



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

TARSSYO ROCHA DE MEDEIROS

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA
PÚBLICA CRIMINAL DE REPRESSÃO A CONDUTAS CONTRA A POPULAÇÃO
LGBTI+**

Análise da decisão conjunta da ADO n.º26/DF e do MI n.º4.733/DF

Rio de Janeiro

2023

TARSSYO ROCHA DE MEDEIROS

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA
PÚBLICA CRIMINAL DE REPRESSÃO A CONDUTAS CONTRA A POPULAÇÃO
LGBTI+:**

Análise da decisão conjunta da ADO n.º26/DF e do MI n.º4.733/DF

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof Dr. Emerson Affonso Da Costa Moura

Rio de Janeiro

2023

TARSSYO ROCHA DE MEDEIROS

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA
PÚBLICA CRIMINAL DE REPRESSÃO A CONDUTAS CONTRA A POPULAÇÃO
LGBTI+**

Análise da decisão conjunta da ADO n.º26/DF e do MI n.º4.733/DF

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 1º de dezembro de 2023.

Banca Examinadora:

Prof Dr. Emerson Affonso Da Costa Moura - Orientador
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

Prof^a. Dr^a. Edna Raquel Hogemann – banca examinadora
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Prof. Dr. Eder Fernandes Monica – banca examinadora
Universidade Federal Fluminense - UFF

Rio de Janeiro

2023

A todos que não puderam existir livremente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha mãe pelo apoio necessário em todas as decisões que tomei até aqui. Pela educação, por fazer de mim um ser humano melhor, por me fazer acreditar que tudo é possível. Por todo carinho, incentivo e amor incondicional como se disso dependesse sua própria existência. Obrigado pela vida, mãe! Te amo.

Ao meu pai, por me espelhar força e determinação, por demonstrar o valor do trabalho e pelo orgulho imenso que sempre teve de todas as minhas realizações. Essa é mais uma, pai. Tenho certeza que agora está muito feliz e orgulhoso onde quer que esteja.

À minha tia Cida, por torcer tão fortemente, em toda minha vida, por cada vitória. Você foi minha fã número 1. Obrigado por sempre acreditar e por ser a melhor professora que eu já tive. As saudades transbordam em mim.

À minha avó Judith pelo exemplo de coragem e resiliência, que, mesmo em toda sua simplicidade, tanto me ensinou. Que sorte a minha ter partilhado tanto com você. Saudades, vó.

Ao meu grande amor, Rafa, por me aconchegar quando eu precisava de um abraço, por ser assertivo quando eu precisava seguir em frente, por me inspirar, me ajudar, torcer e dividir a vida comigo. É pelo seu amor que faz tanto sentido lutar por um mundo onde amar não seja um problema.

Às minhas filhas Luna e Flor por serem tão incríveis. Todo amor sem esperar nada em troca (ok, talvez um petisco) foi fundamental para que eu tivesse forças em seguir em frente. Obrigado por serem as melhores companheiras de home-office e aulas remotas durante a pandemia.

Aos queridos amigos Bel, Bidi, Gui, Mari e Stéfano por tornarem a vida tão mais leve. Que sorte a minha encontrar vocês. Obrigado por acreditarem em mim muito mais do que eu mesmo, queria me ver com seus olhos. Obrigado por rirem e chorarem comigo, sempre. Vocês são a família que eu pude escolher.

A todos os familiares, amigos e colegas que, em algum grau, contribuíram para que eu chegasse até aqui. Todo incentivo e companhia fizeram da minha trajetória muito mais fácil e prazerosa.

À Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro por propiciar minha formação. Fazer outra graduação aos trinta e poucos não foi fácil, mas a melhor decisão profissional que tomei até aqui.

Ao meu orientador, Emerson Affonso da Costa Moura, por sempre me inspirar acadêmica e profissionalmente. Por todo apoio e generosidade em auxiliar, não só com esse trabalho, o meu muito obrigado.

A todos os professores que contribuíram na minha formação, mostrando que ser um operador do Direito vai muito além de ser um mero intérprete da lei. Sem querer cometer qualquer injustiça, minha gratidão a Daniel Queiroz, Edna Raquel, Eduardo Domingues, Laila Domith, Leonardo Mattietto, Paulo Mendonça, Raísa Ribeiro e Simone Schreiber.

Aos queridos amigos que dividiram comigo essa jornada. Um obrigado muito especial à Bruna, Domenica, Gabriela, Juan, Lara, Liliane, Maíra e Matheus por me lembrarem que a felicidade pode ser encontrada mesmo nas horas mais difíceis. O mundo é pequeno para as infinitas possibilidades de sucesso que temos pela frente. Unirisos pra sempre!

A todos que lutaram por direitos antes de mim. Muitos deram a vida para que pudesse viver hoje. O ativismo em direitos humanos é uma batalha diária. Enquanto não protegemos todos os indivíduos, ninguém estará protegido.

“Ninguém vai poder querer nos dizer
como amar”.

Johnny Hooker e Liniker

RESUMO

O presente trabalho estuda o fenômeno da omissão inconstitucional e as diferentes técnicas decisórias aplicáveis pelo Poder Judiciário para colmatar o problema da lacuna normativa na efetivação de direitos e garantias fundamentais. Essas decisões têm sido aplicadas de forma exponencial, não só no Brasil, dando aos Tribunais um papel próximo ao de “legislador positivo” no controle de constitucionalidade para implementação de políticas públicas. Nesse sentido, analisamos como a crescente judicialização e protagonismo desse poder no controle das ações governamentais se tornou fundamental na defesa dos direitos das minorias. A posição contramajoritária da Corte Constitucional e a utilização das sentenças manipulativas de caráter aditivo têm se mostrado essenciais na tomada de decisão de assuntos controversos e na proteção de grupos vulneráveis como o LGBTI+. Diante de um flagrante Estado de Coisas Inconstitucional e da inércia do Poder Legislativo em editar normas regulamentadoras que criminalizem as condutas atentatórias à dignidade desse grupo, o Supremo Tribunal Federal tem se tornado protagonista ao dar interpretação modificativa a normas legais para suprir momentaneamente o vácuo normativo. Nessa seara, realizamos um estudo de caso onde discutimos a atuação do STF na decisão conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, que buscou equiparar as condutas homotransfóbicas ao crime de racismo, tipificado pela Lei nº7.716/89; realizando ainda uma análise crítica de seus limites de atuação diante da manutenção de princípios constitucionais e da conservação do próprio ordenamento jurídico pátrio. O método de abordagem adotado foi o hipotético dedutivo orientado pela hipótese de a decisão ferir o princípio da tripartição de poderes e a decisão da Corte poder ser instrumento válido na adoção de política pública. O método interpretativo adotado foi o sociológico, onde a conduta social pode modificar a aplicação do Direito. Entendemos que, diante da lentidão dos demais poderes em garantir direitos fundamentais e do poder-dever de fazer cumprir a Carta atribuído ao STF, o Judiciário tem se orientado por um ativismo judicial legítimo em sua posição contramajoritária em proteger os direitos das minorias.

Palavras-chave: Omissão inconstitucional. Controle de constitucionalidade. Judicialização. Ativismo judicial. Políticas Públicas. Direitos Humanos. Criminalização da Homotransfobia.

ABSTRACT

This research studies the phenomenon of unconstitutional omission and the different decision-making techniques applied by the Judiciary to fill the problem of the normative gap in the realization of fundamental rights and guarantees. These decisions have been applied exponentially, not only in Brazil, giving the Courts a role close to that of “positive legislator” in the control of constitutionality for the implementation of public policies. In this sense, we analyze how the growing judicialization and leading role of this power in controlling government actions has become fundamental in defending the rights of minorities. The Constitutional Court's counter-majoritarian stance and the use of additive manipulative sentences have proved essential in decision-making on controversial issues and in protecting vulnerable groups such as LGBTI+. Faced with a blatant State of Unconstitutional Things and the inertia of the Legislative in issuing regulatory norms that criminalize conduct that undermines the dignity of this group, the Federal Supreme Court has become a protagonist in giving a modifying interpretation to legal norms to momentarily fill the normative vacuum. In this context, we carried out a case study in which we discussed the actions of the Supreme Court in the joint decision of the Direct Action for Unconstitutionality by Omission nº 26/DF and the Writ of Injunction nº 4.733/DF, which sought to equate homotransphobic conduct with the crime of racism, typified by Law nº 7.716/89; also carrying out a critical analysis of its limits in the face of the maintenance of constitutional principles and the conservation of the country's own legal system. The approach adopted was the hypothetical deductive method, based on the hypothesis that the decision violates the principle of the tripartite division of powers and that the Court's decision could be a valid instrument in the adoption of public policy. The interpretative method adopted was sociological, where social conduct can change the application of the law. We believe that, given the slowness of the other powers in guaranteeing fundamental rights and the STF's duty to enforce the Charter, the Judiciary has been guided by legitimate judicial activism in its counter-majoritarian position in protecting the rights of minorities.

Keywords: Unconstitutional omission. Control of constitutionality. Judicialization. Judicial activism. Public policies. Human Rights. Criminalization of homotransphobia.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 Indígena Tibira do Maranhão

16

LISTA DE SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
CD	Câmara dos Deputados
CN	Congresso Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CRFB/46	Constituição da República Federativa do Brasil de 1946
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
HC	Habeas Corpus
LGBTI+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transsexuais e Travestis, Intersexo e mais
LGBTQIAPN+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais/Trasngêneros/Travestis, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pan/Poli, Não-binárias e mais
MI	Mandado de Injunção
ONU	Organização das Nações Unidas
PGR	Procuradoria Geral da República
PL	Projeto de Lei
PPS	Partido Popular Socialista
RE	Recurso Extraordinário
SF	Senado Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
SV	Súmula Vinculante
Unesp	Universidade Estadual Paulista

USP

Universidade de São Paulo

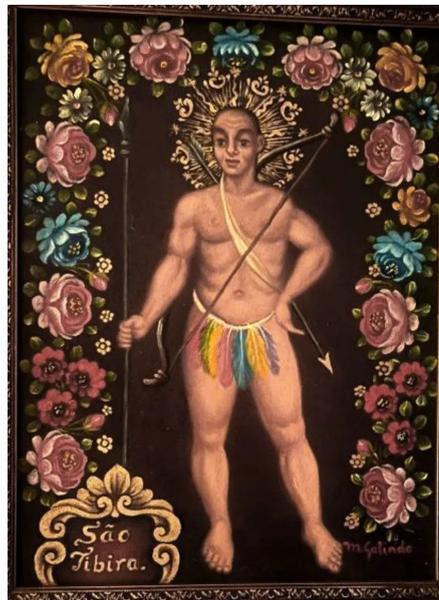
SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	16
2. A omissão legislativa e os instrumentos do Poder Judiciário.....	20
2.1 A omissão inconstitucional.....	27
2.2 Decisões no controle de constitucionalidade difuso e concentrado.....	32
3. O Poder Judiciário como implementador de política pública.....	42
3.1 O ativismo judicial em políticas públicas.....	47
3.2 Decisões manipulativas como instrumento de implementação de política pública.....	53
4. ADO N°26/DF e MI n.º4.733/DF e a criminalização da homotransfobia.....	62
4.1 Da decisão manipulativa na ADO n°26/DF e no MI n°4.733/DF.....	67
4.2 Análise crítica da decisão na ADO n°26/DF e no MI n°4.733/DF.....	75
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS.....	90

1. INTRODUÇÃO

Tibira do Maranhão (Figura 1), indígena tupinambá foi assassinado em 1614 por um tiro de canhão, com a chancela da Igreja Católica, por conta de sua orientação sexual¹. O termo “tibira” é utilizado por populações indígenas para se referir a um homoafetivo. Essa foi a primeira morte por homofobia documentada no Brasil². Após mais de quatro séculos, ainda que permeada por notória subnotificação - quer seja pelo temor em informar a motivação do crime, quer pela burocratização imposta pelo Estado -, 273 pessoas foram mortas violentamente no país em 2022³.

FIGURA 1



Indígena Tibira do Maranhão. Foto: Revista Galileu

Bullying na escola, agressões verbal e moral, discriminação no ambiente de trabalho, violência física e sexual, assassinato. Ainda que inúmeros os tipos de condutas atentatórias à população LGBTI+⁴, atualmente, inexistente política pública

¹ Faz-se necessária ponderação com a aplicação de tal visão, pois trata-se de uma classificação atual do que hoje compreendemos como homoafetividade utilizado como prisma para observar uma orientação sexual do século XVII.

² FERREIRA, Luiz Claudio. Revista Galileu. Disponível em: [Quem foi o indígena Tibira, o 1º assassinado pela LGBTfobia no Brasil | História | Galileu](#) Acesso em: Jun.2023

³ Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil. Disponível em: [Dossiê denuncia 273 mortes e violências de pessoas LGBT em 2022](#) Acesso em: Jun.2023

⁴ Não existe uma sigla oficial para representar o grupo. No entanto, diversas entidades protetoras de direitos humanos, o STF, a Organização das Nações Unidas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizam o anacrônico LGBTI+, que compreende: Lésbicas, Gays, Bissexuais,

normativa ou administrativa para repressão de violações a esse grupo. Segundo levantamento realizado pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) e pela Universidade de São Paulo (USP), o país tem 12% da população adulta que se identifica como pertencente a uma das letras da sigla. São 19 milhões de pessoas invisíveis e negligenciadas histórica e reiteradamente pelo Estado.

O Partido Popular Socialista (PPS), atual Cidadania, requerente na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º26/DF, evidenciou flagrantes ofensas aos direitos fundamentais dessa população decorrentes do lapso temporal irrazoável à efetivação dos dispositivos constitucionais de criminalização, instituídos pelo artigo 5º da Carta Magna, em seus incisos XLI, que prevê o dever legal em punir violações em direitos e liberdades fundamentais, e XLII, que tipifica o racismo como crime inafiançável e imprescritível, punível com a pena de reclusão.

No mesmo sentido, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), pleiteou em Mandado de Injunção (MI) n.º4.733/DF, o reconhecimento da mora inconstitucional e a necessidade de aplicação, até legislação futura do Congresso Nacional (CN), da Lei nº7.716/1989, estendendo a tipificação do racismo à discriminação por orientação sexual e de gênero.

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento conjunto da referidas ações, decidiu pela criminalização da homofobia e da transfobia ao reconhecer a mora legislativa, ressignificando o conceito de racismo diante da modificação da percepção social, abrangendo, assim, as condutas discriminatórias contra à população LGBTI+ e tipificou tais condutas na Lei do Racismo, até que o Legislativo edite norma específica sobre a matéria ⁵.

Ante o exposto, o presente trabalho busca questionar se a técnica de decisão manipulativa com efeitos aditivos pode ser utilizada pelo Poder Judiciário diante da omissão de políticas públicas e, se haveria desvio do seu uso, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, para sanar omissão inconstitucional e adoção de implementação de ação estatal.

A via seria inadequada por não fomentar o debate democrático na esfera

Transgêneros, Transsexuais e Travestis, Intersexo e mais, abarcando outras identidades de gênero e orientações sexuais. Manifesto, desde logo, meu respeito por todas as figuras identitárias não heteronormativas e a adoção das mais variadas siglas representativas do grupo.

⁵ STF. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em: [STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa](#) Acesso em: Jun.2023

representativa adequada, o Poder Legislativo, formado por representantes eleitos pelo povo, real detentor do poder no Estado Democrático de Direito. E, portanto, a formulação de política pública normativa de caráter permanente na proteção da população LGBTI+ é crucial não apenas pela legitimação da discussão através do debate no Poder Legislativo, mas pela proteção mais efetiva que os instrumentos oriundos de tal Poder geram no ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, o reconhecimento da homotransfobia⁶ como crime de racismo não afrontaria o princípio da legalidade penal estrita, por se submeter a um tipo penal já previsto em lei e por poder ser enquadrado no conceito ontológico-constitucional de racismo, reconhecido pela Corte e amplamente divulgado pela literatura⁷.

Salientamos que o reconhecimento da mora legislativa e a fixação de um prazo razoável para que o Poder Legislativo rompa a inércia e produza legislação complementar não fere a separação dos poderes, constituindo força motriz no debate na matéria ao dar visibilidade a esses grupos nas ações estatais com a efetivação de políticas públicas a eles destinadas.

Diante da omissão legislativa em criminalizar a homotransfobia, o presente trabalho objetiva analisar os impactos que a decisão manipulativa com efeitos aditivos da ADO n° 26/DF e do MI n° 4.733/DF tiveram ao reconhecer tais condutas discriminatórias como a prática de racismo; e, discutir a adequação da via adotada na efetivação de tais direitos.

Para tal será adotado o método de abordagem hipotético dedutivo onde, através do estudo de caso da decisão proferida pela Corte, busca-se correlacionar os princípios gerais aplicados e seus antecedentes históricos, orientado pela hipótese de a decisão ferir o equilíbrio entre os poderes e ser instrumento válido na adoção de política pública. Como método interpretativo, utilizaremos o sociológico, sob o prisma de que o Direito é um fenômeno cultural, e a conduta da sociedade no espaço tempo é capaz de modificar sua aplicação.

O objetivo da primeira parte é analisar os instrumentos hábeis utilizados pelo Poder Judiciário diante da mora do Poder Público em garantir a efetividade de

⁶ Utilizaremos o termo homotransfobia no presente trabalho por ter sido o adotado nas ações objeto deste estudo. Ressalto contudo, que a criminalização de tais condutas protege não só a população homoafetiva e transsexual, mas toda as orientações sexuais e identidades de gênero do grupo LGBTI+.

⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. Disponível em: [ConJur - Paulo Iotti: STF não legislou ao considerar homofobia como racismo](#) Acesso em: Jun.2023

direitos fundamentais. Para tal, serão pesquisados os mecanismos de controle de constitucionalidade e o fenômeno da omissão inconstitucional. Na segunda parte será verificado o papel do Judiciário em implementar política pública, abordaremos o ativismo judicial e a adoção de decisões manipulativas com efeitos aditivos para fixação de ações governamentais. Por fim, a terceira parte realizará um estudo de caso da decisão na ADO n° 26/DF e do MI n° 4.733/DF, efetuando uma análise crítica da atuação judicial na criminalização da homotransfobia.

2. A omissão legislativa e os instrumentos do Poder Judiciário

Para compreender o fenômeno da omissão legislativa, faz-se necessário, inicialmente, elucidar a eficácia das normas constitucionais, isto é, sua capacidade em produzir efeitos. Os mandamentos constitucionais podem ser classificados segundo sua eficácia e aplicabilidade em: i. normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; ii. normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, e; iii. normas de eficácia limitada⁸.

As primeiras compreendem as normas que já produzem, ou estão aptas a produzir efeitos no momento da entrada em vigor da Constituição. Dessa forma, constituem mandamentos autoaplicáveis, podendo, portanto, serem aplicadas em sua íntegra de maneira imediata. Tais normas não são restringíveis, isto é, seus efeitos não podem ser limitados. Um clássico exemplo é o artigo 2º, que dispõe sobre os Poderes da União.

Já as normas de eficácia contida, assim como as de eficácia plena, podem produzir seus efeitos desde a promulgação da Carta. No entanto, são suscetíveis a posterior restrição pela legislação infraconstitucional, a exemplo do artigo 5º, inciso XIII, que reconhece livre exercício de trabalho ou profissão, mas prevê que “a lei estabelecerá” qualificações profissionais necessárias à atividade.

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que regulam princípios constitucionais programáticos ou princípios institutivos que carecem de regulamentação para produção efetiva de seus efeitos. O constituinte originário não conferiu a tais normas todos os atributos necessários a sua aplicação, cabendo ao legislador ordinário regulamentar esses mandamentos⁹. Contudo, essa limitação não impede a produção de alguns efeitos, como a revogação das normas anteriores em conflito com elas, o que fundamenta o controle de inconstitucionalidade por omissão.

Destarte, tais normas constitucionais somente poderão produzir seus efeitos essenciais condicionados à normatização, à atividade do legislador infraconstitucional, sendo portanto incompletas, dada sua baixa densidade

⁸ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

⁹ BARROSO, Luís Roberto ; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

normativa¹⁰. A exemplo de um norma limitada institutiva, podemos citar o direito de greve dos servidores públicos, regulamentado na CRFB/88, em seu artigo 37, inciso VII, que dispõe: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. A partir de tal fundamento constitucional, os servidores só poderiam exercer esse direito com a edição de norma regulamentadora específica sobre o assunto.

Já as normas de eficácia limitada programáticas prescrevem uma ação futura ao legislador, como um dos objetivos fundamentais da República, previsto no artigo 3º, inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Ressaltamos, contudo que essas normas não são meros programas, “juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade”¹¹, mas dotadas de valor jurídico equivalente a quaisquer outras normas constitucionais. De fato, impõe um dever ao órgão competente em agir para que dê efetividade ao seu conteúdo.

A ausência da edição de uma norma, necessária à produção de todos os seus efeitos, não deveria impedir o pleno exercício de um direito constitucionalmente previsto. Tradicionalmente, a concepção clássica de tripartição de funções de poder, adotada pela CRFB/88 em seu artigo 2º¹², designa ao poder Judiciário uma posição de maior neutralidade quanto ao controle normativo, cabendo a ele dizer o direito, numa subsunção do fato à norma. Tal visão, no entanto, tem dado espaço, de forma cada vez mais crescente, a uma posição mais inovadora dos operadores do direito.

A evolução dos rearranjos interpessoais numa sociedade cada vez mais complexa, permeada por conflitos entre mandamentos constitucionais e o caso concreto, além de possíveis ambiguidades quanto à interpretação do texto da lei, dificultam a existência de respostas prontas no mundo jurídico, o que resulta em técnicas de decisão onde o Judiciário acaba por “criar o direito” no âmbito do controle de constitucionalidade¹³.

Ademais, diante da ausência de fundamento legal claro o suficiente a ser aplicado na situação fática, a fim de garantir o exercício de um direito, existem

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 184.

¹² BRASIL. CRFB/88, Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹³ BARROSO, Luís Roberto and Mello, Patrícia Perrone Campos, O Papel Criativo Dos Tribunais - Técnicas De Decisão em Controle De Constitucionalidade. 2019. Revista da AJURIS, v. 46, n. 146. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3553009> Acesso em: Set.2023

instrumentos capazes de sanar, ainda que em caráter temporário, a omissão legislativa. Busca-se coibir o que doutrinadores têm chamado de “Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais”¹⁴, onde a ausência de normas infraconstitucionais coíbe o pleno exercício dos direitos expressos em mandamentos constitucionais de eficácia limitada.

Nesse intuito, a própria CRFB/88 prevê remédios jurídicos capazes de contornar o estado de omissão normativa. O artigo 5º, em seu inciso LXXI institui o Mandado de Injunção:

Art. 5º LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O Mandado de Injunção tem origem como remédio capaz de contornar a ineficácia de normas constitucionais acerca de direitos sociais, sobretudo na educação pública¹⁵. Tal ação é cabível quando satisfeitos dois pressupostos: i. "a carência de norma regulamentadora para viabilizar o exercício de direito previsto por norma constitucional"; e ii. "ser o impetrante beneficiário direto do direito impedido de se realizar face à inexistência de norma que lhe regulamenta a contento"¹⁶.

Além da previsão constitucional, a ação encontra seu processo e julgamento regulamentado pela Lei nº13.300/2016¹⁷. Esse mecanismo é utilizado na tutela “in concreto” de um direito subjetivo constitucionalmente previsto que está sendo violado, devido à inexistência de norma reguladora. Dessa forma, seja em caráter individual ou coletivo, os legitimados à impetração buscam, através dessa ação, exercer um direito subjetivo. A lei reitera ainda o entendimento doutrinário de que a mora do legislador pode resultar tanto em omissão absoluta quanto parcial, sendo cabível a ação em ambas.

Cabe ao julgador garantir esse exercício, que, ao reconhecer o estado de mora legislativa, irá, em conformidade ao artigo 8º da norma supramencionada,

¹⁴ LENZA, Pedro; Direito Constitucional / Pedro Lenza. – 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p.741

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p.1859

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 8 ed. São Paulo, Malheiros. 1992. p.391

¹⁷ BRASIL. Lei nº13.300/2016. Disponível em: [L13300](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2016/lei_13300.htm) Acesso em: Set.2023

determinar ao Poder Legislativo competente um prazo razoável para edição da norma regulamentadora e; estabelecer as condições para que o impetrado seja capaz de exercer o direito, liberdade ou prerrogativa ora reclamados e ainda a possibilidade de impetrar ação própria, se cabível, visando tal exercício, caso a atividade legiferante não seja exercida no prazo determinado.

Ressaltamos ainda que o entendimento atual da Corte é de que eventual edição de regulamentação posterior ao mandado de injunção não leva à direta perda do objeto deste, dado que a lacuna normativa nem sempre é solucionada pelo novo regulamento. Por fim, a referida Lei disciplina ainda que a norma superveniente terá a produção de efeitos “ex nunc”, isto é, não retroagindo, salvo se sua aplicação for mais favorável aos impetrantes e a terceiros em casos semelhantes.

A carência de norma regulamentadora no exemplo supracitado, acerca do direito de greve dos servidores públicos, permanece até os dias atuais. A falta de lei específica motivou a impetração de vários mandados de injunção, entre eles, o MI n.º20/DF¹⁸, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que reconheceu a mora legislativa, comunicando ao Congresso a decisão para que tomasse as medidas necessárias à regulamentação desse direito. Já nas decisões dos MI n.º670/ES¹⁹, n.º708/DF²⁰ e n.º712/PA²¹, o STF adotou um modelo de sentença aditivo, determinando a aplicação subsidiária da Lei nº 7.783/1989, a Lei Geral de Greve, até que sobrevenha norma específica sobre a matéria.

A Corte, portanto, afasta-se de uma posição inicial de mera declaradora de existência de mora legislativa à edição de norma regulamentadora, para, de forma moderada, regular provisoriamente a matéria pelo Judiciário, modificando assim, a forma de decisão deste instrumento.

Outro mecanismo capaz de suprir tal omissão é a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no parágrafo 2º do artigo 103 da CRFB/88, que dispõe:

Art. 103. (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹⁸ STF. MI n.º20/DF. Disponível em: [MI_20](#) Acesso em: Out.2023

¹⁹ STF. MI n.º670/ES. Disponível em: [MI 670 Ementa Acórdão\(7\)](#) Acesso em: Out.2023

²⁰ STF. MI n.º708/DF. Disponível em: [MI708EmentaeAcórdão\(7\)](#) Acesso em: Out.2023

²¹ STF. MI n.º712/PA. Disponível em: [MI712EmentaeAcórdão\(3\)](#) Acesso em: Out.2023

Esse remédio foi disciplinado ainda pela Lei nº12.063/2009²². Neste caso, existe um direito objetivo, previamente regulamentado, mas que não foi devidamente aplicado, isto é, há flagrante omissão jurídica no exercício de um direito. Assim, diante dos casos onde o próprio texto constitucional imbui a ação efetiva do Legislativo acerca da edição de uma norma que regule algum preceito constitucional, sua inação se configura como inconstitucionalidade por omissão.

Esses mecanismos, característicos da doutrina da efetividade, contribuem para o protagonismo do Poder Judiciário, que passou a ter fundamental importância no cumprimento das normas constitucionais programáticas e na garantia de direitos fundamentais. Segundo essa doutrina, ocorreram três grandes rupturas em matéria constitucional; no aspecto jurídico, a Constituição se torna fonte de direitos e obrigações; em um prisma dogmático, o direito constitucional passou a ter um objeto próprio; e sob um olhar institucional, o Poder Judiciário se tornou essencial na efetivação de valores e garantias constitucionalmente estabelecidos²³.

Tal preocupação em buscar cumprir os mandamentos constitucionais incorporaram-se de maneira natural no contexto pós CRFB/88, sendo reconhecida a aplicabilidade direta e imediata de tais normas, que tornaram-se o cerne do ordenamento jurídico, dotadas de imperatividade. O reconhecimento do princípio da efetividade e da imperatividade desses mandamentos afasta de forma cabal o entendimento de que não caberia ao Poder Judiciário o controle das políticas públicas. A própria Corte Constitucional, na ADO nº2/DF firmou entendimento de que a discricionariedade político-administrativa não é absoluta, sobretudo no tocante aos direitos sociais²⁴.

De fato, quando se trata da concretização dos valores constitucionalmente estabelecidos não há que se falar em liberalidade legislativa ou administrativa. Não cabe nesses casos a livre escolha dos órgãos responsáveis e, ao não implementar tais objetivos, configura-se a inconstitucionalidade. Assim, o controle judicial é essencial diante da violação sistemática dos direitos fundamentais, não podendo o

²² BRASIL. Lei nº12.063/2009. Disponível em: [L12063](#) Acesso em: Set.2023

²³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p.414-415

²⁴ STF. ADO nº2/DF. Disponível em: [ADO 2](#) Acesso em: Out.2023

princípio da separação de funções de poder ser interpretado de tal forma que inviabilize a eficácia dos princípios constitucionais.

Ainda que ambas as ações constitucionais ora expostas almejem tornar efetiva uma norma constitucional carente de norma regulamentadora, podendo inclusive se sobrepor quando a omissão impeça a efetividade de um direito fundamental, subsistem diversas diferenças entre elas. A primeira, e mais substancial delas, diz respeito ao tipo de controle de constitucionalidade realizado em cada uma. Enquanto o MI é objeto do controle do controle difuso, podendo, portanto, ser suscitado por qualquer juiz ou tribunal, a ADO é restrita ao julgamento pelo STF, detentor da competência originária de controle concentrado de constitucionalidade.

Outro ponto diz respeito à natureza das ações. O MI tem natureza subjetiva, isto é, tutela os direitos de uma pessoa ou grupo e suas liberdades constitucionais. Seu rito processual segue o processo comum, sendo-lhe aplicado contudo prioridade de tramitação após outros remédios constitucionais como habeas corpus, mandado de segurança e habeas data. Já a ADO tem natureza objetiva, intentada de forma genérica e abstrata, não se aplicando diretamente ao caso concreto, nem seguindo o rito ordinário do processo civil, uma vez que tem por escopo a defesa da ordem constitucional.

Acerca do objeto, versa o inciso LXXI do artigo 5º, supramencionado, que o “writ” é aplicável na defesa do exercício dos direitos e liberdades constitucionais, enquanto a ADO, à luz do artigo 103, parágrafo 2º, declara a inconstitucionalidade para tornar efetiva norma constitucional, portanto, não apenas os direitos fundamentais, mas qualquer mandamento presente na Carta Magna.

Quanto à legitimidade, dispõe a Lei 13.300/2016, artigo 3º, que no polo ativo, encontram-se quaisquer pessoas naturais ou jurídicas titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas carentes de norma regulamentadora e, no polo passivo, o Poder responsável por editar a norma. Adicionalmente, o MI coletivo, na disposição do artigo 12 da lei supra enumera como impetrantes: o Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano e, a Defensoria Pública. Já a ADO pode ser proposta pelas

peças enumeradas taxativamente no artigo 103, incisos I a IX da CRFB/88 contra a instituição pública responsável pela edição de lei ou norma.

No que diz respeito aos efeitos, a decisão da injunção tem eficácia inter partes, com produção de efeitos até a edição de norma regulamentadora, como prevê o artigo 9º da lei supra. Ressaltamos, contudo, a possibilidade de ser aplicável eficácia “ultra partes” ou “erga omnes” se “inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”, isto é, a todos que dependam da edição da norma ainda não regulamentada. Dispõe o artigo 11 que a posterior edição de norma regulamentadora produzirá efeitos “ex nunc”, não retroagindo, salvo se a aplicação da norma editada for mais favorável. Cumpre mencionar que o mandamus perde sua eficácia se a mora legislativa for suprida no curso do processo, sendo esse extinto sem resolução do mérito. A ADO, por outro lado, não conhece partes, sua eficácia se estende a todos, tendo efeitos “erga omnes”, declarando a omissão inconstitucional. A decisão tem efeito retroativo, “ex-tunc”, se aplicando também ao passado.

Quanto ao cabimento, o MI será possível em três hipóteses: i. quando o mandamento constitucional for carente de norma regulamentadora; ii. diante do dever público em editar legislação infraconstitucional aos mandamentos não aplicáveis de forma imediata; e, iii. sob a omissão do poder público²⁵. A ADO tem seu cabimento diante da inexistência de normas que preveem direitos.

No Mandado de Injunção, após o reconhecimento da mora inconstitucional, prevê o artigo 8º da Lei nº.13.300/16, que, uma vez reconhecido o estado de inércia legislativa, será determinado prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; e ainda, as condições para o exercício dos direitos postulados. Tal prazo será dispensado se comprovado que o impetrado não atendeu ao prazo estabelecido em “writ” anterior para a edição da norma. Adota-se aqui uma posição concretista intermediária, concretizando um direito fundamental se mantida a mora após o prazo estabelecido para supri-la. Sua sentença tem portanto força constitutiva de direito.

Já se declarada a inconstitucionalidade por omissão na ADO, estabelece o artigo 103, § 2º da CRFB/88 que será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias, não sendo firmado prazo algum para

²⁵ MASSON, Nathalia, Manual De Direito Constitucional, 4. ed, rev. atual. e ampliada – 2016 – Juspodivm. p.439-440

efetivação de tal medida. Quando a omissão for proveniente de órgão administrativo, o prazo para a edição da norma é de 30 (trinta) dias, ou, como dispõe a Lei nº9.868/99²⁶, em prazo razoável determinado pelo Tribunal, em razão de circunstâncias específicas e do interesse público. Aqui, a sentença tem caráter declaratório de inconstitucionalidade.

Ainda que flagrante a atuação jurisdicional na efetivação de normas constitucionais, é defeso a este poder a atividade legislativa de forma irrestrita, devendo ser observada a tripartição das funções de poder. Por tais razões, as decisões em sede de MI e ADO orientam-se no intuito de provocar os órgãos competentes na edição de norma regulamentadora. Sendo possível ainda que se determine a suspensão dos processos judiciais ou administrativos no intuito de assegurar ao impetrante a aplicação de norma superveniente mais benéfica.

2.1 A omissão inconstitucional

Anteriormente, o controle de constitucionalidade se dedicava apenas a apurar violações positivas dos preceitos constitucionais, objeto de um agir inconstitucional. Desta forma, o Judiciário pautava o exercício de seu controle diante de um desrespeito pelo poder público na edição de normas legais que continham orientações contrárias às constitucionais. Mais tarde, o controle constitucional passou a ser realizado também no não agir, caracterizando a omissão inconstitucional.

O fenômeno pode ser definido como a “inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais”²⁷. Na omissão, o poder público deveria agir, mas se mantém inerte, gerando uma lacuna normativa. Em que pese a atividade legiferante, típica do Poder Legislativo, poder ser exercida segundo sua discricionariedade (bem como a normatização a cargo do Executivo), a

²⁶ BRASIL, Lei nº9.868/99, art. 12-H, Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto ; Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p.220

inação em determinadas matérias - onde existe a necessidade de edição de norma regulamentadora - se desenha como inconstitucionalidade por omissão. O não fazer, nesse caso, foge de sua livre margem de atuação, sendo impositiva sua atuação.

Se delinea, assim, um viés mandamental instituído pela Lei Maior através de ordens expressas em legislar. Diante de tal obrigação, a não ação daquele responsável pela regulamentação motiva o Judiciário a realizar o controle constitucional da situação. Mais do que a mera constatação de ausência de uma norma, o que se busca defender são as situações sociais e jurídicas violadas por sua inexistência.

Tal ideia se deve às transformações políticas de um Estado Legislativo a um Estado Constitucional de Direito. A supremacia da Constituição imprime uma nova lógica, onde o legislador, ao se omitir em uma matéria que a constituição o impõe, nega a superioridade do texto constitucional. Por isso, em razão do caráter diretivo da Carta, a atuação aquém dos mandamentos constitucionais implica em um estado de vácuo normativo que possibilita a intervenção por controle de constitucionalidade por omissão dado o descumprimento dos deveres nela expressos. Destarte, todas as normas constitucionais de eficácia limitada podem ser objeto de inconstitucionalidade por omissão.

Para caracterização do fenômeno podemos elencar alguns pressupostos intrínsecos de sua existência. Além da violação do dever constitucional de legislar, deve ser observado um decurso de tempo razoável para a não edição normativa. Com o passar de um prazo excessivamente longo para a eficaz aplicação de uma norma, a ordem constitucional se deteriora paulatinamente. A partir de tais apontamentos, pergunta-se qual seria o prazo razoável para romper o vácuo normativo. A resposta não é simplória, e essa inação poderá deflagrar, como veremos no Capítulo III, um “Estado de coisas inconstitucional” (ECI).

Outro requisito característico do estado de inconstitucionalidade diz respeito aos efeitos da violação gerados pela lacuna normativa. Sob esse prisma, não seria a inação legislativa que implicaria diretamente em afronta constitucional, mas a interação desse vácuo com a ordem social e as consequências que a ausência de regulamentação pode gerar.

Em julgamento da ADI nº3.682/MT, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu tratar-se de tema espinhoso, que desafia a temática do controle de constitucionalidade. Em seu voto, promoveu diversas reflexões:

Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?²⁸

Dadas suas limitações, o presente trabalho não prima por responder de forma abrangente tais indagações, mas nos orientarmos através delas para melhor compreender o instituto. O próprio Ministro reconhece em seu voto que apesar do esforço do Judiciário e dos doutrinadores constitucionalistas, muitas delas permanecem, ainda hoje, em aberto.

É bem verdade que o fenômeno pode ocorrer por parte dos três poderes, através da inação político-administrativa, judicial ou normativa. Tais falhas podem ser contornadas por caminhos distintos. As primeiras, através de remédios jurídicos, como o Mandado de Segurança, para proteção de direito líquido e certo, onde o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja agente público, ou a Ação Civil Pública, que objetiva proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos.

No que diz respeito às omissões praticadas pelo Poder Judiciário, a reparação pode se dar no curso do próprio processo, através de recursos estabelecidos em matéria processual, a exemplo dos embargos de declaração. Deste modo, o objeto do controle de constitucionalidade por omissão busca colmatar aquelas oriundas de ausência normativa, que podem ser praticadas tanto pelo Poder Legislativo na edição de normas primárias, as leis em sentido estrito, ou pelo Poder Executivo, quanto às normas secundárias, como os regulamentos.

Quanto às espécies, podemos classificar o instituto em total ou absoluta, quando inexistente norma regulamentadora para tornar efetivo um comando constitucional; e parcial, onde apesar de existir uma norma infraconstitucional, ela

²⁸ STF. ADI nº3.682/MT. Disponível em: [ADI3682EmentaeAcórdão\(2\)](#) Acesso em: Nov.2023

não se demonstra suficiente. Diante de uma omissão total, caberá ao Judiciário, no controle constitucional, seguir por três vertentes²⁹.

Em uma primeira, poderá reconhecer a norma como autoaplicável, modulando seus efeitos para incidir de forma direta, resolvendo assim a demanda. Após definido um prazo para que o órgão responsável pela edição da norma supra a omissão, e ainda assim ela persista, o tribunal decidirá conferindo auto aplicabilidade ao mandamento constitucional, a exemplo da reparação econômica dos indivíduos alvo de atos discricionários do Ministério da Aeronáutica durante a ditadura civil-militar³⁰.

Outra hipótese seria a declaração da omissão e constituição de mora ao órgão competente para reparar tal estado, que se aplica quando a norma carece de auto aplicabilidade e não existe um meio de garantir sua eficácia sem a edição de outra norma. Aqui a decisão se limita em declarar a inconstitucionalidade sem pronunciar-se acerca da nulidade, sendo a forma mais comum de omissão inconstitucional absoluta.

Por fim, poderá criar ainda, aplicada diretamente ao caso concreto, uma norma a ser adotada em caráter subsidiário. Ao reconhecer a lacuna e a mora em contorná-la, é formulada uma norma para resolver o embate jurídico, primando pela analogia, costumes e princípios gerais do Direito, como assevera o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Portanto, é cabível a manifestação no sentido de aplicação de norma similar, a exemplo do caso do direito de greve dos servidores públicos, previamente citado.

Já a inconstitucionalidade por omissão parcial se delinea em: i. parcial propriamente dita, onde o ato regulamenta o texto constitucional de forma deficitária, como no caso do salário mínimo, onde a norma regulamentadora prevê um valor insuficiente a atender as necessidades vitais básicas elencadas no artigo 7º, inciso IV³¹; e, ii. parcial relativa, quando o ato concede um benefício a certo grupo, mas não

²⁹ BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016. p. 44-45

³⁰ BRASIL. CRFB/88, ADCT, art. 8º, § 3º Art. 8º. § 3º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

³¹ BRASIL. CRFB/88, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação,

a outro que também deveria receber igual tratamento por se encontrar em situação idêntica ou semelhante, como no aumento de servidores públicos pelo Poder Judiciário³².

Para a parcial relativa, podem ser utilizadas três linhas distintas de controle judicial. Na primeira delas, se declara inconstitucional a lei que promoveu a desequiparação, sendo inconveniente no entanto, por estender a situação de desvantagem aos demais e não beneficiar os anteriormente excluídos. Outra solução é a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial dando ciência ao poder responsável no intuito de providenciar a norma. Por fim, pode se estender o benefício ao grupo que não o detinha, buscando a equiparação; solução polêmica, entretanto, uma vez que esbarra no equilíbrio entre os Poderes, no princípio da legalidade e em questões orçamentárias.

Cumprе mencionar que o estado de inconstitucionalidade por omissão não se restringe à omissão legislativa, mas normativa, abarcando assim não apenas as leis em sentido estrito, mas ainda atos normativos oriundos de outros poderes, além do Legislativo. Nesse sentido, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso explica que:

são impugnáveis, no controle abstrato da omissão, a inércia legislativa em editar quaisquer dos atos normativos primários suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade (...) O objeto aqui, porém, é mais amplo: também caberá a fiscalização da omissão inconstitucional em se tratando de atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo, e até mesmo, eventualmente, de atos próprios dos órgãos judiciais.³³

Ressaltamos que o vácuo criado não se configura como um estado de desuso constitucional, uma vez que ainda que inertes, os poderes competentes permanecem detentores do dever normativo, podendo elaborar a qualquer tempo a norma regulamentadora que supra a omissão. A não atuação do Poder Público impede que certos dispositivos atinjam sua plena eficácia, implicando em um estado inconstitucional.

educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

³² STF, SV nº37: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

³³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p.238

Ainda, se questiona se uma vez iniciado o processo legislativo para regulamentar a omissão essa cessaria de pronto. A análise da complexidade da norma é fundamental para responder tal questionamento. As peculiaridades típicas da atividade legiferante, mediado por extensas negociações frente ao pluralismo partidário, contribuem para que a edição de uma norma demore mais ou menos tempo, sendo de se esperar que aquelas com conteúdos sensíveis acabem por tramitar num prazo demasiadamente longo.

É evidente que tais circunstâncias não podem servir de escusa ao agir, permanecendo com conduta inerte, negligente ou excessivamente morosa, que, além de não efetivar os mandamentos constitucionais, ainda abala o ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, a Corte tem entendido que o fenômeno da omissão inconstitucional também se desenha na inércia em deliberar acerca da matéria e a subsequente edição da lei, não apenas até o início do processo legislativo.

De fato, como veremos no Capítulo IV, subsistem projetos de lei em ambas as casas legislativas no intuito de tratar acerca da criminalização da homotransfobia. Em seu voto no julgamento conjunto da ADO nº26 e do MI nº4.733, o ministro Edson Fachin reconheceu que apesar da existência de tais projetos de lei, sua tramitação imotivadamente morosa acaba por frustrar força normativa da Constituição, reconhecendo assim, a existência da omissão inconstitucional³⁴.

Ao se deparar com a omissão inconstitucional, o Judiciário se viu obrigado a desenvolver novas técnicas decisórias mais adequadas à colmatação do problema. Como expurgar do mundo jurídico uma violação à ordem constitucional sem afrontar a própria Lei Maior? No próximo tópico vamos nos debruçar pelas alternativas encontradas pela Corte Constitucional para o julgamento de ações em controle constitucional diante desse vácuo normativo.

2.2 Decisões no controle de constitucionalidade difuso e concentrado

A CRFB/88 adota um sistema misto de controle de constitucionalidade quanto ao órgão competente para exercê-lo³⁵. O primeiro deles, é um tipo de controle

³⁴ STF. MI nº4.733/DF. Relatório Ministro Edson Fachin. Disponível em: [MI_4733](#) Acesso em: Nov.2023

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional – 5ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.183

denominado difuso ou incidental, onde em qualquer processo poderia ser suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelas partes, por terceiros interessados, pelo Ministério Público, como fiscal da lei, ou ainda de ofício, pelo juiz da causa. Dessa forma, qualquer juiz de primeira instância pode deixar de aplicar uma lei diante de sua inconstitucionalidade, afetando somente a demanda jurídica em questão, em regra, sem efeitos “erga omnes”, nem se estendendo, portanto, a julgados anteriores.

A extensão de efeitos em caráter “erga omnes” e de forma vinculante violaria diretamente os princípios constitucionais do devido processo legal³⁶, e do contraditório e da ampla defesa³⁷, uma vez que caso fosse aplicado no controle difuso, acabaria atingindo os demais segundo uma decisão em que não tiveram a possibilidade de atuar no processo. Ainda, declarada a norma inconstitucional, os efeitos inter partes serão do tipo ex-nunc, retroagindo.

A alegação da presença de dispositivo que viole mandamentos constitucionais deve encontrar respaldo direto no objeto da ação, ou seja, é necessário a existência de que a suposta inconstitucionalidade tenha pertinência conexa à demanda e que essa análise seja essencial ao julgamento da ação, constituindo uma questão prejudicial, impedindo a resolução do litígio sem antes arguir acerca da questão constitucional.

Ressalta-se, que, em sede de controle de constitucionalidade difuso, não existe a declaração de inconstitucionalidade pelo juiz singular, cabendo, no entanto, a não aplicação da lei ou ato, afastando a utilização da norma na controvérsia, visto que aquela é objeto do pleno do Tribunal, de reserva de plenário, como prevê o artigo 97 da Carta Magna³⁸. Tal disposição garante que seja mantido o princípio democrático, uma vez que a declaração por um único juiz poderia afetar diretamente os demais juízes no exercício de sua atividade judicante.

A declaração de inconstitucionalidade em controle incidental, tem ainda sua utilização mitigada em órgãos fracionários, devendo o incidente ser suscitado ao Pleno do referido tribunal (ou órgão especial nos Estados com mais de 25

³⁶ BRASIL. CRFB/88, art.5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

³⁷ Idem. Art.5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³⁸ Idem. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

desembargadores). Tal entendimento foi consolidado pela Corte através da Súmula Vinculante n°10³⁹.

A súmula estabelece que um tribunal que opte pela não aplicação de um dispositivo legal, sem de fato suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade dessa norma, acabaria por se esquivar de seu dever constitucional. O controle difuso se desenha então em um mecanismo de filtragem constitucional, ao promover um reexame do direito segundo os valores expressos na Constituição.

Esse tipo de controle, ao ampliar a gama de atores capazes de versar sobre a constitucionalidade, democratiza o acesso à justiça por permitir que não só a cúpula do Poder Judiciário monopolize a questão. Se possibilita que outros órgãos, até mesmo singulares como os juízes, sejam capazes de regular o conteúdo de uma lei ou ato sob o prisma constitucional, seja através de sua não utilização dada a inconstitucionalidade, da adoção parcial da norma ou ainda de ampliação de seu fundamento, ao adotar interpretação conforme à Constituição.

Quanto ao controle difuso realizado pelo STF, deve ser observado o disposto no artigo 52 da CRFB/88, em seu inciso X, que prevê a competência privativa do Senado Federal (SF) em “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Esse regramento constitucional advém do princípio federativo e da divisão das funções de poder, constituindo assim a manifestação do Senado, um requisito de validade à decisão da Corte. Importante destacar que a participação da casa legislativa na declaração de inconstitucionalidade do controle difuso é mais um mecanismo de garantir indiretamente a participação popular no processo, posto que tais agentes foram democraticamente eleitos pelo povo.

Em conjunto ao difuso, fazendo parte do sistema misto, o controle concentrado de constitucionalidade atribui sua competência exclusivamente à Corte Constitucional. Através da EC n°16/65 passou a ser cabível na CRFB/46 a chamada “representação de inconstitucionalidade”⁴⁰ - atual ação direta de inconstitucionalidade - contra atos ou leis federais ou estaduais. Ao contrário

³⁹ STF, SV n° 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

⁴⁰ BRASIL. CRFB/1946, art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação: alínea k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

daquele, onde o exame de constitucionalidade pode se dar por qualquer juiz ou tribunal, aqui, como o próprio nome expressa, o mecanismo concentra a competência originária, em sua acepção clássica, a apenas um órgão.

A CRFB/88 trouxe, no bojo do controle concentrado de constitucionalidade, ações constitucionais específicas para averiguar a compatibilidade das normas com os preceitos nela expressos. Nesse sentido, elencam-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e a já citada ADO.

Em todas elas, o principal objeto do processo é a questão constitucional, ao contrário do controle difuso, onde tal questão representa tão somente requisito prejudicial para tomada de decisão no caso concreto. Resta evidente, portanto, o caráter de proteção conferido pela própria Carta Magna em face a leis e atos normativos contrários a ela, não a apreciação de demandas judiciais concretas.

Mais tarde, a Lei nº9.868/1999 estabeleceu o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, normatizando o funcionamento da jurisdição constitucional. Consolidou-se então que o controle concentrado busca se pronunciar acerca da validade de uma norma em face do ordenamento jurídico constitucional.

Notadamente, em ambos os tipos de controle há a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas no difuso, ainda que a lei tenha sido declarada inconstitucional pelo pleno do tribunal, ou seu órgão especial, se produz, em regra, efeitos inter partes, aplicáveis tão somente àquele caso concreto onde foi suscitada a inconstitucionalidade, ao passo que no controle concentrado, os efeitos são “erga omnes” e vinculantes⁴¹.

Enquanto no controle difuso, o Senado Federal suspende a vigência de uma lei declarada inconstitucional, aplicando-se a ela efeitos “ex-nunc”, o que se assemelha à revogação da norma; no controle concentrado retira-se a validade da lei, levando então à sua nulidade, com efeitos ex-tunc, retroagindo como se nunca tivesse existido no ordenamento jurídico.

⁴¹ BRASIL. Lei nº9.868, art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Diante da complexidade do controle de constitucionalidade e de suas ações, as decisões tomadas pela Corte Constitucional imprimem a necessária utilização de técnicas decisórias que vão além do procedimento comum tradicionalmente utilizado na atividade judiciária. De fato, as decisões proferidas acerca da omissão inconstitucional clamam pela aplicação de técnicas capazes de corrigir as violações aos mandamentos constitucionais, sem, no entanto, afrontar o próprio ordenamento jurídico, causando problemas maiores do que os que se busca corrigir.

A Lei nº9.868/99, ao dispor acerca dos procedimentos em ADI e ADC, introduziu um novo norte regulador das decisões do STF acerca da constitucionalidade. O artigo 27 assevera que:

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

Esse mandamento evidencia a possibilidade de o STF, no exercício do controle, poder ir além de mera declaração de constitucionalidade das normas legais, ampliando suas decisões ao versar acerca de técnicas decisórias que extrapolam tal declaração, em uma modulação de efeitos que pode estender ou restringir os preceitos de uma norma questionada constitucionalmente.

Dentre as alternativas utilizadas pela Corte, a mais comum é a declaração de nulidade da norma. Nesse sentido, o órgão judiciário se pronuncia de modo a declarar a nulidade total, parcial ou parcial sem redução de texto. Para tal, deve ser analisado o tipo de inconstitucionalidade instituído pelo dispositivo e os possíveis prejuízos que a irregularidade traz ao ordenamento.

Na primeira, o ato normativo é completamente invalidado pelo Tribunal. Isso se dá em razão, por exemplo, de inobservância de preceitos formais, dado que o vício na formação da norma impede que seja outra senão sua inconstitucionalidade absoluta, a exemplo do vício de competência em legislar, sendo inúmeros os casos com assento nesse tipo de decisão. Também se aplica quando existe interdependência das normas, isto é, a indivisibilidade de uma lei impossibilita que suas diferentes partes sejam consideradas constitucional e inconstitucional,

importando assim, na chamada declaração de inconstitucionalidade consequente, ou por arrastamento.

Já se a irregularidade encontra-se em erro material, cabe ao Judiciário, analisar em qual disposição encontra-se o vício e sua relação com o restante da norma. Na declaração de nulidade parcial, aplica-se a teoria da divisibilidade da lei, onde apenas os dispositivos contrários à Lei Maior serão invalidados, não estendendo seus efeitos às demais capazes de existirem autonomamente, no intuito de preservar o que é constitucional.

Neste giro, é imperioso que se analise o grau de dependência entre eles e ainda que o conteúdo normativo subsistente após essa intervenção seja capaz de refletir a vontade do legislador. Portanto, o controle judicial deve ser capaz de sopesar sua interferência para não acabar por criar nova lei, distante do ideal original do legislador. A aplicação do princípio da parcelaridade permite à Corte declarar que apenas parte do conteúdo normativo não está em conformidade, podendo assim, expurgar uma palavra, frase ou o conteúdo integral de um artigo, inciso ou alínea⁴².

A declaração de nulidade parcial sem redução do texto é utilizada quando a lei se aplica a certo grupo ou situação, mas não se estende a outro, que deveria atingir. É perfeitamente possível que uma lei seja válida para um grupo, mas não para outro, ou que sua validade se dê apenas em certo termo, a exemplo da Súmula nº67 do STF que diz ser “inconstitucional a cobrança de um tributo que tenha sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro”⁴³. Resta evidente que tal decisão não torna a lei inconstitucional, uma vez que ela pode ser normalmente aplicada no ano seguinte.

Outro mecanismo decisório utilizado pela Corte é a interpretação conforme à Constituição, que diante de possíveis interpretações acerca de uma norma, ela deve ser interpretada de forma compatível à Constituição, resguardando sua harmonia ao ordenamento, que é uno. Busca fundamento principiológico na interpretação adotada pela Suprema Corte norte-americana “in harmony with the Constitution” (em harmonia com à Constituição, em livre tradução), excluindo dentre as possibilidades de interpretação, aquelas consideradas inconstitucionais, ou concedendo à norma

⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p.371

⁴³ STF. Súmula nº67. Disponível em: [Súmula 67](#). Acesso em: Out.2023

aquela interpretação que preserve sua constitucionalidade, ao se orientar pela presunção de constitucionalidade das normas.

Neste diapasão, o STF, diante de diferentes alternativas de interpretação de uma norma impugnada, buscará adotar aquela que melhor se aproxime aos mandamentos constitucionais e definirá que apenas por tal modo a norma poderá ser interpretada, limitando o texto legal à decisão proferida. Por óbvio, essa técnica decisória aplica-se tão somente às normas que permitem diferentes formas interpretativas.

Através dessa técnica, o Supremo confere perspectiva constitucional a uma norma impugnada evitando sua nulidade e com isso, maiores prejuízos advindos de tal declaração, ao reconhecer a existência de um sentido perfeitamente consoante à Constituição. Evidentemente, a aplicação dessa técnica não confere liberdade tal ao Judiciário que permita uma interpretação distorcida daquela pretendida pelo legislador, devendo sempre se pautar pela razoabilidade e proporcionalidade.

A primeira decisão que utilizou expressamente essa técnica foi proferida pelo ex-Ministro do STF Moreira Alves, que em seu voto, entendeu que:

O STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.⁴⁴

A interpretação conforme pode se dar com ou sem redução do texto. Na primeira, a Corte retira da norma a expressão dotada de ambiguidade interpretativa que gera a desconformidade. Em sentido contrário, como vimos acima, na interpretação sem redução do texto, não há supressão da redação normativa, mas a uma decisão que fixa a maneira como o regulamento será interpretado.

Em regra, as ações diretas de inconstitucionalidade resultam na nulidade da norma, retirando-a do ordenamento com efeitos “ex-tunc”. Entretanto, essa anulação pode ser mais danosa do que sua manutenção, caso em que se utiliza a declaração

⁴⁴ STF. Representação nº 1.417/DF, DJ de 15-4-1988

de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, do alemão “Unvereinbarerklärung” (declaração de incompatibilidade, em livre tradução). O Judiciário, para não anular a norma inconstitucional e acabar por agravar o regramento jurídico em dada matéria, opta por declarar a inconstitucionalidade sem, contudo, conferir sua nulidade. O ato é reconhecido pelo STF como inconstitucional, mas seus efeitos permanecem, uma vez que sua validade se mantém.

Essa decisão prima por não afetar situações já consolidadas, ainda que inconstitucionais, e busca imprimir ao legislador a necessidade de exercer sua atividade legiferante, no intuito de sanar o estado inconstitucional gerado por sua omissão em prazo razoável⁴⁵. Tal mecanismo é o mais próximo do que prevê a CRFB/88 para a ADO no controle concentrado de constitucionalidade.

Outro método utilizado na decisão é o apelo ao legislador, do alemão “Appellentscheidung”, onde a Corte reconhece que a situação ainda é constitucional e o legislador deve atuar, exercendo sua atividade legiferante, no intuito de não consolidar o estado inconstitucional. Trata-se de normas em trânsito para a inconstitucionalidade, onde o ato ainda apresenta condão relevante no ordenamento, apesar de caminhar à futura incompatibilidade constitucional.

Esse estágio provisório de constitucionalidade é oriundo da alteração temporal de fatos, costumes e valores que, ao transformar a realidade social, podem levar à inconstitucionalidade de uma norma antes em perfeito acordo à Carta Magna⁴⁶. A primeira decisão onde se entendeu pela chamada “lei ainda constitucional”⁴⁷ foi aplicada pelo STF acerca da decisão que admitiu a constitucionalidade da lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública ainda que no momento esses órgãos não estivessem devidamente estruturados⁴⁸.

No presente julgamento, o Tribunal entendeu expressamente que poderia futuramente vir a declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, porquanto a apreciação acerca da constitucionalidade era temporal, confirmando a legitimidade de uma norma que se apoiava em um fato modificativo no tempo. Essa decisão

⁴⁵ JOBIM, Nelson. A reforma do judiciário: a jurisdição constitucional na revisão constitucional de 1994 - parte 1. Arquivos do Ministério da Justiça, v. 48, n. 185, p. 5-41, jan./jun. 1995.

⁴⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 2208

⁴⁸ STF. AR em RE nº489.428-9/RJ. Disponível em: [24/10/2006 SEGUNDA TURMA AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 489.428-9 RIO DE JANEIRO RELATOR : MIN. EROS GRAU AGRAVANTE \(S\)](#) Acesso em: Out.2023

reconhece, por conseguinte a existência de um “estado imperfeito”⁴⁹, isto é, de constitucionalidade provisória, onde o tribunal não é plenamente capaz de declarar acerca da ilegitimidade da norma.

Por fim, outra técnica utilizada pelo STF é a decisão manipulativa, onde se modificam ou se estendem os efeitos de uma norma em sentido distinto do original, mas ainda consoante ao texto constitucional. A decisão foi aplicada inicialmente pela Corte Constitucional Italiana diante da omissão do Parlamento no controle de constitucionalidade das normas oriundas do antigo regime fascista no país⁵⁰.

Através dessa técnica, a Corte buscou estender a interpretação do ordenamento jurídico então vigente no intuito de possibilitar uma transição menos traumática, preservando o conteúdo de leis, ao afastar sua declaração de inconstitucionalidade, pois isso poderia gerar uma lacuna constitucional mais gravosa que a existência da própria norma, assegurando direitos fundamentais ante a uma omissão parcial ou total do legislador.

Nesse método decisório existe uma declaração de inconstitucionalidade acerca de um dispositivo legal não pelo que exprime seu conteúdo, mas pelo que deixa de expressar. A decisão busca estender o sentido do texto legal quanto à sua incidência. Tal ampliação pode se dar de algumas formas, como em decisões demolitórias com efeitos aditivos, onde uma lei inconstitucional que suprime direitos é afastada; em aditivas de prestação, que impactam diretamente no orçamento público ao determinarem a prestação de ações governamentais; e nas aditivas de princípio, em que o órgão judicial determina ao legislador que se oriente por determinados princípios ao tratar da disciplina⁵¹.

A crescente utilização dessa técnica decisória em diferentes países busca alicerce, fundamentalmente, em três fatores: o caráter programático do texto constitucional, com normas definidoras do agir do poder público; o histórico de regimes ditatoriais autoritários que resultaram em um ordenamento positivista de

⁴⁹ MENDES. Gilmar Ferreira; Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p.2208

⁵⁰ ANGELONE, Marco. “Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice. In: Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale”. Collana “Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana”, Femia Pasquale. Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 563.

⁵¹ MENDES. Ibidem. p. 2209-2210

direitos; e, a inércia legislativa em efetivar os mandamentos constitucionais ao novo regime republicano-democrático⁵².

Ante o exposto, o STF pode utilizar esse método inovando no ordenamento jurídico, quer seja no controle concentrado de constitucionalidade, como em ADO com interpretação conforme com efeitos aditivos, quer seja no controle difuso, onde pode ser adotado em MI. O perfil aditivo nas decisões da Corte se tornou fundamental na implementação de políticas públicas, como veremos adiante, tendo sido essa a técnica decisória adotada na sentença objeto do presente trabalho, na ADO nº26/DF e no MI nº4.733/DF.

⁵² VEGA, Augusto de la. La sentencia constitucional en Italia, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 229-230.

3. O Poder Judiciário como implementador de política pública

A “Constituição Cidadã”, assim apelidada pelo Presidente da Assembleia Constituinte Ulysses Guimarães, foi promulgada sob a égide da liberdade, democracia e justiça social, tendo ampla participação popular em sua elaboração e se volta à plena realização da cidadania. Ela inaugura seu preâmbulo com ideais garantistas, os quais reproduzo trechos a seguir:

(...) instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)⁵³ [grifei]

Um de seus principais fundamentos, instituído já em seu artigo 1º, inciso III, é a dignidade da pessoa humana. A Carta traz o Título sobre “Direitos e Garantias Fundamentais” logo em seu início, numa evidente mudança axiológica, dado que as anteriores se iniciavam com a Organização dos Poderes. Constitui uma das mais avançadas do mundo no campo das garantias e direitos fundamentais, ao assegurar de forma analítica a matéria em toda sua extensão.

O Estado Democrático de Direito tem seus fundamentos institucionalizados no texto constitucional, em especial destaque a cidadania e a dignidade da pessoa humana. É a primeira vez que uma constituição assinala especificamente os objetivos do Estado Brasileiro⁵⁴, presentes em seu artigo 3º, norteando os fundamentos para a efetivação de seu valor essencial através de prestações positivas do Estado. A relevância desses direitos é tal que, em seu texto, prevê expressamente a impossibilidade de aboli-los⁵⁵, fazendo parte do rol de cláusulas pétreas.

É evidente seu caráter extremamente analítico, que versa não apenas acerca da organização do Estado, repartição de poderes e direitos fundamentais. A Constituição brasileira não se restringe às questões tipicamente constitucionais, mas

⁵³ BRASIL. CRFB/88, Preâmbulo. Disponível em: [Constituicao-Compilado](#) Acesso em: Out.2023

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo : Malheiros, 2016. p.91

⁵⁵ BRASIL. CRFB/88. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

vai além, ao definir os sistemas previdenciário, de saúde e de educação; a proteção ao meio-ambiente, patrimônio histórico e aos povos indígenas. O poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição⁵⁶, desempenha papel essencial na efetivação das garantias e direitos fundamentais nela previstos.

Por tal motivo, acredita-se que, ao cravar tais matérias no texto constitucional, o Constituinte originário as retira do mundo político e as coloca no Direito, o que justificaria a ampla judicialização⁵⁷ no país⁵⁸. Esse fenômeno, caracterizado pelo crescimento da atuação judiciária nos diferentes sistemas políticos pelo mundo pode ser compreendido como:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.⁵⁹

Acredita-se que o século XIX foi do Poder Legislativo, o seguinte, do Poder Executivo, e que “o XXI é o século do Poder Judiciário, em que a humanidade, bem como o povo, o homem comum, descobriu que tem direito e quer efetivá-lo”⁶⁰. O contexto inaugurado pela nova Carta em uma democracia participativa (e ela mesma ter sido criada em razão desses movimentos sociais) colocou o povo como sujeito de direitos, e esse reconhecimento os instigou a requerê-los junto ao Estado. Tal conjuntura criou, quase naturalmente, um vertiginoso aumento das demandas judiciais.

Torna-se evidente a ascensão do Judiciário e seu reconhecimento como um Poder equânime como os outros dois, não sendo um mero órgão de assessoria técnica. Entre os fatores que possibilitaram esse cenário, evidenciam-se a

⁵⁶ BRASIL. CRFB/88. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

⁵⁷ Termo cunhado por Chester Neal Tate e Torbjorn Vallinder em sua obra “The Global Expansion of Judicial Power” (A expansão global do poder judiciário, em tradução livre) in TATE, Chester N.; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. Nova York: New York University, 1995. p. 1-10.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: AS VOLTAS QUE O MUNDO DÁ. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, 28(2), 07–49. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2697/779> Acesso em: Out.2023

⁵⁹ BARROSO. Ibidem. p. 448

⁶⁰ CNJ. O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Lewandowski. Conselho Nacional de Justiça, 14 ago. 2014. Disponível em: [O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski - Portal CNJ](#) Acesso em: Out.2023

importância desse fortalecimento na proteção da democracia e guarda da constituição; a representação política deficitária em dedicar-se às diversas e plurais vontades sociais; o descrédito da população em seus representantes eleitos em meio a rotineiros escândalos de corrupção e, o que seria o ponto nevrálgico desse trabalho: as questões sensíveis, permeadas por conflitos morais, como o aborto, a criminalização do uso de drogas e os direitos LGBTI+.

A esse quadro, soma-se, ainda, o sistema de controle de constitucionalidade, exposto no capítulo anterior, que resulta no protagonismo do STF e na “judicialização da vida”, que se dá quantitativa, com mais de 80 milhões de ações em curso - sendo mais de 21,3 milhões apenas em 2022⁶¹ -, quanto qualitativamente, em posicionamentos acerca da vacinação da população, pesquisas com células-tronco, uniões homoafetivas e a preservação ambiental.

A promoção de garantias e de direitos se dá através de ações estatais tomadas por agentes políticos, orientados por metas, objetivos e os meios para alcançá-los, construindo assim as políticas públicas. Elas podem ser conceituadas como “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”⁶². O surgimento do tema se deu com a existência dos direitos sociais, o grupo de direitos fundamentais de segunda geração, e “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”⁶³.

Numa outra concepção mais ampla, as políticas públicas podem ser compreendidas como:

o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos

⁶¹ CNJ. Relatório Justiça em Números 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf> Acesso em: Out.2023

⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997 | Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, p. 134-144, 1996

⁶³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 21: Sobre os fundamentos dos direitos do homem.

traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real⁶⁴.

Depreende-se que os elementos característicos de uma política pública são norteadores na identificação do querer e do fazer, isto é, permitem evidenciar o que o Poder Público pretende fazer e o que ele de fato implementa. Nesse sentido, são salutares na efetivação das demandas sociais e dos mandamentos constitucionais, razão pela qual o fenômeno da judicialização e, como veremos no próximo tópico, do ativismo judicial, são tão afetos à questão, uma vez que cabe ao Judiciário zelar pela guarda da Lei Maior.

O Direito se associa em caráter transversal ao estudo das políticas públicas, por se fazer presente em todos os estágios de sua implementação, da identificação da demanda à sua efetivação e posterior controle. A positivação de direitos e garantias na Carta constitucional induz a ação governamental no sentido de fazer valer seu texto, o que implica na atuação da Corte, em sede de controle de constitucionalidade, ter a palavra final no exame de tais ações.

Nessa seara, destacam-se as duas faces em que o Direito condiciona uma política pública. A primeira, objetiva, legitima sua construção embasada nos pilares criados pelo arcabouço jurídico para atuação do administrador, definindo seus limites, responsabilidades e margens para implementação. A outra se trata de uma ótica subjetiva, onde concretizadora de garantias e da dignidade humana, seus destinatários e fatores que norteiam sua adoção⁶⁵. Pelo exposto, ao efetivar direitos sociais previstos na CRFB/88, as políticas públicas submetem-se diretamente ao Direito, uma vez que buscam concretizar mandamentos constitucionais.

Em um cenário de descaso governamental em fazer valer a Constituição, constrói-se, reiteradamente, um estado de “Estado de Coisas Inconstitucional”. Esse fenômeno compreende uma técnica decisória, realizada pela primeira vez pela Corte Constitucional da Colômbia, na decisão SU-559/1997⁶⁶, que objetiva combater as graves e sistemáticas violações em direitos fundamentais oriundas de um cenário

⁶⁴ SOUZA, Celina. Estado da arte em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M. T. da S.; MARQUES, E. C. (Orgs.) Políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

⁶⁵ CASTRO, Marco Tulio de BARROS E; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas. Revista de Estudos Empíricos, v. 4, n. 2, 2017. Disponível em: [Vista do Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas](#) Acesso em: Nov.2023

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. Sentencia SU.559/97. Disponível em: [SU559-97 Corte Constitucional de Colombia](#) Acesso em: Out.23

estruturalmente deficiente em políticas públicas. Acerca do tema, o ECI pode ser conceituado como:

A técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.⁶⁷

Ao declarar o ECI, a Corte reconhece, conseqüentemente, uma violação impossível de ser suportada, diante de um quadro de patente omissão do Poder Público, que assim permanece em razão da inação continuada das autoridades. Tal gravidade permite, em caráter excepcional, que a Corte Constitucional se legitime a interferir na formulação e implementação de políticas públicas.

No Brasil, o instituto foi utilizado expressamente pela primeira vez pelo STF no julgamento da ADPF n°347/DF⁶⁸, em julgamento acerca das condições do sistema carcerário no país. É inequívoco que tal situação não se restringe a apenas essa ação, visto que são flagrantes os casos onde o ECI pode ser aplicado, permitindo ao Judiciário que atue proativamente na efetivação de diferentes direitos fundamentais.

Fato é que a atuação dos tribunais no controle de constitucionalidade acaba amplificando o espectro de agentes implementadores de políticas públicas, inclusive àquelas aprovadas pelo parlamento. Soma-se a isso, o fato de que os grupos a serem beneficiados por essas ações governamentais buscam o órgão onde se dará de melhor forma a discussão, o que lhes for mais conveniente e favorável. Considerando o caráter impositivo de seu poder decisório, torna-se natural que o Judiciário seja procurado crescente e reiteradamente na efetivação de direitos e contestação de políticas públicas⁶⁹.

⁶⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 21

⁶⁸ STF. ADPF n°347/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf> Acesso em: Nov.2023

⁶⁹ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. Disponível em: [O judiciário e as políticas públicas no Brasil](#) Acesso em: Nov.2023

Ainda que o posicionamento da Corte tenha se modificado ao longo do tempo no sentido de ser mais atuante, se aproximando do papel de legislador positivo e invocando a efetivação de políticas públicas, grande parte da doutrina reconhece que esse agir ainda é tímido, pautado no conservadorismo e num bom diálogo com os demais Poderes. No intuito de elucidar melhor o tema, veremos a seguir como se comporta essa atuação mais proativa da Corte na implementação de políticas públicas.

3.1 O ativismo judicial em políticas públicas

O ativismo judicial se desenha com um Judiciário mais atuante e participativo na concretização dos mandamentos constitucionais, interferindo de forma mais acentuada nas atividades dos demais poderes. Esse instituto se revela na aplicação direta da Carta, em casos não abarcados por ela, sem qualquer atuação do legislador, na declaração de inconstitucionalidade e ainda na determinação ou vedação do agir do Poder Público, de modo marcante em políticas públicas⁷⁰, sendo compreendido como:

O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes⁷¹.

Enquanto a judicialização é um fato, uma consequência natural do modelo institucional construído no país, o ativismo judicial se demonstra como uma opção política do Poder Judiciário, que busca atender as demandas da sociedade esquecidas pelo Poder Legislativo. O papel da Corte Constitucional se orienta pela superioridade normativa da Carta, onde qualquer conduta atentatória às garantias nela estabelecidas tornam-se objeto de controle pelo Judiciário.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p.279

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. Conjur. Disponível em: [Luís Roberto Barroso: Ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário - Consultor Jurídico](#) Acesso em: Out.2023

No Brasil tal fenômeno ganha força pela existência de uma constituição extremamente abrangente e analítica, de um sistema de controle de constitucionalidade que permite a qualquer juiz ou tribunal se pronunciar acerca da invalidade de uma norma e ainda pela possibilidade de propositura de uma gama de ações de constitucionalidade perante a Corte.

A modelagem institucional do ordenamento jurídico implica diretamente na judicialização, que seria resultado óbvio de tal desenho, não uma opção política do Poder Judiciário. Esse, uma vez provocado, pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, deverá obrigatoriamente se pronunciar sobre a questão, uma vez que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ademais devemos considerar a ineficiência do serviço público, extremamente custoso, moroso, com grande desperdício de recursos e permeado por notória corrupção e desvio de dinheiro público, o que faz com que a população não seja atendida de forma eficaz. Diante da não concretização dos direitos sociais, faz-se imperativa a atuação mais ativa do Judiciário no controle de políticas públicas⁷².

Sob o prisma da garantia dos direitos fundamentais e do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, foi se solidificando a necessidade de um Judiciário mais atuante, inclusive no controle judicial de políticas públicas. Neste giro, reproduzo a tese firmada, em Agravo Regimental em RE 658.171/DF, de 2011, de relatoria do Ministro do STF Dias Toffoli, que esclarece:

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.⁷³

Apesar de ainda gerar controvérsias, a discussão parece estar cada vez mais pacificada. Diante de um flagrante déficit de direitos sociais postos em prática e de um cenário de grande desigualdade social, rotineiros são os posicionamentos da

⁷² MOURA, Emerson Affonso da Costa. Disponível em: [A Função Democrática das Políticas Públicas e o Papel de Reforço da Cidadania do Controle do Poder Judiciário: Um Critério de Jusfundamentalidade Para Implementação Judicial dos Direitos Sociais](#) Acesso em: Nov.2023

⁷³ STF. RE nº658.171/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5716326> Acesso m: Out.2023

Corte acerca da manutenção do princípio da tripartição de poder, como assevera o Ministro Celso de Mello:

Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem se qualificar como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal⁷⁴.

Soma-se a esse contexto, a incapacidade de o Poder Legislativo realizar um adequado controle às ações implementadas pelo Poder Executivo. Ainda que possua instrumentos capazes para essa fiscalização, é costumeira a aprovação de contas fora do prazo, ou ainda permeadas de irregularidades sem a devida responsabilização, o que acaba acarretando uma má prestação de direitos sociais. Destaca-se que esse contexto é permeado por “corrupção, ineficiência e clientelismo, que geram o atendimento precário dos direitos sociais, o que acaba conduzindo o deslocamento do controle das ações governamentais para o âmbito do Poder Judiciário”⁷⁵.

A partir de tais apontamentos, suscita-se em que momento se daria a intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas. De pronto, pelo que discutimos até aqui, podemos inferir que não se trata apenas de um controle a posteriori, quando já editadas as normas pelo Poder responsável. Os Tribunais, antes mesmo da elaboração das políticas públicas, fomentam a discussão das ações governamentais, antevendo seu posicionamento na matéria e portanto os efeitos que elas podem gerar.

Isso influencia diretamente na construção de uma política pública, no agir dos Poderes competentes por sua formulação. Destarte, sem mesmo pôr em prática suas atribuições quanto ao controle de constitucionalidade de uma norma, o pronunciamento da Corte sobre a matéria é capaz de adiantar seu resultado final. Isso implica em alterações na formulação de uma política pública futura, ao coibir a total liberalidade dos demais agentes políticos, que passam a restringir o conteúdo normativo para que ela não seja natimorta⁷⁶.

Além disso, rotineiramente o STF tem atuado no curso de formação de uma

⁷⁴ STF. MS nº23.452/RJ. Disponível em: [MS23452EmentaeAcórdão\(7\)](#) Acesso em: Nov.2023

⁷⁵ MOURA. Ibidem.

⁷⁶ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. Disponível em: [O judiciário e as políticas públicas no Brasil](#) Acesso em: Nov.2023

política pública, como um controle concomitante, interferindo na atividade legislativa, sendo então capaz de alterar sua formulação. Dessa forma, é patente a capacidade de controle da Corte quanto aos diferentes momentos em que a ação governamental é realizada, podendo se dar a priori, sinalizando seus limites ou controlando a agenda política ao adiar seu pronunciamento sobre dada matéria; de forma simultânea, intervindo na sua formação; ou, a posteriori, em sede de controle de constitucionalidade do ato do Poder Público.

Destarte, é pacífica a jurisprudência acerca da decisão judicial em políticas públicas do Executivo, sem que isso represente uma violação do princípio constitucional da separação de funções de poder. Como a matéria tem se tornado recorrente, a própria Corte Constitucional, no intuito de nortear as suas decisões, fixou parâmetros para o julgamento.

Em Recurso Extraordinário (RE) nº684.612/RJ, oriundo de Ação Civil Pública proposta acerca das más condições de estrutura e atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho, com repercussão geral no Tema nº698, o plenário do STF fixou as seguintes teses, no intuito de balizar a atividade judicante em políticas públicas.

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.(...)⁷⁷

Em seu voto, Barroso reconhece certa deficiência do sistema, que acaba privilegiando aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos ou por proverem de recursos financeiros para arcar com os custos processuais. E assevera que, na implementação de políticas públicas, o Judiciário não deve deixar de tutelar direitos fundamentais, mas certamente não pode ir além de seu dever, consolidando os direitos de uns e acabando por lesar os

⁷⁷ STF. RE nº 684.612/RJ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf> Acesso em: Out.2023

de outros. Evidente, portanto, que a atuação desse poder deve se dar de forma excepcional, “quando comprovada a inércia ou morosidade do ente público, como medida assecuratória de direitos fundamentais”⁷⁸.

Dessa forma, o Judiciário passa a ganhar contornos mais ativos, na pronúncia de decisões mais pautadas à efetivação de valores sociais. A partir de tal entendimento, faz-se necessário reconhecer que “o juiz constrói o Direito e possui a atribuição de dar funcionalidade à lei, ou seja, colocá-la a serviço da justiça”⁷⁹. É aí que ele deixa de ser mero aplicador da lei e passa a ter uma postura mais ativa no contexto social.

Além do mais, ao considerarmos a relevância dos mandamentos constitucionais e dos tratados internacionais em direitos humanos os quais o Brasil é signatário, evidenciamos que mais do que simples textos legais, essas normas constituem obrigações a serem cumpridas. Tal imposição implica diretamente em uma participação mais atuante do Poder Judiciário, interferindo no campo de atuação dos demais poderes a fim de zelar pela implementação de direitos, notadamente, como vimos, nos casos de omissão normativa.

Portanto, é imperativa a necessidade da atuação da Corte de forma proativa, onde atua de forma mais semelhante àquelas funções típicas do Legislativo, se aproximando a “dizer o direito” numa postura de interpretação das normas constitucionais de maneira mais abrangente. A atuação do Judiciário busca “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”⁸⁰.

O ativismo judicial se demonstrou crucial no combate à pandemia de COVID-19, onde diante de medidas notadamente exíguas do Executivo Federal, o entendimento da Corte, na ADPF n°822/DF⁸¹ foi no sentido de reconhecer a omissão

⁷⁸ STF. RE n° 684.612/RJ. Voto Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf> p.12. Acesso em: Out.2023

⁷⁹ HOGEMANN, Edna Raquel. A Importância do ativismo judicial no acesso a direitos humanos na América Latina. Disponível em: [Vista do A Importância do ativismo judicial no acesso a direitos humanos na América Latina](#) Acesso em: Nov.2023

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 452

⁸¹ STF. ADPF n°822/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358411040&ext=.pdf> Acesso em: Nov.2023

do Poder responsável, com flagrantes violações de direitos fundamentais, configurando-se um estado de coisas inconstitucional na área da saúde.

No presente julgamento, o relator ressaltou importante entendimento, segundo o qual, deve se primar pela:

abertura da interpretação judicial da Constituição às demandas e expectativas provenientes de atores não institucionais da sociedade civil, de forma a possibilitar que diferentes interessados possam participar efetivamente dos processos constitucionais (...) como agentes e não como meros expectadores⁸².

Nesse sentido, o papel do Judiciário não pode se desenvolver de forma automatizada, se restringindo à interpretação e aplicação da lei, mecânica e repetidamente, mas deve primar pela concretização dos preceitos constitucionais de forma contínua, envolvendo os mais diversos agentes na efetivação de ações governamentais que satisfaçam às necessidades dos grupos sociais.

A superação das omissões inconstitucionais é crucial para garantir a efetividade da Constituição, devendo o Estado realizar a complementação legislativa, ou a edição de atos administrativos que rompam essa inércia. Para que exista a inconstitucionalidade por omissão é necessário que haja o decurso de um prazo razoável onde a norma regulamentadora prevista na Constituição não foi editada. Resta inequívoco, que após mais de 35 anos da promulgação da Carta de 1988, subsiste flagrante mora do poder público na edição dessas normas. Diante de tal conjuntura, aprofundaremos o estudo da manipulação de efeitos como técnica decisória capaz de implementar políticas públicas.

A visão clássica de que o legislador deve criar a norma em abstrato, o administrador formular políticas públicas e ao julgador cabe solucionar conflitos subsiste, mas além de buscar apenas a contenção dos abusos e excessos cometidos pelos demais Poderes, o princípio é utilizado atualmente na proteção da força normativa da CRFB/88. Assim, de mero coadjuvante, o Judiciário ascendeu para efetivar “promessas” e dar dignidade mínima aos grupos sociais⁸³.

⁸² SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: O direito constitucional como arte marcial. Rio de Janeiro: Forense, 2015

⁸³ FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=376> Acesso em: Nov.2023

De fato, o espaço que ocupam atualmente os Tribunais é essencial para responder às necessidades das minorias, dado que os órgãos majoritários são incapazes de atendê-las e efetivar direitos e garantias fundamentais, assumindo as Cortes Constitucionais o palco para o debate e controle de ações governamentais tomadas, ou a ausência delas, pelo Legislativo.

A promulgação da CRFB/88 acabou por instituir uma aparente contradição. Os direitos sociais, tradicionalmente subjugados, passaram a ser amplamente protegidos pela Carta, mas a histórica discriminação e desigualdade social não conseguiram - e ainda não conseguem - serem resolvidas de forma imediata. A prestação de ações governamentais de cunho social ficou sob a competência do administrador público. Evidente que a mudança substancial desse paradigma resultou em notória má prestação dos mandamentos constitucionais, o que espontaneamente irrompeu a judicialização e o ativismo judicial para dar efetividade às prerrogativas constitucionais.

Por essa razão, o caráter contramajoritário do Supremo em garantir a proteção das minorias torna-se essencial na implementação de políticas públicas capazes de atender o clamor social, sobretudo no campo de controle de constitucionalidade, onde as decisões da Corte tem se tornado fundamentais para colmatar problemas e dar voz aqueles apagados pela sociedade.

3.2 Decisões manipulativas como instrumento de implementação de política pública

Como vimos no Capítulo anterior, as sentenças manipulativas aditivas constituem uma importante técnica decisória utilizada pela Corte Constitucional no controle de constitucionalidade. Trata-se de um mecanismo de modificação ou extensão de significado às normas submetidas ao Supremo, que, após o controle de constitucionalidade, tem conteúdo distinto do original, mas ainda conforme os mandamentos da Carta. Rompe-se, portanto, com o dogma em que o julgador se resumiria a intérprete da lei e incapaz de inovar no Direito.

As decisões manipulativas podem ser entendidas ainda como aquelas em que a “Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das

normas que lhe são submetidas, mas que – comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo com a Constituição”⁸⁴.

Cumprе mencionar que a manipulação das decisões se dá em dois aspectos, um quanto aos efeitos no tempo e outro quanto ao conteúdo da norma, podendo ocorrer ainda a combinação de ambos⁸⁵. Sob o aspecto temporal, agrupam-se as decisões de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o apelo ao legislador e a declaração de inconstitucionalidade provisória. Já quanto ao conteúdo da norma, a manipulação de efeitos se dá na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, na interpretação conforme, e nas sentenças aditivas.

As sentenças manipulativas aditivas (ou de efeitos aditivos), submetem-se ao pronunciamento sob o aspecto material da norma, e constituem um grupo que compreende as sentenças aditivas propriamente ditas, as aditivas de princípio e as sentenças substitutivas. As primeiras são a espécie mais amplamente utilizadas. A ausência de previsão expressa de parte do seu texto acaba por implicar na declaração de inconstitucionalidade da norma que não prevê o que deveria prever. Assim, a sentença aditiva, consegue remediar a deficiência da norma e ainda conferir um efeito mais amplo do que o inicial.

As sentenças aditivas podem se subdividir, ainda, em sentenças aditivas de garantia, onde busca-se a proteção de direitos e garantias individuais; e, as de prestação, que permitem a efetivação de direitos patrimoniais, onde a prestação jurídica em questão é uma obrigação de dar ou fazer. Ressalta-se, contudo, que os direitos negativos, alvo das primeiras, carecem de contraprestação financeira do Estado, e, portanto, também teriam, em algum nível, caráter patrimonial⁸⁶.

⁸⁴ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Tradução de José Maria Lujambio. In: Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p.65 apud ISRAEL, Nogueira Lucas. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014.

⁸⁵ RUGGERI, Antonio. Lineamenti di giustizia costituzionale . Imprenta: Torino, G. Giappichelli, 2004. p. 147 apud ISRAEL, Nogueira Lucas. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014.

⁸⁶ ISRAEL, Nogueira Lucas. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiraIsrael.pdf Acesso em: Jun.2023

As sentenças aditivas de princípio compreendem aquelas em que há declaração da inconstitucionalidade da parte que não prevê uma hipótese e identifica uma diretriz para orientar a elaboração da norma. Dessa forma, não se pretende criar nova norma, mas mostrar ao órgão responsável por sua edição, ou um juiz ordinário, a melhor forma de tratar aquele assunto⁸⁷. A Corte então não dita uma regra a ser seguida, mas indica um princípio norteador da futura colmatação da omissão.

Destarte, tal técnica consegue impulsionar um melhor diálogo com o legislador a fim de editar a norma e ainda é capaz de guiar o juiz “ad quo” a reparar a omissão no fato concreto com que se depara. Cria-se, portanto, um mecanismo de decisão que une o dever de controle de constitucionalidade da Corte e respeita-se as atribuições originárias do legislador em editar a lei na matéria em análise, suprimindo o vácuo normativo.

As sentenças aditivas constataam a existência de lacuna no conteúdo normativo o que leva a norma a não estar em conformidade com a Constituição. Declarada tal ausência, a omissão é suprida pela Corte Constitucional, que adiciona novo conteúdo, já existente no ordenamento jurídico, à norma incompleta, o que permite colmatar o problema ao determinar sua aplicação imediata⁸⁸.

Por fim, a sentença substitutiva é utilizada quando se declara a inconstitucionalidade da parte da norma que deveria prever outra coisa, não o que expressamente dispõe, a fim de estar conforme à Lei Maior. Por essa técnica, a Corte Constitucional substitui a norma que foi aplicada por uma outra disposição que esteja em consonância com os mandamentos da Carta. O órgão julgador não se restringe a deliberar sobre a ilegitimidade de parte do conteúdo da norma, mas atribui resultado diverso daquele pretendido pelo legislador original.

Resta evidente que esse tipo de decisão seria a mais dotada de manipulação pelo órgão julgador, razão pela qual costumeiramente é utilizado com certo comedimento no controle de constitucionalidade, pois, ao atribuir direitos a um grupo

⁸⁷ SILVESTRI, Gaetano. *Le sentenze normative della corte costituzionale*. Giurisprudenza Costituzionale, Milano: Antonino Giuffrè, ano XXVI, 1981 p. 1716 apud ISRAEL, Nogueira Lucas. *A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar*. 2014.

⁸⁸ VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. *Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário*. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/18661> Acesso em: Nov.2023

ao invés do outro para conformá-lo aos mandamentos constitucionais, acaba por interferir, de forma mais acentuada, no seu poder-dever de dar efetividade às normas.

A utilização da sentença aditiva ocorre, muitas das vezes, devido à inobservância do princípio da isonomia, onde o texto legal acaba garantindo direitos a um determinado grupo, mas não a outros em mesma situação⁸⁹. Dessa forma, o desequilíbrio gerado pela norma deve ser contornado no intuito de tratar igualmente os iguais. É nesse campo que se desenvolve a atuação da Corte, que declarará inconstitucional a parte da norma que gera o tratamento diferenciado, sem observância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, e cria um novo entendimento da norma, estendendo seus efeitos àqueles que anteriormente não eram por ela abarcados.

Antes mesmo da promulgação da CRFB/88 já se discutia a impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo, consolidando o dogma de que não se poderia preencher o vácuo normativo. Em julgamento do RE n°42.186/61, o Ministro relator Nelson Hungria asseverou que:

conforme deflui do nosso sistema constitucional e tem sido reiteradamente acentuado pela jurisprudência, inclusive a desta Suprema Corte, o Poder Judiciário não pode, a pretexto algum, usurpar a função legislativa de aumentar vencimentos(...) se há injustiça na desigualdade de vencimentos em tal ou qual quadro de funcionários, somente a lei pode corrigi-la⁹⁰.

Com a nova Carta, o STF inicialmente manteve o mesmo entendimento rígido, que foi paulatinamente sendo superado com a utilização pela Corte de técnicas decisórias como as que aqui discutimos. Em julgamento da ADI n°2.652/DF⁹¹, onde se alegava a inconstitucionalidade na imposição de multa aos advogados privados por descumprimento de ordem judicial, o que violaria o princípio da isonomia por não abarcar os advogados públicos, a Corte entendeu que tal disposição deveria alcançar todos os advogados, prolatando portanto uma sentença de caráter aditivo.

⁸⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional / Pedro Lenza. – 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 361

⁹⁰ STF. RE n°42.186, Rel. Ministro Nelson Hungria, DJ 15/05/1961

⁹¹ STF. ADI n°2.652/DF. Disponível em: [ADI2652EmentaeAcórdão\(1\)](#) Acesso em: Nov.2023

Mais recentemente, o Supremo determinou requisitos constitutivos para a adoção dos efeitos extensivos, a saber: a inexistência de reserva legislativa de matéria de competência exclusiva do legislador; a incapacidade de adoção de interpretação conforme; a existência da omissão legislativa; a insuficiência do texto existente; e, o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma por omissão⁹².

A aplicação das decisões manipulativas no controle de constitucionalidade tem sido não só amplamente utilizadas, como incentivadas pelos julgadores, como na decisão da ADI n° 4.277/DF, onde o Ministro Gilmar Mendes destacou que:

em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e a soluções simplistas – como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação⁹³.

Cumprir mencionar que o poder decisório de modificar, corrigir, ir além do que exprime o texto de uma norma em um olhar mais simplista, não dá aval ao Poder Judiciário para que atue de forma irrestrita segundo sua mera discricionariedade. Uma vez que “além de efeito indireto da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, não deriva da sua imaginação, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais”⁹⁴. Assim, sempre que se pautar diante de uma decisão com esse caráter, a Corte deverá fundamentar extensivamente sua aplicação para que não subsista margem de extrapolação de seus limites.

Inúmeras são as sentenças que adotaram essa técnica, como na ADPF n°54/DF⁹⁵, que tratou da interrupção da gravidez em casos de anencefalia e ao dar interpretação conforme acrescentou nova excludente de ilicitude ao crime de aborto; nos MI n°670/ES, MI n°708/DF e MI n°712/PA acerca do direito de greve dos

⁹² SILVESTRI. *Ibidem*. p. 765.

⁹³ STF. ADI n°4.277/DF. Disponível em: [ADI 4.277](#) Acesso em: Set.2023

⁹⁴ JONER; Gabriel. Sentenças interpretativas e aditivas: (in)aplicabilidade no âmbito do Direito Tributário. *Revista dos Tribunais*, Vol. 975/2017, p. 355-381, Jan/2017, DTR/2016/24994.

⁹⁵ STF. ADPF n°54/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf> Acesso em: Nov.2023

servidores públicos, que, como vimos, aplicou-se no que couber a Lei Geral de Greve; e nas ações objeto de estudo do presente trabalho, a ADO nº26/DF e o MI nº4.733/DF, que enquadram a homotransfobia como crime de racismo, as quais veremos de forma detalhada no próximo capítulo.

Destarte, o posicionamento da Corte tem apresentado constante evolução no sentido de mitigar os efeitos de uma decisão que declare a inconstitucionalidade de uma lei, buscando “salvar”, sempre que possível o texto legal ao conferir a ele uma interpretação aditiva. A jurisprudência passou a se orientar de forma ainda mais contundente nesse sentido, significativamente após a edição da Lei 9.868/99, que positivou tal possibilidade em seu artigo 27, como visto no Capítulo anterior.

Ressalta-se ainda que a utilização cada vez mais frequente de formas comumente anômalas, acabaram se tornando modalidades típicas no controle de constitucionalidade, delineando um novo debate na matéria, não mais pautado na admissibilidade de tais decisões, mas em seus limites. A Corte se afasta do “dogma de legislador negativo”, adotando a linha jurisprudencial de decisões interpretativas com eficácia aditiva, sendo, então, capaz de trazer luz a imbróglios recorrentes quanto à inconstitucionalidade por omissão, que acabavam coibindo reiteradamente um exercício efetivo de direitos e garantias fundamentais.

É notório que a utilização dessas sentenças é fruto de uma evolução jurisprudencial e doutrinária, não sendo pacífica, contudo, a sua utilização. Muitos são os questionamentos sobre o assunto, sendo os principais deles justamente os problemas levantados por esse trabalho. A utilização da técnica decisória manipulativa de efeitos aditivos é instrumento válido na efetivação de políticas públicas? Haveria desvio de seu uso para corrigir a omissão inconstitucional? A necessidade de garantia de direitos aos grupos minoritários pelo Judiciário viola a tripartição de Poderes ou sua atuação se faz crucial para a proteção de direitos fundamentais?

Uma das correntes doutrinárias acredita que, enquanto guardião da Constituição, a Corte Constitucional tem o poder-dever de tomar tais decisões, uma vez que tutelam direitos fundamentais dos cidadãos frente à omissão normativa, razão pela qual se reconhece a plena legitimidade da adoção da técnica. Dessa forma, seria fundamental a atuação judicial na tutela de direitos humanos, sobretudo nos casos onde existe a lacuna normativa.

Assim, sua função é fazer valer os valores e mandamentos constitucionais, impedindo que se tornem letra morta. A inércia legislativa, por conseguinte, autoriza o Judiciário a extrapolar a guarda da carta, agindo sobretudo na implementação desses princípios⁹⁶. E vai além, o controle judicial não pode apenas proferir a inconstitucionalidade da norma, mas elaborar regulamentações, assumindo “um papel de legislador positivo, paralelo e complementar àquele exercido pelo parlamento”⁹⁷. Nesse sentido, a concepção que impõe ao Judiciário atuar meramente como legislador negativo está cada vez mais ultrapassado, dado que:

a atividade do supremo não mais consiste em anular de forma geral um ato legislativo. Posicionar a jurisdição constitucional como um legislador negativo retirar-lhe-ia todas as possibilidades de proferir as sentenças interpretativas como aquelas que versariam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto de lei em si, algo irrealizável se o controle de constitucionalidade se restringir a um aspecto formal⁹⁸.

Outrossim, destaca-se o caráter contramajoritário da Corte Constitucional, em virtude de se dedicar à proteção de direitos fundamentais das minorias. É notório que o sistema representativo do Legislativo é incapaz de dar voz aos grupos marginais da sociedade, que não conseguem se organizar de modo a ter maioria para a aprovação de leis que busquem preservar tais garantias. Destarte, tais decisões alcançam legitimidade quando protegem esses direitos, mas não encontrariam respaldo jurídico se decidissem em contrário, os suplantando.

Em “contrario sensu” as decisões aditivas seriam completamente ilegítimas, uma vez que violariam diretamente o regime democrático e a tripartição das funções de poder. Neste giro, mantém-se o dogma do legislador negativo em matéria de controle de constitucionalidade, devendo o Judiciário permanecer silente, até que o Legislativo, no exercício de sua função típica, verse, segundo sua discricionariedade, acerca da matéria e suprima as omissões.

⁹⁶ MODUGNO, Franco. La Corte costituzionale italiana oggi. In: Scritti su a Giustizia Costituzionale. Padova: CEDAM, 1985 p. 572-577 apud ISRAEL, Nogueira Lucas. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014.

⁹⁷ Idem, Ibidem. p.582

⁹⁸ ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. RB-2.16

Segundo essa corrente, ao se defrontar em um quadro de omissão, a Corte não deve suplantá-la para efetivar os mandamentos constitucionais. Por conseguinte, ela não poderia criar o direito, mas, tão somente, se pronunciar acerca da constitucionalidade da norma para que o parlamentar, em momento oportuno, a concretize.

Outra abordagem seria uma posição intermediária entre as supracitadas, onde as decisões tomadas pela Corte só seriam de fato legítimas se oriundas de uma resolução que a Constituição determina, não atentando, portanto, contra a atividade legiferante, uma vez que o legislador não teria outra opção de agir senão a constitucionalmente prevista.

Destarte, a Corte não criaria o direito de forma livre e discricionária como o Parlamento o faria, mas restringiria sua atuação a preencher o vácuo de uma norma, dando a ela uma decisão auto aplicativa, orientada pela obrigação constitucional em dar efetividade àquela norma, o que não seria de fato legislar. A ação do Judiciário se realizaria em uma resposta única e natural de caráter impositivo. Por isso, não se cria um novo direito, posto que a alternativa ao dilema já estava constitucionalmente presente. Aqui, O Judiciário faz “nada mais do que individualizar a norma que já se encontra implícita no sistema, seja a partir de um princípio geral existente, seja, da própria disposição constitucional violada”⁹⁹.

Torna-se importante entender os riscos que as decisões manipulativas podem suscitar quando utilizadas segundo o ativismo judicial. Discute-se, assim os impactos que podem gerar uma atuação mais proativa do Judiciário na implementação de políticas públicas, que implique em decisões que podem manchar o princípio democrático vigente, ao prestigiar a sua visão na interpretação da norma¹⁰⁰.

Por essa razão se faz imperativa a aplicação de tais decisões sempre pautadas nos limites que aqui discutimos, sejam os abordados pela doutrina ou aqueles balizados pelo próprio Tribunal nas decisões citadas. O processo deve se orientar pela cautela e justa fundamentação de modo que a manipulação da norma

⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 180

¹⁰⁰ VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; NETO, Ferdinando Scremin; BRUNO, Smolarek Dias. *Das decisões manipulativas: um olhar crítico ao papel criativo dos tribunais frente ao ativismo judiciário*. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/18661> Acesso em: Nov.2023

não acabe gerando um problema ainda maior do que aquele que almeja contornar¹⁰¹.

Negar completamente a adoção de tais técnicas decisórias também parece não resolver o conflito. Ao afastar completamente sua aplicação poderíamos nos ver diante de um cenário de exacerbada supremacia do parlamento, de modo que a ocorrência de lacunas legislativas não teria instrumentos para sua colmatação, a não ser a (longa) espera até que esse poder resolva romper a inércia, mediante sua discricionariedade, para regulamentar o assunto¹⁰².

Então, entendemos que trata-se de um tema espinhoso, passível de muitas críticas tanto quanto a sua utilização como a completa impossibilidade de sua aplicação. Parece-nos oportuno tomar o meio-termo entre os extremos, sopesando os mandamentos constitucionais, ao orientar-se pela parcimônia e a atuação em casos específicos. Deve-se afastar tanto a supremacia judicial quanto a parlamentar, buscando as decisões se pautarem em parâmetros como a existência de patente omissão inconstitucional; a necessidade de se regulamentar direitos fundamentais das minorias; a obrigatoriedade em se fazer cumprir os mandamentos constitucionais; e a inexistência de outro meio hábil a contornar o imbróglio jurídico no tempo devido.

Uma vez expostas as correntes doutrinárias acerca do tema e levantados os diferentes questionamentos que a utilização dessa técnica decisória pode instar, analisaremos, no próximo Capítulo, a aplicação da sentença manipulativa de efeitos aditivos na decisão proferida pelo STF na ADO n°26/DF e no MI n°4.733/DF e realizaremos uma análise crítica das repercussões que uma atuação mais proativa do Judiciário na implementação de políticas públicas pode acarretar.

¹⁰¹ ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. [Livro eletrônico]. p. RB-2.16.

¹⁰² ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiraIsrael.pdf Acesso em: Nov.2023

4. ADO N°26/DF e MI n.º4.733/DF e a criminalização da homotransfobia

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n°26/DF¹⁰³, de relatoria do Ministro Celso de Mello foi proposta pelo PPS contra o Congresso Nacional em face das constantes violações de direitos fundamentais sofridos pela população LGBTI+ diante do decurso de prazo irrazoável após a promulgação da CRFB/88 na implementação dos preceitos constitucionais que, conforme prevê o inciso XLI do artigo 5º, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O Partido fundamentou ainda que o comportamento negativo do parlamento acabava por lesionar gravemente princípios constitucionais. Além do dever em legislar acerca de ações atentatórias a direitos fundamentais, se omite também quanto à criminalização de todas as práticas racistas, postuladas no inciso XLII do artigo 5º, e em cumprir o princípio da proporcionalidade, amparado de forma deficitária, conforme inciso LIV do mesmo dispositivo.

O cenário de evidente inércia legislativa seria oriundo de uma lenta tramitação das propostas legislativas apresentadas até então com o intuito de criminalizar a homotransfobia e proteger a comunidade LGBTI+. Nesse sentido, o Partido postulou que i. fosse reconhecido que a homotransfobia se enquadra no conceito ontológico-constitucional de racismo (que veremos melhor no próximo tópico); ii. fosse declarada a mora inconstitucional do CN, determinando que se editasse norma na matéria; iii. fosse fixado prazo de um ano para tal, dado que à época o tema já era debatido há mais de doze anos; iv. uma vez transcorrido tal prazo, que a própria Corte tipificasse o crime; v. se incluísse o tipo penal na Lei do Racismo; e, vi. fosse fixada a responsabilidade civil objetiva do Estado diante da mora inconstitucional para indenizar todas as vítimas de homotransfobia.

O Senado Federal, na figura de seu Presidente, pugnou a procedência da ação, pontuando suposta violação do princípio democrático e da tripartição das funções de Poder, ressaltando a independência do Poder Legislativo e sua competência jurídico-política em legislar em matéria penal. Ainda, sustentou que inexistia mora inconstitucional, informando que o tema era debatido constantemente

¹⁰³ STF. ADO n°26/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf> Acesso em: Nov.2023

no CN e apresentou alguns projetos de lei (PL) em tramitação em ambas as casas, como os PLs nº5.576/2013, 1.959/2011, 2.665/2007 e 5.003/2001. No mesmo giro, pronunciou-se a Câmara dos Deputados (CD), afirmando que aprovou projetos de lei no intuito de criminalizar práticas discriminatórias em razão da orientação sexual, a exemplo do PL nº5.003/2001.

Cumprе mencionar, que a simples existência de projetos de lei que busquem instituir políticas de proteção à população LGBTI+ não garante sua devida efetividade, já que ainda não tem força normativa. A grande maioria desses PLs se arrasta há mais de duas décadas no Congresso, e mesmo aqueles onde existe alguma movimentação mais substancial, como o supra, a mera aprovação na CD e sua remissão ao SF não é suficiente. Um constante ir e vir, desarquivamentos e apensamentos, figuram não outra senão a “inertia deliberandi” do parlamento. Em verdade, o PL citado pela Câmara tramitou por mais de cinco anos até ser aprovado e, após enviado ao Senado, foi arquivado por ausência de movimentação.

Ainda, a Advocacia Geral da União (AGU) entendeu pela improcedência da ADO, ao afirmar que não caberia ao Judiciário na presente ação impor prazo para cumprimento obrigatório da edição da norma, tampouco colmatar a suposta omissão. Ressaltou que não haveria mora legislativa e que inexistе mandamento constitucional que obrigue tipificação criminal especial para a prática de homotransfobia.

Por fim, a Procuradoria Geral da República (PGR) opinou pelo conhecimento parcial da ação e quanto ao mérito entendeu ser inadmissível o cabimento de indenização às vítimas, dada a natureza objetiva da ADO. Asseverou que deveria ser dada interpretação conforme à CRFB/88 ao conceito de raça da Lei nº7.716/89, reconhecendo que a criminalização da homotransfobia deve ser abarcada pelo dever imposto no inciso XLII do artigo 5º, que existe mora do legislador e que se faz necessário a fixação de prazo para suprir sua omissão. Ressaltou que a existência de projetos de lei não afastam o cenário de omissão inconstitucional, dado que foi decorrido “período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inertia deliberandi”.

O Pleno do STF foi unânime em conhecer parcialmente a ação e, por maioria dos votos, a julgou procedente, sendo aplicada eficácia geral com efeito vinculante para: i. constatar a inércia do CN em regulamentar a incriminação prevista no artigo

5º, incisos XLI e XLII, instituindo política criminal de repressão a condutas atentatórias ao grupo LGBTI+; ii. declarar o estado de omissão inconstitucional; iii. dar ciência ao Congresso para que tome as devidas providências; e, iv. estender aplicação conforme aos preceitos constitucionais ora expostos para tipificar a homotransfobia como tipo penal previsto na Lei de Racismo até que seja suplantada por legislação autônoma na matéria.

O Mandado de Injunção nº4.733/DF¹⁰⁴, de relatoria do Ministro Edson Fachin, foi impetrado pela ABGLT contra o CN, sustentando i. a existência de violações ao Estado Democrático de Direito dada a discriminação sofrida pelo grupo LGBTI+; ii. a necessidade de aplicação da igualdade na não discriminação em razão do gênero ou orientação sexual; iii. o mandamento constitucional em criminalizar conduta atentatória aos direitos fundamentais, norteado pelos tratados internacionais em direitos humanos os quais o Brasil é signatário; iv. a ofensa ao sentido mínimo de justiça, dado que a omissão legislativa acaba por tolerar a discriminação; v. a flagrante desvalorização da existência dos indivíduos pertencentes ao grupo LGBTI+; e, vi. a procedência da ação reconhecendo a mora legislativa e aplicação da Lei do Racismo estendendo a tipificação à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Como vimos no Capítulo II, as ações de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção podem se sobrepor quanto ao objeto, o que relembro sucintamente: a primeira é cabível para tornar efetiva norma constitucional, ao passo que o “writ” busca viabilizar o exercício de direitos fundamentais. Evidente, portanto, que a matéria do MI pode ser abarcada por uma ADO. Por tratarem da mesma temática, a omissão inconstitucional em efetivar a criminalização de condutas atentatórias à população LGBTI+, o julgamento de ambas as ações se deu de forma conjunta.

No julgamento, os Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber, entenderam pela tipificação da homotransfobia como crime definido na Lei do Racismo até que o CN regulamente a matéria. Vencidos os votos dos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, por entenderem a necessidade de aplicação da

¹⁰⁴ STF. MI nº4.733/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf> Acesso em: Nov.2023

estrita legalidade, segundo a qual a criminalização da conduta só poderia se dar por lei aprovada pelo Poder Legislativo, e o do Ministro Marco Aurélio, que entendeu não subsistir mora legislativa na matéria.

No julgamento foram fixadas teses acerca do tema, as quais em razão de sua importância, reproduzo “ipsis litteris” a seguir:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5.º 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 n. 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe;
2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;
3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma

construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (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 direito¹⁰⁵.
[grifei]

Assim, a Corte reconheceu a necessidade de aplicação da Lei do Racismo aos crimes de homotransfobia até futura regulamentação específica do Congresso Nacional sobre a matéria; afirmou que a criminalização não importa em censura da liberdade religiosa, uma vez que suas convicções podem ser expressas desde que não se configure discurso de ódio; e, a aplicação da dimensão social do racismo, que pode se estender às violações sofridas pelos indivíduos LGBTI+.

Ressaltamos ainda que, recentemente, a Corte equiparou as ofensas contra pessoas LGBTI+ ao crime de injúria racial. Aqui cabe fazermos uma breve explanação sobre os tipos penais. A injúria racial é um crime, anteriormente tipificado apenas no artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal (CP), intentado contra a pessoa, ofendendo sua honra ao diminuí-la em razão de sua raça, cor, etnia, religião ou origem; ao passo que o racismo é tipificado na Lei nº7.716/89 como um crime contra a coletividade, um grupo indeterminado de indivíduos, discriminando, portanto, toda uma raça¹⁰⁶.

A decisão nas ações ADO nº26/DF e MI nº4.733/DF se deu no sentido de criminalizar tais condutas como crime de racismo. A ABGLT, impetrante do mandamus, interpôs embargos à decisão da Corte, por entender que vinha sendo interpretada como racismo as ofensas ao grupo LGBTI+, mas que as ações atentatórias diretamente à honra dos indivíduos não se configurariam como injúria

¹⁰⁵ STF. Tese ADO nº26/DF. Disponível em: [ADO 26/DF](#) Acesso em: Nov.2023

¹⁰⁶ CNJ. Conheça a diferença entre racismo e injúria racial. Disponível em: [Conheça a diferença entre racismo e injúria racial - Portal CNJ](#) Acesso em: Nov.2023

racial. Dessa forma, o entendimento do STF estaria tendo sua aplicação limitada e, em razão disso, postulou que o mesmo se estendesse ao crime de injúria racial.

O relator do MI, conheceu o recurso e asseverou que, em julgamento anterior, no Habeas Corpus (HC) nº154.248¹⁰⁷, a Corte já havia se posicionado quanto ao crime de injúria racial ser espécie do crime de racismo, e por tal razão, também seria imprescritível e inafiançável. Neste giro, entendeu que :

A interpretação que restringe sua aplicação aos casos de racismo e mantém desamparadas de proteção as ofensas racistas perpetradas contra indivíduos da comunidade LGBTQIAPN+¹⁰⁸ contraria não apenas o acórdão embargado, mas toda a sistemática constitucional.

Recentemente, a Lei nº14.532/2023¹⁰⁹ alterou a redação da Lei do Racismo para tipificar a injúria racial também como crime de racismo, positivando o entendimento aplicado pela Corte. Destarte, até que sobrevenha legislação futura do CN, a homotransfobia hoje é tipificada como crime de racismo, abarcando aqui também as condutas atentatórias ao indivíduo - injúria racial -, pelo reconhecimento da Corte do conceito ontológico-constitucional de racismo, que veremos detalhadamente no tópico a seguir.

4.1 Da decisão manipulativa na ADO nº26/DF e no MI nº4.733/DF

Para tipificar a homotransfobia como crime de racismo, a Corte entendeu o racismo como um conceito mais amplo. No julgamento do HC nº82.424/RS¹¹⁰, o impetrante Siegfried Ellwanger, enquadrado por prática de racismo por sua conduta antissemita, defendeu que os judeus não constituiriam uma raça e que discriminá-los não seria uma conduta racista, portanto, um crime prescritível. No entanto, o STF rejeitou tal argumento e fixou importante entendimento jurisprudencial sobre a matéria, já amplamente discutida pela doutrina.

¹⁰⁷ STF. HC nº154.248/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf> Acesso em: Nov.2023

¹⁰⁸ O anacrônico aqui utilizado se refere a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais/ Trasngêneros/ Travestis, Queer/ Questionando, Intersexo, Assexuais /Arromânticas/ Agênero, Pan/ Poli, Não-binárias e mais

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº14.532/2023. Disponível em: [L14532](#) Acesso em: Nov.2023

¹¹⁰ STF. HC nº82.424/RS. Disponível em: [HC 82.424 / RS](#) Acesso em: Nov.2023

O botânico e zoólogo Carlos Lineu, reconhecido como pai da taxonomia moderna, entende que os diferentes caracteres dos seres humanos correlacionam a aparência ao conceito de raça. A classificação das raças segundo suas características fenotípicas acabou por induzir o racismo, tendo sido utilizada várias vezes para “justificar” a desigualdade entre elas, afirmando que umas seriam superiores a outras. De fato, as teorias racistas desenvolvidas ao longo dos séculos baseiam-se em perspectivas meramente biológicas, como no caso do europeu colonizador e do alemão nazista.

Mais recentemente, a ciência mostrou, através de grandes avanços nas pesquisas genéticas, que inexistente qualquer diferenciação no genoma humano que fundamente uma subdivisão racial de nossa espécie, e que os critérios segregadores se dão meramente quanto à aparência. Assim, no campo do Direito, o princípio da igualdade se afirma como a não discriminação, dado o igual valor de todo ser humano.

Uma vez que não podem buscar sua essência na Biologia, as correntes racistas subsistem como fenômeno social. Destarte, o âmago do constituinte em instituir o mandamento de “promover o bem de todos, sem preconceitos de raça” e quaisquer outras formas de discriminação não pode ser interpretado como mero conceito fenotípico. De fato, distintos são os grupos alvos de discriminação histórica em nossa sociedade.

A Lei Afonso Arinos, Lei nº1.390/51, foi a primeira a criminalizar condutas atentatórias em razão de raça ou de cor no país.¹¹¹ A norma tutela a proteção às vítimas de preconceito de raça, que pode ser entendido como preconceito de origem, que reside na descendência; e o de cor, compreendido como preconceito de marca, que tem a ver com a aparência, a cor da pele¹¹². Segundo essa classificação, o preconceito racial vai além de caracteres fenotípicos, no preconceito de marca seria possível sopesar “caracteres negativos” como a cor, através de outros marcadores, como o nível de instrução e a classe social. Já o de origem não permite tal compensação, bastando a suposição de que um indivíduo seja descendente de um certo grupo para que seja discriminado.

¹¹¹ BRASIL. Lei nº1.390/51. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm Acesso em: Nov.2023

¹¹² NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/MyPMV9Qph3VrbSNDGvW9PKc/abstract/?lang=pt> Acesso em: Nov.2023

Assim, a Corte entendeu que “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social”, sendo necessário que se faça a:

“Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo”, segundo 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.”¹¹³

De fato, o conceito jurídico-constitucional de racismo é necessário para a própria tipificação do crime, uma vez que buscar justificá-lo através de caracteres meramente biológicos o tornaria um crime impossível, dado que a raça humana é única, como constatado pelo Projeto Genoma. O racismo, então, pode ser definido como “todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem”¹¹⁴.

Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa destacou que:

limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, data venia, uma conclusão inaceitável.¹¹⁵

No mesmo diapasão, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a base pseudo-científica da suposta existência de raças distintas¹¹⁶. Já o Ministro Carlos

¹¹³ STF, HC n.º 82.424/RS. Disponível em: [HC 82.424 / RS](#) Acesso em: Nov.2023

¹¹⁴ BULOS, Uadi Lamêgo apud STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Maurício Correa, p. 28.

¹¹⁵ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Maurício Correa, p.28

¹¹⁶ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Gilmar Mendes, pp. 3-4

Velloso assentou a impossibilidade de se falar em caracteres biológicos para definir raças, dado o que demonstrou o sequenciamento do genoma humano, e que a diferenciação entre os grupos se daria em razão de marcadores culturais e sociais, sendo “justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso, relativamente a eles, que caracteriza o racismo”¹¹⁷.

Ante tais explicações, é notório o posicionamento da Corte de que o racismo é mais do que um conceito estritamente biológico ou relacionado a cor da pele, mas vai além, abrangendo grupos minoritários que são vítimas, reiterada e historicamente, de discriminação. Por tal razão, a população LGBTI+, frequentemente exposta a essa vulnerabilidade, deve ser incluída na concepção de raça social, uma vez que no entendimento jurisprudencial e doutrinário o racismo compreende qualquer tipo de fobia dirigida a um ser humano.

Destarte, o caráter valorativo de entender um grupo como superior, buscando um ideal hegemônico, e diminuir outros grupos, de forma segregacionista, colocando-os à margem do convívio social, compreende uma prática racista, seja intentada contra negros, pobres, judeus, ou indivíduos não cisgênero-heteronormativos. O heterossexismo e a heteronormatividade social impõem a heterossexualidade como norma, e tudo que dela destoa não é encarada como normal. Tal menosprezo pelas outras identidades de gênero e orientações a coloca como uma ideologia racista, podendo ser então abarcada a homotransfobia na concepção de racismo¹¹⁸.

A homofobia pode ser definida como “um preconceito e uma ignorância que consiste em crer na supremacia da heterossexualidade”¹¹⁹, portanto, trata-se de uma prática racista à luz do pronunciamento da Corte. Nesse contexto, o advogado do autor da presente ADO, Paulo Iotti, postulou que:

a homofobia e a transfobia se enquadram, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antissemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo, servindo o critério de ‘raça’ como cláusula valorativa apta a permitir a evolução do

¹¹⁷ STF, HC n.º 82.424-2/RS, voto do Ministro Carlos Velloso, pp. 7-8.

¹¹⁸ STF, ADO n.º 26/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf> Acesso em: Nov.2023

¹¹⁹ BORRILLO, Daniel. Homofobia. História e crítica de um preconceito, Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, 1a Edição, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, p. 106.

conceito de racismo para outras situações que também se enquadrem neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo.¹²⁰

No julgamento conjunto das ações, consolidou-se o entendimento da dimensão social do racismo, como manifestação de poder de um grupo, que exerce controle ideológico, dominação sobre os outros que não se enquadram na normatividade. Em seu voto, o relator do MI, Ministro Edson Fachin, afirmou que:

a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.¹²¹

Corolário a tal entendimento, o relator da ADO, Ministro Celso de Mello, em extenso voto, onde fundamentou brilhantemente a aplicação do conceito de racismo à homotransfobia, ressaltou ser imperiosa a proteção aos indivíduos LGBTI+, pontuando ser papel da Corte fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana, “em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República.”¹²² Destacou o eminente Ministro ser:

constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade¹²³.

Ainda, em relação a inexistência de grupos humanos distintos em função de seus caracteres fenotípicos, dado que as raças, como cientificamente comprovado, não subsistem, asseverou o Ministro “Em uma palavra: nem gentios, nem judeus;

¹²⁰ STF. ADO n°26/DF. p.97

¹²¹ STF. MI n°4.733/DF. Voto Ministro Edson Fachin. p.26

¹²² STF. ADO n°26/DF. Voto Ministro Celso de Mello. p.153

¹²³ STF. ADO n°26/DF. Voto Ministro Celso de Mello. p.72-73

nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros”. Evidencia, portanto, não ser cabível a existência de qualquer hierarquia ou distinção em função da origem, cor ou orientação, não havendo espaço para uma estrutura de dominação artificial baseada em suposta hegemonia de uns sobre outros.

Por tais apontamentos, entende-se a necessidade de se reafirmar o posicionamento anterior da Corte, no julgamento do caso Ellwanger, não limitando a noção de racismo a marcadores biológicos e fenotípicos, mas abrangendo situações sociais e culturais marcadas por reiteradas agressões oriundas do preconceito em função da orientação sexual ou identidade de gênero. Ao considerarmos os fatores que levam a discriminação, a motivação - fundada no preconceito - e a finalidade - de segregar a vítima-, observamos que tanto o racismo quanto a homotransfobia aproximam-se ainda mais¹²⁴.

Salienta-se que diversos Tratados Internacionais em Direitos Humanos utilizam o conceito de racismo se aplicando às mais variadas formas de discriminação, onde nega-se a certos grupos a dignidade, o que constitui força-motriz ao ódio e à segregação dos indivíduos. Evidente, portanto, que o arcabouço doutrinário e jurídico imprime a construção de uma concepção mais ampla, onde a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo.

Destarte, torna-se inviável a concepção de que o postulado nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Carta Federal sejam interpretados de maneira restritiva, frustrando os objetivos do Constituinte originário. Os atos atentatórios à população LGBTI+ podem ser interpretados como formas modernas de racismo e, por tal razão, serem enquadradas à tipificação da Lei nº7.716/89, no sentido de proteger a dignidade da pessoa humana contra os diferentes tipos de intolerância, que não podem ser admitidos, uma vez que atentam contra princípios fundamentais da Constituição.

Dessa forma, considerando o poder-dever da Corte em garantir a proteção dos direitos humanos, deve-se interpretar o ordenamento jurídico de modo a efetivar a exata aplicação do direito. Tal atuação não se confunde com o processo legislativo, típico do parlamento e, assim, não se caracterizaria como violação da tripartição de funções de poder constitucionalmente estabelecida.

¹²⁴ STF. ADO nº26/DF. Voto Ministro Celso de Mello. p.81

Diante da patente polissemia, a interpretação dos dispositivos da Lei, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, deve-se reconhecer como racismo as condutas atentatórias à orientação sexual ou identidade de gênero das vítimas. Assim, prima-se por se interpretar o termo “raça”, se estendo os efeitos da Lei de modo a compreender toda a “constelação axiológica que qualifica a própria declaração de direitos proclamada pela Lei Fundamental da República”¹²⁵.

Ao dar interpretação conforme, equiparando as práticas de homofobia e transfobia à Lei nº7.716/89, a Corte objetiva tipificar como condutas discriminatórias aquelas dispostas nos artigos 1º, onde “Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” e no 20 que prevê que “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” tem a pena de reclusão de um a três anos além de multa.

Não se trata, por conseguinte, de uma analogia “in malam partem”, isto é, uma adequação de tipicidade entre fatos distintos, o que é vedado no Direito Penal, nem de nova tipificação penal, ou mesmo a cominação de penas, mas:

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 social¹²⁶.

Por conseguinte, diante do pedido das ações para que se adote o perfil aditivo nas sentenças da Corte, uma vez declarada a mora legislativa, discute-se a alternativa de que a lacuna seja contornada através da técnica decisória aditiva. Em seu voto, ressaltou a Ministra Cármen Lúcia, que a tipificação penal da homotransfobia pelo Supremo não está além de suas competências. Como vimos anteriormente, o STF tem pacificado a possibilidade de regular provisoriamente uma matéria nos casos de omissão inconstitucional, tendo fundamental relevância a utilização de sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle de constitucionalidade¹²⁷.

¹²⁵ STF. ADO nº26/DF. Voto Ministro Celso de Mello. p.93

¹²⁶ STF. ADO nº26/DF. Voto Ministro Celso de Mello. p 95

¹²⁷ STF. ADO nº26/DF. Voto Ministra Cármen Lúcia. p.20-23

Essa questão também foi positivada pela Lei 13.300/2016, conforme discutido. Por essas razões, entende ser “absolutamente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro a adoção de sentenças de perfil concretizador e aditivo”. Diante da inexistência de uma norma que proteja a população LGBTI+ contra a homotransfobia, o que viola seus direitos fundamentais, existe um dever estatal em protegê-los, suprindo o vácuo normativo inevitavelmente, afastando-se assim quaisquer críticas à técnica decisória ora aplicada.

Cumprido mencionar que o relator da ADO, o Ministro Celso de Mello, entende que não se trata de uma decisão com efeitos aditivos. Ao meramente adequar os atos homotransfóbicos à norma penal que tipifica o racismo, considerando a concepção social deste, estaria a Corte utilizando a técnica interpretativa, uma vez que o conceito mais amplo de racismo já foi reconhecido pelo Supremo no caso *Ellwanger*. Neste diapasão, o julgado não amplia de forma indevida a abrangência da Lei para abarcar casos não expressos no texto legal, não subsistindo uma reconstrução de tipos penais, nem extensão da legislação ou ainda inovação penal com nova incidência criminalizadora. Entende, assim, que se aplica na presente ação a interpretação conforme à Constituição¹²⁸.

Nesse sentido, no acórdão, a Corte julgou procedente a ação para 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.

À luz do que discutimos, o entendimento da Ministra Cármen Lúcia foi o de que o Tribunal adotou técnica decisória de perfil aditivo para concretizar a jurisdição constitucional. No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes expõe em seu voto o caráter da decisão da tipificação da homotransfobia como forma de colmatar a lacuna normativa através de uma sentença manipulativa com efeitos aditivos.

De igual maneira, parte da doutrina tem se posicionado no sentido de que a decisão prolatada teria caráter aditivo. Fato é que a multiplicidade classificatória das técnicas decisórias pode, por vezes, acabar dificultando o entendimento da tipologia aplicada no controle de constitucionalidade. Como vimos, na interpretação conforme

¹²⁸ STF. ADO nº26/DF. Voto Ministro Celso de Mello. p.99-100

à Constituição pode ocorrer a aplicação de efeitos aditivos. Propomos afastar tal discussão, de modo que mais relevante é o conteúdo da decisão proferida.

Na realidade, como elucidado por Mendes, a aplicação da técnica decisória de dar interpretação conforme à Constituição, ao eliminar ou estender sentidos distintos ao conteúdo normativo acaba na maioria das vezes modificando o sentido original pretendido pelo Legislador. Por tal razão, a interpretação conforme quase sempre pode se tornar uma decisão manipulativa de efeitos aditivos¹²⁹.

Assim, até a normatização de legislação futura na matéria pelo parlamento, a homotransfobia será tratada como espécie do crime de racismo, na sua concepção social, uma vez que essas ações atentam contra direitos fundamentais dos indivíduos LGBTI+, os diminuindo, segregando e marginalizando, o que não é admitido pelo texto constitucional.

4.2 Análise crítica da decisão na ADO nº26/DF e no MI nº4.733/DF

Resta evidente que o Judiciário tem assumido fundamental importância na solidificação do arcabouço de garantias constitucionais, seja pela inércia do Poder Legislativo, seja pela má administração do Poder Executivo. A crescente judicialização escancara as dificuldades enfrentadas no implemento de políticas públicas capazes de efetivamente conferir direitos e garantias fundamentais a diferentes grupos sociais, sobretudo às minorias.

Contudo, a extensão do conceito de racismo pela Corte, ultrapassando os caracteres biológicos ou fenotípicos, ao reconhecê-lo como prática discriminatória de dominação de um grupo sobre outro, orientada por uma histórica construção de inferiorização e estigmatização de grupos sociais, é criticada por operadores do Direito. Apesar de tal concepção ser coerente e legitimada por parte da literatura, acredita-se que o STF teria legislado ao “criar” tipo legal, violando o princípio da legalidade e do Direito Penal Mínimo, rompendo ainda o ideal de separação dos poderes.

A expansão da concepção de racismo para seu aspecto social não é uma unanimidade entre os pesquisadores. O conceito poderia implicar na ideia de um

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 1192-1193

“racismo sem raça”¹³⁰, não mais entendido como a inferiorização do povo negro, mas a subjugação de qualquer grupo, o que acabaria invisibilizando a negritude. A concepção aplicada pela Corte se aproxima mais ao conceito de discriminação institucional, que compreende exatamente as estruturas opressoras de dominação e marginalização de vulneráveis na sociedade¹³¹.

Por esse entendimento não apenas os negros podem sofrer racismo, mas ainda os brancos, vítimas de homotransfobia. A luta anti-racista seria apagada para dar lugar à “mera luta genérica contra opressões”. Os mandamentos do Constituinte e toda a luta dos grupos que participaram da elaboração da carta tornariam-se capítulos esquecidos na história. Assim, a reformulação do conceito pode diluir a proteção do povo negro.

Ainda, alguns doutrinadores desaprovam veementemente a decisão, dizendo que a Corte teria feito “um truque de ilusionista”¹³², rompendo com o princípio da legalidade em matéria penal, ao tipificar um crime não descrito na lei penal. Em que pese a existência de patente discriminação e preconceito na homofobia, devendo tais condutas serem punidas, não acham possível aplicar o conceito de raça à orientação sexual ou identidade de gênero. Na interpretação estrita do artigo 1º da Lei nº7.716/89, pretende-se punir “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Por conseguinte, não há qualquer menção à sexualidade. Mesmo que se reconheça que tais ofensas são absolutamente reprováveis e passíveis de punição, acredita-se que se tratam de crimes “contra a honra, integridade física ou contra a vida”¹³³, sendo abarcados por outros tipos penais. Entretanto, pode ser possível uma criminalização específica da homotransfobia, desde que objeto da ação do parlamento, não do judiciário.

Neste sentido, parte do voto do Ministro Celso de Mello na ADO nº26 destaca a impossibilidade jurídico-constitucional de a Corte tipificar delitos e cominar penas. O relator entendeu ser inadmissível a substituição do CN, vez que constituiria

¹³⁰ CORBO, Wallace. Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude. Jota. Disponível em: [Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude - JOTA](#) Acesso em: Nov.2023

¹³¹ CORBO, Wallace. Discriminação Indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Editora Lumen Juris, 2017

¹³² BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. JOTA. Disponível em: [Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista - JOTA](#) Acesso em: Jun.2023

¹³³ BADARÓ. Ibidem.

violação à tripartição dos poderes e ofensa à reserva legal em matéria penal¹³⁴. Evidenciou que “não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal”. Portanto, não caberia ao Judiciário atuar de forma anômala como legislador positivo, usurpando uma competência que não lhe é afeta. O mesmo entendimento tiveram os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

O Advogado Geral da União à época, atual Ministro André Mendonça, também entendeu que o Judiciário não teria poderes para legislar em matéria penal, sendo esse papel atribuído exclusivamente ao Congresso e que os atos homotransfóbicos poderiam se enquadrar em outros tipos penais já existentes. Ainda, ressaltou a necessidade de se respeitar o princípio democrático, e requereu que a decisão fosse “livremente adotada pelos legítimos representantes eleitos pelo povo, no caso, o Congresso Nacional”¹³⁵.

Posteriormente, interpôs Embargos de Declaração por entender a necessidade de proteção à liberdade religiosa e de expressão que supostamente poderiam se ver prejudicadas pela decisão. Tal ideia deve ser de pronto rechaçada, uma vez que nenhum discurso de ódio pode ser encarado como liberdade de expressão. Existe um evidente abismo entre um posicionamento respeitoso, baseado em sua crença religiosa, de que dado comportamento seria pecaminoso, e uma agressão verbal deliberada à homoafetividade, entendendo os indivíduos como aberrações, monstros.

Ademais, entende-se que o Supremo aplicou analogia “in malam partem”, isto é, adotou uma norma reguladora semelhante para aplicar em outra conduta não tipificada por ela, prejudicando o réu, o que é expressamente vedado no Direito Penal, em razão do dever de observância ao princípio da Reserva Legal. A sentença violaria então o inciso XXXIX do artigo 5º da CRFB e o artigo 1º do Código Penal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹³⁶. Ao mitigar o princípio da legalidade, a decisão se tornaria precedente para relativização futura de outros tipos legais, criminalizando de forma equivocada e excessiva outras condutas. Por seu caráter sancionatório, a aplicação de penalidades é uma alternativa que deve ser utilizada com parcimônia e em último

¹³⁴ STF. ADO nº26/DF. Voto Ministro Celso de Mello. p.26-27

¹³⁵ Agência Brasil. Disponível em: [Bolsonaro destaca manifestação da AGU durante julgamento no STF | Agência Brasil](#) Acesso em: Nov.2023

¹³⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº2.848/1940. Disponível em: [DEL2848compilado](#) Acesso em: Nov. 2023

caso, não podendo o Direito Penal ser "uma panaceia para os males da sociedade"¹³⁷.

Há ainda quem defenda haver abuso de autoridade por parte da Corte ao ampliar a lei para incluir a criminalização da homotransfobia. Interpretar a Lei do Racismo de forma a inserir em sua aplicação conceitos que nela não estão expressos, como a orientação sexual, colocaria em cheque toda a segurança jurídica basilar da matéria penal. Tipificar uma conduta como crime sem a aprovação de uma lei formal oriunda de um processo legislativo, função típica do parlamento, poderia ferir diretamente a ordem constitucional¹³⁸.

Discute-se também a utilização do Mandado de Injunção como instrumento hábil à declaração de mora inconstitucional na criminalização de tais condutas. Inicialmente, a PGR, assim como o presidente do CN, entendeu não ser possível o conhecimento da ação injuntiva. Da mesma maneira, em decisão monocrática, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a criminalização das condutas dependeria de lei, não podendo ser objeto do "writ".

Pontua-se ainda o risco de romper o sistema estabelecido pela CRFB/88 e o próprio Estado Democrático de Direito¹³⁹. O mandado injuntivo deve ser utilizado, como exposto, na ausência de norma regulamentadora que inviabilize o exercício de direitos fundamentais. Os dispositivos XLI e XLII não denotam expressamente que a punição das condutas atentatórias devam se dar na esfera penal. Soma-se a isso o fato de que a Carta maior não prevê expressamente o mandamento de criminalizar a homotransfobia. A decisão do Judiciário, não só no MI, como na ADO, suplantaria o juízo do legislador, uma vez que inexistente, em tese, obrigação constitucional para tal.

Outro aspecto que merece ser ponderado é a visão por vezes limitada das decisões da Corte na implementação de direitos das minorias. As mudanças na política estatal são permeadas pelos limites de uma hegemonia liberal estruturada pelo próprio contexto social de liderança de homens brancos cisgênero

¹³⁷ YAROCHEWSKY, Leonardo apud Não cabe ao Supremo criminalizar a homofobia, diz advogado criminalista. Por Fernanda Valente. Conjur. Disponível em: [Não cabe ao Supremo criminalizar homofobia, diz criminalista - Consultor Jurídico](#) Acesso em: Nov.2023

¹³⁸ MARTINELLI, João Paulo. Ampliação de lei para incluir homofobia é abuso de autoridade. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ampliacao-de-lei-para-incluir-homofobia-e-abuso-de-autoridade.shtml> Acesso em: Nov.2023

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Conjur. Disponível em: [Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito](#) Acesso em: Nov.2023

homossexuais, onde o anacrônico LGBTI+ parece não ser tão plural assim. Dessa forma, a jurisprudência acabaria reproduzindo esse viés, “colonizando os discursos dissidentes, alternativos ou contrários ao paradigma liberal sobre o modo de produção de políticas de gênero e sexualidade, produzindo uma normatividade especificamente homossexual, a “homonormatividade”¹⁴⁰.

Por essa razão, os efeitos de políticas públicas que abrangessem todo o grupo seria limitado diante do caráter dominante do paradigma liberal. Assim, existe certa margem para implemento de novas possibilidades, mas dentro de fronteiras previamente estabelecidas, o que permite a manutenção de poder ao captar outras minorias à sua dominação. Nesse diapasão, a equiparação ao racismo de forma ampla e geral, dando tratamento igualitário a cada individualidade agrupada na sigla não acaba de fato com a desigualdade.

Os problemas enfrentados pelo grupo, numa evidente pasteurização das minorias com tantas particularidades específicas, “não se resolvem apenas com a criminalização em geral de atos discriminatórios e preconceituosos”¹⁴¹. Dessa forma, o sistema se retroalimenta ao confligar um novo instituto, homonormativo, que apesar de se distanciar da heteronormatividade, dela se alimenta para buscar legitimidade, não rompendo com o *modus operandi* institucional, e dando continuidade, em certa medida, aos problemas estruturais vigentes em nossa sociedade.

É notório que a esmagadora maioria dos posicionamentos acerca do tema não se delineiam como homotransfobia. Ser contrário à sentença da Corte em aplicar a decisão para criminalizar as condutas atentatórias à população LGBTI+ não significa ser discriminatório. Prima-se, em realidade, pela conservação do ordenamento jurídico, dos mandamentos constitucionais e dos princípios da legalidade e equilíbrio entre os poderes.

Não obstante, cabe ressaltar que o conceito de racismo não foi inventado pelo Supremo. Sua dimensão social, fundamentada na construção de um mecanismo de dominação e segregação dos grupos vulneráveis, pode ser perfeitamente aplicável aos indivíduos LGBTI+, que:

por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia

¹⁴⁰ MONICA, Eder Fernandes. A hegemonia do discurso liberal sobre direitos homossexuais no STF. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/50211/33891> Acesso em: Nov.2023

¹⁴¹ Idem, *Ibidem*

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 direito¹⁴².

A aplicação do conceito ontológico de racismo não apaga a luta do povo negro, o que não ocorreu na decisão do caso Ellwanger, ao abarcar o antissemitismo como prática racista, nem quando a Lei nº7.716/89 incluiu em sua proteção as discriminações por “etnia, religião ou procedência nacional”. O relator do HC em comento reconheceu que o Constituinte, ao evidenciar a existência de conceitos distintos para “raça” e “cor”, buscou oferecer base interpretativa para que outros tipos de racismos, não abarcados à época pudessem futuramente ser contemplados¹⁴³.

Ainda, é necessária a aplicação de uma concepção mais abrangente de racismo. Ao evidenciar a inexistência de raças humanas, o Projeto Genoma poderia ter acabado por tornar o racismo crime impossível, como evidenciado no voto do voto do Ministro Maurício Corrêa. Sendo única a raça humana, o caráter diferenciador baseado apenas em caracteres fenotípicos tornaria impróprio o objeto. O conceito político social contorna tal problema ao se fundamentar em marcadores históricos e sociológicos.

A literatura negra endossa que o racismo não é um fenômeno meramente biológico, mas político social, “um sistema de opressão social que supõe relações de poder”¹⁴⁴ entre o grupo socialmente privilegiado e aqueles inferiorizados. No mesmo sentido, conceitua-se a raça como um elemento político utilizado para justificar a discriminação das minorias, evidenciando a inferiorização do outro como pressuposto para manutenção do poder¹⁴⁵.

¹⁴² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. Conjur. Disponível em: [Paulo Iotti: STF não legislou ao considerar homofobia como racismo - Consultor Jurídico](#) Acesso em: Nov.2023

¹⁴³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Racismo homotransfóbico e a população LGBTI como um grupo racializado. Jota. Disponível em: [Racismo homotransfóbico e a população LGBTI como um grupo racializado - JOTA](#) Acesso em: Nov.2023

¹⁴⁴ RIBEIRO, Djamila. Quem tem medo do Feminismo Negro? São Paulo: Ed. Letramento, 2018, p. 41.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Silvío. O que é racismo estrutural, Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2018, pp. 19-22.

Além disso, afigura-se a ausência de alteridade para formação de sua concepção, ao não enxergar o outro como a si mesmo, mas como uma ameaça que deve ser combatida, subjuga-se os demais como inferiores não por sua fenotipagem, mas em caracteres como sua origem, classe e cultura. Por conseguinte, reafirmamos aqui o entendimento aplicado pelo Supremo, entendendo o racismo como instrumento segregador e hierarquizador para “fins de exclusão, expulsão e erradicação”¹⁴⁶. A raça deve ser entendida como instrumento de poder e dominação, desqualificando os outros grupos e buscando seu apagamento na sociedade.

Há décadas, os indivíduos LGBTI+ lutam por seu reconhecimento enquanto seres detentores de direitos, por sua mera existência, sem que tenham continuamente violada a sua dignidade. Entretanto, grande parte da conquista de direitos do grupo não tem se dado pela implementação de políticas sociais pelo Executivo, nem pela proteção normativa pelo Legislativo, mas através da judicialização dos conflitos e reconhecimento de direitos fundamentais pelo Judiciário, sobretudo no controle de constitucionalidade, diante do flagrante esgotamento das outras vias na efetivação de garantias constitucionais¹⁴⁷.

Dado que as instituições políticas de caráter majoritário se omitem aos atendimentos de demandas das minorias, como os da população LGBTI+, o Judiciário tem se tornado naturalmente, como discutimos, espaço para o reconhecimento de tais direitos. A criminalização da homotransbobia é pauta antiga dos movimentos sociais no país, tendo sido inclusive debatida na Constituinte de 86 a inclusão do termo “orientação sexual” como caracter a ser expressamente protegido pela Carta¹⁴⁸. Entretanto, isso foi afastado por supostamente gerar interpretações de espectro muito amplo, tendo sido abarcada no mandamento constitucional que prevê a proteção de “outras formas de discriminação”.

O grupo tem sido desumanizado sistemática e historicamente, sofrendo inúmeras formas de violações de sua existência, sendo dizimados em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Essas minorias são estigmatizadas pelo

¹⁴⁶ MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. Tradução de Sebastião Nascimento, N1-Edições, 2018, pp. 27-28

¹⁴⁷ CARDINALI, D. C., *Dissertação de Mestrado “A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências”*, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: [Universidade do Estado do Rio de Janeiro Centro de Ciências Sociais Faculdade de Direito Daniel Carvalho Cardinali A Judicializ](#) Acesso em: Nov.2023

¹⁴⁸ MONICA, Eder Fernandes. *Movimento LGBTI no Brasil e reconhecimento de direitos: perspectivas sobre judicialização e ativismo judicial a partir de alguns casos do STF*. Disponível em: [Libro de Articulos | SIDeCiED](#) Acesso em: Nov.2023

heterocissexismo, que se desenha como uma ideologia notadamente racista ao buscar imprimir como normal e aceitável apenas a cisgeneridade e a heterossexualidade, extirpando todos aqueles que diferenciam de tal padrão¹⁴⁹.

A decisão do STF primou em reconhecer quaisquer formas atentatórias à humanidade de um grupo, socialmente desumanizado em relação a outro em face de “opressão estrutural, sistemática, institucional e histórica, geradora da qualificação artificial e ideológica de um grupo como dominante”¹⁵⁰, e outro como dominado, degenerado, compreendendo a população LGBTI+.

Acerca do questionamento quanto a utilização do Mandado de Injunção como instrumento capaz de criminalizar condutas, rebate-se que a ação é legítima por ser possível viabilizar prerrogativas inerentes à cidadania. Isto é, o mandamento constitucional de criminalização de condutas é exatamente um meio de garantir a cidadania das pessoas. Assim, ao obrigar o legislador a editar normas regulamentadoras para a proteção de direitos fundamentais, torna-se perfeitamente cabível a impetração da ação injuntiva¹⁵¹.

Cumprе ressaltar que não encontra fundamento a suposição de violação do princípio democrático, em razão de a tripartição de funções de poder se respaldar em um sistema de freios e contrapesos, onde é competência de um poder exercer controle sobre o outro em suas atividades. É justamente baseado em tal conceito que compete ao Supremo o controle de constitucionalidade quando subsiste omissão inconstitucional, como na aplicação de decisão conforme da Lei do racismo, para que o parlamento cumpra seu dever constitucional em criminalizar a homotransfobia¹⁵².

O ativismo judicial no caso em comento é legítimo e necessário, justamente pela existência de características próprias do controle de constitucionalidade exercido pela Corte, o que afasta as críticas quanto a existência de um Judiciário legislador. Fato é que inexistе usurpação da função do parlamento. Além do próprio mecanismo de controle que um poder exerce sobre o outro, a decisão do Supremo

¹⁴⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. Conjur. Disponível em: [Paulo lotti: STF não legislou ao considerar homofobia como racismo - Consultor Jurídico](#) Acesso em: Nov.2023

¹⁵⁰ Idem. Ibidem.

¹⁵¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. O Mandado de Injunção e a criminalização de condutas. Conjur. Disponível em: [Paulo lotti: O Mandado de Injunção e a criminalização de condutas - Consultor Jurídico](#) Acesso em: Nov.2023

¹⁵² VECCHIATTI, Paulo Roberto lotti. Mobilização judicial pelos direitos da diversidade sexual e de gênero no Brasil. In: História do Movimento LGBT no Brasil. James N.2018.

se dá em caráter excepcional e momentâneo até a normalização futura pelo Legislativo, limitações inclusive determinadas pelo próprio Tribunal, como vimos. Soma-se a isso o papel da Corte Constitucional, onde, para fazer valer os mandamentos constitucionais, cabe interpretação ampliativa do conteúdo normativo no intuito de garantir direitos e atender as demandas sociais, como prima a CRFB/88. Nesse sentido, cumpre mencionar a positivação da possibilidade de uma decisão se dar com modulação de efeitos, como explicitado pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Ademais, as críticas quanto ao suposto “ilusionismo” em matéria penal, a posição de legislador positivo da Corte, bem como o entendimento de uma interpretação extensiva na tipificação do crime de homotransfobia devem ser encaradas como arbitrárias, uma vez que recorrem, muitas vezes, a visões míopes da concepção de racismo e do conceito de raça, que, como já discutimos, não podem se apoiar em meras características fenotípicas.

Destarte, a opinião de que inexistente um mandamento constitucional que implique na necessidade de criminalização da homotransfobia deve ser veementemente apartada, pois apesar de não elencar de forma expressa a discriminação de gênero ou a orientação de sexo como bem jurídico a ser protegido, existe a proteção a todas as formas de discriminações violadoras de direitos fundamentais, já consolidado no precedente HC nº104.410/RS¹⁵³.

Ainda, quanto à suposta violação ao princípio do Direito Penal Mínimo, é inequívoco que a decisão não atenta tal fundamento, pois se dá de forma qualitativa ao colmatar o que pode ser enquadrado como crime de racismo, não criando um novo crime. Assim, a criminalização não constitui um remédio a todos os males, como postulam doutrinadores contrários à decisão. Uma vez atendidos os critérios de tipificação, é natural determinar que certa conduta constitui um crime, devendo, portanto, ser combatida.

Ressaltamos ser leviana a crença que postula que existem tipos penais adequados a impedir as práticas homotransfóbicas. O Código Penal não suplanta de maneira suficiente tais condutas atentatórias, uma vez que “discriminar alguém” e praticar “discurso de ódio” são tipificadas apenas na Lei nº7.716/89. Ademais, o crime de “constrangimento ilegal”, tipificado no artigo 146 do Código, exige que esse

¹⁵³ STF. HC nº104.410/RS. Disponível em: [HC 104.410](#) Acesso em: Nov.2023

se dê mediante “violência ou grave ameaça”, não incorporando portanto qualquer forma de discriminação. Ainda, a injúria e a difamação, positivadas nos artigos 141 e 142 do CP constituem crimes contra o indivíduo, não à coletividade, o que só é penalmente punível na Lei do Racismo.

Nessa seara, podemos nos fazer valer também da tipificação do feminicídio, que criminaliza condutas atentatórias às mulheres em razão do gênero. É evidente que as práticas como “matar alguém” já eram punidas pelo CP, mas apenas a tipificação legal específica¹⁵⁴ é capaz de dar maior proteção às mulheres que são assassinadas exclusivamente por serem mulheres. Tal especificação em matéria penal é capaz de dar reconhecimento e visibilidade a um problema crônico em nossa sociedade, o que permite o levantamento estatístico e a formulação de políticas públicas adequadamente direcionadas ao grupo¹⁵⁵.

Notório, portanto, que a legislação vigente é insuficiente para proteger efetivamente os indivíduos LGBTI+, uma vez que as condutas como a discriminação e o discurso de ódio não são criminalizadas pelo Código Penal, mas tão somente pela Lei nº 7.716/89. Nesse sentido, clama o advogado das ações que:

A homotransfobia precisa ser criminalizada porque vivemos verdadeira banalidade do mal, no sentido de muitas pessoas se acharem detentoras de um pseudo ‘direito’ de ofender, discriminar e até mesmo agredir e matar pessoas LGBTI por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero¹⁵⁶.

Trata-se de uma “inaceitável (e cruel) realidade contemporânea”. Os atentados à integridade da população LGBTI+ tem alcançado índices alarmantes, seja por uma maior notificação, seja por seu real aumento inflamado por um lamentável contexto político, onde assistimos a “legitimação” da discriminação de distintas minorias por parte do poder público na figura do ex-chefe do Executivo.

Não podemos repetir a história, aplicando hoje o mal rotineiro e cotidiano dos oficiais nazistas no relato realizado por Hannah Arendt no julgamento de

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 13.104/2025. Disponível em: [L13104](#) Acesso em: Nov.2023

¹⁵⁵ CASTRO, Paloma Pereira de. Tipificação do feminicídio no Brasil e normas protetivas. Disponível em: [tipificação do feminicídio no brasil e normas protetivas](#) Acesso em: Nov.2023

¹⁵⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto in Criminalização da homofobia volta à pauta do STF. Disponível em: [Criminalização da homofobia volta à pauta do STF | Sindicato dos Bancários](#). Acesso em: Nov.2023

Eichmann¹⁵⁷. O mal comum, banal, costumeiro em ser praticado, jamais poderá ser bastião para a absoluta dissociação da razão e coerência do ser humano. Não pode ser tolerado de forma alguma que a existência de outro ser humano seja diminuída com fundamento em preconceitos tolos, que seja naturalizada a aversão à sua própria espécie baseada em ideais de dominação insustentáveis.

Ainda, entender que ao dar interpretação conforme a Corte abriria um precedente para criminalização de qualquer conduta de forma arbitrária é, no mínimo, descabido. A decisão se enquadra em uma interpretação amplamente legitimada pela doutrina e julgados anteriores, havendo, portanto, extensos pressupostos que fundamentam tal decisão. Não há que se falar portanto em afronta ao princípio da taxatividade, dado que se deu a modulação dos efeitos da decisão de modo a interpretar um tipo penal já existente.

Por fim, mesmo que se reconheça que a decisão é pautada em um viés “homonormativo”, não abarcando todas as individualidades do diverso grupo, e que ainda é distante em implementar políticas públicas capazes de dar efetiva proteção a todos eles, é inegável a importância da decisão. Reiteramos a necessidade de um olhar interseccional de orientação sexual, identidade de gênero, classe, raça e origem social para que de fato o grupo possa estar melhor protegido. Para tal, um Judiciário mais proativo tem sido fundamental na proteção dessas minorias, uma vez que o Legislativo discute a matéria há mais de duas décadas e até o presente dia não foi capaz de editar norma que criminalize a homotransfobia.

A legislação penal não é a resposta para todos os problemas sociais, mas a criminalização imprime um poder preventivo às condutas atentatórias aos indivíduos LGBTI+ e vai além. Debater a questão combate a obscuridade, a invisibilidade que o preconceito e a segregação geram a essas minorias. Trazer luz ao assunto é o primeiro passo para conseguir resolvê-lo. Inexistem dados oficiais no país sobre a discriminação ao grupo justamente pela falta de um tipo penal adequado para seu enquadramento, sendo dessa maneira tipificados como crimes comuns.

As primeiras estatísticas oficiais em contabilizar a população LGBTI+ foram divulgadas apenas no último ano, na Pesquisa Nacional de Saúde, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que tropeçou em limites metodológicos

¹⁵⁷ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7613816/mod_resource/content/1/Texto%202.pdf Acesso em: Nov.2023

e coletou informações apenas em relação à orientação sexual, não a identidade de gênero, resultando em evidente subnotificação¹⁵⁸. Saber quantos somos e diagnosticar os problemas que nos afetam é o início para a formulação de políticas públicas eficientes a extirpar todas as formas de preconceito.

¹⁵⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa nacional de saúde: 2019: orientação sexual auto identificada da população adulta / IBGE, Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios. - Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: [Biblioteca | Detalhes | Pesquisa nacional de saúde : 2019 : orientação sexual autoidentificada da população adulta / IBGE, Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios](#) Acesso em: Jun.2023

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário, outrora mero aplicador da lei, tem tomado para si outras competências, se distanciando cada vez mais de ser apenas um órgão de auxílio técnico dos outros poderes para se colocar em posição de igualdade e equilíbrio junto ao Legislativo e Executivo. Nessa seara, os Tribunais têm se tornado importante palco político para discussão de direitos sociais garantidos pela Carta Constitucional.

Assim, vimos que o vácuo normativo gerado pela ausência de regulamentação dos demais poderes tem imposto ao Judiciário a necessidade de colmatação das demandas sociais na efetivação de direitos e garantias fundamentais positivados na CRFB/88. O ordenamento jurídico encontra-se engendrado de tal maneira que, enquanto guardião da Constituição, a Corte passa a ter o poder-dever de suplantar tal inércia, sobretudo quando a ausência de norma regulamentadora impede o efetivo exercício de direitos.

Por essa razão, discutimos que o fenômeno da judicialização tem se dado de forma quase natural, quantitativa e qualitativamente, cabendo à Corte Constitucional a palavra final em um grande número de conflitos, sobretudo naqueles patentemente controversos, onde a falta de interesse e o sistema majoritário dos demais poderes impede que as minorias sociais tenham suas demandas atendidas.

Nesse sentido, compreendemos que além do crescente número de ações, e talvez em razão dele, a Corte tem tomado o protagonismo na efetivação de políticas públicas, ao adotar técnicas decisórias manipulativas, modulando, afastando ou estendendo os efeitos interpretativos do conteúdo de uma norma no intuito de conformar seu texto à ordem constitucional, afastando assim que seja declarada sua inconstitucionalidade.

Trata-se, dessa forma, de um ativismo judicial legítimo, onde esse poder sempre irá atuar quando constatado um Estado de Coisas Inconstitucional, onde a inércia legislativa impede a efetivação de direitos. Assim, diante de um cenário de omissão inconstitucional, da impossibilidade de exercício de direitos fundamentais em razão da ausência da norma e da necessidade de se garantir proteção a minorias, o caráter contramajoritário da Corte Constitucional torna-se o único mecanismo capaz de dar voz a esses grupos.

O próprio sistema político-jurídico foi fundamental para que se desse a ascensão de poder do Supremo. A Carta extremamente analítica de caráter diretivo institui mandamentos constitucionais de caráter obrigacional, onde o silêncio dos demais poderes cria um insustentável contexto de violação ao seu conteúdo que deve ser contornado pelo Judiciário. A existência de inúmeras ações e um grande rol de legitimados a impetrá-las amplifica a possibilidade de discussão de distintas matérias no controle de constitucionalidade, onde destaca-se a modulação de efeitos do conteúdo de norma no intuito de salvá-la ao dar a ela conformidade à Constituição.

Além disso, destaca-se a posição dos demais poderes na configuração do atual contexto. A postura omissa do Legislativo em pontos que causam conflitos, as disputas políticas em pautas sustentadas por um forte lobby de atores como as correntes religiosas conservadoras, a falta de comprometimento com seus eleitores e um número cada vez mais crescente de casos de corrupção e mau uso do dinheiro público, desloca à cúpula do Judiciário a necessidade de agir.

Da mesma maneira, o contexto criado pela CRFB/88 de garantia de direitos sociais, nunca antes protegidos tão extensivamente, colocou o Executivo em deficitária posição, uma vez que jamais foi capaz de efetivá-los, capacidade ainda menor agora com a ampliação de tais garantias. Soma-se a isso a existência de uma máquina pública burocrática, extremamente morosa e ineficiente, com grandes limitações orçamentárias e inserida num sistema político míope, onde sua manutenção no poder depende de atender o maior número possível de eleitores, negligenciando portanto as minorias.

Tal conjuntura no entanto implica no questionamento dos limites de atuação da Corte para não ferir princípios constitucionais como o da tripartição das funções de poder e o da estrita legalidade, razão pela qual a manipulação de efeitos nas sentenças deve se dar com parcimônia e se balizar na proporcionalidade e razoabilidade. Neste diapasão, o controle de constitucionalidade é instrumento do sistema de freios e contrapesos, oriundo do princípio democrático, onde um poder regula as ações e omissões dos outros.

Uma das formas de exercício desse equilíbrio entre os poderes se dá justamente através de ações de controle de constitucionalidade e de declaração de omissão inconstitucional para edição de norma regulamentadora, como tratamos no

presente estudo. A sentença conjunta da ADO nº26/DF e do MI nº4.733/DF deu interpretação conforme à Constituição da Lei nº7.716/89 para tipificar a homotransfobia como crime de racismo até que o Congresso Nacional suplante a questão com a edição de norma específica.

A população LGBTI+ tem conseguido, ainda que lentamente, a conquista de direitos, como vimos, não pelo implemento de ações governamentais do Executivo, nem pela edição de leis pelo Parlamento, mas sobretudo através da judicialização de suas demandas e o ativismo judicial da Corte em suas decisões na matéria. A inexistência de uma política criminal que proteja o grupo fere diversos fundamentos constitucionais e a dignidade desses indivíduos, mantendo-os à margem da sociedade e retroalimentando um sistema de silenciamento e discriminação.

Dessa forma, ainda que passível de inúmeras controvérsias, como as que discutimos extensivamente neste trabalho, a aplicação de um conceito ontológico de racismo, agrupando outros grupos vulneráveis, socialmente oprimidos por serem objeto de dominação da normatividade é o primeiro passo para a proteção dessas minorias. Evidente que a criminalização da conduta não é a cura para todo o mal, mas o começo de um reconhecimento de que existimos, para que parem de nos matar!

Não sabemos ao certo quanto somos, nem a extensão de todos os tipos de violações que sofremos, ou quantos de nós morremos apenas por sermos quem somos. A inexistência de estatísticas oficiais na área impede que seja feito um diagnóstico exato do problema com o intuito de serem implementadas políticas públicas capazes de atender a todas as individualidades da sigla. O Estado brasileiro tem se mostrado continuamente pouco atuante. E aqui, tomo emprestado as palavras de Darcy Ribeiro, parece não se tratar de uma crise, mas de um projeto.

Destarte, o Judiciário tem se demonstrado como última e única alternativa para proteger, ainda que transitoriamente as distintas orientações sexuais e identidades de gênero. Parece redundante, mas necessário afirmar que “todos são iguais”, “sem distinção de qualquer natureza”. O reconhecimento da homotransfobia como crime permite que todos os que morreram e foram perseguidos não tenham sido apagados em vão. Em sua memória, seguimos na luta, pois “uma pessoa nunca tem completamente seus direitos, individualmente, até que todos tenham direitos.” (JOHNSON, Marsha P. 1945-1992)

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

AGÊNCIA BRASIL. Bolsonaro destaca manifestação da AGU durante julgamento no STF. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-02/bolsonaro-destaca-manifestacao-da-agu-durante-julgamento-no-stf> Acesso em: Nov.2023

ALMEIDA, Silvio. O que é racismo estrutural, Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2018.

ANGELONE, Marco. “Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice. In: Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale”. Collana “Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana”, Femia Pasquale. Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

ARAUJO, Paulo Alves Netto de. Omissão inconstitucional: teoria e prática. Dissertação de Mestrado PPGDE - Faculdade de Direito de São Paulo - São Paulo, 2017.

ARENDRT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7613816/mod_resource/content/1/Texto%202.pdf Acesso em: Nov.2023

BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. Jota. Publicado em: 24.mai.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019> Acesso em: Jun.2023

BARROSO, Luís Roberto and Mello, Patrícia Perrone Campos, O Papel Criativo Dos Tribunais - Técnicas De Decisão em Controle De Constitucionalidade. 2019. Revista da AJURIS, v. 46, n. 146. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3553009> Acesso em: Set.2023

BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario/> Acesso em: Out.2023

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: AS VOLTAS QUE O MUNDO DÁ. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, 28(2), 07–49. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2697>. Acesso em: Out.2023

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro : Campus: Sobre os fundamentos dos direitos do homem. 1992.

BORRILLO, Daniel. Homofobia. História e crítica de um preconceito, Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, 1a Edição, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: Set.2023

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: Jun.2023

BRASIL. Decreto-Lei n.º2848/1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: Jun.2023

BRASIL. Decreto-Lei nº2.848/1940. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: Nov. 2023

BRASIL. Lei nº 13.300 de 23 de Junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm Acesso em: Set.2023

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm Acesso em: Jun.2023

BRASIL. Lei nº1.390/51. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm Acesso em: Nov.2023

BRASIL. Lei nº12.063 de 27 de Outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm Acesso em: Set.2023

BRASIL. Lei nº13.104/2025. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm Acesso em: Nov.2023

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm . Acesso em: Jun.2023

BUCCI, Maria Paula Dallari. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997 | Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, p. 134-144, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

CARDINALI, D. C. Dissertação de Mestrado “A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências”, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://www.bdttd.uerj.br:8443/bitstream/1/9868/2/Daniel%20Carvalho%20Cardinali_total.pdf Acesso em: Nov.2023

CASTRO, Marco Tulio de BARROS E; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas. Revista de Estudos Empíricos, v. 4, n. 2, 2017. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/112/pdf> Acesso em: Nov.2023

CASTRO, Paloma Pereira de. Tipificação do feminicídio no Brasil e normas protetivas. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/29148/1/TCC%20Paloma%20Pereira%20de%20Castro%20RA%2081825048%20DIR1AM-MCJ.pdf> Acesso em: Nov.2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conheça a diferença entre racismo e injúria racial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial/> Acesso em: Nov.2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Lewandowski. Conselho Nacional de Justiça, 14 ago. 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-a-firma-ricardo-lewandowski/> Acesso em: Out.2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2023. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf> Acesso em: Out.2023

CORBO, Wallace. Discriminação Indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Editora Lumen Juris, 2017.

CORBO, Wallace. Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019> Acesso em: Nov.2023

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. Sentencia SU.559/97. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm> Acesso em: Out.23

FERREIRA, Luiz Claudio. Quem foi o indígena Tibira, o 1º assassinado pela LGBTfobia no Brasil. Revista Galileu. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/sociedade/historia/noticia/2023/05/quem-foi-o-indigena-tibira-o-1o-assassinado-pela-lgbtfobia-no-brasil.ghtml> Acesso em: Jun.2023

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=376> Acesso em: Nov.2023

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Tradução de José Maria Lujambio. In: Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HOGEMANN, Edna Raquel. A Importância do ativismo judicial no acesso a direitos humanos na América Latina. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/57025> Acesso em: Nov.2023

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa nacional de saúde: 2019: orientação sexual auto identificada da população adulta / IBGE, Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios. - Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101934> Acesso em: Jun.2023

ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiraIsrael.pdf Acesso em: Jun.2023

JOBIM, Nelson. A reforma do judiciário: a jurisdição constitucional na revisão constitucional de 1994 - parte 1. Arquivos do Ministério da Justiça, v. 48, n. 185, p. 5-41, jan./jun. 1995.

JONER; Gabriel. Sentenças interpretativas e aditivas: (in)aplicabilidade no âmbito do Direito Tributário. Revista dos Tribunais, Vol. 975/2017, p. 355-381, Jan/2017.

LENZA, Pedro; Direito Constitucional / Pedro Lenza. – 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

MARTINELLI, João Paulo. Ampliação de lei para incluir homofobia é abuso de autoridade. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ampliacao-de-lei-para-incluir-homofobia-e-abuso-de-autoridade.shtml> Acesso em: Nov.2023

MASSON, Nathalia, Manual De Direito Constitucional, 4. ed, rev. atual. e ampliada – Juspodivm– 2016.

MBEMBE, Achille. Crítica da Razão Negra. Tradução de Sebastião Nascimento, N1-Edições, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MODUGNO, Franco. La Corte costituzionale italiana oggi. In: Scritti su a Giustizia Costituzionale. Padova: CEDAM, 1985.

MONICA, Eder Fernandes. A hegemonia do discurso liberal sobre direitos homossexuais no STF. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/50211/33891> Acesso em: Nov.2023

MONICA, Eder Fernandes. Movimento LGBTI no Brasil e reconhecimento de direitos: perspectivas sobre judicialização e ativismo judicial a partir de alguns casos do STF. Disponível em: <https://sideciad.com/wp-content/uploads/2019/11/Libro-de-Articulos-I-SIDECIAD.pdf> Acesso em: Nov.2023

MOURA, Emerson Affonso da Costa. A Função Democrática das Políticas Públicas e o Papel de Reforço da Cidadania do Controle do Poder Judiciário: Um Critério de Jusfundamentalidade Para Implementação Judicial dos Direitos Sociais Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/13516> Acesso em: Nov.2023

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/MyPMV9Qph3VrbSNDGvW9PKc/abstract/?lang=pt> Acesso em: Nov.2023

OBSERVATÓRIO DE MORTES LGBTI+ NO BRASIL. Dossiê denuncia 273 mortes e violências de pessoas LGBT em 2022. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2022/> Acesso em: Jun.2023

RIBEIRO, Djamila. Quem tem medo do Feminismo Negro? São Paulo: Ed. Letramento, 2018.

RUGGERI, Antonio. Lineamenti di giustizia costituzionale . Imprenta: Torino, G. Giappichelli, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: O direito constitucional como arte marcial. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 8ª ed. São Paulo, Malheiros. 1992.

SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della corte costituzionale. Giurisprudenza Costituzionale, Milano: Antonino Giuffrè, anno XXVI, 1981.

SOUZA, Celina. Estado da arte em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M. T. da S.; MARQUES, E. C. (Orgs.) Políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

STRECK, Lenio Luiz Jurisdição constitucional – 5ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-que-bra-estado-democratico-direito/> Acesso em: Nov.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2.652/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266874> Acesso em: Nov.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3.682/MT. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460> Acesso em: Nov.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.277/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: Set.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13.jun.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em: Jun.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº2/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752545388> Acesso em: Out.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº489.428-9/RJ. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393218> Acesso em: Out.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf> Acesso em: Nov.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº822/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358411040&ext=.pdf>
Acesso em: Nov.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº104.410/RS. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>
Acesso em: Nov.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº154.248/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf>
Acesso em: Nov.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº82.424/RS. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052&pgl=221&pgF=225> Acesso em: Nov.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n.º 4.733/DF. Relator Ministro Edson Facchin. Julgamento 13.jun.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576> Acesso em: Jun.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção nº20-4/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>
Acesso em: Out.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção nº670-9/ES. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>
Acesso em: Out.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção nº708-0/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>
Acesso em: Out.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção nº712-8/PA. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>
Acesso: Out.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº658.171/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5716326>
Acesso m: Out.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Representação nº1.417/DF, DJ de 15-4-1988.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010> Acesso em: Jun.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº10. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1216>
Acesso em: Out.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº37. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1961>
Acesso em: Out.2023

TATE, Chester N.; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. Nova York: New York University, 1995. p. 1-10

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/hcw8bdc7Ywfrp6cNjmCvPVh/>
Acesso em: Nov.2023

VECCHIATTI, Paulo Roberto in Criminalização da homofobia volta à pauta do STF. Disponível em: <https://spbancarios.com.br/02/2019/criminalizacao-da-homofobia-volta-pauta-do-stf#:~:text=%E2%80%9CA%20homotransfobia%20precisa%20ser%20criminalizada,identidade%20de%20g%C3%AAnero%E2%80%9D%2C%20critica> Acesso em: Nov.2023

