⁷.

O projeto e os estudos sob sua influência, portanto, se interessam por analisar quando e como o caráter volitivo (a liberdade de escolha do juiz) e o poder (a “interpretação autêntica”¹⁸, que dá o sentido à norma e assim permite seu efeito no mundo), precisam ser equilibrados diante do presumido compromisso com a retórica objetividade (um fardo aos juízes, uma constrição ao seu agir). Assim, há interesse específicos por situações em que há duas ou mais interpretações conflitantes para a mesma norma. Moreira assim aponta:

[que] a noção de “escolha” é crucial para definir o que deve ser considerado “interpretativo” neste contexto. O projeto se interessa especificamente por conflitos interpretativos, os quais devem ser compreendidos como situações nas quais dois ou mais significados podem de fato ser atribuídos a um texto normativo legal (aquilo que Wróblewski chamou de interpretação *stricto sensu*, em sua conhecida terminologia). Isso exclui o discurso jurídico que não se refere ao significado de uma determinação legal específica (mas que diz respeito, ao contrário, a uma questão de averiguação fática), ou que o faz sem admitir a existência de uma controvérsia qualquer (não se faz necessário

¹⁷ MOREIRA, Francisco Pimentel de Rangel. **Da investigação sobre os instrumentos argumentativos utilizados pelos ministros do STF quando do julgamento da ADPF 54/DF**: uma análise cartográfica do discurso prático adotado pelo supremo sob a luz da retórica da objetividade. 2018, p. 28-29: “Na realidade, a força do direito moderno, fundamentada, dentre outras coisas, pela referida retórica, só pode alcançar toda a sua magnitude na medida em que os próprios juristas creem na ficção jurídica que ajudam a criar, isto é, tornam-se por ela iludidos, convencendo-se da neutralidade interpretativa que eles próprios defendem. De maneira bem informal, é como se o caçador tivesse sido pego na própria armadilha. Já nas palavras do sociólogo, “os juristas são os guardiões hipócritas da hipocrisia coletiva”, conforme se verifica abaixo”.

¹⁸ HEMAIDAN, Amanda Rodrigues. **A pretensão de racionalidade no discurso jurídico prático**: aproximação e distanciamento entre as estratégias argumentativas em votos dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso. 2017, p. 15, 16: “Um argumento importante da tese da interpretação-vontade consiste em afirmar que a interpretação contra *legem* não existe. Retomando a distinção elaborada por Kelsen, interpretação doutrinária é aquela que provém de um particular, principalmente da ciência do direito. Já a interpretação autêntica é aquela realizada pelo órgão jurídico encarregado de aplicar a norma. Troper ressalta que “a interpretação autêntica é à qual o ordenamento jurídico atribui a produção de efeitos, aquela que se impõe”³⁹. Sendo assim, qualquer que seja o conteúdo atribuído pelo intérprete autêntico, ainda que pareça insensato ou contrário a todas as interpretações dadas por outras pessoas, é esse que se sobrepõem. Desse modo, o texto legal não possui um sentido autônomo em relação à interpretação autêntica, impondo-se qualquer que seja o significado a ele atribuído. A interpretação autêntica não pode ser comparada a um significado distinto da que ela atribuiu, e é exatamente a possibilidade de se realizar essa comparação que pressupõem a interpretação contra *legem*”.

dizer que conceitos distintos e mais abrangentes de interpretação podem ser adotados em outros contextos, fora do âmbito delineado para o projeto).¹⁹

É para entender essa “orientação à objetividade” (em uma situação de multiplicidade de opções interpretativas), como e por que ela é adotada, que o projeto-mãe estipula dois diferentes métodos de estudo: a “cartografia”²⁰ e a “análise”, firmados para o estudo das “quatro camadas discursivas”, que são, i) da “decisão interpretativa”, ii) dos “modelos interpretativos”, iii) dos “argumentos não-codificados juridicamente” e iv) da “estrutura discursiva”.

1 – Diante do conflito interpretativo, havendo (ou melhor: sendo reconhecida) uma pluralidade de significados possíveis para uma norma relevante, caberá ao intérprete tomar uma “decisão interpretativa” por um em detrimento de quaisquer outros sentidos, qualificados como inapropriados para aplicação no caso, mesmo que suficientemente válidos para serem considerados, não podendo coexistir duas soluções igualmente “corretas” no discurso.

Assim, aponta Just:

ao decidir um caso, um(a) julgador(a) justificaria seu julgamento afirmando que a determinação legal aplicável “tem”, como propriedade sua, o significado S1 levando a conclusão favorável àquela postulada por requerente, e não o significado S2, que daria suporte a conclusão oposta, desfavorável. A primeira camada de argumentação orientada para a neutralidade é especialmente merecedora de observação nos casos em que outros significados S3, S4 etc., se atribuídos ao texto legal, teriam trazido as mesmas conclusões que S1, o que levanta a questão, então, de por que, e com que consequências, o intérprete, implícita ou expressamente, escolheu uma interpretação em vez de qualquer das outras.²¹

2 – A fim de legitimar, dando aparência de objetividade à decisão interpretativa – quer reforçando o significado adotado, quer atacando os significados não atribuídos – servem os “modelos interpretativos”, jurídicos – ou seja, reconhecidos como válidos, técnicos, dentro dos costumes da prática jurídica, preferivelmente aprovados por doutrinadores respeitados e

¹⁹ MOREIRA, Francisco Pimentel de Rangel. **Da investigação sobre os instrumentos argumentativos utilizados pelos ministros do STF quando do julgamento da ADPF 54/DF**: uma análise cartográfica do discurso prático adotado pelo supremo sob a luz da retórica da objetividade. 2018, p. 34.

²⁰ **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse**: Cartography and Analysis – outlines of a forthcoming research group, p. 6-7.

²¹ *Idem*, p. 4: “The first is the ascription to the relevant normative text of an interpretation assumed to have general validity. Let us call this ascription an “interpretative decision” (ID). For instance, when deciding a case, a judge would justify his or her ruling by stating that the applicable legal provision “has”, as a matter of property, the meaning *M1* leading to the conclusion that the remedy the claimant applied for is due, and not the meaning *M2*, that would support the opposite conclusion. This first level of neutrality-oriented argumentation is particularly worth observing in cases where other meanings *M3*, *M4* etc., if ascribed to the legal text, would have brought to the same conclusion as *M1*, which raises the question as to why, and with what consequences, the interpreter has, implicitly or explicitly, chosen one (general) interpretation instead of any of the others” (em tradução livre).

reiterados na Jurisprudência citada –, que Just divide em três categorias²²: a) os tradicionais brocardos interpretativos, b) os métodos clássicos de interpretação e c) a metodologia pós-positivista (típica da doutrina neoconstitucionalista contemporânea, presente no julgado).

O uso de brocardos tradicionais no ato interpretativo jurídico, é, assim como os axiomas que o caracterizam, tradicional, remetendo a ensinamentos “imemoriais” da ciência e da prática jurídica que foram sendo repassados, mantendo (como resume Moreira):

mesmo atualmente, uma importância prática residual no discurso forense, devido à autoridade da tradição. Em suma, os brocardos são antigas máximas de teor vago, tópico – logo, não sistematizado –, facilmente oponíveis entre si e largamente admitidas – em razão de sua resistência aos séculos e de sua generalidade.²³

Os métodos clássicos conhecidos como aqueles identificados por Savigny²⁴ (adicionando-se, por vezes, a eles, o processo analógico de integração do direito): o método gramatical, o método histórico, a interpretação sistemática e o método teleológico²⁵.

As metodologias interpretativas tidas como “pós-positivistas” serão aquelas que avançam além dos métodos clássicos e até além das teorias mais desenvolvidas do juspositivismo (como a de Kelsen), incluindo técnicas “neoconstitucionalistas” como a

²² *Idem*, p. 5: “A threefold classification comprising (i) the tradition of interpretative legal maxims, (ii) the classical methods of interpretation and (iii) the so-called “post-positivistic” methodology would be suited to most of the anticipated contexts of research”

²³ MOREIRA, Francisco Pimentel de Rangel. **Da investigação sobre os instrumentos argumentativos utilizados pelos ministros do STF quando do julgamento da ADPF 54/DF**: uma análise cartográfica do discurso prático adotado pelo supremo sob a luz da retórica da objetividade. 2018, p. 93.

²⁴ *Idem*, p. 47

²⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 214 e 215: “*Os meios de interpretação textual*. Para reconstruir a vontade que o legislador expressou na lei, o positivismo jurídico se serve principalmente de quatro expedientes (ditos *meios hermenêuticos*) que já haviam sido elaborados pela precedente tradição jurídica:

a) o *meio léxico* (chamado com expressão pouco correta *interpretação gramatical*), que consiste na definição do significado dos termos usados pelo legislador, mediante a análise e a comparação dos contextos linguísticos nos quais tais termos são empregados (se a definição consiste na formulação das regras para o uso do termo, pelo uso de um termo pode-se, *ao contrário*, extrair sua definição).

b) O *meio teleológico*, chamado comumente de *interpretação lógica*, expressão imprópria, visto que se trata de um meio interpretativo baseado na *ratio legis*, isto é, no motivo ou finalidade para os quais a norma foi posta. Partindo do duplo pressuposto de que o legislador, como ser razoável, se coloque fins e estabeleça meios idôneos a serem atingidos, uma vez individualizado o fim do legislador, este pode dar aqui esclarecimentos sobre as modalidades de sua consecução, isto é, sobre o conteúdo da lei.

c) O *meio sistemático*, que implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com base em tal pressuposto pode-se procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-a em relação a todas as outras.

d) O *meio histórico*, que consiste na utilização de documentos históricos diferentes do texto legislativo, para reconstruir a vontade do legislador; com relação ao direito dos Estados parlamentares, tal meio comporta essencialmente o estudo dos trabalhos *preparatórios*, pelos quais se pode conhecer as várias intenções para as quais uma lei foi aprovada e qual delas prevalece sobre as outras”.

“interpretação histórico-evolutiva”, a “interpretação conforme a Constituição”²⁶ e preceitos como da “máxima efetividade” e da “concretização da Constituição” entre outros.

Just resume o apelo comum desses modelos, dessa padronização, afinal,

nas culturas jurídicas contemporâneas, a lealdade ao ideal da objetividade na atribuição de significado à Lei só é reconhecida plenamente quando os intérpretes, além de se referirem a uma regra legal válida e de especificarem a interpretação que dão a ela, também dão razões para a escolha por essa interpretação específica no lugar das demais que foram, ou poderiam ter sido, arguidas para o caso. Para tanto, eles recorrem primariamente a formas geralmente aceitas para racionalização ou argumentação elaboradas para fundamentar escolhas interpretativas [sendo inegável que a] tipologia de tais padrões argumentativos de interpretação (...) deve variar de cultura jurídica para cultura jurídica.²⁷

3 – Todavia, Just vem identificar que no esforço de justificar suas escolhas, tendem também os juristas a “recorrer a diferentes tipos de argumentos não-codificados juridicamente, como os relativos a doutrinas filosóficas, políticas, econômicas ou religiosas, os exemplos literários, a sabedoria popular etc.”; ressaltando, juntamente, que o uso de argumentos dessa camada pode ser mais ou menos aceito a depender da cultura jurídica e de quão eficientemente conseguem ser incorporados aos modelos da segunda camada²⁸.

Os “argumentos não-codificados juridicamente” não são, vale explicar, “aqueles que não estão codificados na lei”, afinal, os “modelos interpretativos”, da segunda camada, também não precisam estar literalmente contidos na lei. A nomenclatura, com efeito, trata de delinear os argumentos que não estão recebidos como exclusivos do linguajar codificado *pelos culturas jurídicas*, mesmo que aceito na atividade que as define²⁹. Os recursos da

²⁶ MOREIRA, Francisco Pimentel de Rangel. **Da investigação sobre os instrumentos argumentativos utilizados pelos ministros do STF quando do julgamento da ADPF 54/DF: uma análise cartográfica do discurso prático adotado pelo supremo sob a luz da retórica da objetividade**. 2018, p. 94.

²⁷ **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group, p. 5: “in contemporary legal cultures, the allegiance to the ideal of objectivity in legal adjudication is only considered to be fully pledged when interpreters, apart from referring to a valid legal rule and specifying the interpretation they give to it, also give reasons for the very choice of this particular interpretation instead of others that were, or might have been, advocated in the case. To do so, they resort primarily to generally accepted forms of reasoning or argumentation conceived to support interpretative choices (interpretative decisions). A typology of such patterns of interpretative arguments (henceforth termed “interpretative models”: IM) would of course vary from legal culture to legal culture” (em tradução livre).

²⁸ *Idem*, p. 5: “Thirdly, lawyers’ efforts to vindicate the correctness of their interpretative choices may lead them to resort to different kinds of legally non-codified arguments, such as philosophical, political, economic or religious doctrines, literary examples, commonplace knowledge etc. Undoubtedly, their frequency and their importance may vary significantly according to the legal culture under consideration, and even within a single legal system, as may the assessment of their legitimacy, particularly when they are not efficiently incorporated into one of the lawyerly argumentative patterns referred to above” (em tradução livre).

²⁹ No projeto original, elaborado por Just em inglês, como se vê acima, tem-se o uso da expressão “legally non-codified arguments”, que poderia, decerto, ser traduzido como “argumentos não-codificados legalmente”. Quanto a como se escolheu nesta monografia traduzir tal expressão, servem as seguintes considerações,

terceira camada são, geralmente, acessórios (a depender de quão dependente será determinada cultura jurídica de conceitos teológicos, políticos, ou dos costumes locais etc.), sendo vistos como se trazidos de fora do mundo do direito para compor e fundamentá-lo, conectando-o à realidade histórica ou contemporânea, à moralidade, à ciência etc através da citação de textos, de dados estatísticos ou até de evidências anedóticas dos próprios intérpretes ou a eles relatadas.

4 – Just qualifica a quarta dimensão como:

a estrutura do discurso então produzido, contendo e direcionando não só os recursos argumentativos mencionados previamente, mas também uma complexa mescla de mecanismos linguísticos e retóricos através dos quais pode ser alcançado o propósito de comunicar certeza, neutralidade e objetividade.³⁰

A cartografia, em resumo, busca identificar e catalogar os usos dessas “diferentes estratégias, técnicas e ferramentas”³¹ na construção do discurso que pretende ser tomado como legítimo, objetivo, racional. A análise, por sua vez, busca entender esse comportamento detalhado cartograficamente, se estendendo sobre questões como:

Que fatores podem ajudar a explicar as escolhas argumentativas feitas por aqueles que aplicam a lei? Por outro lado, quais consequências essas escolhas terão para a objetividade retórica do julgamento pronunciado? De que maneiras elas alteram, se é que alteram, a estrutura argumentativa e conceitual na qual a aceitabilidade de julgamentos posteriores terá também de caber?³²

O método escolhido para ser aplicado ao caso selecionado foi o cartográfico, menos complexo que o analítico, e, que, logo, cabe em uma monografia de conclusão de curso como

relevantes, presentes em outro trabalho realizado no âmbito do mesmo projeto de pesquisa (HEMAIDAN, Amanda Rodrigues. **A pretensão de racionalidade no discurso jurídico prático: aproximação e distanciamento entre as estratégias argumentativas em votos dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso.** 2017, p. 40:), no qual “Optou-se por traduzir o advérbio ‘legally’ como ‘juridicamente’, e não como ‘legalmente’. Isso foi feito com a intenção de transmitir toda a amplitude de seu significado. Dessa maneira, os ‘argumentos não codificados juridicamente’ se referem a todos aqueles de fato ‘extrajurídicos’, que extrapolam a camada discursiva anterior (e não simplesmente àqueles que excedem o texto legal, mas que ainda podem se encontrar dentro do âmbito jurídico)”.

³⁰ JUST, Gustavo. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2016, p. 5: “The fourth dimension is the structure of the discourse thus produced, enveloping and directing not only the argumentative resources mentioned previously, but also a complex set of linguistic and rhetorical mechanisms through which the purpose of conveying certainty, neutrality and objectivity can be achieved”.

³¹ *Idem*, p. 4.

³² *Idem*, p. 8: “What factors might help explain the argumentative choices made by those engaged in the application of law? Conversely, what consequences do these choices have for the rhetorical objectiveness of the judgment then delivered? In which way do they affect, if at all, the conceptual and argumentative framework within which the acceptability of later rulings (to be taken either by the same interpreter or by any of the other members of the interpretative community) will have to fit?” (em tradução livre).

esta. A partir dele serão estudadas as três primeiras camadas de três votos no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, atentando-se a uma controvérsia jurídica específica. Os detalhes da controvérsia interpretativa, do caso e de sua seleção, da seleção dos votos em si e da limitação aquém da quarta camada serão explanadas mais adiante, no momento devido.

2.2 O PODER CRIADOR DO INTÉRPRETE: OS POSTULADOS “PÓS-POSITIVISTAS” E O DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Há, para Bourdieu – e assim como para a Teoria Realista da Interpretação de Troper, como já se viu –, uma noção clara da atividade interpretativa como uma que é essencialmente criativa, porém, de maneira inexorável, vinculada a uma performance, uma pretensão dedutiva, de descoberta racional de uma verdade prévia. Tal performance seria realizada através da adoção de uma postura retórica própria dos juristas (contendo nesta um linguajar moldado a fim de emular ideias de autonomia, universalidade e neutralidade, como já mencionado), que se estenderia a formar uma cultura, mantida por indivíduos que, cientes ou não disso, estariam a agir de forma “dissimulada”, criando o direito quando meramente ensejam (ou afirmam ensejar) aplicá-lo ao caso³³.

Essas noções sobre a proximidade que haveria no ato interpretativo entre a descoberta e a criação de significado, do direito, não são incomuns, sendo exploradas por inúmeros

³³ Resumido de longa passagem de Igor, que cita Bourdieu (DE ASSIS, Igor Beltrão Castro. **Retórica da objetividade**: uma análise discursiva dos julgamentos dos Habeas Corpus 84.078/MG e 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, p. 43): “Esse efeito de apriorização, que caracteriza a racionalidade do direito, é alcançado por meio de construções linguísticas comuns à comunicação dos juristas, como a combinação da linguagem comum com ‘elementos estranhos ao seu sistema’. Esse uso peculiar da linguagem produz dois outros efeitos: o de neutralização e o de universalização, que não vamos elucidar aqui, mas mais seguido. Importa adiantar que, com a neutralização, o enunciador transmuda-se em sujeito universal, ‘imparcial e objetivo’, e, com a universalização, o direito se apresenta em sua pretensa generalidade e ‘omnitemporalidade’ (BOURDIEU, 1989, p. 215-216).

Bourdieu se recusa a tachar essa retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade de um mero simulacro ideológico. Ao contrário, para o autor se trata da própria expressão do campo jurídico enquanto espaço relativamente autônomo da vida social e, também, do ‘trabalho de racionalização’ no sentido weberiano e freudiano. Essa ‘postura universalizante’ seria o próprio direito de entrada no campo jurídico e, também, o elemento de convergência entre os juristas praticantes, já que toda a variedade de profissões jurídicas, apesar das muitas diferenças, tem em comum uma forma específica de raciocínio (‘juízo’), ‘que se baseia na dedução consequente a partir de um corpo de regras sustentado pela sua coerência interna’ (BOURDIEU, 1989, p. 216). Os diversos prestadores de serviços jurídicos (juizes, promotores, advogados etc.), embora concorrentes e adversários sob diversos aspectos, são cooperadores numa sutil divisão do trabalho e comungam dum mesmo *habitus*, uma postura de *lector*, ‘de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la’ (BOURDIEU, 1989, p. 219).

Todavia, dizer que há tal dissimulação não é afirmar que o jurista esteja sempre cômico dessa ‘piedosa hipocrisia’ (BOURDIEU, 2003, p. 4), tampouco que aja ele sempre com dolo ou má-fé. Em Bourdieu (1989, p. 212), o efeito primeiro da racionalização é uma espécie de autoengano, que faz ‘com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra’. A fé do jurista na racionalidade e na coerência do direito são, assim, fundamentais à sua própria existência enquanto campo”.

autores variados pontos no espectro estudo e fidelidade doutrinária; adiante postos dois exemplos, de Waldron, em livro no qual defende a “dignidade” da atividade legislativa por perceber o que entende como um excesso de celebração daquela judiciária, e de Cappelletti, que se mostra menos crítico à “criatividade judicial”.

Waldron, ainda introduzindo seu tema, assim afirma:

Na verdade, como todos nós sabemos, a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das vezes, é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que nada podia estar mais distante da nossa mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa. **A linguagem e o estilo são declarativos mesmo se a realidade for revisionista.**³⁴ (grifo nosso)

Cappelletti, apresentando a premissa de seu livro “Juízes Legisladores?”, primeiro, esclarece que o seu estudo “comparativo não tem a finalidade de demonstrar **a verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada**, em todas épocas e com inexaurível perseverança, da criatividade da jurisprudência” (grifo nosso)³⁵. Mais adiante – ao comparar a “Criação Judiciária e a Criação Legislativa do Direito” –, pondera que:

os juízes estão constringidos a ser *criadores do direito*, “*law-makers*”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente como me proponho agora a demonstrar, essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional”. Continuando: “Certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘*law-making processes*’. Mas diverso é o *modo*, ou se se prefere o *procedimento* ou *estrutura*, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.³⁶ (grifo do autor)

Como coloca Igor de Assis, essa já é noção sedimentada nos estudos jurídicos contemporâneos, mas que não pode ser admitida pelo jurista – como dizia Bourdieu –, pois contrária à própria premissa que dá o poder ao intérprete operador do direito:

Embora o caráter criador da interpretação jurídica seja amplamente reconhecido no âmbito da filosofia do direito, sobretudo pelos influxos da filosofia hermenêutica (se bem que Kelsen [1984, p. 470] já descrevera a

³⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13-14.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 7.

³⁶ *Idem*, p. 73-74.

interpretação como um ato de vontade, em vez de um ato de conhecimento); e conquanto a criação judicial do direito seja aceita no plano da dogmática jurídica (variando-se essa aceitabilidade de acordo com o ramo do direito do qual se cuide: fala-se em cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, ilícitos atípicos, normas abertas, discricionariedade, etc.); o compromisso do agente que atua no campo do direito com essa retórica da objetividade parece impeli-lo ao uso de formas argumentativas e estratégias linguísticas que encubram e dissimulem a sua atividade criadora e apresentem a decisão como o resultado do emprego técnico, rigoroso, talvez asséptico, do conhecimento jurídico à sua disposição.³⁷

Essas são complicações que parecem naturais da “superação” do juspositivismo, doutrina que teve seu germe nas mesmas origens que o Estado moderno³⁸ e seu nascimento no “impulso histórico para a legislação, se [realizando] quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”³⁹. A noção do direito como as normas ou, ainda, como o poder exercido somente quando através das normas (formalmente) postas pelo Estado, constitui aquela essencial do juspositivismo. Essa, como outras por essa doutrina firmadas na cultura jurídica, permanece; isso pois o positivismo jurídico não foi ao todo superado (como se “descartado” plenamente), com muitas de suas características básicas ainda sendo evidentes tanto na percepção teórica do direito, quanto no seu funcionamento prático, com a manutenção, por exemplo, dos seus modelos interpretativos clássicos.

A perspectiva clássica do positivismo jurídico quanto à atividade interpretativa, todavia, é vista como ultrapassada (apesar, repete-se, de o linguajar nele criado, do ato interpretativo como descoberta racional e não como pura invenção arbitrária, permanecer essencial no discurso legitimador do Poder Judiciário e do Estado de Direito), se for

³⁷ DE ASSIS, Igor Beltrão Castro. **Retórica da objetividade**: uma análise discursiva dos julgamentos dos Habeas Corpus 84.078/MG e 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal. 2019, p. 14-15.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26-28: “A origem [do juspositivismo] é ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval. (...) A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser construída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. (...) Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; pois deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas, ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto das regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural)”.

³⁹ *Idem*, 119.

considerado tudo já citado e considerado nesta seção e na anterior.

Bobbio⁴⁰ resume que:

(entendendo-se o termo ‘interpretação’ em sentido muito lato, de modo a compreender todas a atividade científica do jurista: interpretação *stricto sensu*, integração, construção, criação do sistema): o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.⁴¹ (grifo do autor)

No capítulo próprio sobre o tema, vai além:

o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas[;] o positivismo jurídico considera tarefa da jurisprudência não a *criação*, mas a *interpretação* do direito.

Mas o que significa interpretar? (...) Pois bem, interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significativa (*designatum*, isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. (...) Ademais há sempre um certo desajuste entre a ideia e a palavra, porque a primeira é mais rica, mais complexa, mais articulada do que a segunda, que serve para exprimi-la; [e] dependendo do contexto em que esteja inserida, a mesma palavra assume significados diferentes (e podemos até dizer que um termo tem tantos significados quantos são os contextos em que pode ser usado).

(...)

O positivismo jurídico é, realmente, acusado de sustentar uma concepção *estática*⁴² da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas, como faz, ao contrário, a interpretação *evolutiva* sustentada pela corrente antipositivista.⁴³

Na realidade, a dissensão entre o juspositivismo e os seus adversários começa propriamente quando se trata de precisar a natureza cognoscitiva da jurisprudência. Para o primeiro, esta consiste numa atividade puramente *declarativa* ou *reprodutiva* de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente *passivo* e *contemplativo* de um objeto já dado; para os segundos, a natureza cognoscitiva consiste numa atividade que é também *criativa* ou *produtiva* de um novo direito, ou seja, no conhecimento *ativo* de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir.⁴⁴ (grifo

⁴⁰ Vale considerar que (*Idem*, p. 11:) as “lições sobre o positivismo jurídico [desse livro] foram desenvolvidas por [Bobbio] no ano acadêmico de 1960-1961”; servindo, logo, como uma boa capsula do tempo para entender o juspositivismo a partir da época em que suas superações se desenvolviam, mas ainda não haviam se firmado.

⁴¹ *Idem*, p. 133.

⁴² Que o autor define (*Idem*, p. 213): “fala-se de interpretação *estática* e de interpretação *dinâmica*, dependendo de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou, vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-lo às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais”.

⁴³ *Idem*, p. 212-214

⁴⁴ *Idem*, p. 211.

do autor)

Os questionamentos quanto à doutrina juspositivista também se estendendo à definição da própria atividade jurídica, afinal:

A definição do positivismo (em sentido estrito) e a do realismo jurídico, em sua diversidade, têm um elemento em comum: são definições anti-ideológicas, definições que não fazem referência a valores ou fins que seriam próprios do direito. Deste ponto de vista, ambas podem ser qualificadas como definições *positivistas* (em sentido lato), em contraposição às definições ideológicas ou valorativas, que (sempre em sentido lato) podem ser qualificadas como *jusnaturalistas*. Se desejarmos tentar precisar a característica fundamental das definições positivistas, veremos que esta é representada pelo fato de que as mesmas procuram estabelecer o que é o direito prescindindo de seu conteúdo, vale dizer, da matéria por este regulada.⁴⁵ (grifo do autor)

Essa preocupação “científica” (de compreensão da atividade jurídica) pode ser considerada o germe das visões pós-positivistas céticas, mais preocupadas em entender a operação do direito do que em legitimá-la; neste trabalho, sendo assumida uma como base teórica, no caso, a Teoria Realista da Interpretação de Troper.

Doutro modo sendo interessante tal passagem de Bobbio, que, como dito (ver nota de rodapé 34), é do início da década de 1960, e, portanto, considera ainda que uma doutrina jurídica (de compreensão ou de aplicação) do direito preocupada com ideologia e valores seria necessariamente “jusnaturalista”. Tem-se, todavia, uma evolução pós-positivista a qual não se costuma classificar como jusnaturalista, mesmo que seja preocupada, essencialmente, com a aplicação de valores e ideologias à interpretação da norma: o neoconstitucionalismo, não fundado em uma universalidade abstrata (como os jusnaturalistas, que tinham tais concepções universais e desv de qualquer texto prévio, formalmente válido e vinculante), mas numa obediência racional aos tais valores e ideologias positivados (ou ao menos percebidos como implícitos) num texto constitucional, essencial ao apropriado entendimento de (e hierarquicamente superior a) todos os demais textos legais.

Nessa nova era, tem-se menos críticas voltadas especificamente ao suposto problema da ficcionalidade do ato interpretativo nomeado como “positivista”, e mais à sua aparente insuficiência para tornar efetivas as Constituições e seus valores programáticos, como fez Hesse, no seu texto “A Interpretação Constitucional” (em que nega a suficiência tanto do “positivismo, que permanece acrítico e tão inconsequentemente praticado quanto [dos]

⁴⁵ *Idem*, p. 144-145. O autor também definindo que “Para os realistas, (...) é direito verdadeiro somente aquele que é aplicado pelos juizes; as normas que procedem do legislador, mas que não chegam ao juiz, não são direito”

esforços para superá-lo pelo recurso acrítico a ‘valores’ [imprecisos], [o que] provocou crescente insegurança”⁴⁶. Falhando, portanto, ambos na tarefa de cumprir o “*objetivo da interpretação*” de:

chegar ao resultado constitucionalmente ‘correto’ através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.⁴⁷

A teoria tradicional da interpretação, associada à corrente juspositivista, seria insuficiente por não cumprir tal objetivo, visto que⁴⁸ “pretende, de ordinário, revelar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjativa) do legislador através da análise do texto, do seu processo de criação, das suas conexões sistemáticas e dos seus antecedentes, assim como, finalmente, do sentido e da finalidade (a 'ratio' e o 'telos') da norma”⁴⁹; enquanto que:

56. O *objetivo da interpretação* só em termos relativos pode consistir na descoberta de uma ‘vontade’, objetiva ou subjativa, preexistente na Constituição. Deixando de lado o que é discutível nos fundamentos dessa tese (que, afinal, se apoia no dogma da vontade elaborada pela pandectística do século XIX e adotado pela sua contemporânea ciência do Direito Político que, por si só, não é suficiente para uma compreensão da Constituição moderna), desde logo tem-se encoberta a verdadeira situação. Isso porque, no pressuposto de que Constituição não possui qualquer critério inequívoco – o que equivale a dizer o mesmo em relação a todos os pressupostos de interpretação constitucional –, nem ela nem o constituinte decidiram nada, limitando-se a proporcionar uma série mais ou menos numerosa, porém incompleta, de pontos de apoio para a sua compreensão. Onde não se quis nada de modo inequívoco, torna-se impossível descobrir uma vontade autêntica, conseguindo-se, no máximo, revelar uma vontade suposta ou fictícia, de nada servindo, para nos tirar desse aperto, quaisquer recursos semânticos (...). Identificar como ‘objetivo’ da Constituição ou do constituinte é o mesmo que pretender cumprir algo que em realidade não preexiste, e portanto, equivocar-se desde o ponto de partida da problemática da interpretação constitucional.

57. Tampouco os distintos ‘métodos da interpretação’, tomados separadamente, oferecem orientação suficiente. Com frequência, o texto ainda não diz nada que seja inequívoco sobre o significado das suas palavras, o que suscita o problema de como se determinar esse significado, se em conformidade com a linguagem ordinária, com a linguagem jurídica especializada, ou, ainda, segundo a função do conceito em cada caso.⁵⁰

59. Portanto, as ‘regras tradicionais de interpretação’, que o Tribunal

⁴⁶ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, p. 103.

⁴⁷ *Idem*, p. 103.

⁴⁸ *Idem*, p. 104.

⁴⁹ No rodapé, comenta como, portanto, a teoria iria "além dos elementos de interpretação da lei formulados por Savigny - 'clássicos' (...) -: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático"; que, reitera-se, são os “métodos interpretativos clássicos” da 2ª camada discursiva, nos termos do projeto, juntamente com o raciocínio analógico, permitido na doutrina geral juspositivista para superar as lacunas deixadas no texto legal (mas não mencionado por Hesse).

⁵⁰ *Idem*, p. 105, 106.

expressamente reconhece, só oferecem uma explicação parcial sobre o modo e a forma como ele elabora suas decisões. Se em lugar dessas regras aparece um grande número de considerações variadas, de modo que só de forma imprecisa se torna possível identificar princípios seguros relativos ao uso dessas considerações, a razão para isso não se encontra numa falta de correção jurídica – por mais que algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal possam merecer crítica –, mas, antes, no reiterado fracasso daquelas regras. Restringir-se às ‘regras tradicionais da interpretação’ supõe desconhecer a finalidade da interpretação constitucional.⁵¹ (grifo do autor)

A solução para isso sendo a organização de um raciocínio próprio da interpretação constitucional, da “concretização” da Constituição⁵²; um dos princípios surgidos nesse sentido sendo o da “interpretação conforme à Constituição”⁵³ – ambos conceitos os quais serão vistos estão em larga escala na atividade jurisdicional da Suprema Corte brasileira. Há, perceba-se, mesmo com a direta condenação do juspositivismo e de suas aparentes limitações, a mesma necessidade que nele havia, a mesma dependência às ideias de racionalidade da decisão judicial e da sua atividade interpretativa. Assim, como bem resumiu Moreira, em dissertação já mencionada, que também se guiou pelo projeto de pesquisa ditado por Just:

[se, enquanto vigorou o juspositivismo], a retórica da objetividade, bem mais do que nos períodos anteriores, teve que ser aplicada, a fim de satisfazer os valores desse período, ainda que apenas na aparência (...), no período marcado pela ‘democracia constitucional’, que se estende do pós-guerra até o presente, essa retórica atinge o seu auge, na medida em que as cortes constitucionais assumiram a nobre tarefa de proteger e aplicar de maneira efetiva os direitos fundamentais, os quais se tornaram, com toda a certeza, o elemento central desse novo modelo democrático. Nesse sentido, apesar da concepção jurídica a respeito da interpretação ter se alterado profundamente do início da era liberal até o presente – uma vez que quase ninguém mais aceita a ideia do magistrado autômato, boca da lei, tolhido de qualquer faculdade discricionária –, a importância da retórica da objetividade se mostra ainda maior, na medida em que os referidos direitos fundamentais costumam ser vagos e oponíveis entre si, propiciando assim uma margem à arbitrariedade nunca antes observada (ao menos a partir do direito moderno), de tal modo que o jurista praticante necessita de uma notável habilidade retórica para transmitir à sua interpretação um caráter de racionalidade e objetividade.⁵⁴

Tal necessidade surge, inclusive, pela própria natureza de Cortes constitucionais como a brasileira, que são configuradas de maneira que seria inviável percebê-las como

⁵¹ *Idem*, p. 108.

⁵² *Idem*, p. 108-109.

⁵³ *Idem*, p. 118-122.

⁵⁴ MOREIRA, Francisco Pimentel de Rangel. **Da investigação sobre os instrumentos argumentativos utilizados pelos ministros do STF quando do julgamento da ADPF 54/DF: uma análise cartográfica do discurso prático adotado pelo supremo sob a luz da retórica da objetividade**. 2018. Dissertação (Mestrado) – Direito, UFPE, Recife, 2018, p. 37.

absolutamente alheias ao campo político, tanto pela natureza de suas funções – quer se compreendidas como as de “aplicar” os significados do texto constitucional (e, portanto, de dar a última palavra quanto a quais seriam esses significados, inclusive no controle judicial de todas as demais atividades estatais), quer se expandidas para as de tornar “efetivas” essas promessas e disposições da Constituição – quanto pela sua forma de composição e legitimação – como em diversos outros países⁵⁵, a Corte constitucional brasileira tem seus membros definidos pelos poderes eleitos, Legislativo e Executivo federais, para assim, mesmo que indiretamente, deter alguma legitimidade democrática. Assim, mesmo que somente fosse se ater à sua função, diga-se, mais contida, a contramajoritária, de legislador negativo, o STF ainda entraria com alguma constância na seara política, influenciando o processo democrático, contendo ou impedindo a realização de agendas governamentais, propostas por representantes *diretos* do povo. Com a adição, no acirramento da doutrina neoconstitucionalista, de mais funções⁵⁶ dentro de sua missão de guardar a Constituição, essa possibilidade de intervenção se torna uma certeza, algo inevitável, e a inicial passividade básica do Judiciário perde território para uma postura consideravelmente mais ativa diante das questões da sociedade.

Tal posicionamento, carregado por uma “ideia de progresso”⁵⁷ – juntamente com uma concepção material, “substancialista” do Direito –, poderia, na opinião de críticos, aqui, como exemplo, Valadão, “esvaziar o campo da política”⁵⁸ e criar uma crise de legitimidade do Poder Judiciário, confundido com os demais nas suas capacidades (e constantemente chamado para resolver problemas de natureza política) – apesar de não ser como os outros Poderes constituído através de um processo político, democrático, eleitoral. Para o professor, adeptos do substancialismo (neoconstitucionalistas) seriam mais intolerantes “quanto às questões relativas ao desacordo moral”, por enxergarem no Direito prescrições valorativas, e, portanto, menos democráticos do que os formalistas (positivistas), preocupados somente em manter os

⁵⁵ Ver para referência esse estudo, uma “taxonomia” dos mecanismos de nomeação para cortes constitucionais ao redor do mundo: MADDEN, Molly. A Taxonomy on Constitutional Court Appointment Mechanisms in Federal Countries. *In: Indiana Journal of Constitutional Design*. 2021.

⁵⁶ Numa extensão do papel contramajoritário, se buscaria atender a demandas sociais não satisfeitas pelo processo político majoritário e de promover certos avanços sociais, mesmo contra o sentimento da maioria – quando essas demandas e esses avanços puderem ter seus fundamentos identificados na Constituição (mesmo que somente como um comando implícito, não literalmente expresso em seu corpo) pelos seus intérpretes finais – Isso resta resumido por Rodrigo Valadão em sua palestra intitulada “Ativismo Judicial, Positivismo Jurídico e Democracia Liberal” (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cUCP20KCMrQ>) pela marca de 5:35, tratando da perspectiva do ministro Luís Roberto Barroso, adiante detalhada nas palavras do próprio.

⁵⁷ 6:25 do vídeo da palestra

⁵⁸ De 11:16 em seguinte no vídeo.

moldes previstos⁵⁹ que possibilitariam o debate comum à democracia liberal. Os intérpretes no neoconstitucionalismo, responsáveis por ditar os valores e o alcance desses, acabariam, logo, inevitavelmente os confundindo com seus próprios vieses, agindo como ativistas políticos no meio judicial⁶⁰.

Os indícios de um “ativismo”, no entanto, não são apontados só por críticos e como sintomas de um mal, cumpre esclarecer, mas também por defensores da Corte e de seu atual posicionamento, inclusive aí os próprios ministros, dentro de suas manifestações como magistrados e também quando externando opiniões fora do contexto judicial (em artigos, livros, debates, palestras etc.), quando negam que estaria ocorrendo uma confusão imponderada entre valores pessoais (subjetivos) e aqueles constitucionais (objetivos). O “ativismo”, no caso, não seria aquele de uma militância política que utilizaria como ferramenta o Direito, mas, no máximo, a de uma militância profissional que rejeitaria ser indiferente quanto aos resultados do Direito e da democracia⁶¹.

Celso de Mello, por exemplo, já caracterizou o “ativismo judicial como uma necessidade transitória de o Poder Judiciário suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que são lesivas aos direitos das pessoas em geral ou da comunidade como um todo” (e o mandado de injunção como um dos principais instrumentos para combater tais omissões); assim, se o STF estivesse praticando ativismo judicial, seria um “um ativismo judicial moderado, mas tornado necessário pela injustificável omissão do Congresso Nacional”. O princípio da inércia do Judiciário (que o posiciona como primordialmente passivo⁶²) ainda seria a regra, estimado como essencial; porém, além dele, caberia ao STF a

⁵⁹ 29:00 do vídeo mencionado.

⁶⁰ 31:00 do vídeo: “Nos últimos 20 anos observou-se no Brasil uma tendência expansiva do Poder Judiciário” e uma “judicatura baseada em princípios abstratos, com alta carga moral e que, não raro, simplesmente ignora normas jurídicas válidas emanadas por autoridades competentes” de forma autorizada pela doutrina – o professor relaciona isso ao processo de constitucionalização, por exemplo, do direito civil –.

⁶¹ Outra defesa poderia ser aquela postulada por Mauro Cappelletti, ao comparar a “Criação Judiciária e a Criação Legislativa do Direito” em seus modos e funções. Sobre os modos e seus limites, afirma (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 74): “Certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são *‘law-making processes’*. Mas diverso é o *modo*, ou se se prefere o *procedimento* ou *estrutura*, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz” Nessa linha, mesmo que não assumida uma postura marcada pela ideologia “neoconstitucionalista”, ainda se poderia legitimar um Judiciário “ativista”, contanto que esse cumpra as fórmulas, os procedimentos que o diferenciam do Legislativo: enquanto produzirem direito dentro dos limites acordados, não estariam usurpando a competência legiferante.

⁶² Cappelletti também comenta sobre isso, alegando que (*Idem*, p. 76): “o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cujo *actio* constitui, exatamente, a condição sem a

tarefa de tentar concretizar a Constituição Federal (como defendido por outro dos ministros, também doutrinador, Gilmar Mendes). Numa extrapolação do impedimento do “juízo de *non liquet*” – juízes sendo proibidos de se eximirem da obrigação de julgar devido a uma falta de clareza Lei –, o STF (e o Judiciário em geral) estaria também impedido de se omitir diante de lacunas legislativas existentes capazes de negar os desejos constitucionais para o país⁶³.

Luís Roberto Barroso, na mesma via, também vem se posicionar a favor de uma prática, como descrita, “ativista” do STF, argumentando nesse sentido academicamente⁶⁴, na sua advocacia e, enfim, como ministro (como se verá adiante). Para exemplo de sua atuação advocatícia, serve sua participação em 2011, quando ainda não era membro da Corte, como requerente da ADPF 132: julgamento (conjunto com o da ADPF 4277) que resultou no reconhecimento pelo STF da constitucionalidade das uniões estáveis homoafetivas – outra decisão “histórica” do STF, e com forte influência para o julgamento selecionado –, que também enfrentou o ponto da estrita legalidade⁶⁵ (porém, não em questão penal) e considerou a possibilidade de “interpretação conforme a Constituição”⁶⁶.

Um relevante difusor da “doutrina da efetividade”, Barroso se coloca “contra uma suposta tradição constitucionalista anterior, reputada elitista ou inefetiva”⁶⁷ devido a uma espécie de “insinceridade normativa”⁶⁸, uma falta de vontade política, institucional, para realizar as promessas constituintes do Estado⁶⁹ – se pode, aqui, enxergar novamente a tensão entre os limites formais da atividade interpretativa judicial clássica e a liberdade de ação do neoconstitucionalismo⁷⁰. Esses esforços que teriam, junto com “desenvolvimentos teóricos importantes, como a teoria dos direitos fundamentais, a teoria dos princípios e a própria

qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional”. Se o Judiciário não procura suas causas, só recebe as alheias – e se não precisa satisfazer interesses externos –, esse mereceria suas capacidades: partindo de suas “virtudes passivas” e dentro de seus “limites processuais” não haveria problema em ser “ativista”.

⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suprema Corte brasileira e o exercício de suas atribuições constitucionais**. Jusbrasil, 2010.

⁶⁴ Lista dos artigos acadêmicos disponível no site do ministro: https://luisrobertobarroso.com.br/?page_id=37

⁶⁵ Páginas 21, 22, 23 do voto de Celso de Mello na ADPF 132.

⁶⁶ Página 7 do Relatório da ADPF 132.

⁶⁷ LYNCH, Christian Edward Cyril; e MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *In: Revista Direito e Práxis*. 2017, p. 980.

⁶⁸ *Idem*, p. 976-997.

⁶⁹ *Idem*, p. 1001: o artigo se propõe a questionar as teses da doutrina da efetividade sobre a história constitucional brasileira, é muito referida a obra de Barroso e seus entendimentos, entre eles o de que (*Idem*, p. 984) “antes de 1988 o Brasil não teria história constitucional, mas ‘pré-história’ constitucional”.

⁷⁰ Os próprios autores do artigo tecem comentários sobre se Barroso poderia ser ou não considerado um neoconstitucionalista, mesmo que esse (*Idem*, p. 982:) “não se [apresente] como representante do neoconstitucionalismo, mas, sim, como defensor de uma doutrina brasileira da efetividade que teria feito a transição da antiga teoria constitucional para o neoconstitucionalismo”.

percepção do pós-positivismo como uma categoria filosófica própria”⁷¹, permitido a transformação que se percebe hoje ocorrida no Direito brasileiro e no STF.

Mais do que identificar situações existentes, atribuir a elas causas e supor delas consequências, o atual ministro também costuma, em sua atividade acadêmica, prescrever as mudanças que prefere. Ao longo das últimas décadas, portanto, sendo possível observar a evolução de sua perspectiva perante a Corte e os papéis assumidos por essa (ou, ainda, os papéis que essa *deve* assumir).

Em artigo de 2005, trata da mudança de paradigma também resumida na seção anterior desta monografia e faz promessas quanto à nova era, já indicando as inovações presentes e os impactos que essas deveriam ter⁷². Em artigo de 2014, já no ano anterior nomeado ministro, conclui pela impossibilidade de se ter um Judiciário absolutamente alheio às questões políticas⁷³, e pelo reconhecimento de dois papéis para o STF: o contramajoritário, clássico, e o representativo, “exercido quando o Tribunal, sempre dentro dos limites e possibilidades da interpretação constitucional, atende demandas sociais não satisfeitas a tempo e a hora pelos outros Poderes. Tal atuação somente se legitima mediante a demonstração da justiça e racionalidade de sua decisão, bem como que ela corresponde a uma efetiva necessidade social”⁷⁴. Em artigo de 2017, que reconhece como a consolidação e a expansão de “ideias

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2006. p. 282. apud LYNCH e MENDONÇA, 2017, p. 982.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista Opinião Jurídica**, p. 6: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a Política**. Migalhas, 2014, p. 49: “Em suma: o Direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer este fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro.”

⁷⁴ *Idem*, p. 50.

delineadas em três artigos anteriores”⁷⁵, o constitucionalista aponta uma terceira função, a iluminista, realizada quando “Supremas Cortes e Cortes constitucionais, no mundo democrático, (...) promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório”⁷⁶.

Na doutrina nacional, também podem ser encontrados muitos defensores dessa postura mais “ativa” que não são (nem se tornaram) ministros da Corte; servindo como exemplo disso Streck, que em seu livro “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise”, argumenta (em edição de 2009) pelo entendimento de “que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista”⁷⁷, não “passiva diante da sociedade”, concebendo-se “ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*”⁷⁸. Primeiro, para Streck⁷⁹, a adoção de tal postura “substancialista”⁸⁰ não seria o mesmo que aderir “a uma espécie de ‘ativismo judicial’”⁸¹. Segundo, esse intervencionismo seria uma necessidade do próprio modelo de Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido no pós-Segunda Guerra: “no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (...) Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário”⁸². A Constituição faria promessas que precisariam ser efetivadas,

⁷⁵ Citadas pelo ministro como “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, Revista Jurídica da Presidência 96:5, 2010; A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, Revista Brasileira de Políticas Públicas 5:24, 2015; e Reason without vote: the representative and majoritarian function of Constitutional Courts, Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves Fernandes (eds), Democratizing Constitutional Law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism, 2016”

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017, p. 3.

⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Belo Horizonte: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 48.

⁷⁸ *Idem*, p. 43: “mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita (...) nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente”.

⁷⁹ *Idem*, p. 42: “O modelo substancialista – que, em parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal”.

⁸⁰ Em contraposição àquela que ele identifica como “procedimentalista”, defendida por Habermas e Ely (*Idem*, p. 38), em que se rejeitaria a invasão pelo Judiciário dos espaços políticos, esse se atendo a garantir o acesso e funcionamento pleno dos mecanismos democráticos, resistindo “à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais” (*Idem*, p. 42).

⁸¹ *Idem*, p. 51.

⁸² *Idem*, p. 52.

mesmo que contra a vontade da maioria materializada na composição dos representantes eleitos no Executivo e no Legislativo⁸³.

Streck levanta ressalvas⁸⁴ ocasionais⁸⁵ quanto a essa transferência de poder para o Judiciário e à libertação da atividade interpretativa da Corte constitucional; todavia, demonstra claramente seu apoio aos instrumentos que permitiriam essas transformações, lamentando, por exemplo, que o mandado de injunção, constitucionalmente estabelecido e repleto de potencial revolucionário, teria sido tornado ineficaz pelo STF⁸⁶.

⁸³ *Idem*, p. 51: “entendo que as promessas da modernidade contidas no texto da Constituição não podem ficar à mercê de vontade políticas *ad hoc* dos Poderes Legislativos e Executivo. Veja-se, para tanto, o que se passou – e principalmente o que não se passou – nesses quinze anos de Constituição (compromissória e dirigente)... Aí se negarem a concretizar os direitos constitucionais, tais poderes solapam o papel dirigente e compromissório da Constituição. *Daí a necessidade de se lançar mão da jurisdição constitucional, mesmo que esta não responda adequadamente as demandas propostas*”.

⁸⁴ *Idem*, p. 51: “É evidente que a defesa de um certo grau de intervencionismo da justiça constitucional (ou, se se quiser, do Poder Judiciário) – que venho sustentando sem a menor ilusão de que existam apenas ‘bons ativismos e bons ativistas’ – implica o risco, e esta aguda crítica é feita por Bercovici (...), da ocorrência de decisões judiciais emanadas, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, contra a Constituição, *com o conseqüentemente esvaziamento de seus valores substanciais, o que represente – aí sim – usurpação de poderes constituintes*. De qualquer modo, sem tirar a razão da percuciente observação de Bercovici, tenho que o Tribunal Constitucional (no caso, o STF) sempre faz política. E isso é inexorável. O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos Poderes Legislativo e Executivo (...), *não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões*.”

⁸⁵ No livro, são comuns ressalvas curtas, também, apontando, por exemplo, a necessidade de “cuidados” no uso do Judiciário como instrumento de realização de direitos prometidos pela Constituição (*Idem*, p. 53); e garantindo que poderiam existir limites saudáveis para a atividade hermenêutica (*Idem*, p. 19): “Ora, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Mas isso não significa que o processo hermenêutico admita discricionariedades e decisionismos”.

⁸⁶ *Idem*, p. 34: “O mandado de injunção foi recebido pela comunidade jurídica como sendo talvez o mais importante instituto jurídico já introduzido no direito brasileiro (...). Lamentavelmente, em sucessivos julgamentos, o Supremo Tribunal Federal redefiniu o instituto, dizendo que, ao contrário do que pregavam importantes setores da doutrina brasileira, o mandado de injunção não concedia ao Judiciário a prerrogativa de, no caso concreto, na ausência norma regulamentadora, atribuir o direito ao cidadão impetrante, elaborando a norma *tout court* [“por si só”]. No fundo, o MI foi transformado em uma espécie de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, com o que perdeu a sua eficácia”. Deve ser lembrado que a edição citada é de 2009, quando o contexto da Corte era outro.

3 O CASO ESCOLHIDO: O JULGAMENTO CONJUNTO DA ADO 26 E DO MI 4733; COMENTÁRIOS QUANTO AO SEU CONTEXTO E À SUA PERTINÊNCIA AO PROJETO DE PESQUISA

O julgamento conjunto do MI 4733 e da ADO 26 possui determinadas características que o posicionam como um objeto mais do que apropriado para a cartografia ora intentada, afinal, é composto por votos complexos, que contêm em si discussões e conflitos interpretativos quanto ao papel da Corte constitucional, quanto ao próprio ato interpretativo e quanto às vias e conclusões disponíveis – com o uso de uma variedade de ferramentas argumentativas e textuais⁸⁷ –, com discordância entre os ministros sobre quais seriam ou não realmente permitidas ao Tribunal e, principalmente, sobre qual a interpretação apropriada a ser dada a um termo legal (constitucional) e sobre a consequente atividade jurisdicional possível diante de cada interpretação.

Os votos, como mencionado, foram oito favoráveis às pretensões autorais, aprovando as teses propostas pelos relatores e três desfavoráveis, em diferentes graus de oposição⁸⁸. Todos possuem, claramente, suas próprias peculiaridades, todavia, também pela limitação da monografia, caberá a exploração dos argumentos concernentes à definição de racismo presentes em três dos votos, todos retirados dos autos do julgamento da ADO 26, a fim de evitar o debate ocorrido quanto à admissibilidade do MI.

Apesar de o texto integral do julgado da ADO 26 ser bem mais extenso, não somente em seu número de páginas, mas até no número de conclusões e teses firmadas⁸⁹, ele em nenhum momento contradiz o presente no julgado do MI 4733, sendo, em proveito do julgamento conjunto, assentadas soluções compatíveis para ambas as ações, quando não tratadas as duas como se a mesma fossem – o debate sobre a distinção entre Mandados de Injunção e Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão existiu, todavia, terminou relevado pelos ministros, muitos ignorando em seus votos qualquer diferença entre as ações.

⁸⁷ É nessa variedade de considerações (e discordâncias) onde pode ser encontrado o terreno mais apropriado para um estudo cartográfico como este, focado em observar presenças e ausências de dados e argumentos, o reforço e o desprezo de ideias, a preferência por um ou outro método de legitimação etc.

⁸⁸ Todos os ministros reconheceram parcialmente a ADO 26, a maioria julgando procedentes seus pedidos conhecidos; com Lewandowski e Toffoli julgando parcialmente procedente a ação e Marco Aurélio julgando essa como absolutamente improcedente. A maioria dos ministros reconheceu o MI 4733, com Lewandowski, Toffoli e Marco Aurélio discordando da via peticionada para realizar as pretensões autorais e votando contra.

⁸⁹ Somente contando o número de palavras nos acórdãos, temos um indicativo disso: no MI, há 151 palavras no acórdão; e, na ADO, há 786 palavras. Os textos dos acórdãos estão transcritos ao fim da seção.

A ADO 26 teve como autor o Partido Popular Socialista – PPS, e, nas palavras do Relatório⁹⁰ do ministro Celso de Mello, a “pretensão de ‘criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima’, em face da existência, segundo sustenta, ‘da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)’”.

Os Mandados de Injunção, por sua vez, são ações baseadas no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal⁹¹, tendo sido o MI 4733 impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT frente ao Congresso Nacional também devido às omissões aos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição.

Em resumo⁹², as ações buscavam, principalmente, o i) **reconhecimento** pelo STF de inércia do Poder Legislativo, que possuía e ignorara a obrigação, comandada por dois incisos diferentes do artigo 5º da Constituição, de criminalizar condutas de violência e discriminação em razão de identidade de gênero e sexualidade (as quais serão, ao longo desta monografia, resumidas como “condutas homotransfóbicas”⁹³); e, uma **consequente** ii) **criminalização** judicial desses comportamentos, baseada na omissão a um ou a dois dos dispositivos constitucionais apontados, art. 5º, inc. XLI e XLII:

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

Na interpretação autoral, portanto:

⁹⁰ Página 17 dos autos do julgamento da ADO, relatório do ministro Celso de Mello.

⁹¹ “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”

⁹² Páginas 15 e 16 dos autos do julgamento da ADO, relatório de Celso de Mello.

⁹³ No mesmo modo que fazem diversos comentaristas sobre o julgamento, assim como parte dos acadêmicos citados nos votos, e os próprios ministros, como se vê (página 95 do voto-relator da ADO).

O inciso XLI, por determinar a *punição* de condutas discriminatórias que atentem contra “direitos e liberdades fundamentais”, estaria determinando assim a *criminalização* desses comportamentos discriminatórios, o que ainda não havia ocorrido.

O inciso XLII define como *crime* a conduta racista e já firma as características para a punição que prevê (não só a prática seria, literalmente, *crime*, como a pena seria de reclusão, sem possibilidade de fiança ou prescrição), a cominação e seus pormenores a serem estabelecidos por lei posterior (Lei nº 7.716/1989) – que viria a ser conhecida como a “Lei do Racismo”⁹⁴. Todavia, em nenhum momento foi explicitamente incluída na Lei a hipótese de condutas homotransfóbicas serem punidas como racistas⁹⁵, o que seria, na visão autoral⁹⁶, acompanhada pelo ministro-relator, uma omissão ao inciso XLII e à interpretação “ampla”⁹⁷ que o STF teria dado ao “racismo” no julgamento do “caso Ellwanger”.

Esse significado distinto adotado para “racismo” e sua função legitimadora para a criminalização formarão o cerne do conflito jurídico enfrentado pela Corte, tanto que formou a essência do pedido principal das ações; como pedido subsidiário restando aquele pelo reconhecimento só da omissão ao primeiro inciso e por uma consequente tipificação jurisdicional direta da homotransfobia, excepcionalmente sendo superada a exigência de legalidade estrita do Poder Legislativo federal (o princípio liberal clássico do direito penal, positivado na Constituição, que dita que “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”⁹⁸).

⁹⁴ Que no seu título tem que “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.

⁹⁵ A redação original da Lei 7716/89, a “Lei do Racismo”, chegou a ser alterada pela lei 9459/97, seu artigo 1º passando de definir como crimes puníveis pela Lei aqueles “resultantes de preconceitos de raça ou de cor” para aqueles “resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Nenhuma menção, de qualquer modo, à sexualidade ou identidade de gênero – mas também em nenhum momento sendo definido, ou sequer utilizado, o termo “racismo” –.

⁹⁶ Página 2 do voto-relator da ADO 26: “o legislador ordinário, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional”.

“O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor nesta sede processual reside, essencialmente, na alegação de que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII).”

⁹⁷ Página 99 do voto-relator da ADO 26: “[o STF está] a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo [Tribunal] em relevantíssimo precedente (‘caso Ellwanger’).”

⁹⁸ Art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXIX, define que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Os dois pedidos foram tratados como controversos e foram feitas, ainda antes do julgamento, acusações de que o STF estaria praticando “ativismo judicial” se fosse favorável às teses autorais, ou, ao menos, de que estaria sendo irresponsável, maculando seu papel institucional (avançando sobre o campo político) e prejudicando princípios essenciais ao direito penal (especificamente o preceito da exigência da estrita legalidade para a criação de tipos penais⁹⁹) e o direito à liberdade de expressão (e à liberdade de culto religioso¹⁰⁰). O debate, obviamente, nem se encerrou de forma concomitante à realização do julgamento, aparecendo em contextos diversos e se estendendo pelos anos seguintes¹⁰¹, nem se iniciou com a propositura das demandas. Como visto, tais críticas não são novas para a Corte, afinal, mesmo que as circunstâncias e teses postuladas, debatidas e firmadas do julgamento específico sejam “novas”, esse é somente mais um capítulo em um dissenso desenvolvido nas últimas décadas sobre se estaria ocorrendo ou não uma expansão antidemocrática e antijurídica do papel político do Supremo Tribunal Federal¹⁰².

⁹⁹ ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O ativismo judicial da República togada e o princípio da legalidade na democracia parlamentar**, p. 2: “Especial atenção de toda a comunidade jurídica, e de toda a sociedade brasileira, merecem o Mandado de Injunção n. 4.733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 (...). Se acolhida a pretensão, o STF estará tipificando penalmente condutas inconvenientes, civilmente ilícitas, imorais na perspectiva liberal, mas que ainda não são criminosas. Seria um passo demasiadamente largo e absurdamente perigoso”.

¹⁰⁰ Como exemplo serve o afirmado pelo advogado Uziel Santana, presidente da Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), que foi admitida como *amicus curiae* no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, em entrevista de 2015: considerando que a decisão tipificando a homofobia seria o resultado mais provável, levando em conta, como exemplo principal, a decisão de 2011 pela constitucionalidade da união homoafetiva (Luís Roberto Barroso era advogado da causa, ainda não ministro do STF), essa seria problemática por superar a “impossibilidade de o STF legislar sobre matéria penal”, mas também pois seria “anticristã” por estar potencializando “a simples pregação de um religioso, no espaço público ou privado, de que a homossexualidade é pecado”.

¹⁰¹ Exemplo de audiência pública na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara, em que se fez referência explícita ao julgamento que criminalizou a homotransfobia. Os congressistas não somente caracterizaram o decidido como a criação de um “tipo penal de homofobia por analogia” (observar adiante todo o esforço em negar tal hipótese/acusação realizado pelos ministros favoráveis) e evidência de ativismo judicial e arbitrariedade. “O Parlamento representa a vontade popular. Não são 11 ministros - ditadores togados - que vão definir o futuro de uma nação”, afirmou a relatora do Projeto de Lei 4754/16, defendido na audiência, que incluía “como crime de responsabilidade dos ministros do Supremo usurpar a competência do Poder Legislativo ou do Executivo, possibilitando o impeachment dos ministros”. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/576770-ativismo-judicial-do-stf-e-criticado-em-audiencia-publica-na-ccj/>

O projeto foi rejeitado em 2021 como “inconstitucional”, presente no seguinte link:

<https://www.camara.leg.br/noticias/755246-ccj-rejeita-proposta-sobre-impeachment-de-ministro-do-stf-que-usur-passe-poder-do-congresso/>.

¹⁰² Entrevistado em 2011, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves (de 1975 a 2003, presente no julgamento do “caso Ellwanger”, no qual foi relator, votando contra o enquadramento de antissemitismo como forma de racismo) afirmou que “o STF está adotando uma posição mais política do que antigamente”, que o “ativismo judicial” presente não existia em sua época, que mandados de injunção não deveriam ter o poder “de criar normas”, somente de alertar o Legislativo federal da necessidade de criá-las, que a Constituição dava ao STF a capacidade de comunicar ao Congresso de suas omissões (em caso de ADO), mas que “não diz lá que se faça norma para substituí-lo ou para atuar no mundo da lei”; identificando uma nova “orientação (...) amplamente predominante” no tribunal. O ex-ministro reconhece que “toda a decisão judicial não deixa de ser no fundo a criação de um direito”, mas adiciona que questão estaria na intensidade dessa criação. Entrevista disponível em: <https://alfonsin.com.br/carta-no-autoriza-stf-a-criar-norma-diz-moreira-alves/>

Apresentado, em 2014, às possibilidades do eventual julgamento do Mandado de Injunção 4733, Streck – que anteriormente, como citado, se mostrou favorável ao substancialismo, a concretização do programa constitucional como percebido por uma Corte comprometida com uma postura intervencionista¹⁰³ – foi expressamente contrário a um resultado favorável, crendo, inclusive, que “por coerência e prestigiando os seus próprios julgados” o STF negaria cabimento à ação. Na opinião publicada na coluna “Senso Incomum”, do site “Consultor Jurídico”¹⁰⁴, – entre considerações sobre as intenções por trás da criação do instrumento do mandado de injunção e sobre posturas paradoxais garantistas e punitivistas que seriam assumidas pelos movimentos progressistas – Streck avança sobre os argumentos autorais (através do parecer da Procuradoria-Geral da República¹⁰⁵ que os deu aprovação), afirmando que o sucesso desses representaria um perigo:

2. Além disso, especialmente para efeitos de criminalização e penalização a própria CF assegura, na condição de direitos-garantia fundamentais, a legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, CF). Resulta elementar que o Mandado de Injunção não pode ser manejado para efeitos de por um lado buscar uma “criminalização judicial” onde sequer a CF exige de forma inequívoca a criminalização, pois, reiterar-se, punição não é equivalente a criminalização (e nem esta necessariamente implica imposição

¹⁰³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Belo Horizonte: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 48: “entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentista, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira”. Nas duas folhas seguintes se posicionando contra a posição “procedimentalista” de John Hart Ely e o paradigma constitucional habermasiano “onde ‘a função da Corte Constitucional originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação de opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político’, não devendo, portanto, transformar-se (a justiça constitucional) em ‘guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais’ (...) a realidade brasileira aponta em direção contrária: o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais; parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não é cumprida; o controle abstrato das normas apresenta um *déficit* de eficácia, decorrente de uma ‘baixa constitucionalidade’”.

¹⁰⁴ Em conjunto a “Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Flávio Pansieri, em 21 de agosto de 2014, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>

¹⁰⁵ Procurador-Geral da República, em seu parecer da ADO 26, foi favorável às pretensões autorais, afirmando que 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”, em seguida levantando considerações e referências (a obras doutrinárias sobre a temática e a julgados do STF, incluindo aquele do HC 82.424/RS) adeptas à interpretação de ampla de racismo: “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”. Concluindo que “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”. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/222328/pgr-defende-que-homofobia-seja-julgada-como-crime-de-racismo> e <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150624-02.pdf>

de pena, como se extrai do exemplo da despenalização, mas não descriminalização da posse de droga para consumo próprio), muito menos, contudo, para com isso violar frontalmente outros direitos e garantias fundamentais.

3. Na medida em que a CF não estabelece a obrigação de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus. Como já referido, a CF estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de panhermeneutismo, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente vedada analogia in malam partem. Não há abrigo constitucional para tal.

Não nega¹⁰⁶, portanto, que um mandado de injunção poderia, se bem fundamentado e julgado, resultar na “criminalização judicial” de uma conduta; somente nega a existência, nesse caso, do fundamento necessário: um mandado constitucional de criminalização. Streck não enxerga um mandado incriminador; só percebe, em seu lugar, o mal simbólico que tentativas como essa causariam ao ordenamento, visto que, para ele, adotariam, em nome de fins nobres, meios inapropriados, sendo bastante severo em sua censura às teses da parte impetrante¹⁰⁷.

Reação esperada, logo, foi a do advogado da ABGLT, impetrante do Mandado de Injunção, Iotti, que menos de uma semana depois da publicação da opinião de Streck, manifestou-se em artigo-resposta, deixando também comentário na própria postagem original no qual lamenta “que os articulistas não tenham enfrentado praticamente nenhum dos fundamentos jurídicos da ação, embora a tenham citado”, adicionando que “discordâncias

¹⁰⁶ Muito pelo contrário: Streck critica a postura da Procuradoria por entender que, para essa, a “proibição de proteção insuficiente” já seria bastante para justificar criminalizações estabelecidas pelo Poder Judiciário, mas considera que “deve ser louvada a posição exposta no parecer, porque abre esse horizonte de cumprimento, no futuro dos mandados constitucionais [de criminalização], embora não seja o caso (...) da homofobia”.

¹⁰⁷ “Não esqueçamos, ainda nessa quadra, que a tentativa de criminalizar as referidas condutas expostas na inicial tem como sustentáculo a sua correlação (analogia) com o racismo. Nesse sentido, há que se ter em conta a relevante circunstância – de índole constitucional – que racismo é crime hediondo; conseqüentemente, tudo está a indicar que qualquer agressão de cariz homofóbico e identidades de gêneros, a vingar a pretensão da inicial do Mandado de Injunção, será considerada ‘crime hediondo’. E veja-se a vagueza e a ambigüidade do ‘tipo penal’ pretendido na impetração, o que, por si só, já ofende princípios e regras elementares da Constituição Federal e do direito internacional dos direitos humanos. Como conceituar ‘todas as formas de homofobia e transfobia’? Ofensas verbais estão incluídas? E isso seria uma forma de racismo? E o crime de homofobia abrangeria atos concretos de discriminação (mediante uma leitura afinada com o que dispõe o art. 5º, XLI, CF) ou já incluiria atos de preconceito?

Mas também a chaga de uma forma sutil de ‘maquiavelismo jurídico’ merece referência, visto que não é a primeira vez que causas que são em si nobres (uma vez que ninguém questiona — e a CF impõe! — a bondade intrínseca do combate a todas as formas de discriminação), tendem a legitimar, do ponto de vista de alguns, praticamente todo e qualquer meio para a sua realização, ainda que o meio implique sérias violações de direitos e garantias fundamentais, profundamente incrustados na Constituição e no direito internacional dos direitos humanos, todos a contemplar a legalidade estrita em matéria penal”.

podem subsistir em uma ciência interpretativa como o Direito, mas creio que fundamentos jurídicos devem ser expressamente enfrentados quando deles se discorda".

Em sua réplica online¹⁰⁸, Iotti tenta esclarecer seus argumentos, explanando sua visão quanto a certos pontos inicialmente trazidos por Streck e seus colegas colonistas em resposta ao parecer do Procurador-geral. Vale mencionar (em resumo) seus posicionamentos de que:

i) no dispositivo constitucional que define as hipóteses para concessão mandado de injunção, haveria a hipótese de servir “[n]a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício (...) das prerrogativas inerentes (...) à cidadania” das pessoas que são alvo de condutas discriminatórias e/ou violentas de natureza homotransfóbica, sendo possível “o controle da omissão inconstitucional por parte dos cidadãos (via MI) em uma *Constituição Dirigente*, que obriga o legislador a criar as leis objeto das ordens de legislar”, justificando “evolução *na* jurisprudência do STF para admitir o MI também nesta hipótese, por *overruling* da tese restritiva [já pacificada]”;

ii) os direitos dos cidadãos afetados “estão materialmente *inviabilizados* pela verdadeira *banalidade do mal homotransfóbico* que vivemos na atualidade, caracterizada pela clara crença de incontáveis pessoas de que teriam um pseudo “direito” de ofender, discriminar, agredir e até matar pessoas LGBT por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero”, sendo “bem jurídico digno de tutela penal” (com “os demais ramos do Direito [se mostrando] incapazes de resolver o problema”) e feitas todas as ponderações do garantismo penal, o qual “não trata apenas da proteção dos cidadãos contra a intervenção estatal, mas abarca também o *garantismo positivo*, consubstanciado no dever do Estado de garantir a segurança de seus cidadãos”;

iii) homotransfobia se enquadra como racismo pois o conceito teria sido “atualizado”: no “caso Ellwanger” se reconheceu por maioria que, como não existem “raças humanas”, e como o termo “racismo” não poderia ser reduzido ao racismo “negrofóbico”, se deveria aplicar o significado “social” de “raça” para definir o crime de “racismo”, não um sentido baseado a um “originalismo”, restritivo; como o racismo seria uma “toda ideologia que prega a inferioridade de um grupo social relativamente a outro”, a “a homotransfobia se enquadra

¹⁰⁸ IOTTI, Paulo Roberto. **O mandado de Injunção e a criminalização de condutas**. Revista Consultor Jurídico, 2014.

neste conceito ontológico-constitucional de racismo afirmado pelo STF”; sendo a homofobia e a transfobia espécies do gênero racismo, e;

iv) “o pedido efetivamente polêmico da ação” seria legítimo, não sendo para “criminalizar por analogia”, mas, sim, “para o STF exercer ‘função legislativa atípica’ para, suprimindo a omissão inconstitucional, efetivar a criminalização (sim, *legislando*)”; se o desejo constitucional era pela criação de leis tutelando minorias discriminadas com punição penal àqueles que cometessem atitudes discriminatórias, o Legislativo tinha o dever de criar tais leis; todavia, como essas minorias não seriam capazes de obter maioria no Legislativo, nem esse está interessado em cumprir seu compromisso institucional, caberia à Corte constitucional impedir a perda da eficácia constitucional: “o princípio da separação ‘dos poderes’ dá ao Legislativo o poder de criar leis, mas não de inviabilizar a Constituição, donde se ele não cria a norma que a Constituição o obriga a criar, deve o STF fazê-lo”, assumindo sua função, de forma atípica e extraordinária.

Como se vê, nos últimos dois pontos o debate se tornando devidamente acirrado e a este estudo interessante. Afinal, STF não só considerou i) o mandado de injunção medida cabível (aparentemente superando paradigma anterior) e ii) a “situação real” preocupante o suficiente para tal, mas teve de ponderar o uso de argumentos tão polêmicos, que foram tratados até como uma forma de “maquiavelismo jurídico” (como se preocupados com os bons fins, sem se importarem com maus meios) por doutrinadores favoráveis à causa LGBT e a uma maior eficácia dos mandados de injunção (e da jurisdição constitucional ao todo). De outro lado, por todo o seu posicionamento em prol da concretização do Constituição e até de uma atitude “iluminista”, como posto pelo ministro Barroso, caso o STF deixasse de atuar, estaria descumprindo o que identificou como sua missão em julgados anteriores, de força contramajoritária e guardiã de (e aliada a) populações vulneráveis.

Eis a **tensão** mencionada entre o **reconhecimento** e o que seria uma **consequente criminalização**: a questão “polêmica” surgida, não necessariamente do reconhecimento da gravidade das condutas homotransfóbicas (que ninguém nega), nem do reconhecimento de que (por mandado constitucional) essas *deveriam ser* crime, mas de como, reconhecido isso, torna-la crime sem violar um princípio basilar do direito penal?

Ao fim do julgado, depois de provocado por ADO e por MI, de entender essas como medidas cabíveis e de reconhecer omissões nelas apontadas, o STF decidiu por criminalizar

judicialmente condutas homofóbicas e transfóbicas – resultado tomado como histórico por uns e como abominável por outros, como será mostrado. Ver como os ministros do Tribunal navegaram as escolhas disponíveis (e onde resolveram ancorar seus votos) será do interesse desta monografia; cabendo, antes disso, detalhar o fim alcançado pela Corte e como essa o descreveu: as conclusões alcançadas pelos ministros (coletivamente, como corpo judicial) como descritas pelos ministros nos acórdãos constantes nos autos do julgamento conjunto.

O acórdão do julgamento do Mandado de Injunção 4733 formaliza as conclusões alcançadas pela Corte, especificamente, para: “(i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) **aplicar**, com efeitos prospectivos, **até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/1989 a fim de estender a tipificação prevista** para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional **à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero**, nos termos do voto do Relator” (grifo nosso)¹⁰⁹. Como se vê, a conclusão foi para, provisoriamente, “estender” uma “tipificação [já] prevista”.

Quanto ao acórdão da ADO 26, bem mais extenso, cabe apontar a primeira e (principalmente) a terceira tese neles listadas, proposições feitas pelo próprio ministro-relator da ação na conclusão de seu voto (seção 19¹¹⁰) e confirmadas pelos demais ministros favoráveis.

O acórdão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 formaliza as conclusões alcançadas pela Corte, de interesse deste estudo, para:

- 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 LGBTI+;
- 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

¹⁰⁹ Página 2 dos autos do julgamento MI 4733.

¹¹⁰ Páginas 154, 155 do voto-relator da ADO 26.

HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, 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, nos termos do voto do Relator.¹¹¹

Também, por maioria, no acórdão sendo fixadas três teses:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, ‘in fine’); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou

¹¹¹ Integralmente: “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 LGBTI+; 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 LGBTI+, 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, nos termos do voto do Relator”

fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.¹¹²

Os três votos de interesse à cartografia da próxima seção foram os seguintes:

i) Celso de Mello, relator do julgamento da ADO 26, votou favoravelmente à pretensão autoral pela criminalização, mas rejeitou completamente a tese de que o STF poderia criar tipo penal. Argumentou que, todavia, o STF poderia, sim, reconhecendo o significado abrangente dado no “caso Ellwanger” para racismo (chamado de “racismo social”), considerar que a homotransfobia é uma forma de racismo. Fez questão também de rejeitar a crítica de que estaria fazendo analogia: seria um enquadramento, não uma equiparação; negando, também, estar dando “sentença aditiva”: na prática, é interpretação conforme a Constituição, o conceito constitucional amplo de racismo já firmado, só sendo aqui reconhecido e aplicado a uma lei infraconstitucional, não expandido. Seu voto é o mais extenso, ultrapassando as 150 páginas e se dividindo em 20 seções.

ii) Lewandowski, que fora relator do MI 4733 e rejeitou seu cabimento (posteriormente foi interposto recurso e ele foi retirado do posto de relator) votou absolutamente contra o Mandado de Injunção. Diante da ADO 26, todavia, reconheceu que havia omissão quanto ao inciso XLI do artigo 5º, ou seja, que na Constituição se ordenava a punição de condutas discriminatórias e que a homotransfobia seria grave a ponto de necessitar a criminalização; todavia, esta nunca poderia ocorrer pelo STF. Recomendou que o Congresso fosse comunicado de sua omissão e de que deveria tipificar a conduta por lei específica. Nem levou em consideração o argumento de que homotransfobia entraria no conceito de racismo.

iii) Marco Aurélio deu o voto que mais discordou da tese firmada: não só negou a possibilidade de que o conceito ampliado de racismo abarcaria as condutas homofóbicas e negou o cabimento do Mandado de Injunção, como Lewandowski, mas, também, negou haver omissão inconstitucional, considerando que o mandado de “punição” do inciso XLI citado

¹¹² Páginas 10, 11 e 12 dos autos do julgamento da ADO 26.

não era de “criminalização”, então não se poderia obrigar o Legislativo a fazê-lo (nem, muito menos, poderia o STF criminalizar por si próprio a conduta).

Todos os ministros fizeram comentários pessoais repugnando as condutas homotransfóbicas; e, mesmo que em polos opostos nos seus resultados, tanto Celso de Mello quanto Marco Aurélio reforçaram e celebraram o que puderam do histórico do STF no combate às discriminações, quer na sociedade privada, quer por omissão ou ação estatal (citaram, como exemplos, a decisão que legalizou a união estável homoafetiva, considerando-a entidade familiar aos olhos da Constituição, e a decisão que obrigou o Estado brasileiro a reconhecer formalmente as identidades de pessoas transgêneros).

Todos os ministros, de vários modos (mas explicitamente), rejeitaram a ideia de que o STF poderia assumir atipicamente a função de legislador positivo penal, tratada como uma pretensão autoral impossível; como se verá, porém, houve muita discordância quanto a se o STF teria ou não acabado por fazer isso indiretamente: apesar de negado expressamente e de forma fundamentada pelos ministros favoráveis à tese vencedora – como Celso de Mello –, tanto Lewandowski quanto Marco Aurélio demonstraram o entendimento de que a posição majoritária superou a estrita legalidade (sem querer admiti-lo).

Iotti, após o julgamento, escreveu novo artigo¹¹³ de opinião para o site “Consultor Jurídico”, já se erguendo contra as críticas, defendendo que (como diz o título) o “Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo”.

Entre os pontos do artigo, Iotti, defendeu que o conceito de homofobia como racismo “não foi *inventado* pelo STF”, argumenta Iotti, mas, sim, decorreria “da concretização da *literatura negra antirracismo*, (...) captada com maestria pelo ministro Celso de Mello, redator da tese referendada pelo Plenário”.; a Corte teria desconstruído o racismo e alcançado a ideia de que se fosse recusada tal tese, significaria negar “ao Judiciário *qualquer* labor interpretativo, algo incompatível com o *mondo real*”. Além disso, alegou que os críticos não enfrentaram a fundamentação do STF, listando-os.

As reações¹¹⁴ continuaram por anos seguintes variando previsivelmente entre a celebração, a crítica e a condenação de jornalistas e comentaristas. Houve diversas

¹¹³ IOTTI, Paulo Roberto. **Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo**. Revista Consultor Jurídico, 2019.

¹¹⁴ Essas citadas são só algumas daquelas observadas, e são meramente listadas para indicar a repercussão do julgamento, não para apontar qualquer tipo de recomendação ou viés próprio.

reportagens e informativos celebrando a decisão e acompanhando seus efeitos ao longo dos anos; dois exemplos: i) o site *Catraca Livre* considerou que “[há um ano] a Justiça dava um passo histórico na luta contra a LGBTfobia[; sendo] a primeira resposta ao avanço do conservadorismo que ganhou espaço na política e nas ruas nos últimos anos, transformando o Brasil no reflexo de sua própria intolerância”; a decisão sendo percebida como importante simbolicamente, mas também “dá mecanismos de luta contra a opressão homotransfóbica e fez uma parte das pessoas não praticar a homotransfobia”¹¹⁵; ii) o IBDFAM (que atuou como *amicus curiae* no julgamento) considerou a decisão um “marco na luta pela diversidade no Brasil”, apontando que, dois anos depois: “os números da violência contra a população LGBTI ainda são alarmantes”; todavia “houve queda nos índices na comparação com os anos anteriores”, mesmo que “de acordo o [Grupo Gay da Bahia], não há previsão nem explicação sociológica indiscutível que justifique a redução dos números”¹¹⁶.

Também foram relevantes alguns casos de grande repercussão na mídia em que a questão da homotransfobia se tornou o foco, situações como: i) a “demissão do atleta Maurício Souza do Minas Tênis Clube e seu afastamento compulsório da seleção brasileira”¹¹⁷, que não envolveu a acusação penal do jogador, mas o elevou ao campo político¹¹⁸; ii) quando “um procurador [da PGE de São Paulo se tornou] réu por homofobia” por ter feito postagens online “contrárias aos gays, muitas vezes com palavras violentas”¹¹⁹; iii) quando “Ministro da Educação é denunciado pela PGR ao STF pelo crime de homofobia”¹²⁰, depois sendo o mesmo exonerado do governo (por motivo outro), dando razão para a investigação ser enviada para a primeira instância¹²¹. Os dois primeiros exemplos citados, vale apontar, coincidindo no tanto de terem sido reações feitas na internet; e todos os três envolvendo debate político (com personalidades da ala identificada como conservadora se envolvendo na

¹¹⁵ CATRACA LIVRE. **O que mudou após 1 ano da criminalização da LGBTfobia no Brasil?** *Catraca Livre*, 2020. A reportagem entrevistando Iotti e “Maria Eduarda Aguiar, que participou da defesa no Supremo e atua como ativista da causa transexual”.

¹¹⁶ IBDFAM. **Criminalização da homotransfobia pelo STF completa dois anos.** IBDFAM Instituto Brasileiro de *Direito* de Família, 2021.

¹¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Caso Maurício Souza: Homofobia e liberdade de expressão.** Consultor Jurídico, 2021. O comentarista opinando que “para que ocorra o crime de homofobia o agente deverá empregar meios que restrinjam ou impeçam o exercício dos direitos fundamentais da vítima, tais como a proibição da entrada em estabelecimentos comerciais, a vedação de filiação político-partidária ou a negativa de permanência no mesmo ambiente da pessoa discriminada”; e que para a caracterização do crime de injúria preconceituosa deve haver mais do que “conotação crítica” ou expressão de “uma concepção individual de reprovação comportamental”, que estariam protegidas pela “liberdade de expressão, constitucionalmente garantida pela CF, artigo 5º, IX”.

¹¹⁸ O TEMPO. **Pré-candidato a deputado federal Maurício Souza do vôlei lança podcast.** O Tempo, 2022.

¹¹⁹ BATISTA JR., João. **O procurador, a homofobia e a rede social.** Revista Piauí, 2021.

¹²⁰ CONSULTOR JURÍDICO. **Ministro da Educação é denunciado pela PGR ao STF pelo crime de homofobia.** Consultor Jurídico, 2022.

¹²¹ O GLOBO. **PGR pede que STF envie investigação sobre Milton Ribeiro para a primeira instância.** O Globo, 2022.

repercussão) e jurídico (com discussão sobre liberdade de expressão, e sobre quais condutas então estariam, afinal, tipificadas ou não e que devem resultar em denúncias pelo Ministério Público, inquéritos pela polícia, condenações pelo Judiciário ou não).

Principalmente, sobretudo, vale apontar alguns dos trabalhos acadêmicos elaborados nos anos posteriores ao julgado:

Moreira¹²², em sua monografia, discorre também sobre os argumentos do caso (inclusive sobre a conceituação de racismo¹²³ e a questão da superação ou não da estrita legalidade dos tipos penais); e resolve apontar (o que vê como) “possíveis fragilidades argumentativas”, entre elas, quanto a “se com a antiga jurisprudência do Tribunal já não seria possível afirmação de que as pessoas integrantes da comunidade LGBTI+ se enquadrariam no conceito de raça protegido pela Lei 7716/89”, e quanto a se os critérios adotados para a definição de raça não abrigaria “outros eventuais grupos sociais”¹²⁴. Como conclusão, se considera haver insegurança na “noção de raça adotada” por sua indeterminação¹²⁵.

Em artigo, Cândido da Nóbrega Neto mede a relação entre ativismo judicial¹²⁶ e decisões aditivas¹²⁷. Considera, observando a argumentação do ministro-relator da ADO 26,

¹²² Vale deixar claro: esse, Felipe Natil Martins **Moreira**, é diferente de Francisco Pimentel de Rangel **Moreira**, autor de dissertação (já citada) realizada dentro do grupo de pesquisa de Just.

¹²³ MOREIRA, Felipe Natil Martins. **O STF e a criminalização da homotransfobia** – uma análise argumentativa sobre a ADO 26. 2019, p. 53: “não é possível afirmar que todos os Ministros conceituam o racismo da mesma forma. No entanto, é possível dizer que quase todos os que de alguma forma tentam conceitua-lo indicam o caso Ellwanger como importante precedente judicial. Além disso, é possível afirmar que todos os Ministros que citam o referido precedente [incluído aqui Marco Aurélio, que foi contrário à tese] concordam que o racismo não se limita ao seu sentido vernacular ou comum, segundo o qual apenas seriam vítimas de racismo as pessoas negras”.

¹²⁴ *Idem*, p. 54-58.

¹²⁵ *Idem*, p. 59.

¹²⁶ Que o autor mantém o ativismo em seu duplo sentido como parte de sua premissa, visto como positivo por uns, que identificam um Judiciário busca ativamente Justiça, e como negativo por outros (como pelo próprio autor, como admite na página 4), que vem o Judiciário como um instrumento de ativistas políticos ocultos (CÂNDIDO DA NÓBREGA NETO, E. DECISÕES ADITIVAS COMO REPRESENTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL? UMA ANÁLISE DA ADO 26. **Caderno Virtual**. 2020, p. 2): “A constituição de 1988 é marco temporal de uma transformação colossal no direito brasileiro. No momento posterior à vigência da Carta, o Poder Judiciário assumiu inédito protagonismo, de forma que, movido pelo ímpeto de atuação, ou tão somente pelo dever constitucional de inafastabilidade da jurisdição, passou a exercer funções que outrora eram privativas do Legislativo e do Executivo. A expansão da atividade jurisdicional nesse novo cenário, de forma deliberada, recebeu vulgarmente o nome de ativismo judicial e passou a ocupar lugar de especial relevância no debate jurídico contemporâneo. Ora colocado como instrumento positivo na defesa do Estado Democrático de Direito, ora visto como usurpação de competência dos demais Poderes”. Sendo um dos “questionamentos a que se pretende responder [se] o ativismo judicial representa exercício legítimo da Jurisdição ou intromissão indevida em atribuições alheias”. Na página 4, reconhece que, após comparar sua própria visão (e de alguns autores críticos) àquela do ministro Barroso, “fica claro que os autores estão usando a mesma nomenclatura para designar coisas diferentes. Não se trata, apenas, de uma distinção na valoração do fenômeno, mas, sim, de fenômenos distintos”.

¹²⁷ *Idem*, p. 1: “as decisões manipulativas de efeitos aditivos, (...) cuja principal característica é a transformação da norma, mediante pronunciamento judicial, por meio da adição de conteúdo”.

Celso de Mello, que esse teria erroneamente negado estar decidindo de forma modificativa-aditiva; certo estaria o ministro Gilmar Mendes, que entendeu o contrário¹²⁸.

Todos os ministros repugnaram a ideia de estarem sendo ativistas (no sentido pejorativo) e:

decisões de efeitos aditivos não implicam ativismo, mas exercício regular da guarda da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal[; todavia,] “ainda que se defenda que as sentenças aditivas não implicam ativismo, é importante destacar que não o fazem necessariamente, porquanto nada impede que a Corte se valha da referida técnica para ocupar espaço decisório que não lhe é devido.

O caso em análise é paradigmático para a questão. Ora, oito ministros elaboraram longos votos escritos e orais para justificar um pronunciamento, ao mínimo, pouco usual.¹²⁹

Porém, concluindo o autor que:

Conquanto se defenda que ‘não foram criadas figuras novas’, na verdade se o fez. Ainda que se justifique a decisão no precedente *Ellwanger*, cujo dispositivo apregoou que o antissemitismo compreenderia postura racista, na perspectiva social ensejada pelo termo, não se pode negar o conteúdo da própria Constituição, na exigência do respeito ao princípio da legalidade e suas ramificações: não há lei que tipifique a homotransfobia e apenas o legislador pode criar lei.

A professora Ana Beatriz Presgrave (2017, p. 03), em curto ensaio, se utiliza da metáfora da cor salmão para traçar as fronteiras da atividade hermenêutica: a depender da luz pode parecer vermelho, rosa ou até mesmo bege; mas nunca preto, verde ou azul. Desse modo, por mais que se diga – que o Supremo diga – que homofobia é racismo, para questões penais, extremamente ligadas à literalidade, se sabe que não o é. Tanto que a Corte reconheceu mora legislativa em dizer que a homofobia é crime. Se homofobia é racismo e racismo é crime desde 1989, por que o STF acusa de omissão o Congresso? Presgrave inicia seu texto questionando: o Supremo é supremo ou soberano? Deveria ser supremo, mas, às vezes, se diz soberano. Portanto, à vista de tudo que se trabalhou, parece inequívoca a constatação de que se está diante de uma decisão manipulativa de efeitos aditivos marcadamente ativista.

Vieira Junior, em sua monografia, parece concordar com Neto, entendendo ser o caso de ativismo judicial (no sentido negativo da expressão) por parte do STF, que teria “ao estender as condutas homotransfóbicas ao crime de racismo, [violado] suas funções definidas na Constituição”¹³⁰. Ao fim, acaba por emitir opinião próxima à conclusão do ministro

¹²⁸ *Idem*, p. 19: Da discordância em voga, e com base nas lições às quais se recorreu nas linhas pretéritas deste texto, parece assistir razão Gilmar Mendes. Ora, há, como salientou o professor Carlos Blanco de Moraes (2005), um componente ‘oblativo’, qual seja o reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão da criminalização das condutas homofóbicas e; também, um fator ‘reconstrutivo’, na medida em que determinou-se que na pendência de legislação específica, a homofobia estará compreendida na Lei de Racismo, isto é, sanou-se a omissão por meio da extensão de suposto benefício – proteção decorrente de criminalização de conduta discriminatória – ao grupo ‘esquecido’ pelo legislador”.

¹²⁹ *Idem*, p. 20.

¹³⁰ VIEIRA JUNIOR, Jeriel. **O julgamento da ADO 26 e MI 4733 como reflexo do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**: análise da possível violação ao princípio da separação dos poderes. 2021, p. 12.

Lewandowski, argumentando que o Tribunal deveria “apenas cientificar o Congresso sobre seu estado de mora inconstitucional, estabelecendo prazo razoável para conclusão e efetiva legislação sobre o tema versado e não se tornar um legislador atípico em matéria penal”¹³¹.

Em artigo para o site Migalhas, Barioni afirma que, pelo contrário, a posição ativista do STF seria uma infeliz necessidade dos tempos, criada por um Legislativo irresponsável:

O entendimento e a provocação do STF para instrução de seu poder atípico, em caráter de omissão pelo Poder Legislativo, demonstra um total retrocesso da nossa representação legislativa, mais uma vez.

Conforme disposto, o controle de constitucionalidade abre um preceito ao ativismo judicial, sendo que o Poder Judiciário possui o poder atípico para poder reverter às lacunas que o Poder Legislativo omite e negligência, nos casos práticos, para edição de leis específicas sobre determinados temas sociais.

Em meio ao século XXI, a democracia esbelta transcorrida na Constituição Federal não passa de valorizações que não são usuais, mediante o poder político que se infere na sociedade.

(...)

A falta da regulamentação do Poder Legislativo em editar normas e leis específicas é inadmissível, em uma democracia como a nossa. Como foi sintetizada, a nossa Constituição possui uma evolução a ser entendida e compreendida, sendo que os três poderes representam as necessidades da sociedade e do povo, se os mesmos negligenciam e omitem suas responsabilidades, esta sociedade estará desamparada.

(...) Não há dúvidas de que o Poder Legislativo esnoba e carece de consciência elevada social para discutir sobre o assunto. A criminalização da homofobia pelo STF a partir da ADO 26, configurando a norma da lei da Discriminação Racial está longe de ser o que essa comunidade precisa, sendo necessária uma lei específica para versar sobre todos os aspectos e necessidades desta comunidade.¹³²

Evidentemente, tal simples coleção de opiniões não é bastante para permitir qualquer afirmação definitiva sobre a recepção do julgado pela doutrina, até por sua natureza “polêmica”; todavia, já *indica* uma recepção negativa além daquela esperada pelo STF¹³³. Houve, de outro modo, a elaboração constante de acusações – não só de caráter homotransfóbico e antidemocrático, que certamente também ocorreram, mas, jurídico (no sentido acadêmico) – de que a postura assumida teria sido uma de arbitrariedade, de incerteza (imprecisão), de manipulação, e/ou de subjetividade pelos ministros do STF.

¹³¹ *Idem*, 121.

¹³² BARIONI, Murilo dos Santos. **Uma visão histórico, social e sistemática sobre a criminalização da homofobia no Brasil pelo STF (ADO 26)**. Migalhas, 2022.

¹³³ Página 1 do voto-relator da ADO 26: não somente, portanto de “cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas”.

A menção dessas, serve reiterar, não deve ser tomada como uma crítica implícita à decisão; é aqui inserida a fim de demonstrar o enfrentado pela Corte constitucional brasileira na tarefa de legitimar suas decisões como racionais, certas (precisas), genuínas, e objetivas, a serem vistas como se emanadas da própria Constituição.

4 OS VOTOS SELECIONADOS: A CARTOGRAFIA DE ARGUMENTOS DOS MINISTROS CELSO DE MELLO, RICARDO LEWANDOWSKI E MARCO AURÉLIO

4.1 O RECORTE ESCOLHIDO DO JULGADO: OS VOTOS E ARGUMENTOS A SEREM EXPLORADOS

Nesta etapa da monografia, serão apresentadas observações elaboradas a partir da leitura dos votos de ministros no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733: esses achados foram obtidos através da aplicação do método cartográfico, já explanado, sendo mantido o foco nas três camadas discursivas de três votos do julgado no que estes argumentaram e decidiram quanto à possibilidade de criminalização da homotransfobia como forma de racismo (essa sendo a questão eleita para a cartografia).

A escolha pelo método cartográfico e por limitá-lo à exploração das três primeiras camadas discursivas (1- decisão interpretativa, 2- modelos interpretativos e 3- argumentos não-codificados juridicamente) se deu, primeiramente, devido às limitações inerentes ao trabalho de conclusão de curso, forma desta monografia, visto que a cartografia da quarta camada discursiva (4- estrutura discursiva) envolveria conceitos bastante complexos de linguística e semiótica os quais não se entendeu oportuno trabalhar. Contudo, não se pode deixar de pontuar que o julgamento em foco aparenta ser terreno bastante fértil para estudo dentro desta última camada, possuindo o tipo de nuances e organização interna que deve render observações valiosíssimas dentro do projeto de pesquisa proposto¹³⁴.

¹³⁴ Alguns poucos exemplos, caso haja curiosidade de sabê-los:

- i) Como cada ministro cita precedentes seus e dos demais membros da Corte para dar autoridade a alguma premissa ou afirmativa sua como fundamentada numa longa construção jurisprudencial, num raciocínio que se estende além do seu argumento: isso envolveria não só observar os precedentes utilizados, mas, também a linguagem particular feita sobre e ao redor deles. Mais interessante seria, imagina-se, encontrar dois ministros levantando certezas com ajuda de precedentes contrários (então, um citaria um ministro da Corte para dar uma interpretação restritiva e outro citaria outro ministro da Corte para dar uma interpretação mais aberta).
- ii) De maneira similar, observar quando os ministros escolhem relatar certas teses como pretensões das partes, se distanciando, em comparação com quando passam tratar as mesmas como suas, ou da doutrina (para isso serve o uso de Iotti pelo ministro-relator da ADO: interessante observar quando ele se refere às teses de Iotti como advogado da causa e quando se refere às mesmas se referindo a Iotti como doutrinador).
- iii) Em um exame mais detalhado, identificar quando e como os ministros se colocam como instrumentos da Constituição e quando assumem o protagonismo como sujeitos. Nisso contariam desde referências pessoais (uso da primeira pessoa) para afirmá-la ou negá-la (Marco Aurélio, cita-se, faz os dois: se refere ao seu posicionamento político diante da questão, a favor da criminalização, só para tomar decisão contra a criminalização) parte de um esforço pela orientação da retórica à objetividade. Campos bons para isso são os votos de Barroso e Celso de Mello, em ambos sendo reiterada a bravura dos ministros (como o início do voto-relator da ADO, que já aponta os malignos inimigos da Corte e do próprio ministro), o caráter histórico do julgamento (Barroso faz tal referência ao Chamado da História na

De modo bastante similar, o método analítico – mesmo que não se possa negar que se tenha, minimamente, adentrado em questionamentos próprios desse – permitiria uma exploração muitíssimo mais aprofundada e valiosa das causas e impactos da decisão em relação ao arsenal argumentativo disponível ao STF: Como o julgamento do “caso Ellwanger” abriu as possibilidades interpretativas nessa criminalização da homotransfobia aproveitadas? Eram essas aberturas perceptíveis à época do julgado original? Foram elas intencionais? Além do “caso Ellwanger”, que vias essa decisão pela criminalização da homotransfobia abriu e/ou fechou para futuros julgamentos do STF? Seria possível analisar se houve “perda” ou “ganho” de “legitimidade” por parte da Corte com essa decisão? E se algum dos votos divergentes tivesse sido o vencedor?

Como se vê, são questões com enorme potencial, mas também de vasta escala e complexidade, de modo que suas análises seriam plenamente impossíveis neste espaço.

Quanto à definição do conflito jurídico, a delimitação deste à questão da possibilidade de criminalizar a homotransfobia como forma de racismo será devidamente desenvolvida, com sua própria complexidade explorada, na próxima seção secundária, preocupada com a cartografia da primeira camada. A exploração de ainda outros esforços argumentativos presentes nos votos deste julgamento não seria apropriada, mais uma vez, devido ao escopo limitado que a monografia deve manter: questões diversas à escolhida (adiante listadas) podem ter sido importantíssimas nos debates e nos discursos ministeriais, mas terminariam por saturar os esforços deste trabalho, se pormenorizadas, tornando-o impossível.

Por fim, quanto à contenção da cartografia a três votos dos onze proferidos no julgamento que criminalizou a homotransfobia, tem-se a seguinte explicação:

Inicialmente, foram dois julgados, sobretudo, que demonstraram as características procuradas: julgamentos da Suprema Corte brasileira, sobre temas controversos (ambos,

página 17 do seu voto); e, nos mesmos discursos, sendo caracterizada a conclusão do julgado como o resultado de uma relação de causalidade que em nada envolveria as pessoas dos ministros. Barroso chega a afirmar que “iluminista não é o tribunal, é a Constituição” (na página 16 de seu voto).

- iv) Só o estudo do seccionamento feito por Celso de Mello em seu voto, extenso, já deve permitir valiosas observações. Uma delas, se poderia sugerir, seria pela compreensão do desdobramento do uso do termo “racismo” como sinônimo de “homotransfobia” (vide páginas: 37, 40 e 41 do voto, posteriores às conceituações de gênero e orientação sexual e homotransfobia, mas ainda anteriores à conceituação de “racismo social”; nessas páginas, o relator já antecipa o que será sua conclusão, de que há encaixe conceitual). Outra seria para identificar a evolução e como o ministro escolhe limitar a argumentação referente às omissões, tratadas em boa parte do voto como uma só: a inércia, a mora, a omissão inconstitucional é vista em bloco, pois, com a Lei do Racismo já existindo, assim como o precedente do “caso Ellwanger”, reconhecida a homotransfobia como forma de racismo, ambos os incisos apontam para a Lei e sua aparente exclusão da comunidade LGBT do conceito prescrito de raça.

inclusive, foram decididos com 8 votos favoráveis e 3 desfavoráveis ao argumento controverso), com múltiplas interpretações e soluções propostas e consideradas, discordância entre os ministros, grande potencial de repercussão jurídica (política e social). Ambos os julgados envolveram debates e considerações quanto à função da Corte, quanto aos limites do ato jurisdicional e, especificamente, quanto ao significado do termo “racismo”. Separados por mais de 15 anos, estes possuem essa conexão notável:

i) o “caso Ellwanger”, HC nº 82.424/RS, julgado em 2003, em que se criminalizou comportamentos antissemitas como racistas, sendo afirmado que “a divisão de seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social”, não científico¹³⁵ e que deve haver uma “compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo”¹³⁶;

ii) a decisão que “criminalizou condutas homotransfóbicas” como formas de racismo, julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e do Mandado de Injunção 4.733/DF, ocorrido em 2019; tendo o primeiro desses julgados servido como precedente essencial para o segundo.

A polêmica em ambos os casos (entre muitíssimas outras questões) foi exatamente aquela cercando a definição a ser aplicada criminalmente ao termo do “racismo”: quais condutas ele individualiza? A resposta a essa pergunta (e, em menor escala, quem pode dá-la e quais suas consequências) é a face dos julgados para a qual se atenta, pois considera as capacidades de um intérprete para, significando um termo com alta carga de ambiguidade, definir os alcances da mão violenta do Estado.

Foi preferido o segundo por sua contemporaneidade e por sua argumentação, considerada mais controversa. Se intentava, ainda, nessa etapa, manter as conexões entre os julgados como uma via potencial de estudo, sendo, portanto, escolhidos os seguintes votos:

i) o voto de Celso de Mello, ministro que já **estava presente na Corte na época do julgamento do “caso Ellwanger”**, que foi relator no julgamento da ADO 26 – no julgamento do MI 4733 acompanhando o seu relator, ministro Edson Fachin – e que julgou

¹³⁵ Quarto parágrafo da ementa do julgamento do HC 82424.

¹³⁶ Oitavo parágrafo da ementa do julgamento do HC 82424, que continua, definindo que está a ser feita uma “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”.

favoravelmente as pretensões autorais pelo reconhecimento de uma inércia inconstitucional do Legislativo quanto à criminalização de atitudes homofóbicas e transfóbicas e pela adoção criminal de uma interpretação ampla de “racismo” (**como dada em 2003, quando foi favorável**) que abarcasse a homofobia e a transfobia;

ii) o voto de Luís Roberto Barroso, ministro que **não estava presente na Corte na época do julgamento do “caso Ellwanger”**, e que acompanhou ambos os relatores, emitindo também voto próprio, como a maioria dos demais ministros, optando por admitir o Mandado de Injunção e dando provimento às pretensões autorais pelo reconhecimento da mora legislativa em criminalizar condutas transfóbicas e homofóbicas e pelo entendimento de que essas se encaixariam na definição constitucional de racismo;

iii) o voto de Ricardo Lewandowski, **ministro que não estava presente na Corte na época do julgamento do “caso Ellwanger”**, que fora inicialmente o relator do MI 4733 – quando negou sua admissibilidade (mantendo tal entendimento até o fim do julgamento) – e que acompanhou a maioria dos ministros no reconhecimento da mora legislativa em criminalizar condutas transfóbicas e homofóbicas, mas não os acompanhou na “solução” achada: a interpretação dessas condutas como formas de racismo; preferiu somente cientificar o Congresso do reconhecimento da Corte e indicar a necessidade de sua atividade legiferante, considerando que fazer mais do que tanto significaria ultrapassar uma limite institucional.

iv) o voto de Marco Aurélio, **ministro que já estava presente na Corte na época do julgamento do “caso Ellwanger”**, no qual ele também assumiu a posição minoritária, e que não só rejeitou a tese de cabimento do Mandado de Injunção 4733, como também se opôs à interpretação da homofobia e da transfobia como formas de racismo (**assim como foi contrário, em 2003, à ampliação da interpretação constitucional de racismo para abranger condutas antissemitas**) e à possibilidade de criminalização de conduta por via de decisão judicial.

Dois favoráveis e dois desfavoráveis, dois de ministros presentes no Plenário que julgou o Habeas Corpus nº 82.424/RS e dois de ministros que entraram na Corte somente depois desse. Além disso, os dois ministros desfavoráveis assumiram posicionamentos diferentes, um dando provimento parcial em uma das ações, reconhecendo uma das omissões (Lewandowski), e o outro negando todas as pretensões autorais (Marco Aurélio); e os dois ministros presentes na época do “caso Ellwanger” mantiveram suas atitudes em relação a ampliação do termo (em ambas as demandas: Celso de Mello foi favorável, junto com a maioria dos ministros, e Marco Aurélio foi contrário, em posição minoritária).

Ocorre, no entanto, que tanto a ampliação do escopo para o estudo (mesmo que parcial) do “caso Ellwanger” se mostrou demasiada para a monografia, quanto o segundo voto favorável, do ministro Barroso, se mostrou insuficientemente diverso do voto do relator da ADO 26 (Celso de Mello) para ter sua cartografia útil dentro dos limites deste trabalho. O voto do ministro Barroso, possui, deve-se reconhecer, diversos pontos de interesse para uma cartografia¹³⁷; todavia, sua apresentação, a fim de apontar as sutis diferenças em relação ao voto-relator, teria de ser mais minuciosa do que se foi capaz de produzir (e com a exclusão da quarta camada da abrangência da cartografia, observações quanto à estruturação da exposição do ministro e ao uso de expressões com maior ou menor apelo à subjetividade, que tornariam a exploração do voto mais frutífera, acabaram desconsideradas). Decidiu-se por manter, todavia, como se viu, a parcela em referência ao ministro na contextualização feita sobre ativismo no STF, o citando como articulador externo, como doutrinador, acadêmico.

Não serão catalogados nesta seção argumentos alheios ao conflito eleito, como sobre liberdade de expressão (e de culto religioso), sobre quando se constituiria uma “mora inconstitucional legislativa”, sobre a admissibilidade do mandado de injunção e sua diferença da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sobre a possibilidade de reparação civil no caso, sobre se, declarada a mora, poderia ou não o STF estabelecer um prazo para o Congresso legislar (e com que duração), ou até sobre se um comando constitucional de “punição” é um comando constitucional de “criminalização” (CF, 5º, XLI). Será, todavia, sondada a questão do requisito de legalidade estrita para criação de tipos penais, conectada pelos ministros àquela da admissão de homotransfobia como racismo (CF, 5º, XLII).

Assim, também foram identificadas algumas interpretações elementares (que nenhum ministro rejeitou) e certos argumentos acessórios (que serviram para basear como cada ministro considerou – ou deixou de considerar – a questão do racismo), como: a existência de mandado(s) de criminalização para o racismo na Constituição, as funções do STF (a guarda/concretização/efetivação da Constituição), as circunstâncias históricas e atuais (reais) da homotransfobia etc.

¹³⁷ Também muitíssimo interessantes ao estudo seriam os votos de Gilmar Mendes (que discorda do relator da ADO 26 quanto a se estaria se tomando decisão aditiva ou não) e de Fachin, relator do Mandado de Injunção (pode-se comparar esse voto com o de Lewandowski, que anteriormente já havia negado cabimento e sido substituído como ministro-relator).

4.2 A PRIMEIRA CAMADA

Como se tentou indicar na seção anterior, no caso em estudo, a identificação do “conflito interpretativo” (necessária para que se possa cumprir a primeira tarefa, de assinalar o que cada ministro decidiu interpretar) se mostra complexa, visto que, mesmo se contido o escopo da monografia para aquém das demais questões, ainda assim não se mostra possível reduzir a questão central a uma mera divisão binária entre a simples aceitação ou a simples rejeição de um significado específico para a palavra “racismo” e sua aplicação legal. Como se vê, tal escolha interpretativa só foi tomada como alternativa i) àquela que criaria tipo penal de forma extraordinária e explícita, proposta pela parte autoral, unanimemente rejeitada pelos ministros, e ii) àquela que deixaria de criminalizar a conduta, majoritariamente rejeitada.

A primeira dessas conclusões, que criminalizaria a homotransfobia de forma direta e atípica, foi, como dito, negada de forma unânime: nenhum ministro considerou que o STF deveria ser capaz de criar tipo penal (mesmo se argumentado que extraordinariamente e por inércia inconstitucional do poder Legislativo), como requerido subsidiariamente pela parte autoral. Também foi rejeitada solução similar, que criminalizaria, mas de forma indireta, aplicando analogicamente as penas de racismo para as condutas homotransfóbicas, nenhum ministro considerou esse um caminho aceitável.

Entretanto, como será exposto, houve, curiosamente, discordância quanto *ao que* chegou a decidir a maioria do STF: interpretando homotransfobia como racismo, não estaria desse modo também a Corte criminalizando uma conduta *indiretamente*? E, sendo o caso, por que essa forma de criminalização indireta seria aceitável enquanto a outra é abominável?

Houve, pode-se sugerir, controvérsia dentro do STF quanto a como interpretar a própria decisão interpretativa tomada, se ela significaria ou não a violação dos limites impostos pela Constituição à Corte. Cabe, logo, organizar didaticamente a estrutura desse conflito interpretativo complexo percebido e as decisões interpretativas adotadas pelos três ministros em foco, como se viu na seção anterior. À primeira vista, se poderia observar dois conflitos diferentes:

- a) Entre reconhecer (**RO**) e não reconhecer (**NO**) a omissão quanto aos dois mandamentos constitucionais de incriminação das condutas homotransfóbicas, ou, alternativamente, reconhecer somente a omissão a um dos mandamentos constitucionais de incriminação da homotransfobia (**RO-1**).

b) Entre se seria possível criminalizar judicialmente (C) ou não (NC) as condutas homotransfóbicas por imposição Constitucional; ou, alternativamente, reconhecendo tal imposição Constitucional, mas não sendo possível criminalizar, cientificar o Congresso para que esse criminalize (CC).

Desde já podem ser apontadas duas insuficiências na organização acima:

Primeiro, que a decisão interpretativa não seria só para interpretar como possível a **criminalização (C)**, mas para como essa poderia ou não ocorrer, havendo uma variedade de alternativas presentes, em geral, três: criminalizar *equiparando* a homotransfobia ao racismo, por serem condutas igualmente reprováveis, fazendo assim **criminalização por analogia (CA)**; ou criar tipo penal diretamente, assumindo de forma **explícita e extraordinária** o papel de legislador penal positivo em uma decisão judicial (CE); ou criminalizar com a aplicação de uma interpretação de “**racismo**” fundada em precedente anterior e capaz de *enquadrar* as condutas homotransfóbicas (CR).

Segundo, como se pode perceber até pela exposição do último parágrafo, que o conflito interpretativo era um só, como dito, complexo, entre três alternativas, contendo **interpretações consequentes**, baseadas nos pedidos autorais:

i) **Não reconhecer** a existência de qualquer omissão inconstitucional (NO) em criminalizar as condutas homotransfóbicas (apesar da imposição constitucional de criminalizar racismo e da existência de uma Lei do Racismo), e, **por consequência, não identificar** qualquer necessidade de determinar ou realizar tal criminalização (NC) – Marco Aurélio.

ii) **Reconhecer ambas as omissões (RO)**, aplicando a ambos os incisos um significado de “racismo” que inclui a homotransfobia, assim, **por consequência**, permitindo o **reconhecimento da criminalidade** das condutas homotransfóbicas como racistas, já inclusas na Lei 7716/89 (CR) – Celso de Mello e maioria.

iii) **Reconhecer que há uma omissão** frente ao primeiro dos incisos, XLI, que ordenaria a criminalização de todas as condutas discriminatórias, mas não frente ao segundo, XLII, por se discordar do quão amplo seria o significado de “racismo” (RO-1), e, **por consequência**, não ver possibilidade de reconhecer a criminalidade atual das condutas homotransfóbicas, só de reconhecer que *deveriam* ser criminosas e assim **comunicar o Congresso (CC)** – Lewandowski e Dias Toffoli, que o acompanhou.

Rejeitadas, portanto, por todos os ministros, em seus discursos, as alternativas **CE** e **CA**, tomadas como inaceitáveis, como violadoras do princípio que restringe a criação de tipos penais ao Legislativo, proibidos os demais Poderes de fazê-la. Ocorre, no entanto, que os ministros que optaram pela solução **RO–CR** alcançaram o mesmo resultado que essas tais alternativas alcançariam: depois de uma decisão judicial, uma conduta que não era crime começou a ser tratada pelo aparelho estatal como crime (**C**). Os demais ministros, que não interpretaram homotransfobia como racismo, poderiam desejar que essa conduta fosse crime (como demonstrou Marco Aurélio¹³⁸, que seguiu a via **NO–NC**), ou até reconhecer haver mandado constitucional para torna-la crime (como fez Lewandowski, que seguiu **RO-1–CC**, e que em mais de um momento do seu voto demonstrou repugnar¹³⁹ tais condutas), mas não consideraram ser possível para o Tribunal fazer ele mesmo essa criminalização.

A controvérsia, logo, se expandiu porque, quando os ministros discordaram da amplitude do significado do termo racismo (**RO** em oposição a **NO** e **RO-1**), discordaram também do que estaria sendo feito no julgado: para a minoria, a maioria executou **CA**, equiparando as condutas, interpretando homotransfobia *como se fosse* racismo, colocando a significação de homofobia *como forma de* racismo falaciosamente ou numa superação do significado estabelecido do crime¹⁴⁰; se estaria, no mínimo, indiretamente ultrapassando as fronteiras que delimitariam os poder do Tribunal¹⁴¹. A maioria do STF, todavia, não considerou sequer que estaria havendo uma inovação (o que se aproximaria de **CA**, **CE**), sendo uma interpretação extensiva também de difícil justificação no direito penal constitucional: **Celso de Mello**, como se verá, nega que essa seria sequer uma sentença aditiva, afirmando que a “própria utilização, na espécie, da técnica da *interpretação conforme* revela que não se está a proferir, no caso, qualquer sentença de caráter aditivo”. Vê-se que, para o relator, *reconhecer* que as condutas homotransfóbicas estão dentro do *conceito já existente* de “racismo social”, parece menos custoso (ou faz mais sentido) do que *expandir* o

¹³⁸ Página 12 do voto de Marco Aurélio na ADO 26: O ministro cita e transcreve “trechos pertinentes” de artigo seu de 2007, “intitulado ‘A igualdade é colorida’, publicado no jornal ‘Folha de São Paulo’, [no qual destacou] o preconceito vivido por gays, lésbicas e transgêneros, revelado pelo altíssimo índice de homicídios em virtude da orientação sexual e, fato ainda mais grave, pelo tratamento dispensado pelo Estado a esse grupo vulnerável, como se fossem cidadãos de segunda categoria, para, ao fim, indagar: ‘se a discriminação racial e de gênero já são crimes, por que não a homofobia?’”. Ou seja, resta claro que o ministro é favorável politicamente à causa da criminalização; mesmo assim, considera que (como põe na página seguinte, 13, do seu voto) “vislumbrar na redação conferida ao inciso XLI da Constituição Federal espécie de ‘mandado de criminalização’ a vincular o legislador ordinário é passo demasiadamente largo”, discordando frontalmente dos demais ministros.

¹³⁹ Página 15 do voto de Lewandowski na ADO 26.

¹⁴⁰ Páginas 10, 11 e 12 do voto de Marco Aurélio da ADO 26.

¹⁴¹ Página 516 dos autos do julgamento da ADO 26.

conceito constitucional de racismo para adicionar as condutas homotransfóbicas¹⁴². Segundo pensa o ministro:

no caso ora em julgamento, inexistente reconstrução jurisdicional de tipos penais, incoerre extensão de legislação criminal a situações ou a comportamentos absolutamente estranhos ou despojados de um vínculo mínimo de pertinência com a descrição típica nela contida, **nem se verifica qualquer inovação no plano do ordenamento penal, pela inserção, nele, de nova hipótese de incidência de norma incriminadora**.¹⁴³ (grifo nosso).

Para o ministro-relator da ADO 26, houve conflito entre as alternativas que detalha na **terceira seção**¹⁴⁴ do seu voto, na qual resume os **pedidos** autorais: reconhecer que racismo enquadra a homotransfobia seria a melhor solução (**RO – CR**), pois preferível à Corte superar seus limites ou ser ineficaz. Celso de Mello rejeita as demais escolhas: **NO – NC**, de maneira implícita, ao reconhecer a omissão; e **RO-1 – CE** ou **CA**, na seção 7, onde considera que:

[seria inviável] colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão (...) procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, (...) superando-se, desse modo, como expressamente pretendido pelo [autor], (...) o princípio segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”.¹⁴⁵

RO-1 – CC, também, sendo solução indevida pois considerada “insuficiente”, o que é afirmado ao longo do voto, em conclusões “menores”¹⁴⁶, quanto à necessidade de agir de

¹⁴² Essa poderia ser, inclusive, mais outra diferenciação entre os significados assumidos na decisão interpretativa, afinal, como apontou Cândido da Nóbrega Neto em seu artigo citado (ver na seção anterior), o ministro Gilmar Mendes considerou ser essa uma decisão aditiva e de interpretação conforme a constituição; enquanto que o ministro Celso de Mello demonstra pensar isso como algo paradoxal (ou é conforme a Constituição ou é sentença aditiva, para ele). Caso a cartografia estivesse sendo feita contando com o voto de Mendes, seria necessário diferenciar como **CM** o significado por ele proposto para a decisão, diverso do **CR** de Celso de Mello, mesmo que alcancem o mesmo resultado imediato (a criminalização sem a admissão da superação extraordinária do princípio da estrita legalidade penal).

¹⁴³ Página 100 do voto-relator da ADO 26.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 6: Após reconhecer haver alguma “omissão inconstitucional ao Poder Legislativo” e cientificar o Congresso Nacional de sua mora, o STF teria de adotar uma das duas proposições autorais para poder judicialmente tornar crime a conduta homotransfóbica: ou (percebendo omissão aos mandados constitucionais de criminalização da homotransfobia, como discriminação intolerável do inciso XLI e como discriminação racista do inciso XLII) identificariam uma lacuna na Lei (nº 7.716/89, do Racismo) e a colmatariam judicialmente, aplicando interpretação conforme à Constituição, ou inovariam na ordem positiva, criando tipo penal, “superando-se (...) o princípio segundo o qual ‘*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*’” – das duas formas haveria a criminalização, mas só uma delas supera de forma expressa um princípio penal –. Alternativamente, poderia não criar judicialmente o crime, mas isso não é admitido pelo ministro.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 26

¹⁴⁶ Podem ser encontrados exemplos desses apelos à eficácia e contra a imobilidade nas páginas 36, 44, 45, 55 e 56 do voto. Traz-se só o dessas últimas duas páginas, onde se conclui que:

“as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanar normativa que lhes foi imposto, infringem, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetam, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior.

forma eficaz, até alcançar, na **seção 12.1** do decisório, a conclusão completa, de que, se limitando a somente cientificar o Congresso, a Corte estaria tolerando o intolerável:

Ainda que assim se possa considerar em situações ordinárias, o fato é que a superação irrazoável do período de apreciação parlamentar do projeto de lei, revelando conduta procrastinatória e abusiva, não pode ser coonestada por esta Corte, sob pena de perpetuar-se, a partir da inércia intencional do Parlamento, um estado de crônica inconstitucionalidade, cuja ocorrência não deve ser tolerada!¹⁴⁷

Essa (**RO-1 – CC**), todavia, foi a solução posta como correta por **Lewandowski** no julgamento da ADO 26. O ministro menciona, no seu relatório próprio, ao início do voto, que teria sido postulado na impetração “o reconhecimento de que ‘a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo’ ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como ‘discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais’”¹⁴⁸. As partes autorias postularam, portanto, por **RO** ou **RO-1**, mas classificaram ambas como conjuntos de escolhas capazes de trazer a criminalização judicial.

Como se viu, os ministros se viram na capacidade de alcançar a criminalização judicial (sem realizar **CA** ou **CE**) somente através de **RO**. Todavia, Lewandowski só reconheceu o mandamento inscrito no inciso XLI do artigo 5º constitucional (**RO-1**), que determina genericamente ao Estado que puna discriminações sérias. Desta forma, o ministro ficou limitado a requisitar a cientificação do Congresso de sua mora (**CC**).

No entanto, isso não é tudo. Em seu voto, como se verá mais detalhadamente, Lewandowski, de fato, nem sequer trata de forma direta, fora do seu relatório, a possibilidade da homotransfobia ser entendida como racismo ou do significado de raça ser extenso o suficiente para abarcar identidades de gênero e orientações sexuais. Ora, no seu relatório, ainda, ele não chega a qualificar os pedidos pela criminalização imediata (**C**) como separados em **CE**, **CA** e **CR**; lista assim: i) o pedido por **RO** ou, subsidiariamente, por **RO-1**; ii) o pedido pela declaração de mora inconstitucional do dever de criminalizar a homotransfobia (**CC**); iii) o pedido pela fixação de prazo para elaborar tal lei; iv) o pedido pela criminalização (**C**); e, por fim, v) o pedido pela responsabilização civil. Esse penúltimo pedido está assim relatado, vale transcrever:

O fato irrecusável é um só: o desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado”.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 67.

¹⁴⁸ Página 1 do voto de Lewandowski na ADO 26.

(iv) cumulativamente, caso ‘ultrapassado o prazo razoável fixado por esta Suprema Corte para a elaboração de referida legislação criminal, ou caso a Corte entenda desnecessária a fixação de prazo para tanto [...] que esta Suprema Corte aplique a corrente concretista geral do mandado de injunção’, superando a exigência de lei formal aprovada pelo Congresso.¹⁴⁹

Além de qualquer comentário sobre o porquê de se falar em uma “corrente concretista geral do *mandado de injunção*”¹⁵⁰ no relatório de um voto proferido no julgamento de uma *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, há de se perceber a caracterização feita dessas pretensões autorais, que intencionalmente reduz as opções postuladas para a criminalização judicial a uma só. Dessa forma, mesmo com toda argumentação que se possa fazer, nenhuma poderá legitimar a criminalização judicial, pois limitada desde sua descrição inicial no voto: para Lewandowski, a criminalização significa a superação do princípio penal da estrita legalidade dos tipos.

Da significação **RO-1**¹⁵¹, todavia, não poderia de qualquer outra forma enxergar a possibilidade de criminalização que não dessa:

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

Ante o exposto, voto no sentido de que, parcialmente conhecida, seja parcialmente provida esta ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.¹⁵²

Nesse ponto tem-se a interação importantíssima (e que vale ser mencionada, mesmo que seja além dos votos e já tenha sido de passagem citada) que resta registrada nos autos do julgamento conjunto, e, portanto, pode ser considerada nesta etapa, no mínimo, para enriquecer essas observações feitas quanto às escolhas de Celso de Mello e Lewandowski, e quanto a como esse segundo interpretou a decisão interpretativa do primeiro:

¹⁴⁹ *Idem*, p. 2.

¹⁵⁰ O ministro faz isso para poder, em seguida, negar os precedentes que foram trazidos para situações de proximidade entre atividade integrativa do STF e uma atividade legislativa positiva do STF. O Supremo já julgou Mandados de Injunção que “valendo-se da teoria concretista, superaram a mera declaração da mora legislativa para edição de norma regulamentadora específica” – página 14 no voto do ministro Luis Lux no julgamento do MI 4733 –; mas, Lewandowski (na página 15 de seu voto na ADO 26:) considera que a invocação desses “não é viável (...) por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta”.

¹⁵¹ *Idem*, p. 12: ” A Constituição, ao estabelecer o mandado de criminalização do art. 5, XLI, confiou no uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade, bem como na eficácia punitiva maior oriunda dessa especificidade”.

¹⁵² *Idem*, p. 18.

Em observação aberta antes do próximo voto ser proferido (depois do voto de Lewandowski), Celso de Mello pede licença ao presidente do tribunal e assim se manifesta:

Desejo cumprimentar o brilhante voto proferido pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, notadamente no ponto em que, apoiando-se em suas considerações introdutórias, delineia um quadro realmente importante a propósito do estado de vulnerabilidade – e da necessidade de ampla proteção – dos integrantes do grupo LGBTI+.

Quero destacar, no entanto, Senhor Presidente, que não sustento em meu voto a possibilidade (que seria absolutamente inconstitucional) de criação de tipos penais mediante provimento jurisdicional, considerado o que dispõe o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição, que estabelece, em tema de direito penal, reserva absoluta de lei em sentido formal.

De outro lado, Senhor Presidente, o meu voto, como Relator, também não admite aplicação analógica “*in malam partem*” de normas de direito penal, na linha do que adverte o magistério doutrinário (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT, v.g.) e acentua a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.).

Ele elogia, logo, Lewandowski por ter também identificado a situação vulnerável daqueles que sofrem de LGBTfobia (argumento/premissa comum a todos os ministros, o que será observado adiante com mais cuidado); porém, em seguida, busca fazer correção, negando que teria considerado possível em seu voto a criação de tipo penal (CE) ou a admissibilidade da aplicação de analogia “*in malam partem*” (CA), violações – direta e indireta – do princípio da reserva da lei penal, qualquer uma desses teses sendo vista como “absolutamente inconstitucional”.

Lewandowski, porém, diante a esse esclarecimento, não reconhece qualquer confusão de sua parte, nem retifica sua caracterização do voto do relator (que abriga, nesse caso, lembra-se, as teses oficiais de todo o julgado; responde, simplesmente, assim: “Eu apenas digo que não me animei atravessar esse Rubicon jurisdicional”; mantendo, portanto, que, a seu ver, a Corte, a fim de criminalizar a homotransfobia, não teria pego um caminho jurisdicional seguro (pacificado, sendo, no discurso vencedor, a mera reiteração de um precedente de mais de 15 anos), alternativo, mas, sim – se considerada sua alegoria, como Júlio César marchando rumo a Roma –, superado um ponto sem volta¹⁵³.

Marco Aurélio, na análise do conflito do caso, já havia se manifestado ao longo do julgamento algumas vezes antes de proferir seu voto (o penúltimo; sendo o último o breve voto de Dias Toffoli, que em uma página reconheceu a seriedade do tema, lamentou sua

¹⁵³ Interação registrada à página 516 dos autos da ADO 26 (página 238 dos autos do MI 4733).

atualidade, elogiou os relatores das ações e acompanhou Lewandowski), tratando principalmente da questão da admissibilidade do Mandado de Injunção; mas, também, em diálogo (infelizmente censurado na versão disponibilizada da transcrição dos julgamentos) com o ministro Alexandre de Moraes, no qual exclamou, entre outras coisas, contra a possibilidade sugerida pelos demais ministros de “[criar]-se tipo penal provisório!”¹⁵⁴

Em seu voto, o ministro, como referido, também decidiu interpretar homotransfobia como conduta alheia à racista tipificada, não considerando que haveria, portanto, omissão quanto ao inciso XLII do artigo 5º da Constituição. Diferentemente de Lewandowski, percebe-se, ele descreve como dois pedidos diferentes esse (CE) pela “tipificação das ações comissivas ou omissivas indicadas na peça primeira ‘como crimes específicos por decisão desta Suprema Corte, superando-se a exigência da legalidade estrita parlamentar’” e aquele (CR) pela “aplicação, enquanto verificada a ausência de norma específica, da Lei nº 7.716/1986, na qual tipificadas condutas resultantes de ‘discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional’ às condutas motivadas pela” LGBTfobia¹⁵⁵.

Como mencionado, sua recusa em admitir qualquer uma das omissões (NO) torna sua conclusão óbvia, visto que, sem perceber um comando constitucional para legislar incriminando a homotransfobia, todo resultado que não fosse aquele pela improcedência dos pedidos é difícil de imaginar ou defender, muito menos uma criminalização jurisdicional, por qualquer via que fosse (NC). Caberia, em outro estudo, uma exploração do porquê de Marco Aurélio não ter sequer considerado omissivo o Legislativo frente ao comando de punir discriminações em geral (XLI); mas não neste¹⁵⁶.

Diferentemente de Lewandowski, também, Marco Aurélio adentra na discussão da definição de racismo e de sua amplitude, e no significado de seu reconhecimento para o âmbito penal. Não trata todas as conclusões C como iguais, mas, ainda assim, as trata todas como inapropriadas, como se verá na exploração da camada seguinte.

4.3 SEGUNDA E TERCEIRA CAMADAS

A cada voto, caberá (relembrar a escolha tomada pelo ministro frente ao conflito interpretativo e) delinear os argumentos por ele utilizados para sustentar sua decisão

¹⁵⁴ Páginas 49 a 51 do Inteiro Teor do MI 4733 (páginas 221 a 223 do Inteiro Teor da ADO 26).

¹⁵⁵ Página 1 do voto de Marco Aurélio na ADO 26.

¹⁵⁶ O debate se mantendo em torno de se o comando para o Estado “punir” é um comando para o Legislativo “criminalizar”, aprofundando-se na atuação do STF na identificação e aplicação (ou não) desses mandados constitucionais para legislar e, mais especificamente, para criminalizar.

interpretativa. Adiante, será observado o emprego de modelos argumentativos juridicamente codificados e não-codificados (e seus pontos de contato e combinação).

Celso de Mello, como mencionado, desenvolveu voto de 157 páginas e se divide em 20 seções¹⁵⁷, sendo o que exigirá mais para ser desconstruído e ter suas partes catalogadas; afinal, algumas seções, obviamente, pelos seus títulos até, possuem uma identificação do conflito (2, 3, 4, 12), ou argumentos e afirmações que o resolveriam (12.2). Outras seções,

¹⁵⁷ As seções do voto de Celso de Mello [e as páginas]:

1. *Uma brevíssima constatação* [1]
2. *A controvérsia constitucional* [1 – 5]
3. *Os pedidos* [6 – 7]
4. *Definições e questões terminológicas* [7 – 13]
5. *A questão da “ideologia de gênero”* [13 – 21]
6. *Inviabilidade da formulação, em sede de processo de controle concentrado de constitucionalidade, de pedido de índole condenatória, fundado em alegada responsabilidade civil do Estado, eis que, em ações constitucionais de perfil objetivo, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos* [22 – 26]
7. *Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal* [26 – 29]
8. *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)* [29 – 36]
9. *A violência contra integrantes da comunidade LGBT ou “A banalidade do mal homofóbico e transfóbico” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea* [36 – 41]
10. *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 – 45]
11. *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* [46 – 58]
12. *Soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional* [58 – 65]
 - 12.1. *A cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional* [65 – 69]
 - 12.2. *Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei 7.716/89* [69 – 100]
13. *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* [101 – 104]
14. *A questão da intolerância, notadamente quando dirigida contra a comunidade LGBTI+: a inadmissibilidade do discurso de ódio (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 13, § 5º). A noção de tolerância como a harmonia na diferença e o respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos* [105 – 108]
15. *Liberdade religiosa e repulsa à homotransfobia: convívio constitucionalmente harmonioso entre o dever estatal de reprimir práticas ilícitas contra membros integrantes do grupo LGBTI+ e a liberdade fundamental de professar qualquer fé religiosa, de proclamar e de viver segundo seus princípios, de celebrar o culto e concernentes ritos litúrgicos e de praticar o proselitismo (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), sem quaisquer restrições ou indevidas interferências do Poder Público. República e laicidade estatal: a questão da neutralidade axiológica do Poder Público em matéria religiosa* [108 – 141]
16. *Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional* [142 – 145]
17. *A busca da felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana* [145 – 149]
18. *Uma observação final: o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal* [149 – 153]
19. *Conclusão* [153 – 155]
20. *Dispositivo* [156 – 157]

todavia, contém em si somente argumentos acessórios ou só em um ou dois parágrafos; havendo, ainda, algumas onde esses pontos são basicamente ausentes (6 e 15).

Os argumentos considerados principais para a escolha interpretativa tomada (**RO – CR**), pelo enquadramento de homotransfobia como espécie do gênero racismo e por sua criminalização imediata, estão concentrados na seção 12.2 do voto-relator, mas também podem ser encontradas em outros pontos do extenso voto.

Como já restou relatado a cada oportunidade de resumir as pretensões autorais, o julgado e o voto do ministro-relator, foi aplicada uma i) “**interpretação conforme a Constituição**” ao conceito de racismo, ii) observado em seu significado “abrangente”, de “**racismo social**”, não estritamente “biológico” ou “antropológico”, nem limitado a conceituações majoritárias na época da Constituinte (na aplicação de **interpretação histórico-evolutiva**, as definições constitucionais de racismo e raça são fluidas e dependem do contexto de lugar e época), pois aberto no precedente paradigmático do “caso Ellwanger”, HC 82.424/RS. Ambas as construções são pertencentes à **segunda camada** discursiva, formando o argumento central para a legitimação da conceituação proposta e adotada: pelo significado que seria posto como aquele atualmente reconhecido (que estaria firmado na jurisprudência desde o caso Ellwanger) para o termo “racismo”, presente na Constituição de forma explícita no comando de criminalização do inciso XLII e de forma implícita no comando de punição do inciso XLI, a conduta racista enquadraria a homotransfóbica – devendo assim também ser interpretada a Lei do Racismo 7716/89, que existiria para realizar o mandado de criminalização constitucional.

Tal argumentação (de interpretação conforme a Constituição), de natureza assumidamente neoconstitucionalista (assim como é a “evolução” histórica dos significados dos termos postos na Constituição), é, de forma apropriada, composta/assistida por considerações secundárias também desta “doutrina pós-positivista”, ainda da **segunda camada**, como: iii) a menção da defesa de **direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade e a dignidade** como motivação para a conclusão assumida (não só discriminações graves como o racismo e a homotransfobia teriam suas definições construídas em oposição aos direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade, como a obrigação estatal de efetiva-los seria consequência do respeito a esses direitos); iv) o **cumprimento pelo STF de suas funções** (como a contramajoritária), da função de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão na fiscalização judicial da atividade legislativa (sendo necessária a colmatação de

lacuna na Lei, cabe ao STF buscar soluções que não deixem os grupos minoritários a mercê do Legislativo omissos); v) pela interpretação que dê **máxima eficácia à Constituição** (diante da ambiguidade dos termos racismo e raça, com uma pluralidade de significados disponíveis, seria melhor o que mais aproximasse a realidade e o projeto constitucional, que melhor o concretizasse).

Também, como vale pontuar, argumentos não-codificados juridicamente, da **terceira camada**: vi) **valorações de caráter filosófico-moral** (que fundamentam o respeito e o apreço às nuances da sexualidade humana), vii) **apropriação de exemplos internacionais** (o que indicaria que o STF estaria a seguir uma tendência global, na ideia de um progresso da civilização humana, universal; mas, também, serviria como argumento de autoridade em favor dessa decisão e dessa postura), viii) **contextualizações sociológicas e históricas** (que servem tanto para indicar a noção/necessidade anterior de um “progresso” civilizatório, humanista, como para auxiliar na construção do argumento jurídico histórico-evolutivo) etc.

Além desses, sendo importantes para esse estudo certos contra-argumentos e os argumentos de superação que o ministro inclui no voto e que influenciam essa definição de racismo, especificamente: ix) a **rejeição pelo intérprete da ideia de que estaria fazendo analogia**, equiparando homofobia a racismo (ao invés de enquadrando homofobia como racismo, como deseja), ou desejando superar o princípio da estrita legalidade penal, evidentemente da **segunda camada** e x) o **combate à ideia de que seria suficiente declarar a omissão e cientificar o Congresso** (afinal, se o ministro achasse isso suficiente, não haveria necessidade de fazer todo esse esforço de legitimação), que aproxima a **segunda e a terceira camadas**, o discurso jurídico do político.

Em detalhes, onde e como esses argumentos aparecem no julgado:

I) **interpretação conforme a Constituição**, segunda camada

O grande esforço específico do ministro nesse sentido é aquele de separar essa interpretação das demais (como aquelas extensivas), o que ocorre de maneira fracionada, através das demais argumentações, mas também diretamente, quando ele constrói o que seria, afinal, especificamente interpretar uma legislação infraconstitucional de acordo com a Constituição. Há três dimensões nesse quesito: o caso Ellwanger, a Lei do Racismo e a não inovação no conceito de “racismo social”. São três faces da mesma afirmativa: a interpretação conforme, nesse caso, é aquela baseada em interpretação anterior, já firmada, segura, uma

mera reaplicação, no máximo, introduzindo algo já pacífico em um contexto antes não assumido; como se dizendo o óbvio, mas pela primeira vez: a transformação já havia ocorrido, isso só não havia sido notado legal ou juridicamente, nem posto em prática.

A Constituição diz que racismo é e deve ser crime. A Lei do Racismo foi criada para efetivar tal mandado, originalmente punindo “crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. O caso *Ellwanger* interpretou a Constituição¹⁵⁸ e considerou que o “racismo” nela inscrito não se referia somente à raça no sentido biológico, nem se limitaria a cor de pele, mas a um conceito “social” de raça. A Lei do Racismo tendo sido alterada em 1997, incluiu nos seus objetivos a punição dos preconceitos relativos à “etnia, religião ou procedência nacional”. Não haveria inovação nessa decisão estudada – não seria uma “sentença aditiva” –, portanto, visto que o conceito percebido como constitucional de “racismo social” já estava firmado por precedente sobre lei infraconstitucional válida, no julgamento, só sendo agora “reconhecido”, antes, impedido pelo Legislativo de ter uma forma explícita, mas, já existente.

Como mencionado na análise da camada discursiva anterior, Celso de Mello não poupou esforços para delinear sua solução como uma de todo modo separada daquelas que (toda a Corte) considerou inaceitáveis, abomináveis, inconstitucionais ou impossíveis (CA e CE), ou somente incorretas (ou inconvenientes), como aquela da “sentença aditiva”¹⁵⁹. Dessa forma, a fim de legitimar essa diferenciação, cita tanto o parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos, quanto as opiniões de “autores eminentes”¹⁶⁰. Do parecer: “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”.

Considerando-se que o ministro citou tal passagem por concordar com ela, temos as bases para essa parcela da argumentação em seu voto: a interpretação que é conforme a Constituição, atual - *baseada* em princípios - e *evidencia* que a homotransfobia está abrangida pelo conceito de fobia racial. Vê-se a certeza na linguagem utilizada, uma coisa sendo causa lógica para a próxima, pontos de apoio típicos da metodologia “pós-positivista”

¹⁵⁸ Página 75 do voto-relator da ADO 26, no qual ele cita a ementa do HC 82.424; eis seu ponto 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”.

¹⁵⁹ Nesse caso, como se aponta, alguns outros ministros, como Fux e Gilmar Mendes não enxergaram problema na afirmação de que se estaria fazendo, no caso, uma sentença aditiva.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 71.

neoconstitucionalista: os *valores* que seriam imprescindíveis, a *realidade* que exigiria evolução, atualização, a necessidade de *atuação jurisdicional* transformadora. De qualquer maneira, no entanto, esses pontos podem ser importantes – e por isso serão detalhados logo à frente –, mas não sozinhos são capazes de justificar a criminalização judicial. Tal solução precisa ser apresentada através da interpretação conforme, e a interpretação conforme precisa ser apresentada como a única solução viável.

Os “autores eminentes” – dentre eles listado o próprio Iotti, como doutrinador – “entendem constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento” peticionado; deles é adquirido algo como uma autorização para agir, uma permissão, sendo uma manobra lícita “proceder-se” com o enquadramento da homotransfobia no conceito de racismo. Claramente que é uma “autorização” em sentido figurado, a “autoridade” acadêmica ou militante sobre o tema pode ser valorosa para a decisão judicial, mas é prescindível. Faz essas citações o ministro porque quer demonstrar que a solução por via da interpretação conforme é aquela sugerida por uma doutrina especializada na questão; assim como cita o Ministério Público Federal por também ter esse, em tese, um dever de fiscalizar a lei e seus valores – são técnicas de retórica que tentam dar o discurso a mencionada aparência de objetividade.

Adiante, na mesma seção 12.2, o ministro-relator sintetiza com o que não quer que sua interpretação conforme seja confundida e reafirma sua base, o conceito de “racismo social” do caso Ellwanger¹⁶¹:

Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (item n. 7).

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

Essa construção argumentativa, da interpretação conforme a Constituição – talvez seja, como dito, a mais importante para a legitimidade do voto, pois é a que, ao fim, permite a passagem e legitimação de C –, segue uma **metodologia pós-positivista** – e é (pelo menos em

¹⁶¹ *Idem*, p. 95.

nome) presente já no que traz Hesse¹⁶² – pertencente nesta categoria da **segunda camada discursiva**.

II) **racismo social**, como firmado no “caso Ellwanger” e sua abrangência; precedente e metodologia “pós-positivista”, **interpretação histórico-evolutiva**, segunda camada

O ministro, para reconhecer que homofobia e transfobia como tipos do gênero racismo, faz, desde o início¹⁶³ e durante todo o voto-relator, um esforço para definir as condutas homotransfóbicas e os grupos (comportamentos, valores etc.) que seriam seus alvos. Como visto, não é de seu interesse dar a impressão de que estaria o STF inventando um conceito novo de racismo, ou trazendo uma concepção extrema ou experimental (ou sequer teórica). Na linguagem e pelo que cita o ministro-relator, aqui se está somente observando a realidade e o preestabelecido (pela Lei Maior, e pelos entendimentos da Corte quanto à Lei Maior). Assim, é importantíssimo ao ministro reiterar o precedente e sua visão quanto à sua abrangência (colocando, é claro, sua visão como aquela óbvia, evidente), ligando a conceituação nele criada de “racismo social” com termos suficientemente abrangentes que permitam a inclusão das condutas homotransfóbicas.

Demonstrar que tal consideração quanto a discriminações ligadas à sexualidade já estava inserida no julgado paradigma é o que busca o ministro-relator, por exemplo, no seguinte trecho, do qual se cita aqui somente uma menor parte¹⁶⁴:

O eminente Ministro NELSON JOBIM, ao participar do julgamento do HC 82.424/RS (‘Caso Ellwanger’), em sua confirmação de voto, demonstrou o sentido e o alcance exatos da palavra ‘racismo’, tal como utilizada no inciso XLII do art. 5º da Constituição, esclarecendo, em verdadeira interpretação autêntica – pois integrou a Assembleia Nacional Constituinte e, nessa condição política, interveio nos respectivos debates – a compreensão em torno da abrangência da expressão normativa “racismo”:

“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 (...)”. [...]. (grifo nosso)

¹⁶² Vide nota de rodapé 53.

¹⁶³ A seção 4 do seu voto sendo reservado para definições quanto à sexualidade humana, considerações de natureza sociofilosófica, histórica etc. Outras considerações do tipo reaparecem no restante do voto.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 96.

Como se vê, já se fala na ocasião do caso Ellwanger, em condutas “contra homossexuais” como um exemplo de “ódio racial” e, ainda, à maneira através da qual os ministros do caso original manejaram evitar os argumentos “originalistas” (que ligariam o conceito constitucional de raça àquele do momento histórico da votação da constituinte e aos seus debates – mais disso adiante. Correta seria a interpretação do termo que evoluísse em acordo com a sociedade (e, se não com seus costumes, então com seus ideais).

Continua, então, a citar¹⁶⁵ o voto de Nelson Jobim no caso paradigma (ministro que participou da Assembleia Constituinte) em uma argumentação que se aproxima do modelo clássico de interpretação histórica, mas com a intenção contrária, visto que, o ministro citado, ao invés de narrar os debates da Constituinte para limitar o conceito de racismo à época desses, os narra para explicar como o conceito teria sido intencionalmente deixado 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”. Nas palavras de Celso de Mello: “o sentido de ‘raça’ (...) representa uma arbitrária construção social, desenvolvida em determinado momento histórico” e que precisaria ser superado ao se conceituar o crime de racismo, o que permitiria sua eterna adaptação aos tempos, visto que o comportamento discriminatório também se adaptaria sempre, mantendo-se somente como uma forma de desumanização de grupos e indivíduos.

Enquanto que esse apreço por partir de (ou ater-se ou atar-se a) um precedente não possa ser identificado como qualquer modelo ou método da segunda camada, mesmo que indubitavelmente codificado na cultura jurídica, é também impossível de duvidar de seu valor discursivo, pois tanto serve para indicar uma construção jurisprudencial que transcende a figura do ministro atual, como já adianta a fundamentação necessária, já preenche com conteúdo já aprovado e formalizado. Logo, como no caso Ellwanger¹⁶⁶ se delineou que se estaria aplicando uma “interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal”, na decisão pela criminalização da homotransfobia, basta citar passagens do voto original. No voto-relator, por exemplo, são mencionadas duas vezes essas raízes¹⁶⁷: as palavras do ministro

¹⁶⁵ *Idem*, p. 96, 97.

¹⁶⁶ Vide nota de rodapé 158.

¹⁶⁷ O ministro Luiz Fux, entre as folhas 26 e 34 de seu voto, percorre de forma mais extensa o caso paradigmático, descrevendo a divergência nos argumentos utilizados por Moreira Alves, que votou com a minoria no caso Ellwanger, e por Maurício Côrrea; que refletiu, como Fux cita: “Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição, devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo *stricto sensu* de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?”. Fux, vale notar, assim como Gilmar Mendes, identifica que está realizando uma “sentença aditiva que, via

redator para o acórdão do HC 82424, Maurício Corrêa; na segunda dessas, Celso de Mello seleciona dois parágrafos¹⁶⁸:

85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência

...

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

O argumento jurídico e constitucional adotado nesse julgado, portanto, é (ou precisa ser caracterizado como) aquele que já estava presente no precedente, servindo desta forma o apreço às referências. Por essa via, se fundamenta em – se conforma a – uma “interpretação sistemática e teleológica” e em uma interpretação histórico-evolutiva do termo racismo, inseparáveis de métodos não-codificados de interpretação (a partir de “circunstâncias históricas, políticas e sociológicas”, como sugerido por Maurício Corrêa e empregado por Celso de Mello, que em muito se utiliza delas), mas essencialmente jurídicas, da **segunda camada discursiva**. Essa é também uma peça vital para dar legitimidade ao julgado, pois fornece a perspectiva da Constituição a ser adotada em conformidade pela maioria da Corte – sem essa construção anterior e esse apelo ao paradigma, o esforço argumentativo seria muito maior (talvez grande demais), pois envolveria uma inovação que o Tribunal talvez não gostaria de (ou poderia) assumir.

III) tutela da **liberdade, igualdade, dignidade**, valores fundamentais, segunda camada

Já adentrando nos argumentos que serão considerados “acessórios”, será apontada a importância para o ministro da caracterização da continuidade das violências sofridas em

interpretação conforme, visa a sanar a omissão inconstitucional do legislador”; divergindo do voto-relator, que rejeitou o caráter aditivo da decisão tomada em interpretação conforme a Constituição.

¹⁶⁸ Páginas 98 e 99 do voto-relator da ADO 26.

decorrência à homotransfobia como uma afronta aos direitos fundamentais à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana. Tal noção terá diversas consequências em seu discurso, mas, principalmente, reforça a solução encontrada e as funções a serem cumpridas pelo STF como necessárias para garantir a proteção desses valores primordiais, conectando também os demais argumentos jurídicos acessórios aos argumentos não-codificados.

Menções a conceitos como esses (e às suas ramificações), de origem filosófica, poderiam ser, em outro ordenamento jurídico, apelos a argumentos não-codificados juridicamente. Esse não é o caso brasileiro, em que esses estão postos como princípios inseparáveis da Constituição federal, nela positivados ou presumidos. Assim, mesmo que as discussões se aproximem de questões de caráter filosófico moral, ou político, ainda assim, uma base inegavelmente jurídica, da vertente neoconstitucionalista, vai ter lugar, dando peso maior ao defendido. Por exemplo, tem-se a ofensiva do ministro-relator à “controvérsia gerada pela denominada ‘ideologia de gênero’”, que representaria um risco de “inaceitável restrição” “à liberdade existencial e à dignidade humana” dos integrantes da comunidade LGBT por duvidar da existência de suas identidades e orientações, equiparando-as a doenças, perversões ou ferramentas de corrupção ideológica da população¹⁶⁹.

Esse repúdio a crenças inerentemente homotransfóbicas e que colocam em perigo tais valores constitucionais liga, como dito, os demais argumentos acessórios, como se vê¹⁷⁰:

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.

Afinal, como essas “formas de discriminação e de intolerância [representam] a negação da igualdade e da dignidade que qualificam os seres humanos”¹⁷¹, elas tornam

¹⁶⁹ Ver seção 5 do voto-relator, retomada no ponto VII da cartografia do voto.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 72.

¹⁷¹ *Idem*, p. 81. Ideia que é depois repetida (*Idem*, p. 105): “a intolerância, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, transgride, de modo frontal, valores básicos, como a dignidade da pessoa humana”.

necessária uma: “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”¹⁷². A nenhuma outra conclusão se chega senão à expansão desta conceituação, na **seção 17** do voto, em que restam expandidas a liberdade, a igualdade e, principalmente, a dignidade como projetadas pelo direito à “busca da felicidade”¹⁷³:

Enfatizo, ainda, como já acentuei em votos proferidos nesta Suprema Corte, que a proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em postulados fundamentais, como os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e, sobretudo, o da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o valor fundante da dignidade da pessoa humana.

Vale destacar, nesse contexto, o papel relevante que assume o postulado da dignidade da pessoa humana – cuja centralidade (CF, art. 1º, III) confere-lhe a condição de significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País –, que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...].

A ampla presença e distribuição desses princípios, tanto pelo direito como um todo, quanto pelo voto do ministro-relator, é típica realização da metodologia neoconstitucional, “pós-positivista”, da **segunda camada discursiva**. Desse modo, também, o ministro intenta separar de si e de seus vieses as razões para a decisão: seriam esses valores “maiores” que estariam a guiar o julgamento realizado, seriam eles a iluminar os problemas enfrentados, e a expor o abismo entre o mundo que idealizam e a realidade que pretendem regular.

IV) STF, a **função da Corte** e da declaração de omissão; necessidade de **concretização constitucional** - segunda camada discursiva

Outra linha argumentativa tecida pelo ministro é o posicionamento da Corte e de seus membros como meros instrumentos constitucionais: diante das ações interpostas, dos processos realizados, dos pedidos postulados, não haveria alternativa, só a necessidade de cumprir funções institucionais, de agir de forma contramajoritária e direcionada à concretização da Constituição. Se uma lacuna está sendo identificada no caso, não caberia outra medida que não a sua colmatação; a seção 10 explorando especificamente como a ADO serviria como “instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia por injustificável inércia do Poder Público”¹⁷⁴.

¹⁷² *Idem*, p. 104.

¹⁷³ *Idem*, p. 145, 146.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 41.

Dessa forma, sendo cabível a ação e identificada a omissão frente à criminalização da homotransfobia, caberia, sim, a possibilidade de agir de imediato, em busca da concretização da promessa constitucional não cumprida pelo Estado. Para salientar isso, o ministro não deixa de reiterar quão intoleráveis seriam “as omissões inconstitucionais dos Poderes do Estado”, reveladoras de um “desprestígio da Constituição – resultante da inércia de órgãos meramente constituídos – [o qual] representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional”¹⁷⁵. E é apontando a gravidade da mora inconstitucional que o ministro vai buscar demonstrar sua legitimidade para agir como o faz nessa decisão:

A imposição constitucional de legislar, de um lado, e a situação de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa, de outro – caracterizada, esta última, diante do estado de mora do legislador, pela superação excessiva de prazo razoável –, qualificam-se, desse modo, como requisitos condicionantes da declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Isso significa, portanto, que a ação direta por omissão deve ser vista e qualificada como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Poder Público, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

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.¹⁷⁶

Mais adiante, nas seções 16 e 18 de seu voto, é ressaltada esse raciocínio, essa obrigação do Tribunal de cumprir suas funções; respectivamente:

Seção 16¹⁷⁷ – A função contramajoritária do STF é explanada, o contraponto que essa seria a uma ditadura da maioria, capaz de subjugar injustamente grupos minoritários ou sem poder político. Desse modo, a não criação de uma lei criminalizando a homotransfobia (assim como a situação geral de vulnerabilidade da e descaso frente à comunidade LGBT) seria caso apropriado para intervenção do Judiciário estando o “Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais”. São citados os direitos fundamentais em risco, como dito, além do julgamento da ADI 4.277/DF (em que as uniões homoafetivas foram reconhecidas como constitucionais), frequentemente tratado como “histórico”. Essa seção, em que o ministro assume uma postura “didática”, traz um argumento visto aqui, decerto, como acessório, não definitivo: não é a capacidade

¹⁷⁵ *Idem*, p. 44.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 45.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 142, 143.

“contramajoritária” do STF que implicará na substituição do mando da maioria (o Poder Legislativo), mas, sem essa capacidade, o STF nada poderia ou deveria fazer nesse caso. Trata-se de mais um ponto trazido pelo ministro-relator para sustentar como a conclusão a ser alcançada *faz sentido*, está de acordo com as missões institucionais da Corte e nada mais.

Seção 18¹⁷⁸ – Na sua “observação final”, o ministro-relator reafirma o “respeito”, do “apreço” e da “lealdade” do STF quanto “ao texto sagrado da Constituição democrática do Brasil”: aqui o STF é um mero instrumento da Constituição e dos desígnios dela, assim como todos os outros Poderes¹⁷⁹. Afirmar aqui presentes contra “manipulações hermenêuticas” da Lei Maior e contra discricionariedade na sua aplicação e uso (por qualquer dos Poderes) são interessantes. É um esforço de colocar, ao mesmo tempo, o STF como “sem escolha” (como mero cumpridor de sua função), logo, sem “culpa”, e o STF como “corajoso”, que não “se curva” diante das injustiças e às pressões, aos excessos e abusos ou à prepotência de outros. Ao fim serve, inclusive, como ponto de partida na defesa frente às críticas de ativismo judicial, essa ação de cumprir a função “não [podendo] 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”.

Essa caracterização aliada à próxima, da necessidade de uma máxima eficácia para a decisão, irá tornar inaceitável no discurso de Celso de Mello qualquer solução que não se apresente como concreta, como diretamente capaz de transformar (ou atuar sobre) a situação – essa seria insuficiente, e assim descumpriria a função constitucional da ação interposta e o dever institucional da Corte. A concretização do projeto constitucional é, afinal, uma típica aplicação da metodologia neoconstitucionalista, “pós-positivista”, natural da **segunda camada discursiva**, assim como é a pluralidade de funções assumida pela Corte.

V) **máxima eficácia**¹⁸⁰, argumento da segunda camada

Cumprido, nesse ponto, citar do próprio texto do ministro Celso de Mello, em considerações próprias em relação aos limites (ou à falta de limites, em determinadas situações) da interpretação constitucional¹⁸¹:

¹⁷⁸ *Idem*, p. 153, 154, 155.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 150: “Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política, de pragmatismo institucional”

¹⁸⁰ Assim como o conceito de concretização da Constituição é presente em Hesse, também em sua obra se pode encontrar a noção da “máxima eficácia”, como cita Rosa Weber nas páginas 37 e 38 do seu voto. Celso de Mello fala em máxima eficácia, como se vê, mas deixa de citar de onde retira o conceito.

¹⁸¹ Página 91 do voto-relator da ADO 26.

Torna-se de fundamental importância reconhecer que **o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal**, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua **máxima eficácia**, tornando-os, em consequência, *fórmulas vazias*, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a correta afirmação de que, no processo de indagação constitucional, impõe-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua **máxima eficácia**, em ordem a dar-lhes significação compatível com os altos objetivos indicados na Carta Política.

O Estado tem o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis visões excludentes.

Aceitar tese diversa 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, como sucede com os integrantes da comunidade LGBT. (grifo nosso)

Vê-se: a retomada da tutela da dignidade, da liberdade e da igualdade, do dever estatal de ação (proibição da inação) e da impossibilidade de ser aceita “tese diversa”; mas, além disso, pode ser percebida também a inserção de um fator que aumenta exponencialmente a capacidade de ação do intérprete, convidado a abandonar os modelos interpretativos e de compreensão que não elevam a eficácia dos valores e comandos constitucionais. Colocando as alternativas nessa composição, como uma escolha entre a tutela apropriada e a morte da letra da Constituição, o ministro-relator reforça a urgência que vê no julgamento, seguindo mais uma vez a metodologia neoconstitucional, “pós-positivista”, da **segunda camada discursiva**. Como coloca na sua seção 18: deve ser alcançada, através de decisões como essa, a “essencial” e “inadiável” necessidade de “conferir real efetividade, no plano interno, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em tema de direitos humanos”.

VI) argumentos de natureza **filosófica, moral e sociológica**, da terceira camada

A fim de adotar a concepção “social” de raça, Celso de Mello buscou declarar a alternativa como vencida; não só antiquada, mas inapropriada. Nesse sentido o relator adentra em considerações sociológicas e filosóficas em busca de combater uma restrição do conceito de raça (quer considerando-a intelectualmente defasada, quer a tendo como imoral).

Na **4ª seção** do voto já apresenta as “definições e questões terminológicas” que utilizará e enfrentará, entre elas discorrendo sobre os conceitos de gênero e sexo e orientação sexual, mencionando conhecimentos estritamente biológicos, assim como considerações quanto a “fatores psicossociais” e da intimidade. Essas informações não constam na lei ou são retiradas de precedentes, mas, na maioria de “autoridades” como a “literatura especializada” e a OMS; citando, inclusive, Iotti, dando suas definições como acadêmico desses conceitos.

Em oposição a essa conceituação (e às premissas e consequências filosóficas dela) apresenta Celso de Mello, em sua **5ª seção**, como exemplo, “ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoca coloração homofóbica” daqueles que creem existir uma “ideologia de gênero”, que recusam a admitir “noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana”, reduzindo a existência das pessoas LGBT a uma “mera teoria social”. Para o ministro, essa perspectiva é repugnante, e merece ser combatida. Ele nega que aspectos biológicos devam ser definidores de papéis sociais e faz menção explícita à fala da então ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damarens Regina Alves, de que “meninos vestem azul e meninas vestem rosa”.

Para sustentar seus posicionamentos sociofilosóficos, o ministro-relator cita Simone de Beauvoir e Daniel Gomes de Carvalho, assim como precedente da Corte em que foi afirmada a existência da “*transsexualidade e [da] homossexualidade [como] um fato da vida*”.

E na fundamentação sociofilosófica para o reconhecimento do significado amplo de racismo, também se esforça o ministro, trazendo argumentos e citações ao longo do seu voto, a maioria da mesma doutrina anterior, que defende o enquadramento, mas não só. Considerando os percalços e os males da restrição do conceito de racismo ao seu original, incorreto, assim ele desenvolve¹⁸²:

[A doutrina] reconhecendo a imprestabilidade do conceito de ‘raça’ como forma de identificação das comunidades humanas, tem assinalado que o racismo nada mais é do que 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.

Daí o integral acerto da análise que faz NORBERTO BOBBIO (‘Elogio da Serenidade’, p. 127/128, item n. 3, Unesp, 2002), a respeito dos fundamentos ideológicos do pensamento racista, cuja perversa visão de mundo traduz,

¹⁸² *Idem*, p. 77, 78.

nada mais, do que um processo de discriminação e exclusão sociais de um grupo em relação a outros:

“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 (...).”

Esses são exemplos evidentes de argumentos não-codificados juridicamente, naturais de ciências sociais e da biologia, consideradas, dentro do direito e às vezes até emitidos por acadêmicos da área jurídica, todavia, em considerações que ultrapassam o escopo dela. São considerações da **terceira camada discursiva** e que servem para sustentar e conectar as ponderações da segunda camada à uma perspectiva específica. Não recorre ao bom-senso, percebe-se, nem à teologia, e até suas menções às ciências naturais são restritas: vê a questão como uma de caráter social, como a interpretação de raça que apoia.

VII) exemplos internacionais, da terceira camada (e segunda)

O ministro introduz diversas menções à legislação e à jurisdição de outras nações, assim como às organizações internacionais (não só as de direito internacional). A Organização Mundial da Saúde é mencionada, como já se disse. Os “Princípios de Yogyakarta”, estipulados pela “Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos”¹⁸³.

¹⁸³ *Idem*, p. 9, 10, 11.

Admitidamente, alguns desses exemplos mencionados são “jurídicos”¹⁸⁴, mas sua função discursiva, na maioria das vezes, não é vinculante, mas *sugestiva*, um modo de sugerir uma tendência global, humana, que estaria sendo seguida com a solução proposta à controvérsia: a interpretação correta é aquela que coaduna com os projetos civilizatórios da Humanidade. O estudo do exemplo internacional, para o ministro, assim revelou¹⁸⁵:

que a 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.

Afirmativa reiterada no material acadêmico/doutrinário que cita – mais uma vez, Iotti – que fala bastante de exemplos internacionais em uma longa passagem trazida ao voto (ocupando quase 5 de suas páginas), no qual é afirmado, entre outras afirmativas, que já havia ocorrido o reconhecimento pela ONU da homofobia e da transfobia “como espécies do gênero racismo”¹⁸⁶.

Decerto, se poderia classificar alguns desses argumentos como “jurídicos” (como aquele levantado na seção 18 do voto, onde se defende a necessidade de se “conferir real efetividade, no plano interno, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em tema de direitos humanos”); no entanto, eles não são os principais desse campo das menções ao estrangeiro. O fundamento para a criminalização não vem de algum tratado assinado e que se teria de cumprir ou descumprir, nem há qualquer vinculação com essas definições externas que o ministro identifica que consideram homotransfobia uma espécie de racismo. Percebe-se, em vez disso, que essas são definições trazidas

VIII) contextualizações **históricas** e da **realidade** contemporânea, de terceira camada

Nas **seções 8 e 9** do seu voto, Celso de Mello desenvolve, respectivamente:

¹⁸⁴ Tratando o de direitos de pessoas trans reconhecidos pela Suprema Corte (*Idem*, p. 20): “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)” (grifo nosso).

¹⁸⁵ No (*Idem*, p. 81): “exame do conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração de Durban e Programa de Ação (2001), entre outros”.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 83.

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).¹⁸⁷

São narrados fatos históricos, com longa citação de uma dissertação de mestrado em história de Veronica de Jesus Gomes e de Luiz Mott, antropólogo. Vê-se a importância dessas considerações pelo tamanho que elas tomam do julgamento; em uma tentativa de indicar a evolução intentada para o direito penal e o papel do Estado: de antes perseguir de forma oficial, brutal e organizada pessoas homossexuais para hoje dever tutelar seus direitos e suas vidas (o que ainda não ocorreu, o que o Ministro coloca em tom de denúncia). Para tanto, são narrados exemplos da “legislação reinol” portuguesa, e, posteriormente, à perseguição feita pela própria Igreja através do Tribunal do Santo Ofício e suas ramificações e razões políticas na idade Moderna. Os “exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País”. “A violência contra integrantes da comunidade LGBT ou ‘A banalidade do mal homofóbico e transfóbico’ (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea”.¹⁸⁸

A contextualização da realidade contemporânea também é longa, sendo ora citados: “dados estatísticos”¹⁸⁹ fornecidos por *amicus curiae* que demonstrariam os impactos concretos de padrões socioculturais, uma longa lista de notícias veiculadas pela imprensa¹⁹⁰ e alguns relatórios de entidades civis¹⁹¹. É, por fim, afirmado como “esses números assustadores que venho de referir autorizam e validam a argumentação feita pelo ilustre subscritor da inicial, Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti”.

Em outros momentos do voto mais dados históricos e contemporâneos são trazidos pelos ministros, num exercício pleno da **terceira camada discursiva**, a fim de embasar as posições morais e jurídicas adotadas: quer indicar o ministro que as injustiças não seriam fictícias nem poucas, e não seriam de hoje, assim como não seria de hoje o descaso estatal (assim o ministro fundamenta de que há inércia estatal, não só por descumprimento de

¹⁸⁷ Veja-se também a referência literária, típica dessa terceira camada discursiva.

¹⁸⁸ No título desta seção, outras observações a serem feitas: i) a menção a Iotti como doutrinador, sendo o mesmo também o próprio advogado autoral: são as suas ponderações acadêmicas que estão sendo citadas pelo magistrado como doutrina especializada no julgamento em que ele as argumenta; ii) a referência a Hannah Arendt e à sua conceituação da “banalidade do mal”.

¹⁸⁹ *Idem*, 37, 38.

¹⁹⁰ *Idem*, 38, 39, 40.

¹⁹¹ *Idem*, 40.

comando constitucional específico, mas por um descumprimento que esses dados representam das garantias constitucionais mencionadas).

IX) a negativa do **raciocínio analógico** e da **superação da estrita legalidade**, da segunda camada

Há dois momentos distintos – nas seções 7 e 12.2 do seu voto – em que o ministro-relator inclui **argumentos juridicamente codificados, da segunda camada**, para delimitar a própria atuação, e assim diferenciar esta daquela inaceitável que ultrapassaria esses limites. Nesses dois pontos do texto decisório, o intérprete i) nega a possibilidade de solucionar a lacuna com criação jurisdicional de tipo penal, considerando que importaria “em inadmissível substituição do Congresso Nacional” [26], e ii) nega que a solução de fato escolhida (pela interpretação conforme a Constituição que enquadra homotransfobia como forma de racismo) envolveria “aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89”, o que, sim, seria “juridicamente inviável”.

A importância dessa diferenciação não pode ser ignorada, não se resumindo a um exemplo de zelo sem propósito ou de estilo prolixo, nem ao cumprimento de mera formalidade, é, na verdade, tentativa essencial do ministro de caracterizar a **legitimidade** de sua escolha interpretativa e do resultado jurisdicional. Seria cumprimento de mera formalidade se o ministro meramente estivesse rejeitando um pedido autoral que via como “impossível”¹⁹², aquele subsidiário¹⁹³ pela superação do princípio jurídico da estrita legalidade penal; seria exemplo de zelo sem propósito ou de estilo prolixo se ele estivesse repetindo sem motivo a negativa a tal pedido autoral, após deixá-la expressa em seção própria.

Observa-se, com efeito, que tal distinção é – mais do que declaração de improcedência de requerimento de parte – também contra-argumento. O ministro tenta explanar como, ao escolher **RO – CR**, não estaria realizando de forma implícita **RO – CE** ou **RO – CA**; como, ao fazer a **interpretação conforme a Constituição**, não estaria tentando diretamente (usando argumento “pós-positivista” para derrubar dogmas jurídicos) nem indiretamente (usando

¹⁹² A 7ª Seção (*Idem*, p. 26) possui o seguinte título: “Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal”.

¹⁹³ Não sendo acatado o entendimento do enquadramento da homotransfobia como forma de racismo (*Idem*, p. 6): “requer-se que o Supremo Tribunal Federal, inovando na ordem positiva, tipifique, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo, também, a respectiva cominação penal, superando-se, desse modo, embora em caráter absolutamente excepcional, o princípio segundo o qual ‘nullum crimen, nulla poena sine praevia lege’”.

técnica interpretativa clássica da integração analógica de lacuna para) superar o **princípio da estrita legalidade penal** – brocardo tradicional positivado na Constituição –.

Foram “os Senhores Presidentes da República e do Congresso Nacional e a Senhora Advogada-Geral da União” que sustentaram, nos autos¹⁹⁴, que tal solução implicaria necessariamente na “usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República”, o que o ministro reiteradamente contesta, a cada oportunidade que pode reafirmando como estaria meramente aplicando o conceito abrangente do precedente firmado para enquadrar a homotransfobia na noção de racismo em sua dimensão social, não para equiparar uma a outra, muito menos para se achar na capacidade de simplesmente criar novo tipo penal.

Superar o princípio segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” seria extremamente custoso ao STF e isso ocorreria tanto através da criação direta quanto pela aplicação de uma “interpretação analógica *in mallam partem*” significando uma quebra expressa da tradição da jurisprudência (dogmática¹⁹⁵ e do Judiciário brasileiro). A admissão de haver um “caráter aditivo” à decisão é, portanto, também rechaçada pelo ministro-relator, pois essa aproximaria o julgamento da mal vista intervenção do Judiciário no direito penal. Logo, é já tentando evitar e contestar críticas que o ministro-relator retoma a narrativa de repetição de precedente, de não-inovação¹⁹⁶:

Inacolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva, conforme sustenta o Senado Federal, pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente (“caso Ellwanger”).

O ministro, assim, reafirma de todas as formas que não inova e que não deseja avançar direta ou indiretamente sobre o princípio constitucional que reserva ao Legislativo federal a capacidade de criar tipos penais, e, nesse segundo sentido, argumenta pela superioridade absoluta de tal regra jurídica. Esforça-se como pode para indicar que os valores

¹⁹⁴ Como já foi visto, fora dos autos, antes e posteriormente ao julgamento, muitas vezes vieram afirmar aquilo que o ministro-relator desejou evitar, que dar provimento aos pedidos autorais para criminalizar a homotransfobia seria aplicação de raciocínio analógico e superação do princípio da estrita legalidade penal.

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 216: “A integração do direito ocorre principalmente mediante a *interpretação analógica* (a assim dita *analogia legis*), fundada no raciocínio por analogia. Tal raciocínio é um instrumento fundamental da jurisprudência e é reconhecido explícita e implicitamente por todos os ordenamentos. Para que não seja admitido, é necessário que seja expressamente proibido pelo direito, o que ocorre principalmente para a lei penal (...), em homenagem ao princípio do iluminismo liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

¹⁹⁶ Página 99 do voto-relator da ADO 26.

constitucionais, a função majoritária, a omissão etc. não seriam, mesmo somados, razão suficiente para superar o princípio da reserva legal penal; diferenciando isso daquilo que realmente propõe: a interpretação conforme a Constituição e o precedente.

X) insuficiente só declarar a omissão e cientificar o Congresso, **proibição de inércia**, da segunda e da terceira camada discursivas

Mesmo que considerados toda a lista de motivos acessórios para a criminalização imediata das condutas homotransfóbicas (a gravidade do problema, a urgência de uma intervenção estatal, a mora histórica, as funções e os deveres do STF etc.), uma única ressalva seria capaz de impedir a conclusão C: o risco, o dano potencial à legitimidade da Corte, sendo, afinal, um pedido polêmico. Mais um argumento acessório é a eles adicionados (e esse deve ser visto de fato como uma sequência daqueles, multiplicado em sua importância por aqueles): a proibição, a intolerabilidade da inércia estatal.

Por todo o voto é condenada, repetidamente, a inércia do Estado. Isso é, evidentemente, uma referência explícita à mora do Legislativo em atuar apesar do mandato de criminalizar que o ministro-relator percebe existir; no entanto, é também, se observada em conjunto com os citados fatores (o dever de concretizar e combater o desrespeito da Constituição; a função ativa, interventora, da Corte; o senso de urgência diante da intolerabilidade às e da contemporaneidade das violências e discriminações etc.), uma razão para a atuação imediata do Supremo, um incentivo, ou, ainda, uma condenação da postura oposta: para o ministro, se o STF não realizar ele mesmo a criminalização dessas condutas tendo a oportunidade, estaria somente permitindo a continuação do descaso estatal¹⁹⁷.

Nas suas próprias palavras:

A constatação objetiva de que se registra, na espécie, hipótese de mora inconstitucional, apta a instaurar situação de injusta omissão geradora de manifesta lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional inadimplida (CF, art. 5º, XLI e XLII), justifica, plenamente, a intervenção do Poder Judiciário, notadamente a do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁷ Esse é um equilíbrio que o ministro mantém por todo o voto, de aproximar ou afastar as causas e as consequências da decisão das partes presentes. Ver como exemplo a seção 19 do voto de Celso de Mello, já mencionada. Por isso, o Legislativo pode ser declarado culpado por omissão, mas a população que o elegeu não recebe a mesma crítica. Também, se em uma hora os ministros são celebrados por fazerem parte de um momento histórico, ou têm sua coragem e sua tenacidade glorificadas; noutros momentos, eles mal são levados em conta, meras engrenagens na máquina. Melhor exemplo desse comportamento pode ser encontrado em Barroso, que ao parágrafo 31 afirma que “a história bate à porta” do STF nesse julgamento, e ao parágrafo 28 denota que “iluminista não é o tribunal, é a Constituição”.

Não tem sentido que a inércia dos órgãos estatais, evidenciadora de comportamento manifestamente inconstitucional, possa ser tolerada.

Admitir-se tal situação equivaleria a legitimar a fraude à Constituição, pois, em última análise, estar-se-ia a sustentar a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal, não obstante agindo em sede de controle concentrado (CF, art. 102, I, “a”), proceder à colmatação de uma omissão normativa flagrantemente inconstitucional.

Isso significa que não se pode identificar na própria inércia estatal a existência de fator exculpatório (e pretensamente legitimador) do inadimplemento de uma grave obrigação constitucional.

(...)

Em contexto como o que resulta destes autos, a colmatação de omissões inconstitucionais nada mais revela senão um gesto de respeito que esta Alta Corte manifesta pela autoridade suprema da Constituição da República.

Tolerar esses desrespeito se torna, já se vê, um desrespeito em si¹⁹⁸, e enxergar uma inconstitucionalidade e não a eliminar, uma negativa do papel do STF de guardião da Constituição¹⁹⁹, respectivamente:

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.

Cabe assinalar, por necessário e relevante, que se impõe ao Supremo Tribunal Federal, tornado guardião da ordem constitucional por deliberação soberana da própria Assembleia Nacional Constituinte, reafirmar, a cada momento, o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade ao texto sagrado da Constituição democrática do Brasil.

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

O Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, possui a exata percepção dessa realidade e, por tal razão, tem consciência do grave compromisso que incide sobre esta Alta Corte consistente em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, 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.

¹⁹⁸ Páginas 44 e 45 do voto-relator da ADO 26.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 149 e 150.

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.

Enquanto que essa argumentação é também consequência ou parte daquelas jurídicas pela máxima eficácia, pela concretização, pelo cumprimento da função contramajoritária, há ainda um aspecto quase externo ao direito, não por falta de menção a dispositivos constitucionais, mas pela distinta intervenção no âmbito político e no senso de absurdo e injustiça que a não-intervenção parece significar ao ministro-relator. Admite-se que estas considerações sobre o pertencimento são menos sustentáveis, todavia, em comparação com os demais votos, elas se tornarão, talvez, mais compreensíveis. Para tanto, que se perceba: as posições assumidas pelos demais ministros são, para o ministro-relator, intoleráveis, pois não impedem o descaso, o permitem, e mantêm o “estado” de inércia. Desse modo, essa linha argumentativa soa mais como um apelo do ministro-relator, um chamado à ação direcionado aos seus colegas²⁰⁰.

Lewandowski constrói seu voto primeiro pelas premissas que justificam a proteção dos direitos fundamentais. Aqui há muito do visto também no voto de Celso de Mello, inclusive os apelos comuns ao neoconstitucionalismo, com menções sociofilosóficas, históricas, fáticas (de notícias e estatísticas) e do direito internacional, e estrangeiro comparado. Em muitos momentos há entrelaçamento entre o neoconstitucionalismo e as fontes de legitimidade não-codificadas juridicamente, as considerações sobre direito humanos e fundamentais se aproximando daquelas sociofilosóficas e morais da tradição liberal.

Todavia, como dito anteriormente, na exploração da primeira camada discursiva, Lewandowski nem sequer considerou diretamente, fora de seu relatório, a possibilidade de enquadrar homotransfobia como racismo, colocando todos os resultados pela criminalização judicial (CA, CE e CR) no mesmo campo (C). Dessa forma, enquanto que os ideais e argumentos neoconstitucionalistas – **da segunda camada, dos modelos interpretativos pós-positivistas**, aqui: i) **princípios da igualdade e da dignidade** e suas ramificações; ii) a Constituição programática e seus mandados de criminalização, **que devem ser concretizados**; iii) a necessidade de tornar **efetiva, concretizar** as normas frente a realidade e

²⁰⁰ Já Barroso é, ao votar, bem menos “sutil” em seus apelos aos colegas, não só fala da intolerabilidade da inação, como posiciona, como mencionado, esse julgado como uma chance de *fazer história*.

vice e versa – e argumentos não jurídicos – **da terceira camada, não-codificados juridicamente**, aqui: iv) a **pertinência da criminalização** da homotransfobia; v) **históricos**, vi) **sociofilosóficos**, vii) **internacionais** viii) **dados contemporâneos** – trazidos por Celso de Mello serviam em seu voto para sustentar a decisão pela insuficiência da mera cientificação do Congresso, pela necessidade de ação imediata através do enquadramento como racismo; aqui, eles se encontram insuficientes para superar o contra-argumento – **da segunda camada discursiva, dos modelos interpretativos de base tradicional/clássica**: ix) **da obediência à estrita legalidade penal e suas consequências** e x) **da interpretação gramatical** –.

A construção argumentativa sustentada, **RO-1 – CC**, tem tanto o potencial de resultar na criminalização quanto os votos da maioria da Corte, até o ponto em que Lewandowski nega a definição mais ampla de racismo, e, por isso, a omissão referente ao racismo, e, então, desaparece a possibilidade de criminalização capaz de evitar a superação de princípio basilar ao direito penal. Assim, inevitável a conclusão à qual ele alcança, de que criminalização seria de alguma forma, atravessar um “Rubicon jurisdicional”²⁰¹.

I) **princípios da igualdade e da dignidade** e suas ramificações, de segunda camada

Ao início do seu voto, Lewandowski pondera aproximando em muito, como dito, os valores fundamentais positivados ou implícitos na Constituição com suas raízes filosóficas e sociológicas²⁰²; discorre, pois, sobre o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana enquanto também conecta esses a outros direitos, a seu ver consequentes, como ao “reconhecimento” e à “busca da felicidade”, e a conceituações externas ao mundo jurídico (adiante expostas). Esse “reconhecimento” tratado, peça central de seu raciocínio, é tratado como importante “para a autoestima, para a autoconfiança, para a autorrealização e para a felicidade”; e essa “busca da felicidade”, também mencionada por Celso de Mello, é afirmada como um “verdadeiro postulado constitucional implícito” (nas palavras, inclusive, de Celso de Mello, em outro julgamento, que Lewandowski cita).

São valores inscritos na ou presumidos da Constituição Federal e que definem qual deve ser a atuação estatal, argumentos típicos do neoconstitucionalismo, pós-positivistas, da **segunda camada discursiva**.

II) a Constituição e seus **mandados de criminalização**, de segunda camada

²⁰¹ Já apontada “Observação” presente na página 516 dos autos da decisão da ADO 26.

²⁰² Página 4 do voto de Lewandowski na ADO 26: “a demanda por reconhecimento é, contemporaneamente, componente essencial **do conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade**”. (grifo nosso)

Como já afirmado, contudo, Lewandowski traz os valores comuns ao neoconstitucionalismo não para sustentar uma intervenção positiva do STF na legislação penal (direta ou indireta), mas ainda assim defende a razoabilidade de uma tutela desses direitos, ou ainda, uma necessidade, percebido pelo ministro ao menos um mandado de “claro” criminalização na Constituição: “a criminalização de condutas discriminatórias não é só um passo importante, mas também obrigatório, eis que a Constituição contém claro mandado de criminalização neste sentido: conforme o art. 5º, XLI”²⁰³.

A constitucionalização do direito inteiro, inclusive com a atividade estatal inteira estar vinculada pelo poder constituinte e seus projetos é um posicionamento de origem neoconstitucionalista. Aos demais ministros serviu esta lógica como motivação/incentivo para justificar a criminalização através de ato jurisdicional exatamente por ser esta vista como consequência da declaração da omissão, a obrigatoriedade de ação; no entanto, no caso de Lewandowski, isso não será suficiente. Ainda assim ele traz esses pontos, antes de sua inevitável ressalva (ponto IX, adiante)

III) a necessidade de tornar **efetivas, concretizar** a Lei, de segunda camada

Diferentemente de Celso de Mello – mesmo que também reforce a importância da concretização e efetivação dos comandos e projetos constitucionais –, Lewandowski não pretende legitimar mais do que a cientificação do Congresso (CC), então nem considera que a decisão não que não imediatamente criminaliza as condutas seria também inércia estatal, pouca medida diante das funções do Supremo Tribunal Federal (e da Constituição)²⁰⁴:

A Constituição, ao estabelecer o mandado de criminalização do art. 5, XLI, confiou no uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgenderidade, bem como na eficácia punitiva maior oriunda dessa especificidade. A Câmara baixa cumpriu seu papel constitucional e aprovou o Projeto de Lei 5003/2001, que, ao ser remetido ao Senado, recebeu o número 122/2006. Entretanto, a Câmara Alta, como bem relatou o Ministro Celso de Mello, vem se omitindo na análise do Projeto de Lei 122/2006. Essa omissão contraria frontalmente a Constituição. Assim, entendendo estar configurada mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia.

IV) a **pertinência de uma lei** que criminalize a homotransfobia, de terceira camada

Tendo mencionado como a discriminação “por causa de (...) orientação sexual ou identidade de gênero” é inaceitável (assim como são as condições e circunstâncias enfrentadas

²⁰³ *Idem*, p. 7.

²⁰⁴ *Idem*, p. 12, 13.

pelas pessoas que sofrem dessa discriminação), e além de qualquer mandado específico de criminalização, o ministro defende a importância da criminalização da homotransfobia não só por essa ser comandada (a seu ver) pela Constituição.

Se resolveu pontuar isso em separado da questão do reconhecimento do mandado e da omissão, pois, como vale lembrar: Lewandowski negou ao fim provimento à criminalização judicial, apesar de aparentemente ver absoluta urgência e utilidade na transformação dessas condutas em crime, apesar de não prever qualquer outro meio de pressionar o Legislativo (além da cientificação) e de entender uma insuficiência²⁰⁵, mas absoluta necessidade, de um posicionamento estatal como o requerido pelos autores.

A mencionada pertinência, não pertence às considerações necessariamente jurídicas, da segunda camada, sendo melhor identificada como uma conclusão política alcançada pelo ministro: mesmo que não houvesse comando constitucional, deveria haver a criminalização, devido aos valores constitucionais a serem tutelados, sim²⁰⁶, mas também por todas as razões defendidas por sociológicos, ativistas, por todos os dados não-codificados que podem ser trazidos sobre a discriminação e a violência sofridas.

V) de terceira camada, **históricos**

A ideia de uma “dívida histórica” do Estado para com os grupos culturalmente oprimidos – pois anteriormente também oprimidos de forma explícita pelo sistema jurídico – é também trazida nesse voto, em conjunto com a concepção de que tais violências praticadas no passado ainda têm impactos na atualidade, gerando “relações assimétricas de poder baseadas em gênero”²⁰⁷. Tais observação expandem o caráter do problema e a necessidade de uma solução: não é uma mera inércia desde 1988, é uma dívida, um ônus histórico e um mal sistemático, como o ministro também explora nos demais argumentos pertencentes à **terceira camada** do discurso.

VI) de terceira camada, **sociofilosóficos**

²⁰⁵ *Idem*, p. 7, 8. Também, no seguinte trecho (*Idem*, p. 12): “Reconheço que a lei pode muito, mas não pode tudo. Estamos aqui a tratar da necessidade de mudanças culturais complexas, que, acaso vinguem, serão incorporadas ao repertório jurídico e policial paulatinamente. Essa reflexão, porém, não diminui a importância de que esse primeiro passo seja dado”.

²⁰⁶ Isso poderia se aproximar de um argumento pela coerência que deve manter o ordenamento jurídico (um dos princípios essenciais do positivismo, como observa Bobbio;) como faz Barroso em seu voto, no qual ele afirma que (parágrafo 43 de Barroso): ter criminalizadas certas discriminações enquanto essas homotransfóbicas seguem autorizadas constituiria uma “forma de hierarquização de opressões sociais, inadmissível à luz do princípio da isonomia”. Todavia, essa não é a via tomada por Lewandowski.

²⁰⁷ *Idem*, 9.

As considerações que abrem o voto de Lewandowski incluem diversas de natureza sociofilosófica na tentativa de explorar o conceito de “reconhecimento” e de quais grupos estariam lutando por ele, nesse sentido citando Nancy Fraser e Axel Honneth, e ponderando:

No domínio do simbólico, as vítimas da injustiça social não são as “classes” identificadas pelos marxistas, que se definem pelas relações de produção, mas os “grupos de status” weberianos que, nas relações de reconhecimento, distinguem-se pela menor estima social de que gozam.²⁰⁸

Tais ponderações, assim como outras que desenvolve, com suas próprias palavras ou por suas referências, claramente se encaixam na **terceira camada discursiva**, com menções a Libby Adler²⁰⁹, a Simone de Beauvoir e Judith Butler (ambas através de Joanna Noronha e Adriana Vidal de Oliveira), a Foucault, a artigo de Drauzio Varella publicado na Folha de São Paulo e a diversos trabalhos acadêmicos voltados às questões da mulher e “daqueles que não se enquadram no conceito de homem heterossexual cisgênero”. Mencionado, o direito é analisado pelo seu impacto social e simbólico²¹⁰ ou como ferramenta política²¹¹, considerado, logo, quase que “de fora” (se isso pode ser dito sobre afirmações feitas por um magistrado e “dentro” de um julgamento judicial). O uso dessas considerações “críticas” do direito e das referências amplas às ciências humanas e a personalidades conhecidas tenta demonstrar uma também ampla busca do discursante por fontes para embasar sua decisão; assim, se tem que ele considerou os impactos da questão que enfrenta e da sua decisão etc.

VII) de terceira camada, **exemplos internacionais**

A igualdade e a dignidade (e suas ramificações), não são só realçadas pelo ministro com referências ao campo acadêmico e à jurisprudência constitucional pátria, mas também a influências internacionais. O ministro menciona (além de estudiosos estrangeiros tratando dos ordenamentos de outros países) a existência de “inúmeras decisões e orientações gerais neste

²⁰⁸ *Idem*, p. 5.

²⁰⁹ *Idem*, p. 14: “a lei [que criminaliza crimes de ódio contra pessoas LGBT] transmite a mensagem da inaceitabilidade da violência contra esses grupos”. É o mencionado impacto do simbólico no real, que o ministro comentou no começo do voto.

²¹⁰ *Idem*, p. 10: “Corpos ambíguos contrariam essa ‘ordem’, razão pelas quais se lhes nega a devida legitimidade, o que gera uma série de opressões e injustiças”; palavras do ministro inspiradas por Jorge Leite Júnior.

²¹¹ *Idem*, p. 8: “a judicialização pode contribuir para a inserção de determinados temas na agenda política. Os grupos sistematicamente excluídos de direitos têm, outrossim, mais facilidade para alcançar seus objetivos estratégicos por meio do Poder Judiciário, cujo acesso é mais simples e menos custoso do que o acesso ao Legislativo e ao Executivo”. O ministro reconhece a dificuldade maior da via eleitoral para os grupos minoritários. Celso de Mello apontou isso para legitimar a realização do papel contramajoritário do Supremo. Lewandowski, reconhecendo uma “dívida histórica” dos “Poderes constituídos” (assim como Celso de Mello considerou que o Estado, tanto por humanismo quanto por antes de perseguido esses grupos, hoje devia às minorias proteção ativa), reforça como pode a injustiça e a necessidade de transformação cultural, mas não se vê no poder de atuar ele mesmo nesse caso.

sentido, emitidas, dentre outros órgãos” internacionais como a OEA e a ONU²¹²; assim como acha necessário pontuar que a “prática deste tipo de violência, reconheça-se, não é exclusiva do Brasil”, citando o *Hate Crimes Prevention Act* estadunidense, legislação que trata do tema.

Os exemplos de outros países e da comunidade internacional servem, como no voto de Celso de Mello, para sugerir um caminho que o ministro vê como preferível/necessário para o Brasil, uma tendência global e civilizatória que legitimaria aquela pertinência da criminalização da homotransfobia.

VIII) de terceira camada, **dados atuais**

Como no voto de Celso de Mello, a narrativa da situação contemporânea tenta deixar óbvia a gravidade do assunto e a repugnância dos atos cometidos contra a população LGBT, muitos dados e relatórios, quer de pesquisadores, da imprensa e de entidades privadas, quer dos próprios Poderes Executivo e Legislativo são citados. Como exemplo serve o seguinte parágrafo do voto:

Efetivamente, tais grupos sociais minoritários vêm sofrendo as mais diversas formas de preconceito, conforme noticiado frequentemente pela imprensa e comprovado pelos escassos repositórios de dados oficiais sobre este tema, como os constantes do “Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2012”, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que abrangem apenas violações relatadas e revelam a gravidade e a amplitude dos atos discriminatórios praticados contra a população LGBT.²¹³

IX) de segunda camada, o princípio da **estrita legalidade** e suas consequências

Levantadas todas essas razões para a criminalização, todavia, vê-se Lewandowski de mãos atadas. Na quarta última folha de seu voto, o ministro afirma que, apesar de reconhecer que “a criminalização de condutas seria um passo importante” e que há mora legislativa, “pouco pode esta Corte fazer (...) por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta”²¹⁴.

No voto de Celso de Mello, o contra-argumento não foi levantado para barrar a criminalização (nem para ser superado por ela: o ministro-relator, assim como os demais, considerou ele insuperável, seu vencimento uma atitude inconstitucional e que ele tentou evitar, expressamente a negando), pois havia o que a maioria da Corte enxergou como uma

²¹² *Idem*, p. 13, 14.

²¹³ *Idem*, p. 13.

²¹⁴ *Idem*, p. 15.

solução alternativa: foi feita uma distinção entre a hipótese de criminalização **CR** fundada no conceito de “racismo social” e as demais (**CE** e **CA**), “inadmissíveis”.

Lewandowski, diferentemente da maioria, contudo, não seguiu (nem sequer considerou) a “solução alternativa” **RO – CR**, e, por isso, acaba incapaz de legitimar uma criminalização judicial sem também atravessar um “Rubicon jurisdicional”. Mais uma vez vale comentar, contudo, que o ministro parece considerar que tal “solução alternativa” não é suficiente: tanto pela sua escolha de não enfrentar o argumento do enquadramento, quanto pela natureza de sua interação com o ministro-relator, Lewandowski parece preferir manter-se separado do esforço legitimador específico (de enquadramento de homotransfobia como racismo) realizado pelos adeptos da tese autoral, ou por considerá-la arriscada demais, questionável, ou por considerá-la necessariamente transgressora, ou seja, inconstitucional (por violar dispositivo presente de forma explícita e implícita na Constituição).

Para reforçar a importância da reserva legal penal, o ministro inclusive se refere a precedente de autoria do relator da ADO 26. E, ainda, para negar as soluções alternativas postuladas, além de rejeitar uma interpretação ampla de racismo, as equipara a uma “extensão do tipo penal”, o que também considera atentatório ao princípio penal e à segurança jurídica²¹⁵.

O apelo à estrita legalidade é interessante por ser tanto aplicação de princípio constitucional, mas também de dogma jurídico tradicional, o brocardo do *nullum crime sine (prævia) lege*. Esse ser levantado como bloqueio às demais razões todas, morais, de concretização e efetivação de valores constitucionais, de realização dos comandos explícitos da Constituição é o diferencial dos votos dissidentes nesse caso estudado.

X) de segunda camada, a **interpretação gramatical**, modelo clássico

Para desqualificar a aplicação do tipo penal do racismo para a penalização de pessoas que cometessem a homofobia, se reservou o ministro a citar precedente da 1ª Turma do Tribunal em que a tese havia sido rechaçada. Em 2013, o deputado Marco Feliciano foi denunciado por discriminação (definida na Lei do Racismo) depois de ter feito comentários homofóbicos. Na ementa do julgado, é visível a **interpretação gramatical, da corrente clássica, modelo da segunda camada discursiva**:

²¹⁵ *Idem*, p. 18.

TIPO PENAL DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 ALCANCE.

O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual.²¹⁶

Não é outro método aplicado que não o gramatical (não se buscou o intuito da lei, nem se pensou em se remeter ao histórico legislativo para entender o que se quis dizer etc.), simplesmente foi lida a letra da lei e não se viu “opção sexual” no rol de “raça”, “cor”, “etnia”, religião” e “procedência nacional”, se aplicando um sentido comum, usual (de dicionário²¹⁷) para “raça”, não amplo, não “social”, não fundado em interpretação daquela dada no “caso Ellwanger”. Como fator que valoriza o exemplo, tem-se que foi precedente relativamente recente e unânime (não foi, todavia, do Plenário, como mencionado), mais uma forma de colocar a sua posição como técnica, objetiva.

Todavia, permanece a impressão que se sugere no ponto anterior: de uma forma ou de outra, Lewandowski considera a questão indiscutível, a ponto de, ao fim, não discuti-la: com a ajuda de um precedente, nenhuma das argumentações, das teses etc. trazidas pelo ministro-relator para indicar uma evolução no termo “racismo” são contraditas. Ao dizer isso, não se está tentando criticar o esforço de Lewandowski, somente reforçar duas coisas: quão vital essa “já ocorrida expansão” dos conceitos de raça e racismo é para a criminalização e quão delicada, também, se demonstra essa linha de raciocínio, que com tão pouco acaba afastada nesse voto.

Ao negar a abrangência do termo e por temer a violação de princípio supremo do direito penal, Lewandowski exclui a possibilidade de criminalização judicial pelo STF, abrindo a dissidência no julgado e bloqueando a conclusão que seus demais argumentos (que aproveitavam da metodologia “pós-positivista”) pareciam indicar. Esse é um corte similar àquele que será visto no voto de Marco Aurélio.

Marco Aurélio, relator no caso anteriormente citado por Lewandowski, em que foi negada a amplitude do termo racismo para enquadrar homotransfobia também o traz²¹⁸.

Ainda que não mais direto que os demais ministros, Marco Aurélio é aquele com a posição mais simples de ser explicada, não por ser a mais diversa, mas por identificar um “problema” ainda preliminar: não acha apropriada ou capaz a via eleita e não reconhece

²¹⁶ *Idem*, p. 16.

²¹⁷ Exemplo disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=ra%C3%A7a>

²¹⁸ Voto de Marco Aurélio na ADO 26, p. 11.

qualquer omissão/lacuna/inércia que poderia ser caracterizada como jurídica, uma mora que poderia ser oficialmente cobrada do Estado brasileiro. Reconhece os problemas, e até se posiciona favorável à criminalização, mas somente pela via política (como Lewandowski), não vendo na Corte o papel ou a capacidade de atuar positivamente com uma tipificação penal. Como mencionado na exploração da primeira camada, não chega a simplesmente englobar todas as soluções **C** como a mesma, todavia, enumerando-as em **CA/CE** e **CR**, vê na(s) primeira(s) uma tentativa de superar a estrita legalidade, e na última, o mesmo que um “esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto”²¹⁹.

O ministro alcançou as duas soluções **NO** e **NC**, em resumo, rejeitando as duas omissões arguidas e qualquer possibilidade de criminalizar por decisão judicial. A primeira das omissões²²⁰ de que trata, referente ao inciso XLII e ao termo “racismo”, é negada por não se enxergar em tal conceito a abrangência percebida pela maioria do Plenário do STF e por entender que a abertura de significado pretendida seria uma violação do princípio “da reserva de lei em matéria penal”. Podem ser identificados dois caminhos abertos pelo ministro a fim de legitimar tais conclusões: um para demonstrar que entende a seriedade do problema e do poder/dever do STF, do Estado brasileiro e da Constituição; o outro para, ao fim, indeferir cada um dos pedidos, argumentando desde descumprimento de regras do direito à existência de contradições “no plano da lógica”²²¹.

O primeiro tipo de argumentação, que ressalta que o ministro e a Corte reconhecem a importância do tema, e já se origina juntamente com seu voto²²²:

anoto encerrarem ambos os processos matéria sensível a envolver valores constitucionais de importância maior.
Surge inadmissível a persistência, no Brasil, de grave quadro de discriminação, observada a violência diuturnamente dirigida a homossexuais e transgêneros (...).

²¹⁹ *Idem*, p. 11.

²²⁰ O indeferimento da segunda das omissões pouco importa nesse estudo, centralizado que é em um debate sobre a diferença entre punir e criminalizar. De mesmo modo, também, a mencionada “inadequação da via eleita”, que é importante fator decisório para o ministro, mas pouco serve como objeto a essa cartografia, pois i) trata de matéria processual distante da controvérsia de interesse e ii) não impediu que Marco Aurélio apresentasse sua opinião quanto às questões em foco (o conceito de racismo e a tipificação judicial da homofobia).

²²¹ *Idem*, p. 12: “A controvérsia resolve-se no plano da lógica. De duas, uma: ou se declara eventual ‘mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia’ ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia ‘no conceito ontológico-constitucional de racismo’, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989”.

²²² *Idem*, p. 1.

Em sede jurisprudencial, o Supremo, na condição de guarda último da Constituição Federal, não tem falhado no âmbito do reconhecimento das diversas orientações sexuais e identidades de gênero, envidando esforços à concretização da proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis, sempre atento aos limites de atuação impostos pelo texto constitucional.

Nessa via, tem-se uma mescla de argumentos da terceira e da segunda camada, respectivamente: i) a **realidade violenta** enfrentada pelos membros da comunidade, ii) o **descaso do Estado**, que insuficientemente protege essa minoria, iii) e sua própria **opinião**; iv) os **direitos fundamentais** (em especial em seu voto, o da dignidade, “todos gravitando em torno” dele), e v) a tarefa do STF de tornar a Constituição **efetiva, concreta**.

O segundo, se concentra mais na metade final do voto, após as considerações e ressalvas terem sido feitas: lá, o ministro desenvolve as limitações e as técnicas que o impedem de tomar uma decisão favorável às pretensões autorais. Nesse, os argumentos são concentrados na segunda camada, jurídicos²²³, podendo ser resumidos em um só ponto: a impossibilidade de se superar vi) “a exigência da **legalidade estrita parlamentar**” através da expansão do rol que define os alvos do tipo penal de racismo ou da definição do conceito de algum desses alvos, ou pela analogia *in malam partem*.

I) de terceira camada, **a realidade violenta**

O ministro faz menções contantes à sua noção à realidade enfrentada por pessoas que sofrem de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, reassegurando que o direito “sofre influência dessa realidade”, ligando assim o argumento baseado nos relatos e nas noções factuais sobre a violência a um conceito de Justiça dinâmica, capaz de ser influenciada, assim como de influenciar a sociedade.

Cita os números da violência (apresentados em um relatório elaborado por um dos *amicus curiae*) e os descreve como “indicadores de [um] cenário de barbárie incompatível com os avanços civilizatórios obtidos nas últimas décadas”²²⁴. Os argumentos que afirmam haver uma tendência civilizatória e uma situação social perigosa são pertencentes à **terceira camada**.

II) de terceira camada, o **descaso estatal**

²²³ Está se excluindo dessa contabilização, portanto, o apelo direto do ministro a uma resolução possível no “plano da lógica”, que se resume a um único parágrafo, citado. Essa vem, na verdade, como conclusão de suas considerações quanto à possibilidade de se declarar a omissão por estar a homotransfobia enquadrada no conceito de racismo, portanto, vem logo após a citação do próprio precedente no qual se nega tal significado.

²²⁴ *Idem*, p. 5.

Nesse ponto, não se pode confundir, não se está afirmando a omissão inconstitucional do Estado brasileiro – que, ao fim, para o ministro, não está desrespeitando nenhum mandamento de criminalização presente na Constituição –. A ideia de que na Constituição não haveria um comando específico para a tipificação penal da homotransfobia, defendida pelo ministro, pode até significar que não deve nada ser juridicamente cobrado ou feito, mas não elimina a necessidade moral e até principiológica de uma criminalização dessas condutas. O ministro considera que resta demonstrada uma “proteção insuficiente (...) aos integrantes desse grupo vulnerável” apesar de as condutas discriminatórias serem repugnantes e, como se verá, contrárias aos valores constituintes do Estado brasileiro. É, no entanto, uma argumentação somente residualmente ligada ao direito, visto que dissociada de qualquer poder vinculante: o ministro especificamente afasta a ideia de que na Constituição haveria uma previsão para o Legislativo criminalizar essas condutas – só acha que o Poder deveria ter essa decência – e transfere a responsabilidade para o Legislativo e o povo que o elege²²⁵:

Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela ‘orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima’ há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose.

III) de terceira camada, destaque ao **viés pessoal**

O posicionamento do ministro, que poderia em voto diverso prejudicar uma tentativa de soar objetivo na questão, surte nesse caso o efeito oposto: como o ministro denega o pedido pela criminalização, demonstrações de que repugna as condutas homotransfóbicas servem para demonstrar objetividade, neutralidade, apreço à técnica. Tanto quando cita artigo próprio publicado em jornal²²⁶, no qual levanta o questionamento de por que uma lei ainda não foi criada para criminalizar a homofobia, como quando, ao fim, afirma que o preconceito e a intolerância são filhos da covardia parafraseando Chico Buarque de Holanda²²⁷.

Serve, assim, de forma similar às considerações de Lewandowski sobre a pertinência de uma criminalização; todavia, enquanto o ministro anterior ainda tem alguma proximidade entre sua preferência pessoal e seu resultado (afinal, determina que seja o Congresso

²²⁵ *Idem*, p. 13:

²²⁶ *Idem*, p. 12, 13.

²²⁷ *Idem*, p. 14.

cientificado não de sua opinião como ministro, é claro, mas de uma obrigação a cumprir), a preferência declarada de Marco Aurélio encontra-se no polo oposto do resultado do seu voto.

IV) de segunda camada, os **direitos fundamentais**

Marco Aurélio reitera os princípios fundamentais como a base que vem sendo desrespeitada na configuração atual da realidade brasileira, a dignidade da pessoa humana no centro de tudo, também sendo exemplo da presença neoconstitucionalista nos votos da Corte.

Esses valores, no entanto, não terão tanto impacto em sua decisão, apesar de se conectarem (como ocorreu nos outros votos) à “realidade” narrada e à função do STF defendida. Longe de tentar legitimar qualquer ação própria através do reconhecimento desses direitos e da defasagem na tutela deles, o ministro os celebra, mas não considera essa a via apropriada para buscar a efetividade deles.

V) de segunda camada, a **tarefa do STF** de tornar a Constituição **efetiva, concreta**

Assim como os demais ministros, também, separa Marco Aurélio seção de seu voto para descrever o que identifica como algumas das funções do STF, como guardião da Constituição, seu efetivador e concretizador²²⁸. A Lei Maior não existiria para ser letra morta ou sem eficácia, incumbindo “ao Tribunal zelar para que o principal documento normativo do Estado não seja *esvaziado* por conduta omissiva ou comissiva dos agentes públicos, em especial dos agentes políticos e órgãos de estatura constitucional”²²⁹. O ministro também não deixando de ressaltar a importância e a competência do Tribunal, afirmando²³⁰:

[que] o Supremo, na condição de guarda último da Constituição Federal, não tem falhado no âmbito do reconhecimento das diversas orientações sexuais e identidades de gênero, envidando esforços à concretização da proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis, sempre atento aos limites de atuação impostos pelo texto constitucional.

O cumprimento dessas funções, todavia, não podendo vir a custo da separação dos poderes, ou da superação da estrita legalidade (todos os ministros concordariam com tal afirmação; todavia, para Marco Aurélio, a maioria deles, mesmo concordando com tal afirmativa, realizaram a superação que expressamente repudiam).

VI) de segunda camada, “a exigência da **legalidade estrita parlamentar**” para a criação de tipos penais

²²⁸ *Idem*, p. 3, 4.

²²⁹ *Idem*, p. 3.

²³⁰ *Idem*, p. 2.

Esse é o ponto fulcral e mais denso do voto, pois, na verdade, se desenvolve de três formas principais, o ministro: i) se negando a adicionar novo núcleo no rol do tipo penal de racismo, ii) se negando a expandir o conceito de núcleo do tipo já lá nomeado para abrigar o de identidade de gênero e orientação sexual, e iii) se negando a aplicar a analogia, de mesma maneira. A primeira e a última são especificamente **CE** e **CA**, que já foram suficiente definidos como impossibilidades para todos os ministros; todavia, na segunda alternativa, tem-se algo de interesse, que para ele, a expansão do significado de “raça” seria também inaceitável.

O ministro-relator, se percebeu antes, não desejava expandir ele mesmo o significado de “raça”, mas reconhecer que tal termo já havia sido expandido antes. Marco Aurélio discorda, ele se refere especificamente ao conceito como entende que foi firmado no precedente paradigmático do caso Ellwanger; mas rejeita que a expansão feita na época abarcaria as discriminações por orientação sexual ou identidade de gênero, conseqüentemente reiterando o princípio da reserva legal.

Marco Aurélio tenta deixar evidente que vê limites à atividade da Corte, que esse seria um deles; correndo-se o risco de “*esvaziamento* dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores”. Essa recusa à expansão, evidentemente, é jurídica, pertencente à segunda camada discursiva, no entanto, se afasta dos postulados “pós-positivistas”, se atendo a uma metodologia menos aberta:

operada a transmutação dos delitos previstos na legislação de regência em crimes com descrições típicas indeterminadas mediante interpretação judicial, a delimitação do alcance do tipo penal não mais estará vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz – em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal.

5 CONCLUSÃO

Assumindo as premissas declaradas ao início desta monografia, intentou-se bem fundamentar seus esforços: não críticos de argumentos de um tipo ou de outro, não parciais para uma posição substancialista ou anti-neoconstitucionalista, não interessados em desvendar os vieses ideológicos ou inconscientes dos intérpretes, não interessados em definir o STF como ativista (pejorativamente ou não) – mas também reconhecendo nos discursos dos ministros as críticas e respostas, os posicionamentos frente ao neoconstitucionalismo, as admissões de viés e preferência pessoal, a perspectiva (defensiva ou crítica) quanto ao ativismo –. Assim, na tentativa de entender como a Corte i) definiu homotransfobia como racismo e ii) justificou tal criminalização sem expressamente abandonar o princípio da reserva legal da lei penal para tipificação, foram utilizados métodos de um projeto de pesquisa específico: a validade ou a qualidade dos argumentos definidores e justificadores esperados não foram consideradas, somente os esforços retóricos para aproximar (ou performar uma aproximação) de cada voto a uma ideia de objetividade.

Se todos os três ministros tinham, na composição de seus discursos, o mesmo compromisso em serem (ou em soarem) objetivos em suas razões, como legitimaram as disparidades entre seus resultados? Com que técnicas e ferramentas o fizeram? E, identificadas algumas de tais técnicas e ferramentas, que pode ser ainda compreendido? Quais foram mais ou menos frequentes? Como as diferentes escolhas assumidas diante da controvérsia interpretativa influenciaram no uso de quais métodos argumentativos-interpretativos?

Na busca de padrões (e de suas quebras) nos votos dos ministros, foram alcançadas algumas observações de interesse (umas já feitas ao longo da cartografia, outras presentes a seguir, mas baseadas naquilo já apresentado).

Todos os ministros, sem exceção, reiteraram argumentos da terceira camada (aqueles não-codificados na cultura jurídica, mas que nela podem – e por vezes precisam – ser usados) que indicariam uma preferência pessoal pela criminalização, ou, ao menos, a razoabilidade (não formal ou jurídica, necessariamente, mas argumentativa) dessa pretensão autoral.

Portanto, a maioria desses se demonstra irrelevante na busca de signos indicativos das soluções tomadas por cada ministro. Marco Aurélio, Lewandowski e Celso de Mello (e todos os demais, que ou exprimiram tais opiniões, ou acompanharam votos em que essas foram

expressas) trataram: as condutas homotransfóbicas como moralmente repugnantes; os perigos sofridos pelos membros da comunidade LGBT como altíssimos e inaceitáveis; o dever histórico do Estado brasileiro frente a essa questão como indubitável (tanto por perseguições praticadas ou permitidas pelo próprio aparelho estatal ao longo da história do país como nação e como colônia, quanto pelo projeto democrático contemporâneo); as concepções que se negam a reconhecer a complexidade da sexualidade humana como ultrapassadas; e a tendência internacional de incentivar à tutela dessas minorias como exemplar.

A única diferença na terceira camada resta nos esforços de argumentação sociofilosófica empregados por Celso de Mello na atualização do termo “racismo”, que não foram acompanhadas pelos outros dois ministros. Ocupando grande parcela de seu voto, tais premissas e argumentos são essenciais para a via jurisdicional por ele adotada (RO – CR), mesmo que não-codificados juridicamente, afinal, a evolução terminológica no mundo da academia e do ativismo²³¹ é a que facilita a transformação jurídica do termo (se não houvesse quem defendesse tais noções na sociedade, mais difícil seria para um ministro argumentar por elas). Evidentemente que tal “evolução” também já havia se dado, aos olhos do ministro-relator, no paradigma trazido, do caso *Ellwanger*, e que esse tem maior peso explícito no seu discurso do que aquelas teorias e afirmativas “externas” ao direito. No entanto, o fato de que os outros dois ministros não repetem tais afirmativas sociofilosóficas que enquadram a homotransfobia no conceito de racismo (quando repetem todas as outras dessa terceira camada discursiva, que celebram o humanismo e repugnam o desumano) é o único sinal claro, nessa camada, de que votariam em discordância; afinal, caso concordassem que há o enquadramento terminológico no campo sociológico, também – provavelmente²³² – concordariam no enquadramento no campo jurídico, nenhum dos dois rejeitando explicitamente a possibilidade da aplicação de uma interpretação histórico-evolutiva.

A rejeição por Marco Aurélio e Lewandowski ao enquadramento postulado não é equivalente à adoção do enquadramento que Celso de Mello condena (a tal limitação a um conceito defasado de raça, “biológico” ou “antropológico”). O ministro-relator, em diversos pontos, caracteriza a visão oposta à sua como ultrapassada²³³; de fato, se alguém negasse o

²³¹ Sintomaticamente, somente Celso de Mello cita Iotti como doutrinador, por nome.

²³² Se coloca isso somente como provável, pois se pode imaginar discussões e problemáticas outras, hipotéticas, em que, apesar de um ministro reconhecer uma evolução acadêmica ou social do termo, não a aplicaria ainda assim no campo jurídico; afinal, não é qualquer mudança de significado ocorrida fora do direito (popular que seja) que é nele absorvida.

²³³ Página 74 do voto do ministro-relator da ADO 26: “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”.

precedente do caso Ellwanger, estaria realizando esse enquadramento ultrapassado pelo julgamento paradigmático; o que não é necessariamente o caso dos demais ministros observados. Marco Aurélio reafirma o precedente de Ellwanger²³⁴, não tenta negá-lo para interpretar racismo diferentemente; estabelece como a definição jurídica de racismo, fundada no paradigma, “deve levar em conta ‘circunstâncias históricas, políticas e sociais’ ante o abandono do ultrapassado e oitocentista conceito pseudo-científico de ‘raça’” – nada que negue o caso Ellwanger –. Lewandowski sequer considera a amplitude do termo racismo – na cartografia, se arriscou a afirmar que, para o ministro, trata-se de uma questão demonstradamente indiscutível, além de qualquer possibilidade de consideração sua, a ponto de merecer seu quase completo silêncio: uma clara negativa, estando no âmbito de um processo judicial, em que a “regra geral” é discutir tudo que seja considerado relevante –, só trazendo-o no relatório próprio e só o enfrentando através da citação de um precedente da 1ª Turma, de relatoria de Marco Aurélio. A definição de “racismo social”, para esses outros ministros, simplesmente não abrange todos os grupos minoritários.

Na segunda camada, portanto, resta a principal discordância, mas ainda nessa etapa há proximidades, mesmo nos votos de maior disparidade. Marco Aurélio, Lewandowski e Celso de Mello afirmaram: a necessidade de concretizar e efetivar a Constituição; a importância do STF na realização de tal projeto²³⁵; a postura a ser tomada pelo Estado brasileiro, ativa, diante da realidade e dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, e suas ramificações, inscritos ou implícitos em sua Lei Maior; a existência de mandados constitucionais de criminalização e dos males do descumprimento desses pelos Poderes; e a inviolabilidade da reserva legal penal, diretamente, através de criação de tipo penal por decisão judicial, ou indiretamente, por um processo de analogia ou pela extensão de uma tipo penal anterior para abarcar novas condutas. Nenhum ministro considera que a criminalização poderia ocorrer de forma a superar o princípio da reserva da lei penal, nem para a defesa dos direitos fundamentais de forma a dar-lhes máxima eficácia ou até o cumprimento de um mandado constitucional de criminalização descumprido pelo Legislativo; esses argumentos não são por ninguém considerados suficientes para a criminalização judicial. Isso, inclusive, apesar de tanto Celso de Mello quanto Marco Aurélio pontuarem o

²³⁴ Página 10 do voto de Marco Aurélio na ADO 26.

²³⁵ Celso de Mello (na seção 16 de seu voto) e Marco Aurélio mencionam os esforços contramajoritários da Corte em defesa das minorias, os celebrando. Para o primeiro, o resultado preferido para o julgamento, a criminalização, seria só mais um exemplo do trabalho da Corte. Para o segundo, o esforço de tutela das minorias da Corte já demonstra sua posição, negando críticas de inércia da parte do STF quanto à realidade dos membros da comunidade LGBT e de outras minorias políticas.

mesmo perigo de, diante da inércia, ocorrer um *esvaziamento* da Constituição: o ministro-relator acusa que a não aplicação máxima das normas constitucionais as torna “fórmulas vazias”²³⁶; Lewandowski ; Marco Aurélio fala que o “incume ao Tribunal zelar para que o principal documento normativo do Estado não seja esvaziado” por inércia²³⁷. Todavia, Marco Aurélio trata também de um outro “esvaziamento”, o do “sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais”²³⁸, ou seja, “dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto”²³⁹.

Celso de Mello – apesar do que entenderam Lewandowski e Marco Aurélio – afirma veementemente que não estaria superando ou descartando o princípio do requisito da estrita legalidade para a tipificação penal. Pelas palavras do seu voto, teria-se o oposto: uma celebração do princípio e uma rejeição explícita a qualquer solução que o pudesse macular. Vê-se que não se procurou a legitimação de uma superação desse dogma por um processo analógico (típico da metodologia clássica, mas também tradicionalmente proibido para a criação de tipos penais) ou por uma ponderação de valores que o considerasse no caso menos importante do que outros (como poderia ocorrer através da aplicação de métodos “pós-positivistas” que costuma ocorrer na Corte).

Pode-se imaginar, até por ter sido esse um dos pedidos autorais, um voto em que fosse superado, mesmo que de forma extraordinária, o princípio da reserva penal, relativizado i) diante da lacuna e da omissão legislativa a um mandado de criminalização, ii) em obediência aos ideais neoconstitucionalistas da concretização e da maior efetividade, iii) e por serem ponderados como superiores, no caso, os princípios da liberdade, da igualdade, da dignidade e da proibição da proteção insuficiente. No entanto, não foi essa a via escolhida para o discurso argumentativo do ministro-relator.

Como exemplo de plena discordância entre os favoráveis e desfavoráveis à criminalização, resta o uso indireto (como em Lewandowski) e direto (como em Marco Aurélio), do modelo interpretativo clássico gramatical. Nenhum dos dois, porém, como dito, buscou rejeitar o significado posto no caso Ellwanger (como mencionado, Marco Aurélio explicitamente rejeita o sentido “ultrapassado” do termo controverso). Ambos, todavia,

²³⁶ Página 91 do voto-relator da ADO 26.

²³⁷ Página 3 do voto de Marco Aurélio na ADO 26.

²³⁸ *Idem*, p. 10.

²³⁹ *Idem*, p. 11.

rejeitaram que o conceito de raça seria amplo o suficiente para englobar identidades de gênero e orientações sexuais.

Para os ministros favoráveis, vale dizer, – considerado o exposto no discurso de Celso de Mello – a interpretação conforme e o enquadramento como racismo não se apresentam como “a única saída” para se obter um resultado desejado. A solução não é caracterizada nesses termos, como uma manobra. Veem-se os efeitos do alegado compromisso com a objetividade: mesmo que conscientemente estivesse realizando um jogo interpretativo puramente cínico, “criptopolítico”, não poderia demonstrar isso o ministro-relator ou qualquer de seus colegas. Como bem cumpre lembrar, demonstrar que tem a autorização, a legitimidade para atuar de tal forma, através dessa interpretação conforme, é um mero passo, tratado repetidas vezes no discurso como necessário, obrigatório, lógico, uma consequência do projeto constitucional. O papel da “escolha” na decisão precisa ser retoricamente restringido o máximo possível, afastando da decisão, assumida como jurídica, a aparência de ser política. Dessa forma, enquanto os doutrinadores podem ser explícitos em seu ativismo, o Judiciário permanece com um linguajar “objetivo”, mesmo que (ou, *principalmente*, depois de) já demonstrada pelo magistrado a preferência por alguma das conclusões disponíveis. Por idêntico motivo, o resultado, concomitantemente, vem pelas mãos do julgador e sempre esteve presente na essência do projeto constitucional ou em alguma decisão anterior. É exigida coragem dos ministros e celebrada a glória da decisão contemporânea (do “fazer história”) só para, adiante, se reiterar como os meros intérpretes não estão de fato agindo e que essa decisão não resolveria em definitivo problema algum, nem causará qualquer mudança radical (a não ser, nessa linha de argumentação, para os inimigos da democracia, os criminalizados transfóbicos e homofóbicos), mesmo que controversa.

REFERÊNCIAS

- ANAJURE. **Entrevista do Dr. Uziel Santana à Revista Cristiano Hoje sobre a ADO 26, homofobia e heterofobia**. Anajure Associação Nacional de Juristas Evangélicos, 2015. Disponível em: <https://anajure.org.br/entrevista-do-dr-uziel-santana-a-revista-cristianismo-hoje-sobre-a-ado-26-homofobia-e-heterofobia/> . Acesso em 11/05/2022.
- ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O ativismo judicial da República togada e o princípio da legalidade na democracia parlamentar**. Jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64972/o-ativismo-judicial-da-republica-togada-e-o-principio-da-legalidade-na-democracia-parlamentar/2>
- BARIONI, Murilo dos Santos. **Uma visão histórico, social e sistemática sobre a criminalização da homofobia no Brasil pelo STF (ADO 26)**. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/359597/a-criminalizacao-da-homofobia-no-brasil-pelo-stf> . Acesso em: 12/05/2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *In: Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em PDF em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf> . Acesso em 11/05/2022.
- _____. **Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a Política**. Migalhas, 2014. Disponível em PDF em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf> . Acesso em 11/05/2022.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In: Revista Opinião Jurídica*, v. 3, n. 6, p. 1 - 53, 2005. Disponível em PDF em: https://www.cesmac.edu.br/admin/wp-content/uploads/2020/02/BARROSO-neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf . Acesso em 11/05/2022.
- BATISTA JR., João. **O procurador, a homofobia e a rede social**. Revista Piauí, 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-procurador-homofobia-e-rede-social/> . Acesso em 11/05/2022.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11/05/2022.
- _____. **Lei nº 7.716. de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm . Acesso em: 11/05/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. Relator: MELLO, Celso de. Publicação no DJE em 13/06/2019. Disponível em PDF em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240> . Acesso em: 11/05/2022.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicação no DJe em 30/04/2013. Disponível em PDF em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> . Acesso em: 11/05/2022.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator: BRITTO, Ayres. Publicação no DJe em 05/05/2011. Disponível em PDF em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> . Acesso em: 11/05/2022.

_____. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Relator para o acórdão: CORRÊA, Maurício. Publicação no DJ em 19/03/2004. Disponível em PDF em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052> . Acesso em 11/05/2022.

_____. **Mandado de Injunção nº 4.733/DF**. FACHIN, Edson. Publicação no DJE em 13/06/2019. Disponível em PDF em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476> . Acesso em: 11/05/2022.

CÂNDIDO DA NÓBREGA NETO, E. Decisões aditivas como representação do ativismo judicial? Uma análise da ADO 26. **Caderno Virtual**, [S. l.], v. 4, n. 49, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5131>. Acesso em: 13/05/2022.

CAPEZ, Fernando. **Caso Maurício Souza: Homofobia e liberdade de expressão**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-04/controversias-juridicas-mauricio-souza-homofobia-liberdade-expressao> . Acesso em: 11/05/2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CATRACA LIVRE. **O que mudou após 1 ano da criminalização da LGBTfobia no Brasil?** Catraca Livre, 2020. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/o-que-mudou-apos-1-ano-da-criminalizacao-da-lgbtfofia-no-brasil/> . Acesso em 11/05/2022.

CONSULTOR JURÍDICO. **Ministro da Educação é denunciado pela PGR ao STF pelo crime de homofobia**. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-31/ministro-educacao-denunciado-crime-homofobia> . Acesso em 11/05/2022.

DE ASSIS, Igor Beltrão Castro. **Retórica da objetividade**: uma análise discursiva dos julgamentos dos Habeas Corpus 84.078/MG e 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal. 2019. Dissertação (Mestrado) – Direito, UFPE, Recife, 2019.

MOREIRA, Francisco Pimentel de Rangel. **Da investigação sobre os instrumentos argumentativos utilizados pelos ministros do STF quando do julgamento da ADPF 54/DF**: uma análise cartográfica do discurso prático adotado pelo supremo sob a luz da retórica da objetividade. 2018. Dissertação (Mestrado) – Direito, UFPE, Recife, 2018.

HILUEY, Diogo Corrêa Stepple. **Desconexão entre conclusão e expressão do discurso jurídico**: cartografia dos votos de Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski sob a perspectiva da retórica da objetividade. 2017. Monografia (Trabalho de conclusão de curso) – Direito, UFPE, Recife, 2017.

HEMAIDAN, Amanda Rodrigues. **A pretensão de racionalidade no discurso jurídico prático**: aproximação e distanciamento entre as estratégias argumentativas em votos dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso. 2017. Monografia (Trabalho de conclusão de curso) – Direito, Recife, 2017.

MOREIRA, Felipe Natil Martins. **O STF e a criminalização da homotransfobia** – uma análise argumentativa sobre a ADO 26. 2019. Monografia – Direito, Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2019.

VIEIRA JUNIOR, Jeriel. **O julgamento da ADO 26 e MI 4733 como reflexo do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**: análise da possível violação ao princípio da separação dos poderes. 2021. Monografia – Direito, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2021.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

IBDFAM. **Criminalização da homotransfobia pelo STF completa dois anos**. IBDFAM Instituto Brasileiro de *Direito* de Família, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8580/Criminaliza%C3%A7%C3%A3o+da+homotransfobia+pel+o+STF+completa+dois+anos> . Acesso em: 11/05/2022.

IOTTI, Paulo Roberto. **O mandado de Injunção e a criminalização de condutas**. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas> . Acesso em: 11/05/2022.

_____. **Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo**. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo> . Acesso em: 11/05/2022.

JUST, Gustavo. Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse: A Strategic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban. **International Journal for the Semiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique**, v. 29, n° 3, 2016, p. 577-594.

_____. **Variations in Objectivity-oriented Interpretative Legal Discourse: Cartography and Analysis** – outlines of a forthcoming research group. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2016.

LYNCH, Christian Edward Cyril; e MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *In: Revista Direito e Práxis*, v. 08, n. 2, p. 974 - 1007, 2017.

MIGALHAS. **PGR defende que homofobia seja julgada como crime de racismo.** Migalhas, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/222328/pgr-defende-que-homofobia-seja-julgada-como-crime-de-racismo>. Acesso em 11/05/2022.

MADDEN, Molly. A Taxonomy on Constitutional Court Appointment Mechanisms in Federal Countries. *In: Indiana Journal of Constitutional Design*, v. 08, n. 1, p. 1 – 26, 2021. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=ijcd>. Acesso em 11/05/2022.

O GLOBO. **PGR pede que STF envie investigação sobre Milton Ribeiro para a primeira instância.** O Globo, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/pgr-pede-que-stf-envie-investigacao-sobre-milton-ribeiro-para-primeira-instancia-1-25501291>

O TEMPO. **Pré-candidato a deputado federal Maurício Souza do vôlei lança podcast.** O Tempo, 2022. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/aparte/pre-candidato-a-deputado-federal-mauricio-souza-do-volei-lanca-podcast-1.2658905>

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Belo Horizonte: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lênio Luiz *et al.* **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito.** Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em 11/05/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suprema Corte brasileira e o exercício de suas atribuições constitucionais.** Jusbrasil, 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2467015/suprema-corte-brasileira-e-o-exercicio-de-suas-atribuicoes-constitucionais>. Acesso em 11/05/2022.

VALADÃO, Rodrigo. Palestra proferida no XXVIII Fórum de Debates sobre Direito Público do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, no dia 20 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cUCP20KCMrQ>. Acesso em 11/05/2022.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.