



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS SANTA RITA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

HENRIQUE MARLON LINO DOS SANTOS

**O STF E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA:
OMISSÃO LEGISLATIVA SELETIVA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

SANTA RITA

2022

HENRIQUE MARLON LINO DOS SANTOS

**O STF E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA:
OMISSÃO LEGISLATIVA SELETIVA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Dr. Roberto Cordoville Efrem de Lima Filho

**SANTA RITA
2022**

Catalogação de Publicação na Fonte.

UFPB - Biblioteca Setorial do DCJ-SANTA RITA

S237s Santos, Henrique Marlon Lino Dos.

O STF e a criminalização da homotransfobia: omissão legislativa seletiva e o papel do judiciário na garantia de direitos fundamentais / Henrique Marlon Lino Dos Santos. – Santa Rita, 2022.
51 f.

Orientação: Roberto Cordoville Efrem de Lima Filho.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
2. Homotransfobia. 3. Mora legislativa. 4. Função contramajoritária.
I. Lima Filho, Roberto Cordoville Efrem de . II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

HENRIQUE MARLON LINO DOS SANTOS

**O STF E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA:
OMISSÃO LEGISLATIVA SELETIVA E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof Dr. Roberto Cordoville Efrem de
Lima Filho

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Prof. Dr. Roberto Cordoville Efrem de Lima Filho (Orientador)

Prof^a. Dra. Ana Lia Almeida (Examinadora)

Prof. Me. Breno Marques de Mello (Examinador)

AGRADECIMENTOS

De início, quero agradecer a toda a minha família, primeiro na figura dos meus pais e irmão, que fizeram o possível e o impossível para tornar o nosso sonho de ter uma graduação possível. Depois, na figura dos meus avós Dora e Val, que, mesmo à distância e da forma que podiam, fizeram de tudo para me ajudar a trilhar esse caminho, tudo que faço é para dar orgulho a todos vocês. Agradeço ainda a minha avó Alaide, que não viveu para me ver entrar na faculdade, mas que sonhava um futuro melhor para todos os seus netos. Tenho certeza de que hoje ela estaria realizada em ver todos nós encaminhados na vida, sei que ela olha para e cuida muito de mim onde quer que esteja.

Passo então a agradecer aos amigos que me apoiaram e me ajudaram durante a graduação, meu trio de início de curso Maria Mannuella e Gabriel Liro, e os demais da ‘panelona’ de que fazíamos parte. Mesmo que a vida nos tenha colocado em caminhos diversos, guardo todos em um local muito especial no coração e tenho certeza de que nosso laço permanece o mesmo.

Agradeço também aos amigos de que me aproximei no fim do curso, especialmente em razão da pandemia, Thainá, Lara e Pedro Gustavo, Gustavo e Cauan, e que me acompanharam de perto nessa assustadora jornada em direção à vida adulta. Vocês são os meus feijões mágicos e seguraram minha mão para que eu não caísse quando até mesmo eu não conseguia mais ficar de pé. Vocês foram minha família longe de casa.

Um agradecimento especial ao meu grande amor e companheiro André Francisco, que me deu forças e motivos para continuar lutando quando eu só conseguia encontrar razões para desistir. Agradeço também por ter me dado um novo lar amoroso longe da casa dos meus pais, o que foi essencial para que eu tivesse condições de atravessar o fim da graduação. Obrigado por andar ao meu lado e não soltar a minha mão.

Agradeço ainda ao meu orientador Roberto Efrem Filho, que foi essencial para a elaboração deste trabalho e me ajudou a concluir mesmo que todas as possibilidades parecessem ir contra o fim.

Por fim, agradeço a todos os meus colegas de trabalho do escritório Paulo Nascimento Advocacia, por todos os ensinamentos adquiridos durante minha passagem pela equipe.

RESUMO

Tendo como *corpus* de pesquisa o acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, cujo objeto consistiu em reconhecer a omissão legislativa em criminalizar condutas discriminatórias contra LGBTQIAP+, o presente trabalho buscou apreender como os ministros do Supremo Tribunal Federal construíram seus argumentos favoráveis à criminalização a partir das seguintes categorias: a omissão constitucional e a mora legislativa do Congresso Nacional. Além disso, buscou deslindar os posicionamentos dos ministros acerca do papel do Poder Judiciário para a efetivação de direitos por grupos ditos minoritários, utilizando o que esses agentes judiciais chamam de postura contramajoritária, parte do que seria a missão do Supremo na defesa da democracia.

Palavras-chave: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; homotransfobia; mora legislativa;.

ABSTRACT

Thus work has as research object the *corpus* the judgment of the plea for Unconstitutionality by Omission nº 26, whose object consisted in recognizing the legislative omission in criminalizing discriminatory conducts against LGBTQIAP+, the present work sought to apprehend how the ministers of the Brazilian Federal Supreme Court constructed their arguments in favor of the criminalization from the following categories: the unconstitutional omission and the legislative delay of the National Congress. In addition, it sought to unravel the ministers' positions about the role of the Judiciary in the enforcement of rights by so-called minority groups, using what they call a countermajoritarian stance, part of what would be the mission of the Supreme in the defense of democracy.

KEYWORDS: plea for unconstitutionality by omission; homotransphobia; legislative delay; countermajoritarian role.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	13
2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	13
2.2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 ...	15
3 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL NA ADO 26	25
4 O POSICIONAMENTO DOS MINISTROS ACERCA DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS POR GRUPOS MINORITÁRIOS.....	31
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Segundo o art. 5º, XLI, da Constituição da República Federativa do Brasil, “a Lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Partindo deste inciso principiológico, foi protocolada junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), sob o nº 9996923-64.2013.1.00.0000, em 19 de dezembro de 2013, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 26, que buscou em seus pedidos o reconhecimento formal da existência de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo em produzir legislação específica para proteger as populações LGBQIAP+¹ de atos atentatórios a sua dignidade, liberdade e vida.

A ação teve como relator o Min. Celso de Mello e como autor o Partido Popular Socialista (PPS). Depois de tramitar por 6 anos no STF, em 2019, finalmente teve o seu julgamento concluído. A maioria dos ministros do Supremo não apenas reconheceu a mora legislativa e determinou um prazo para o legislativo exercer sua atividade legiferante, como também determinou que se dê interpretação conforme à Constituição, considerando os incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a sua forma, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

A carta constitucional de 1988 pode ser classificada como uma constituição garantista, que traz em seu corpo diversos direitos e garantias, como aqueles elencados em seu artigo 5º. Contudo, o texto constitucional nem sempre traz uma forma de concretizar e proteger esses direitos, como é o caso do que dispõe o artigo art. 5º, XLI, da CF.

Nesses casos, faz-se necessária a criação de um ato normativo secundário que viabilize e materialize os direitos garantidos pelo texto constitucional.

¹ O acrônimo refere-se a diferentes “identidades” de gênero e/ou sexuais. A referida sigla é formada pelas primeiras letras das seguintes palavras: lésbicas, gays, bissexuais, transexuais (transgêneros e travestis), queer, intersexo, assexual, pansexualidade e o símbolo de soma engloba demais orientações sexuais e identidades de gênero possíveis.

A separação dos poderes é cláusula pétreia consagrada no artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse caso, o Poder Legislativo tem entre as suas funções típicas a atividade legiferante para a produção de leis, sendo dele o dever de legislar no sentido de materializar os direitos e garantias previstos no texto constitucional. É específica ao Congresso Nacional a imposição legiferante disposta no art. 5º, incisos XLI e XLII, da carta constitucional, por força do disposto no art. 22, inciso I, da Constituição.

No entanto, passados 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda não foi promulgada uma lei que tenha como intuito a concretização das garantias dos incisos supramencionados, objetivando a proteção da população LGBTQIAP+.

Ao perceber o claro descaso do legisladores em proteger as populações LGBTQIAP+, o Partido Popular Socialista (PPS), atualmente ‘Cidadania’, buscou a via jurisdicional para sanar a omissão legislativa, tendo como instrumento a ser manejado uma das ações do controle concentrado que tem exatamente esse objetivo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Esta ação busca combater um vício constitucional que existe por uma atividade negativa do Estado, quando um direito deixa de ser protegido ou usufruído em razão de falta de uma lei que o regule.

A ADO tem sua previsão legal no art. 103, §2º, da Constituição Federal de 1988, e o seu procedimento é regulado pela Lei 9.868/99. O artigo 12-H da Lei 9.868/99 dispõe que, após a decisão declarar a inconstitucionalidade por omissão, dar-se-á ciência ao órgão responsável e estabelecer-se-á um prazo razoável para suprir a omissão.

A partir de 2007 (SILVA; LIMA, 2019), em razão do julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712², o Supremo Tribunal Federal voltou a adotar a “corrente concretista” em sua jurisprudência quando tratar

2 O direito de greve do servidor público civil estatutário, do art. 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, por se tratar de uma norma constitucional de eficácia limitada, necessita da edição de lei específica para o seu exercício. Contudo, tal norma ainda não foi editada pelo Poder competente. No entanto, a lacuna legiferante, do Poder Legislativo, foi suprida a partir do julgamento dos MI 708/DF, MI 712/PA e MI 670/ES, em 2007, em que o STF permitiu a aplicação da Lei n. 7.783/89, que regulamenta a greve do setor privado, no setor público.

de omissão legislativa. Com isso, não mais apenas se determina a mora e requisita ao órgão para suprir a sua omissão, mas também se passa a aplicar um outro ato normativo existente.

Essa postura concretista foi igualmente adotada no julgamento da ADO 26, que se deu em conjunto com o do Mandado de Injunção 4733, em razão da semelhança temática de ambas as ações. Esse julgamento reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional e estabeleceu um prazo razoável para saná-la. Os ministros também determinaram que, através de um processo hermenêutico, a homofobia e a transfobia passariam a ser abrangidos pelo conceito de racismo, passando então a ser abarcadas pelo tipo penal definido na Lei nº 7.716/89.

Durante o processamento da ADO 26, em razão dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, foi dada ciência ao Congresso Nacional para se pronunciar acerca da então mora legislativa alegada pelo partido autor. Os parlamentares responderam que não havia mora uma vez que havia diversos projetos de lei que possuíam como objeto meios para proteger as populações LGBTI+. Contudo, o relator da ação, seguido de outros ministros em seus votos, compreendeu que a existência de projetos de lei não afasta a mora, já que o projeto não importa em uma concretização real do direito, é necessário que a norma exista de fato, além de ter efeitos reais e concretos.

O julgamento da ADO 26 não foi um caso isolado de direitos sexuais e reprodutivos ou relativos à diversidade sexual e de gênero conquistados através do manejo de ações constitucionais dentro do Supremo Tribunal Federal. Ao longo da última década, os membros da corte constitucional brasileira passaram a ter uma atuação ativa no reconhecimentos desses direitos, tendo como exemplo as decisões sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e APF 132); a constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha (ADC 19), o aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), a alteração de registro civil de travestis e transexuais (ADI 4275) e a criminalização da homotransfobia, pela ação objeto do presente trabalho.

Segundo argumentaram Adriana Dias Vieira e Roberto Efrem Filho (2020) em seu artigo “O rei está nu: gênero e sexualidade nas práticas e

decisões no STF", ao se depararem com uma composição parlamentar conservadora e antipática à parte significativa de suas pautas no Congresso Nacional, diversas organizações da sociedade civil e movimentos sociais vêm mobilizando-se em torno da corte, num processo de instrumentalização das ações constitucionais, sejam as que discutem direitos de forma abstrata ou em casos concretos.

Enquanto, no Congresso, parlamentares jogam as discussões sobre essas pautas para gavetas empoeiradas, pessoas reais são diferentemente afetadas pela falta dessa prestação estatal e, desse modo, acabam por se mobilizar buscando a instituição estatal que de fato vem sendo porosa às suas vozes e cujos integrantes têm oferecido respostas concretas às suas demandas. Esses grupos vêm encontrando no Supremo Tribunal Federal uma forma de garantir a sua existência digna protegida por alguma parte do aparato estatal.

Diante disso, objetivo deste trabalho foi analisar o acórdão da ADO 26, especificamente para apreender como os ministros construíram seus argumentos a partir das seguintes categorias: a omissão constitucional e a mora legislativa do Congresso Nacional. Além disso, buscou-se deslindar os posicionamentos dos ministros acerca do papel do Poder Judiciário para a efetivação de direitos por grupos ditos minoritários, utilizando o que esses agentes judiciais chamam de 'postura contramajoritária'.

Para a realização da referida análise, empreendeu-se o estudo dos autos da ADO 26, com leitura aprofundada das peças processuais que eram relevantes para o tema, com maior atenção para os votos proferidos pelos ministros no julgamento da ação, buscando entender as duas construções argumentativas.

A análise dos autos da ação se deu a partir do estudo de textos de autores pertencentes ao campo dos estudos de gênero e sexualidade e que vêm dedicando-se a pensar no Supremo Tribunal Federal e à análise das decisões, construções argumentativas e práticas dos ministros que compõem a corte.

O estudo do tema é relevante para compreendermos sobre o processo legislativo e a função do Poder Judiciário no acesso dos grupos

minoritários aos direitos fundamentais, bem como compreender como fatos externos ao direito influenciam no papel legiferante e como o chamado “equilíbrio entre os poderes” se faz na experiência política.

Este trabalho está dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo apresenta a proposta geral deste estudo e uma breve contextualização sobre o assunto proposto. No segundo capítulo, tratamos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, principalmente da omissiva. O terceiro capítulo aborda a questão da omissão constitucional e da mora legiferante no Congresso Nacional trazida pelos ministros do STF a propósito do julgamento da ADO 26. Já o quarto capítulo explora a visão que os próprios ministros do STF têm do papel do Poder Judiciário para a efetivação de direitos por grupos ditos minoritários.

2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Para analisar a possível ocorrência de inconstitucionalidade de uma norma ou ato jurídico, deve-se observar tanto a sua matéria (existência de vício material) como a sua forma (existência de vício formal).

Também pode-se dizer que a inconstitucionalidade se deu tanto por ação, sendo positiva ou por atuação, bem como se deu por uma omissão, decorrente da inércia legislativa que se abstém do seu dever de legislar sobre matéria determinada pelo texto constitucional.

A inconstitucionalidade por omissão recai sobre a falta de uma lei específica necessária para regulamentar um direito disposto em uma norma constitucional de eficácia limitada, que é aquela que não produz efeitos por si só, mas depende de um outro ato normativo que a regulamente para que possa produzir efeitos de forma plena (MORAES, 2022), tendo como um claro exemplo o artigo 37, VII, da Constituição Federal, inciso este que determina a existência do direito de greve, mas atribui a uma outra norma infraconstitucional a sua devida regulamentação.

Moraes (2022) aponta que, enquanto a inconstitucionalidade por ação diz respeito à existência de normas inconstitucionais, possuindo vício no seu processo de formação (vício formal), ou na sua matéria (vício material), a inconstitucionalidade por omissão se trata de violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão).

A conduta negativa do legislador é o fato que origina a inconstitucionalidade por omissão. Uma vez que a carta constitucional determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva no sentido de regulamentar um direito existente no próprio texto constitucional, buscando garantir a sua aplicabilidade e eficácia. Contudo, há inconstitucionalidade se o Poder Público se omitir em sua conduta, não legislando a norma regulamentadora de um direito já existente.

De modo que, quando passa a existir incompatibilidade entre a conduta positiva imposta ao legislador pelo texto constitucional e a conduta negativa

que existe de fato pelos agentes do Poder Público, surge a chamada inconstitucionalidade por omissão. Segundo Canotilho:

“a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas” (CANOTILHO, 1993, p. 354)

A omissão pode se dar de duas formas: bsoluta (total), quando o dever constitucional de legislar não é cumprido, ou relativa (parcial), quando há a lei infraconstitucional integrativa, mas de maneira insuficiente (MORAES, 2022).

De acordo com Moraes (2022), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma inovação da Constituição Federal de 1988, que buscou inspiração no art. 283 da Constituição de Portugal. O principal objetivo da ADO é combater o que é chamado pela doutrina de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.

A Constituição Federal em seu artigo 103, §2º dispõe que 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 30 dias. O objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é, além de buscar a declaração de inconstitucionalidade da norma ou ato normativo objeto da ação, tornar efetiva a norma constitucional destituída de efetividade plena, ou seja, as normas constitucionais ditas de eficácia limitada (MORAES, 2022).

A ADO é muito próxima do Mandado de Injunção, que é um remédio constitucional que busca sanar uma lesão de direito causada justamente pela falta de regulamentação de uma norma de efeito limitado. O Mandado de Injunção difere da ADO por ser ação aplicada em um caso concreto, enquanto a ADO, sendo uma ação de controle concentrado, é aplicada apenas na

norma em sua abstração.

O procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão se encontra regulamentado pela lei de nº 12.063/2009. Além disso, também é aplicável às normas programáticas que são vinculados ao princípio da legalidade, uma vez que dependem de atuação normativa posterior a sua promulgação para garantir a sua plena aplicabilidade.

As decisões de mérito das ações do controle concentrado, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal terão efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, além de eficácia erga omnes.

O art 102, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe acerca da ADO e, em sua parte final, assim como o artigo 12-H da Lei 9.868/99, que regulamenta o trâmite da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, determina a procedência a ser tomada ao fim do julgado, que seria “dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias” (Brasil, 1988).

Contudo, a partir de 2007, em razão das decisões dos julgamentos nos mandados de Injunção nº 670, 708 e 71, que tratavam de greve de servidores público, Supremo Tribunal Federal voltou a adotar a “corrente concretista” em sua jurisprudência quando tratar de omissão legislativa, e não mais apenas determinando a mora e requisitando ao órgão para suprir a sua omissão, como também passou a aplicar um outro ato normativo existente (SILVA; LIMA, 2019)

Essa postura chamada de concretista (SILVA; LIMA, 2019) foi adotada também quando do julgado da ADO 26, uma vez que no acórdão que reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional e estabeleceu um prazo razoável para sanar, também determinou que a homofobia e a transfobia se enquadrem no tipo penal definido na Lei nº 7.716/89.

2.2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26

De início, é necessário mencionar que antes do protocolo da ADO 26, uma outra ação judicial foi protocolada igualmente tratando da mora legislativa em criminalizar a homotransfobia, apesar do comando

constitucional para fazê-lo.

Essa ação foi o Mandado de Injunção 4733, impetrado em 10 de maio de 2012, em face do Congresso Nacional, tendo como impetrante a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transsexuais (ABGLT). O mencionado remédio constitucional tinha como objetivo, assim como a ADO 26, a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente as ofensas, homicídios, agressões, ameaças e discriminações que sejam motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero.

De início, foi requerido no Mandado de Injunção que houvesse o reconhecimento da ação com o intuito de criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, sendo essas condutas que atentam contra o exercício de direitos e liberdades de LGBTIAP+.

Também requereu-se que a homotransfobia fosse enquadrada ou equiparada ao conceito ontológico-constitucional de racismo³, conforme o artigo 5º, XLII, da CF ou subsidiariamente que se a reconhecesse como discriminação atentarória a direitos e liberdades fundamentais, nos moldes do artigo 5º, XLI, da CF. Neste caso, para chegar ao fim pretendido, requereu-se declaração da mora constitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homotransfobia.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, por sua vez, foi protocolada junto ao Supremo Tribunal Federal aos 23 dias do mês de dezembro de 2013, pelo então Partido Popular Socialista, hoje chamado de “Cidadania”, em face da inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional, que, conforme alegado pelo partido, estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, numa tentativa de frustrar a efetiva proteção jurídico-social de LGBTQIAP+, numa atitude chamada pelo autor de “omissão seletiva”.

Conforme a petição inicial, os pedidos apresentados pelo partido autor

³ Conceito de racismo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento *Habeas Corpus* nº 82.424/RS que passou a entender que a definição jurídica de ‘racismo’ deve levar em conta “circunstâncias históricas, políticas e sociais” superando o conceito anterior de “raça”.

da ação do controle concentrado foram: a) o reconhecimento de que a homotransfobia se enquadra no conceito ontológico-constitucional de racismo; b) a declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homotransfobia; c) a fixação de um prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação já mencionada; d) caso transcorra o prazo fixado na decisão sem que se efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso se entenda desnecessária a fixação deste prazo, que fosse efetivamente tipificada a homotransfobia como crime específico, por meio de decisão terminativa da ação, ante a inérgia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, tendo por objetivo dar cumprimento efetivo à ordem constitucional; e) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei para punir tais atos até que o Congresso Nacional legisle para criminalizar tais condutas"; e f) que fosse fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inérgia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inérgia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia (BRASIL, 2013, p.93-96).

Como já apontado, os pedidos feitos na peça exordial da ADO 26 são semelhantes àqueles feitos no Mandado de Injunção 4733 (BRASIL, 2019). Por esse motivo, o MI 4733 teve seu julgamento apensado ao da ação direta, em razão da semelhança temática de ambas.

Após o protocolo da ação, o Congresso Nacional foi chamado para prestar esclarecimento acerca das alegações autorais, nas figuras do Senado e da Câmara dos Deputados.

Como dito anteriormente, o julgamento da ADO 26 não foi um caso isolado de direitos reprodutivos sexuais de grupos minoritários conquistados

por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal, além do MI 4733, tem-se como exemplo as ações que discutiam sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e APF 132), constitucionalidade de dispositivos dentro da Lei Maria da Penha (ADC 19), a questão do aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), alteração de registro civil de travestis e transexuais (ADI 4275).

Os representantes do Senado Federal, em sua resposta, no Ofício nº 330/2014, do Processo SF nº 00200.012020/2014-81., alegaram que não há que se falar em mora legislativa, apresentando diversos projetos de lei que tratavam sobre criminalização da homofobia e da transfobia e proteção de LGBTQIA+, indicando 17 projetos de Lei, como podemos ver abaixo listados:

PROJETO DE LEI	AUTOR	EMENTA
Projeto de Lei do Senado – PLS Nº 101 de 2014	João Capiberibe	Altera o Código de Processo Penal para prever nova modalidade de prisão preventiva: em caso de flagrante de crime de racismo ou injúria racial, como recurso pedagógico, no interesse da sociedade
PL Nº 5576/2013	Aline Côrrea	Acrescenta dispositivo ao art. 61 do Código Penal para considerar agravante o cometimento do crime em razão da raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual ou deficiência física, que são considerados crimes de ódio.
PL Nº 19	Roberto de Lucena	Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que 'define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor'. Tipifica crimes de discriminação em razão da opção sexual, aparência, origem e classe social.
PL Nº 1846/2011	Carmem Zanotto	Altera a alínea 'c' do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 – Lei da Tortura.
PL Nº 81/2007	Fátima Bezerra	Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.
PL Nº 2665/2007	Rodovalho	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Estabelece que a prática de discriminação ou preconceito envolve qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou

		vexatória de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica, inclusive nos atos discriminatórios quanto ao sexo das pessoas.
PL Nº 7052/2006	Iara Bernardi	Institui o Dia Nacional de Combate a Homofobia
PL Nº 122/2006	Iara Bernardi	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.
PL Nº 6317/2005	Leonardo Mattos	Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que ‘dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências’. Aplica sanções administrativas ao fornecedor que discriminar, preterir ou conferir tratamento diferenciado ao consumidor por motivos de preconceito ou racismo.
PL Nº 3143/2005	Laura carneiro	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito raça ou de cor. Inclui os crimes resultantes de preconceito de sexo ou orientação sexual.
PLS Nº 309 de 2004	Paulo Paim	Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem
PL Nº 5/2003	Iara Bernardi	Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito contra orientação sexual.
PL Nº 6186/2002	Nair Xavier Lobo	Inclui como crime a discriminação ou preconceito contra orientação sexual.
PL Nº 6840/2002	Ceviolen	Proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual do candidato, em editais para prestação de concursos públicos.
PL Nº 5003/2001	Iara Bernardi	Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.
PL Nº 52 de 1997	Abdias Nascimento	Define os crimes de práticas de racismo e discriminação.

FONTE: Ofício nº 330/2014-PRESID/ADVOSF, 2014, p. 17-20.

Partindo da tabela, dois pontos saltam aos olhos: primeiro, Senado Federal apresentou, na tentativa de afastar a mora legislativa, em uma ação

protocolada em 2013 a casa apresenta projetos que foram propostos em 1997, contado assim com aproximadamente 16 anos entre eles.

Segundo, alguns dos projetos apresentados pelo Senado federal, que não foram dispostos na tabela acima, não contavam com qualquer semelhança temática com o que estava sendo discutido nos autos da ADO 26, versando, por exemplo, sobre tortura.

Todos esses projetos de lei que foram apresentados pelos representantes do Senado Federal como tentativa de justificar a falta de mora legislativa em sua atuação constitucional encontravam-se, ao tempo do julgamento da ADO 26, engavetados e sem previsão de quando seriam votados, demonstrando assim uma seletividade por temas e matérias a terem suas votações postergadas *ad infinitum*. A temática da criminalização de atos atentatórios à dignidade das pessoas LGBTQIAP+ não interessa à maioria dos parlamentares brasileiros por razões ideológicas e religiosas.

Por sua vez, os representantes da Câmara dos Deputados também apresentaram manifestação no mesmo sentido de demonstrar não existir a alegada mora legislativa em projetos de lei para proteção das LGBTQIA+ (BRASIL, 2013, p. 4).

Contudo, foi apresentado pela Câmara apenas como exemplo o projeto de lei de nº 5.003 de 2001, i aprovado em 2006 na Câmara e, depois foi encaminhado para o Senado que, por sua vez, incluiu o projeto de lei dentro do projeto do novo Código Penal, numa tentativa de “jogar a culpa” para a outra casa legislativa

A Câmara dos Deputados é informalmente chamada de casa de representantes do povo, contudo nem todo o ‘povo’ brasileiro consegue se fazer representar de forma relevante dentro da casa legislativa. Desse modo, ela acaba legislando em função de uma parcela desse ‘povo’.

Como dito acima, a ADO 26 teve como relator o Ministro Celso de Mello, que ficou na posição até o julgamento da ADO. Além disso, foram admitidos diversos grupos na condição de *Amici Curiae*, alguns deles se manifestando contra o pleito, como é o caso da “Frente Parlamentar ‘Mista’ da Família e Apoio à Vida”, da Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM) e da Associação Nacional de Juristas Evangélicos

(ANAJURE). De pronto, é importante questionar os porquês de grupos religiosos, especialmente representando entidades evangélicas, e de ‘boa moral’ haverem participado de um julgamento com um objeto abstrato e que busca unicamente garantir proteção e dignidade a uma parcela excluída da população. Inclusive, dentro dos seus votos, os ministros separaram uma parte relevante dos seus argumentos para debater acerca de onde se inicia a dignidade das pessoas LGBT e finda o direito à liberdade de expressão e religiosa, numa tentativa de dar uma resposta a esses grupos que não possuem qualquer ligação direta com o que está sendo tratado nos autos da ADO 26.

Por outro lado, outros grupos se manifestaram a favor da procedência das ações, entre eles: “Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros”, “Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU”, “Conselho Federal de Psicologia”, “Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA”, “Defensoria Pública do Distrito Federal”, “Grupo Gay da Bahia – GGB”, “Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT”; e “Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS”.

A procuradoria Geral da República, após ser provocada, especialmente no tocante em relação ao pedido feito pelos autores para aplicação da Lei nº 7.716/89 aos casos de homofobia e transfobia, se manifestou (BRASIL, 2015, p. 23), por meio do seu procurador geral Rodrigo Janot, de forma favorável a todos os pedidos, alegando, inclusive, que o conceito de raça deveria ser interpretado conforme o art. 5º, XLII, da Constituição Federal, devendo então as condutas discriminatórias contra a população LGBT ser tipificadas como crime. Por fim, se manifestou ainda pedindo que, caso o entendimento da corte fosse diverso, que pelo menos deveria ser declarada a mora legislativa inconstitucional, e que se passasse a estabelecer prazo para que o Congresso legislasse de maneira efetiva sobre a matéria.

A Advocacia-Geral da União foi igualmente instada a se pronunciar (BRASIL, 2018, p. 17) nos autos da ADO 26. A sua manifestação foi no sentido de que não entendia haver um comando expresso determinando a tipificação criminal da homofobia e/ou transfobia dentro do texto

constitucional. Desse modo, o Poder Legislativo não teria a obrigação jurídica para realizar tal criminalização, não devendo, então, ser reconhecida a existência de qualquer tipo de mora legislativa pelo Supremo Tribunal Federal. Se manifestou ainda de forma contrária ao entendimento estendido do conceito de racismo disposto na Lei 7.716/89 para englobar a proteção a LGBTQIA+, por entender que essa ação estaria desrespeitando a tripartição constitucional dos poderes democráticos, uma vez que tal tipificação só poderia ser instituída mediante lei em seu sentido estrito, por forma do princípio de reserva de lei.

Há de forma clara um antagonismo nos posicionamentos do PGR e do AGU em relação ao tratado na ADO 26. Por um lado, o procurador da república se posiciona com total apoio ao pleito autoral, defendendo que deve ocorrer a proteção de LGBTQIAP+ através de uma atitude positiva do STF em sua decisão. Contudo, por outro lado, a Advogada da União, na época Thaís Rangel da Nóbrega, tem uma postura totalmente contrária, de um caráter legalista e virando totalmente as costas para a realidade apresentada nos autos da ação.

Após conclusão para o relator, este requereu que a ADO 26 fosse incluída em pauta para julgamento juntamente com o Mandado de Injunção 4733/DF. Procedeu-se, então, o relatório da ADO, que será explanado nos próximos capítulos do presente trabalho.

Aos 13 dias do mês de fevereiro de 2019, iniciou-se o julgamento da ADO 26, ocorrendo as sustentações orais do requerente, do requerido e dos *amici curiae*. No próximo dia, o julgamento já se iniciou com o voto do Ministro Relator Celso de Mello, que até então foi contra a formulação da pretensão reparatória em sede de controle abstrato. É válido relembrar que um dos pedidos feito pelo requerente foi justamente no sentido de imputar ao Estado o dever de indenizar as vítimas de condutas homofóbicas e transfóbicas enquanto não houvesse a devida criminalização, num entendimento de que o Estado deveria ser responsabilizado pelos danos causados enquanto não cumpria seu dever constitucional.

Em 13 de junho de 2019, chegou ao fim o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Por unanimidade, os ministros do

Tribunal Constitucional Brasileiro conheceram parcialmente a ação. Por maioria, a ação foi julgada procedente, tendo eficácia geral e efeito vinculante, na seguinte forma:

a) reconhecer o estado de mora constitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa constitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente),

que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente (BRASIL, 2013, p.5-6).

Uma vez finalizada, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 continuou tendo repercussão. Se, por um lado, ela representou um passo importante na busca de direitos efetivos pelas populações LGBTQIA+, pois estas passaram a ser protegidas juridicamente das condutas homotransfóbicas que atentem contra a sua dignidade, uma vez que tais condutas passaram a ser enquadradas nos tipos penais da lei nº 7.716/89, por força da aplicação da interpretação conforme a constituição, por outro lado, abriu-se um debate acerca de uma possível violação do princípio da tripartição dos poderes, já que, para alguns juristas e atores políticos, o Supremo Tribunal Federal, através de seu “ativismo”, estaria legislando, entrando assim numa das funções típicas de um outro Poder da República.

3 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL NA ADO 26

Antes de passar à análise dos votos dos ministros proferidos nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, é necessário salientar que, mesmo que os votos tratem de diversos temas relacionados aos aspectos formais e materiais da ação, para este trabalho, consideramos as seguintes categorias analíticas: a Omissão Inconstitucional e a Mora Legislativa do Congresso Nacional e o posicionamento dos ministros acerca do papel do Poder Judiciário para a efetivação de direitos por grupos ditos minoritários.

De início, no julgamento da ADO 26, os ministros em seus votos trataram de definir o que é a omissão inconstitucional. A priori, partem do mesmo entendimento de que a mora ocorre quando há uma superação excessiva de um prazo razoável para regular o comando constitucional de legislar. Consideram também, dentro desse conceito, indo de encontro ao alegado pelos representantes das casas legislativas, que a mera existência de projeto de lei em tramitação em uma das casas, ou mesmo a existência de alguma lei em sentido formal, mas que não tenha notável eficácia, também coloca o poder Público em estado de omissão inconstitucional.

O relator da ADO 26, o ministro Celso de Mello, em seu voto apresentou todos os argumentos elencados pelo partido autor da ação para construir o conceito da mora legislativa e o da omissão constitucional imputada ao Poder Legislativo federal. Esse momento foi a primeira vez dentro do voto do ministro em que ele arguiu a possibilidade de uma omissão intencional que tem permitido a exposição de LGBTQIAP+ a vulnerabilização e graves ofensas perpetradas contra seus direitos fundamentais, as quais se materializam por atos de violência física e moral.

O caráter lesivo resulta da alegada omissão imputada ao Congresso Nacional, devendo ainda salientar que, já transcorreu lapso temporal suficiente para a implementação das medidas determinadas pelo texto constitucional em seu art. 5º, XLI e XLII. Esse estado de mora tem causado uma indevida frustração à dignidade de LGBTQIAP+ (CELSO DE MELLO,

ADO 26, p.376).

Para o ministro Celso de Mello (ADO 26, p. 80), a omissão constitucional se dá com a existência de dois requisitos formais: a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a situação de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa, de outro. Essa omissão torna-se abusiva, com o que o ministro chama de superação excessiva de prazo razoável para cumprimento do comando constitucional legiferante (CELSO DE MELLO, ADO 26, p.324). As normas constitucionais não existem com fim em si, apenas ‘no papel’, mas elas devem ter efeitos concretos e reais. A falta de concretização dessas normas em razão da mora do legislativo em sua atuação legiferante fere diretamente a razão de ser da carta constitucional.

Desse modo, no entendimento do ministro, a omissão do Congresso Nacional para produzir normas legais de proteção penal a LGBTQIA configura um manifesto descumprimento de uma obrigação jurídica que lhe foi imposta por determinação constitucional, traduzindo-se em uma clara situação configuradora de ilicitude que afronta o texto constitucional (ADO 26). Assim, manifesta-se na fala do ministro a ideia de que o STF tem-se como um grande guardião protetor do texto constitucional, não devendo ficar silente diante de tamanha afronta à efetividade de suas normas.

Nesse contexto de normas constitucionais frustradas por falta de sua regulamentação em razão da mora legislativa, para o ministro, justifica-se o manejo da ADO 26 como instrumento apto para a concretização dessas cláusulas constitucionais, especialmente aquelas que tratam de direitos de grupos minoritários, uma vez que essas pessoas não conseguem uma representação expressiva dentro do Congresso Nacional.

Os ministros em suas falas criam esse contraponto entre Judiciário e Legislativo, alegando ser o seu dever impedir que a Constituição se degrade à condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum que interesses apenas de determinados grupos (CELSO DE MELLO, ADO 26, p.80). O STF se entende numa posição oposta às correntes majoritárias e o ministro Celso de Mello (ADO 26, p.80) deixa isso claro em seu voto, ao chamar os membros diplomados do Congresso Nacional de ‘comuns’.

Para o relator, em razão de tudo que foi apontado nos autos da ADO 26, fica

demostrado que há sim um nexo causal entre a imposição constitucional de legislar e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo, além de uma situação de claro desrespeito à Constituição Federal, por omissão normativa, imputável ao Congresso Nacional, já que, à data do acórdão, já havia decorridos mais de 20 anos de promulgação da Constituição, tempo mais que razoável, e ainda não havia a regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBTQIAP+ e cuja edição se revela necessária para a proteção desse grupo, através da punição de atos e comportamentos que resultem de discriminação ou de violência contra a pessoa em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero (CELSO DE MELLO, ADO 26, p. 38).

O relator rechaça a alegação que foi feita pelos representantes de ambas as casas do Congresso Nacional de que a mera existência de proposição legislativa deveria afastar a configuração de inércia por parte do Poder Legislativo, usando aqui como exemplo o Projeto de Lei nº 5.003/2001 que, após mais de 05 anos de tramitação, foi aprovado, em 23/11/2006, pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal, onde ficou em tramitação por mais de 08 anos desde o seu recebimento. Ao tempo do julgamento da ADO 26, o projeto de lei se encontrava anexado ao projeto do novo Código Penal brasileiro (PL nº 236/2012). Não obstante transcorridos mais de 17 anos desde a sua proposição, sequer teve concluída a apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se, até aquele momento, “sem prazo para ser votado”. O ministro aponta que, apesar dos alegados esforços do Congresso para criar um debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, há uma perceptível ausência de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável *“inertia deliberandi”* (CELSO DE MELLO, ADO 26, p. 83).

Há um importante ponto dentro da jurisprudência da corte constitucional, o de que o estado de mora legislativa pode ser configurado tanto na fase inaugural do processo de elaboração das leis (“*mora agendi*”) quanto no estágio de deliberação sobre as proposições já veiculadas (“*mora deliberandi*”), desde que evidenciada, pela superação excessiva de prazo razoável, inércia abusiva e inconstitucional do Poder Legislativo (CELSO DE MELLO, ADO 26, p.84). Aqui, o ministro relator trata

mais uma vez da existência de prazo que seja considerado excessivo como requisito para a existência da mora, ou seja, é o entendimento da corte constitucional de que não basta apenas que exista a afronta ao texto da Constituição consubstanciado na omissão inconstitucional, também é necessário que exista um prazo mínimo a ser cumprido para que se possa então imputar à mora ao legislativo.

Já o ministro ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da ADO 26, ao tratar da mora constitucional em seu voto, ratifica o posicionamento do ministro relator de que a existência de poucas e esparsas políticas públicas e algumas legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não tem o poder de afastar a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero (ALEXANDRE DE MORAES, ADO 26, p. 243). Para que não haja omissão inconstitucional, além de existir de forma válida, a norma deve ter efeitos concretos, reais e efetivos.

Moraes, em seu voto junto à ADO 26, aponta diversos entendimentos internacionais sobre as medidas necessárias para a efetiva proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas, de modo que a legislação nacional vigente, quando comparada, demonstra a existência de significativa omissão constitucional do Poder Legislativo em efetivar a devida proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais de toda a comunidade LGBT, inclusive por meio de produção legislativa punitiva contra qualquer tipo de discriminação, nos termos determinados pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal (ALEXANDRE DE MORAES, ADO 26, p. 247).

Para o Ministro há duas possibilidades de respostas ao estado de mora inconstitucional, na qual se encontra o Congresso Nacional frente aos grupos LGBTQIAP+; a primeira pleiteada pelo partido autor, que seria impossível em razão do ordenamento jurídico pátrio; já a segunda, apontada pelo ministro, seria a colmatação por criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a interpretação conforme a Constituição como forma de colmatação (ALEXANDRE DE MORAES, ADO 26, p.58).

Ao tratar da omissão legislativa dentro do contexto apresentado pela ADO 26,

em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso dispõe que o próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo (ADO 26, p. 291). Desse modo, o artigo 5º, XLI, da Constituição Federal, ao dispor que “a lei punirá condutas atentatórias de direitos e liberdades fundamentais”, este dispositivo não especifica textualmente se esse comando deve ser cumprido por meio de uma tipificação penal ou da punição administrativa. Contudo, deve-se ter em mente que a interpretação constitucional não pode se desvincular do contexto em que se insere.

Assim, o ministro apresenta três fatores para sustentar a sua tese de que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão da vedação à proteção insuficiente, impõe que a proteção da integridade física e psíquica da população LGBTQIAP+ se dê por meio do processo de criminalização da discriminação em razão da orientação sexual e/ou a identidade de gênero das vítimas.

O primeiro fator apontado é a existência de sistemática violência, física e psíquica contra esse grupo de indivíduos. Para o ministro, a Constituição não pode ser interpretada de costas para a realidade brasileira, é importante ressaltar que o Brasil é um país em que muitas pessoas são mortas por causa de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, contando com o registro de episódios de violência extrema motivados por esse tipo de preconceito (ROBERTO BARROSO, ADO 26, p. 292). Salienta ainda que há um cenário de reiterada violação da integridade física e psíquica de LGBTQIAP+, algo que afeta esse grupo no que há de mais essencial em sua dignidade: seu valor intrínseco como pessoa humana. Para ele, a grande importância dos bens jurídicos violados, portanto, justifica a utilização da ultima *ratio* que é o Direito Penal (ROBERTO BARROSO, ADO 26, p. 292).

O segundo fator eleito é o de que outros tipos de discriminação contra grupos sociais minoritários já são objeto de criminalização específica na Lei nº 7.716/1989, uma vez que esta pune “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Ele relembra, em consonância com os seus colegas de pleno, que a Constituição repudia todas as formas de discriminação que atentem contra direitos e liberdades individuais, sem diferenciar as que se fundam em preconceitos de raça, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual e identidade de gênero. Para o ministro, não há

qualquer razão de distinção que justifique que apenas algumas dessas espécies de discriminação sejam condutas criminosas, enquanto outras não, tendo como diferença apenas as qualidades da vítima. Desse modo, o eventual tratamento diferenciado constituiria uma forma de “hierarquização de opressões sociais”, que não pode ser admitida em razão do princípio constitucional da isonomia (ROBERTO BARROSO, ADO 26, p. 293).

Por fim, o terceiro fator apontado pelo ministro é o de que, apesar de existirem algumas leis estaduais que estabelecem punições administrativas para situações de discriminação contra LGBTIAP+, como a Lei nº 7.041/2015 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei nº 10.948/2001 do Estado de São Paulo, essas iniciativas têm-se revelado insuficientes à prevenção e à diminuição da incidência de casos de homotransfobia. De modo que não há registros de uma redução consistente dos índices de violações dos direitos de LGBTIAP+, o que sugere o reduzido potencial dessa medida para funcionar como prevenção geral contra a discriminação (ROBERTO BARROSO, ADO 26, p. 293).

Por sua vez, para o ministro Luiz Fux (ADO 26, p. 424), em consonância ao que já foi dito pelos ministros que votaram antes, para a configuração da omissão inconstitucional, é necessário confrontar o mandado constitucional de vedação à proteção insuficiente, no tocante à tutela assegurada à comunidade LGBTIAP+, com a realidade fática existente, a fim de se perquirir que eficiência possuem as medidas protetivas, caso haja alguma, atualmente vigentes (LUIZ FUX, ADO 26, p. 424).

O STF em seu papel de corte constitucional deve zelar pela melhor eficácia das normas constitucionais. Para o ministro, a mora inconstitucional não ocorre apenas com a inexistência de uma norma específica, mas também pela falta de resultados efetivos das leis que já existem dentro do ordenamento jurídico. Há uma necessidade urgente de criminalização da homotransfobia, sob pena de o Judiciário estar dando continuidade à omissão constitucional, disfarçada de medidas paliativas insuficientes (LUIZ FUX, ADO 26, p. 425). A criminalização é uma medida necessária para combater as condutas discriminatórias em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, cujo nítido caráter discriminatório e violador da dignidade humana esvazia a efetividade do conjunto de normas constitucionais que asseguram a proteção de LGBTIAP+.

4 O POSICIONAMENTO DOS MINISTROS ACERCA DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS POR GRUPOS MINORITÁRIOS

Diante da análise dos votos dos ministros, na ADO 26, percebe-se que o argumento de alguns ministros converge quanto à função do STF para a efetivação de direitos por parte das chamadas minorias, mencionando a importância da posição contramajoritária da Suprema Corte em relação aos demais poderes da República. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso “[...] porque um órgão cujos membros não são eleitos pode, em nome da Constituição, invalidar um ato legislativo votado pelo Congresso que, supostamente, representa a vontade da maioria” (ADO 26, p.286). Nesse sentido, podemos inferir que as decisões da Corte não são tão reféns da opinião pública em comparação à atividade legiferante dos parlamentares, que, na busca por reeleição, alicerçam seus projetos de lei em pautas com maior aprovação popular. Pois, diferentemente do que acontece com os membros do Legislativo e do Executivo, o fato de os ministros não serem eleitos redimensiona sua relação com o público mais amplo.

Corroborando com tal entendimento, Rosa Weber (ADO 26, p. 395) entende que mesmo a Carta Magna sendo a norma maior que fundamenta todo o sistema normativo, obrigatória a todos os seus destinatários, ela reconhece que, no caso concreto e em situações abstratas, podem ocorrer divergências interpretativas, consequentes da indeterminação inerente à linguagem jurídica e ao próprio Direito, “Daí a necessidade da atuação de uma instituição não eleita e imparcial para resolver os problemas de interpretação e aplicação da Constituição” (ROSA WEBER, ADO 26, p. 395), pois irá seguir uma interpretação voltada para a realidade da sociedade contemporânea e não os desejos emocionados da população. Assim, Weber, na ADO 26, justifica a posição contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, já que os ministros do tribunal não precisariam prestar serviço ao grupo que os elegeu.

Essa função contramajoritária do STF mostra-se relevante principalmente nos casos de temas em que há controvérsias públicas, como o

caso da ADPF 54, que tratou do aborto de fetos anencéfalos, reconhecendo a relevância do assunto, buscando dialogar com vários atores sociais para construírem suas decisões de acordo com os entendimentos de diversos grupos sociais. Contudo, os ministros criaram limites para a intervenção de atores religiosos conservadores no processamento da ação (RUIBAL, 2020).

Vieira e Efrem Filho (2020) notaram que os ministros argumentam muitas vezes que constroem seus votos pautados na razão e não na emoção, através do direito e de técnicas hermenêuticas, contrapondo-se ao povo e a política que seriam guiados por emoções e que, por isso, não diferenciariam opiniões de argumentos.

Todavia, Vieira e Efrem Filho (2020) entendem que as decisões dos ministros da Suprema Corte não são tão “racionais” quanto se pressupõe. Os autores citam, a título de exemplo, a manifestação do ministro Luiz Fux quando do julgamento da ADPF 132, a qual refere-se ao reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Luiz Fux afirma que “por debaixo da nossa toga – não é Ministro Ayres? – também bate o coração de um homem” (ADPF 132, p. 76). Para os autores, essa frase demonstra que as decisões do Supremo não são isentas de emoções, sendo uma quebra na narrativa de entidade totalmente racional e sem influências externas que é criada pelos ministros do STF em suas falas.

Para o ministro Luiz Fux (ADO 26, p. 411) há uma relação proporcional entre a atuação contramajoritária e a luta pela aquisição de direitos das minorias: “[...] de um lado, a legitimidade da atuação contramajoritária aumenta conforme se trate de uma minoria subrepresentada e da imprescindibilidade da medida judicial para o exercício dos direitos constitucionais” (LUIZ FUX, ADO 26, p. 411). Nessa linha de raciocínio, defende que a atuação judicial fundamenta-se em uma linguagem baseada em argumentos que zelam pela defesa da normatividade dos direitos fundamentais presentes em suas respectivas Constituições, protegendo minorias políticas de possíveis situações de tirania advindas do jogo político majoritário e, por fim, busquem preservar a abertura dos canais estruturais de participação política (LUIZ FUX, ADO 26, p. 411). Surgem, na fala do ministro, dois atores que divergem entre si, as organizações sociais que buscam

participação política e os grupos majoritários que buscam impor suas ideias. Diante dessa divergência, o ministro mostra a relevância da atuação contramajoritária do STF, já que esses grupos majoritários não teriam meios diretos, como é o caso das eleições, de se fazerem representar dentro da corte suprema, diferindo assim das casas do Congresso Nacional.

Todavia, Fux (ADO 26, p. 413) alerta para que essa atuação contramajoritária não se transforme em um ativismo judicial, devendo ser exercido com parcimônia e sensatez. Assim, corrobora com a tripartição dos poderes e suas devidas competências, conservando uma peça fundamental do Estado democrático.

O status contramajoritário, segundo Rosa Weber, na ADO 26, também explicaria o fato de que quase todas as conquistas de direitos de grupos minoritários, especialmente no tocante a direitos sexuais e reprodutivos, tenham sido alcançadas pela instrumentalização de ações constitucionais junto ao STF (ADO 26, p. 406). Tal afirmação é confirmada, diante da atuação da Suprema Corte nos casos de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e APF 132), na constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha (ADC 19), na questão do aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), na alteração de registro civil de travestis e transexuais (ADI 4275) e na criminalização da homotransfobia, pela ação objeto do presente trabalho. Os próprios ministros em seus votos reconhecem que de fato o STF se tornou a “casa das minorias”, por acolher suas pautas e ter papel central na garantia e proteção de seus direitos.

A partir desse históricos de ações constitucionais, a ministra Weber, na ADO 26, defende que a concretização dos direitos de grupos vulneráveis só foi possível devido a atuação do Poder Judiciário por ser “elemento estruturante da democracia constitucional, compete a função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, assegurando a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico” (ROSA WEBER, ADO 26, p. 395). De certa forma, a fala da ministra revela a inércia da atividade legiferante dos demais poderes, como também o receio dos seus membros em se comprometerem com temas controversos e desagradar algumas parcelas de seus eleitores. Esse dever de resposta aos

eleitores acabaria por engessar a atividade legislativa unicamente àquelas pautas que não têm grande repercussão social opositora, dessa forma eles garantem sua reeleição e a permanência dentro do parlamento.

Seguindo o mesmo entendimento, Celso de Mello, em seu voto na ADO 26, também reconhece que as pautas referentes a direitos sexuais e reprodutivos ou alusivos à diversidade sexual e de gênero são rechaçadas no Congresso Nacional, por irem contra os interesses da maioria parlamentar ou de grupos parlamentares influentes, refletindo o contexto político-jurídico no Brasil. Por isso, Mello (ADO 26, p. 76) defende que o caminho para a concretização desses direitos é através da instrumentalização da ação constitucional. Assim, vê-se que, diante da omissão e mora proposital legislativa, a única alternativa possível é recorrer ao STF, pelo manejo das ações constitucionais disponíveis.

A partir dos argumentos apresentados até o momento, os ministros colocam o Judiciário em um status de maior importância em relação aos demais poderes, quanto à concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente instituídos, ao pressupor que atuam por um viés jurídico e não político. Diante da omissão da função típica de legislar, recorre-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a partir do histórico da atuação do próprio STF, não se pode dizer que a preocupação em garantir a concretização dos direitos fundamentais aos grupos minoritários e o debate dos temas considerados controvérsias públicas partem genuinamente das decisões dos seus ministros, já que, na maioria das vezes, são frutos da demanda de organizações e movimentos sociais, como ocorreu na descriminalização do aborto nos casos de anencefalia (RUIBAL, 2020) e nas discussões em torno da descriminalização do porte pessoal de drogas (MELLO, SOUZA, 2020).

Segundo Celso de Mello (ADO 26, p. 78), os direitos fundamentais assumem não apenas a função de garantir às pessoas o acesso a posições jurídicas oponíveis ao Poder Público, mas também expressam o dever do Estado de tornar efetiva a proteção a esses mesmos direitos eventualmente expostos a situações de dano efetivo ou potencial. Assim, não bastaria apenas dizer que um direito existe ou não, o Estado deve criar meios para

que ele seja devidamente garantido e que tenha repercussões concretas e efetivas. Foi utilizado pelo Ministro como exemplo o *Habeas Corpus* 104.410/RS, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, que possui a seguinte ementa:

“1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENais. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*‘Eingriffsverbote’*), expressando também um postulado de proteção (*‘Schutzgebote’*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*‘Übermassverbote’*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*‘Untermassverbote’*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente (...).” (GILMAR MENDES, HC 104.410/RS)

A votação do ministro Alexandre de Moraes, na ADO 26, está mais voltada em argumentar sobre a não usurpação da atividade legislativa por parte do Poder Judiciário, do que realmente em tratar sobre a função jurisdicional na efetivação dos direitos dos grupos minoritários. Na busca de justificar a atividade jurisdicional diante da omissão legislativa, debruça maior parte de sua decisão em explicar sobre a colmatação por parte do Judiciário.

Nesse sentido, Moraes (ADO 26, p. 263) defende que a colmatação feita pela Corte é possível desde que seja realizada por meio da interpretação conforme a Constituição. Dessa forma, estaria em conformidade com o ordenamento jurídico nacional, observando os princípios da reserva legal e da anterioridade, elencados no 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das

normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções não se confundem com o legítimo exercício hermenêutico desta SUPREMA CORTE, em sede de jurisdição constitucional, absolutamente necessário, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico (ALEXANDRE DE MORAES, ADO 26, p. 262-263).

É notório a preocupação em legitimar a atividade interpretativa do STF, voltando-se à justificativa da sua não atipicidade, trazendo uma justificativa ampla, mencionando a relevância do seu papel como intérprete da norma, não trazendo nenhuma argumentação significativa em relação à transfobia e à homofobia. Dessa forma, percebe-se uma argumentação genérica, que poderia ser utilizada como uma “receita de bolo” em diversas situações. Pois, há mais presença de conceitos e explicação sobre o papel do STF na interpretação da Constituição como um todo e não especificamente na demanda da ADO 26:

“[...] a função hermenêutica da SUPREMA CORTE permite a utilização da denominada interpretação conforme a Constituição [...] A finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados.

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente maior conformidade com as normas constitucionais (ALEXANDRE DE MORAIS, ADO 26, p. 263-264).

Entende-se que a questão axiológica da Constituição Federal é mutável, no sentido de sofrer mudanças semânticas a partir das demandas sociais. Nesse caso, a questão demandada na ADO 26 está mais voltada à mutação constitucional⁴ do que propriamente à constitucionalidade do ordenamento jurídico. Por esse motivo, o argumento do ministro Morais

4 A mutação constitucional é um mecanismo de modificação informal da Constituição, que permite a transformação do sentido e do alcance das suas normas, sem que se opere, no entanto, qualquer alteração do seu texto (ROBERTO BARROSO, ADO 26, p. 298).

supracitado caracteriza-se como amplo, a ponto de não se comprometer, especificamente, com a causa trazida é abordada na ADO 26.

Da mesma forma ocorre quando o referido ministro menciona os princípios fundamentais da República e seus objetivos, os direitos humanos e os direitos e garantias fundamentais, limitando-se a afirmar que “devem ter precedência, de maneira a concretizar a real força normativa da Constituição, por meio de sua unidade e máxima efetividade” (ALEXANDRE DE MORAIS, ADO 26, p. 264). Percebe-se que a argumentação de Morais (ADO 26) carece de uma correlação entre a criminalização da homofobia e a efetivação dos referidos direitos a esse grupos minoritários. Entretanto, é possível perceber uma singela menção, no argumento de Morais (ADO 26), à importância do papel jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais às minorias da citada ação constitucional: “[...] a obrigatoriedade constitucional desta SUPERMA CORTE, no exercício de jurisdição constitucional, efetivar a ampla e igualitária proteção aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT.” (ALEXANDRE DE MORAIS, ADO 26, p. 259).

Essa estratégia argumentativa ampla é utilizada por Morais, na ADO 26, até mesmo quando menciona a Lei 7.716/1986, alegando que não há qualquer diferenciação valorativa constitucional ao tratar da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, uma vez que a carta constitucional se posiciona contra qualquer forma de discriminação, além de determinar a punição de qualquer “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial. Os argumentos, do Ministro Alexandre de Morais, demonstrados anteriormente, exemplificam a pergunta retórica de Vieira e Efrem Filho (2020, p.1100): “Como, argumentando tanto, o STF não argumenta?”

Já o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso (ADO, 26) possui uma maior relação com a demanda que ensejou a ADO 26, posicionando-se em favor da interpretação conforme a Constituição do

conceito de raça, tratado nos diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/1989, para neles enquadrar, igualmente, a homotransfobia, até que haja de fato uma legislação editada pelo Congresso Nacional que venha a tipificar especificamente as condutas discriminatórias contra esse grupo. Para chegar a esse conclusão, Barroso (ADO 26, p. 296) explica que seguiu o seguinte raciocínio:

(i) a Constituição de 1988 estabeleceu comandos claros de vedação a toda forma de discriminação; (ii) essa imposição da ordem constitucional conduziu ao progressivo reconhecimento de direitos da população LGBTI+; (iii) a evolução vivida pela sociedade brasileira permite dizer que o conceito de racismo passou por mutação constitucional; (iv) essa alteração da percepção social ainda não se refletiu na vedação à discriminação fundada na orientação sexual e/ou na identidade de gênero; e (v) já existem no direito brasileiro, contudo, normas penais que punem o racismo.. (ROBERTO BARROSO, ADO 26, p. 296).

Assim, há, na fala do ministro, uma construção argumentativa voltada a conferir um significado de racismo em conformidade com a realidade social e não apenas com o positivismo do direito.

Em relação ao voto do ministro Luiz Fux (ADO 26), ele não tenta justificar a interpretação constitucional, no sentido de afastar a usurpação de competência quanto à atividade legiferante do poder competente, pelo contrário, afirma que é a omissão inconstitucional que usurpa a competência do poder constituinte, quando torna nula sua expressa previsão. Tal inércia, no específico caso da ADO 26, para o ministro, é entendida como uma omissão específica, reiterada e seletiva, ou seja, a demanda da mencionada ação constitucional, foi preterida de maneira proposital pelos parlamentares.

Por isso, entende que a atividade jurisdicional, no tocante às ações que buscam efetivação de direitos de grupos minoritários, é consequência da omissão inconstitucional, uma vez que, a supressão excepcional e transitória de lacunas normativas justifica-se, como medida de desobstrução dos canais de deliberação democrática e de fruição de direitos de minorias sub representadas (LUIZ FUX, ADO 26, p. 412). A função legislativa, para o ministro, não possui finalidade em si, mas uma forma de distribuição do poder

para melhor efetividade dos comandos constitucionais. Assim, é dever do Poder Judiciário atuar como importante ator na concretização dos compromissos constitucionais, bem como na fiscalização do cumprimento desses por parte dos demais entes políticos (LUIZ FUX, ADO 26, p. 412).

Diferentemente dos demais ministros, Ricardo Lewandowski (ADO 26, p. 536) afirma que a declaração da tipificação penal dos atos de homofobia e transfobia não estaria fora do alcance do Supremo Tribunal Federal. Destaca que o constituinte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, permitiu ao tribunal, mesmo que excepcionalmente, o poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa (RICARDO LEWANDOWSKI, ADO 26, p. 537).

Corroborando com esse entendimento, Celso de Mello (ADO 26) defende que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão traduz significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Constitucional, uma vez que a forjou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão e prolongada inércia do Poder Público (CELSO DE MELLO, ADO 26, p. 9).

Sobre a atuação concretista do Supremo, Ricardo Lewandowski (ADO 26, p. 537) demonstra uma nova compreensão das ações que versam sobre a omissão normativa e a admissão de uma solução concretizadora por meio da decisão judicial, citando como exemplo o Mandado de Injunção 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual, pela primeira vez, o STF estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados; e o Mandado de Injunção 232, de relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual o tribunal reconheceu que, após o lapso temporal de seis meses sem a edição da lei pelo Congresso Nacional para regulamentar o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o impetrante passaria a gozar da imunidade requerida, por força unicamente da sentença proferida (RICARDO LEWANDOWSKI, ADO 26, p. 537).

O principal marco da corrente concretista do Supremo se deu com a evolução da jurisprudência sobre direito de greve de servidores públicos, com destaque para o julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, nos quais o Supremo reconheceu a necessidade da adoção de uma solução concretizadora em suas decisões para colmatar as omissões inconstitucionais. A partir de todas essas decisões, o Supremo passou a adotar a possibilidade de uma regulação provisória pela vida jurisdicional, na forma de uma ‘sentença aditiva’ (RICARDO LEWANDOWSKI, ADO 26, p. 538).

Lewandowski (ADO 26, p. 540) aborda a questão do ativismo e concretização de direitos fundamentais, afirmando ser necessário compreender qual é o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes, antes de criticar o ativismo, principalmente, ao considerar as falhas na concretização de direitos fundamentais, principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão política. Como é o caso dos grupos que lutam pelo reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos.

Diante o exposto, vemos que os ministros buscam justificar o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos dos grupos minoritários, através da concepção de não passividade em relação à afronta à Constituição diante do estado de omissão inconstitucional, enfatizando sua principal função: “guardião da constituição”.

Todos os ministros entendem que de fato há uma mora inconstitucional quando se trata da criminalização de atos atentatórios à dignidade de LGBTQIAP+. Deve-se ter em mente ainda que muitas vezes os ministros buscam criar a “fala” do Supremo de forma unificada (VIEIRA; EFREM FILHO, 2020). Essa ideia de “fala” do Supremo cai por terra ao analisarmos os votos que compõem um acórdão, uma vez que podemos perceber como se deu essa construção em seus discursos para justificar a atitude que viriam a tomar ao fim da ação. Pois, o acórdão é construído a partir de colocações individuais dos ministros, que muitas vezes seguem jurisprudências internacionais, preenchem seus votos com justificativas longas, construídas a partir de amontoados de teses jurisdicionais de grande repercussão, mas que

servem apenas como justificativas para os seus votos do que uma real construção argumentativa (VIEIRA; EFREM FILHO, 2020).

Os ministros do STF, em seus votos, demonstram que se colocam em uma papel de máxima importância dentro da harmonia dos poderes, pois rapidamente se apontam como menos suscetíveis à influência popular, uma vez que os ministros não estão ocupando cargos eletivos, mas lá se encontram por 'notável saber jurídico'. Assim, eles se diferenciam dos outros poderes do Estado, já que tanto o Legislativo como o Executivo são ocupados através de votos. Para os ministros, como dito anteriormente, os membros do Legislativo devem prestar conta a seus eleitores de todas as suas atitudes, sob pena de não conseguirem ser reeleitos.

Dentro dos votos da ADO 26, os ministros defendem a posição de que não deveriam ter um papel passivo de apenas seguir o disposto nos dispositivos legais que regulam a ação constitucional, que seria apenas dar ciência ao congresso nacional para que procedesse com a edição da norma necessária para a proteção dos LGBTQIAP+, mas que deveriam trazer alguma solução concreta para proteger essas pessoas.

A colmatação da omissão constitucional por meio da interpretação conforme a constituição é bem explicada no voto do Ministro Alexandre de Moraes. Ele aponta que, dentro do exercício da jurisdição constitucional, função do Supremo Tribunal Federal, é possível utilizar tal recurso com o objetivo de compatibilizar o significado da lei aos comandos constitucionais, apontando qual é o direcionamento correto para entender e interpretar uma norma constitucional que possui diversos significados. A interpretação conforme a constituição determina a forma que determinados dispositivos devem ser entendidos pelo restante do Judiciário.

Em seu voto, o Ministro relator da ADO 26 (p. 136) apontou para o entendimento de que, por meio da atividade hermenêutica, o Poder Judiciário deve tornar efetiva a reação do estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis, assumindo o seu papel contramajoritário dentro das funções do Estado, sendo incumbido ao Supremo velar pela integridade e a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não

discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática (CELSO DE MELLO, ADO 26, p. 138). O ministro dá ênfase ao fato de que o julgamento da ADO é de fundamental importância no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais.

Mais uma vez, o STF se torna protagonista na garantia de direitos sexuais e reprodutivos de grupos minoritários, para o ministro relator, o julgamento da ADO 26 reflete a função contramajoritária que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias.

Diante a análise dos votos dos ministros, percebe-se que, de maneira geral, defendem que é o papel do Supremo Tribunal Federal de exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inéria do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Para os ministros, pelo fato de que o grupo LGBTQIAP+ representa uma parcela minoritária da população, a função contramajoritária do Supremo deve se manifestar. Esse entendimento é construído partindo da ideia de que o Legislativo é, nas palavras dos ministros, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais, o que causa a sua falta de atuação no tema específico dos direitos sexuais e reprodutivos. Esse cenário leva a surgir um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria que consegue eleger número expressivo de representantes dentro das casas do Congresso Nacional, o que compromete gravemente o coeficiente de legitimidade democrática da instituição legislativa, uma vez que o regime democrático não admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

Observa-se em seus votos que é importante sim para a democracia a existência do princípio majoritário, contudo isso não deve legitimar a supressão e frustração de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, em

razão, inclusive, de princípios e garantias constitucionais, sob pena, inclusive, de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. Direitos básicos existentes e de proteção devem ser garantidos a todos os indivíduos, o princípio da igualdade deve ser compreendido de forma que se abarque e proteja todos os diferentes de forma igual. Certos grupos demandam leis específicas para sua efetiva proteção em razão de determinadas qualidades.

As decisões de caráter contramajoritário proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são a materialização do papel que ele tomou para si de fiel guardião dos princípios constitucionais, agindo como escudo dos embates entre grupos majoritários hegemônicos, que legitimam seus direitos através da eleição de seus representantes dentro das casas legislativas, contra os grupos minoritários que têm seus direitos negligenciados no Congresso e devem buscar auxílio jurisdicional.

Esse movimento feito pelos movimentos sociais de buscar o Judiciário para garantir os direitos fundamentais de existência desses grupos é justamente a instrumentalização do judiciário. Já foi entendido por esses grupos que o Congresso Nacional é um local de exclusão para as suas dores e lutas, devido, especialmente, à grande quantidade de parlamentares eleitos com discursos conservadores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 26 foi mais uma dentre tantas outras ações protocoladas junto ao Supremo Tribunal Federal que tiveram como objeto o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos e de direitos relativos à diversidade sexual e de gênero. No caso específico da ADO 26, esse direitos se relacionavam à proteção contra atos de violência e discriminatórios contra LGBTQIAP+.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, na última década, passaram a desempenhar esse papel ativo para garantir direitos desses grupos que não conseguiram o seu reconhecimento dentro do Congresso Nacional. As ações constitucionais se tornaram o instrumento de efetiva materialização de direitos que existem, mas não se pode gozar por falta de atos normativos que os efetivem, falta esta que decorre das posições políticas dos parlamentares e de certos setores sociais que estes representam.

A ADO 26, além de buscar o reconhecimento da omissão inconstitucional, apontada pelo autor como omissão seletiva e intencional feita de forma institucionalizada pelo Congresso Nacional, também buscava uma solução concreta para a questão que trouxe para debate: a efetiva proteção jurídica de LGBTQIAP+.

Essa solução foi buscada pelo Partido Popular Socialista (PPS) ao manejá-la Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por entender que, devido ao histórico recente do Supremo Tribunal Federal, este havia se tornado o local para buscar a garantia desse direito que há muito havia sido engavetado pelo Congresso Nacional. O partido autor instrumentalizou uma ação que, pelo aspecto puramente legalista, tinha como objetivo unicamente reconhecer o estado de omissão inconstitucional, sem o dever de dar qualquer resposta concreta. Entretanto, os ministros adotaram uma postura concretista, como chamada pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, que tem sido adotada pela Corte Constitucional que sai desse papel passivo de unicamente reconhecer e cientificar o poder em mora, mas determina, na própria decisão terminativa da ação, a aplicação de alguma postura ou ação que de fato garanta o direito em discussão até que haja a efetiva prestação

estatal na forma que deveria dar-se.

No caso específico da ADO 26 se pleiteou tanto a criação de um tipo penal pela decisão judiciária, a aplicação análoga do tipo penal disposta na Lei nº 7.716/1989 ou a expansão do conceito de racismo, através de hermenêutica, para abarcar a discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero, como possíveis formas de colmatação para o estado de omissão constitucional, uma vez que este fosse reconhecido pelos ministros do Supremo.

Os ministros entenderam que as duas primeiras opções eram impossíveis em razão de garantias legais presentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mas que a colmatação poderia sim ocorrer pela hermenêutica, através do recurso da interpretação conforme a constituição, uma forma de unificação de entendimento de determinados termos dentro do Judiciário. No caso em tela, aplicou-se tal recurso ao conceito de racismo, que deixou de ser apenas em razão de etnia, passando a abranger todos os socialmente vulneráveis, o que teve como consequência a proteção dos LGBTQIAP+ pela Lei nº 7.716/1989.

Os ministros do STF mostram mais uma vez que não entendem o Supremo como apenas uma corte que reconhece ou não direitos, presa à inércia, e controem uma posição de protagonista de fato para a garantia de direitos. Em contrapartida, movimentos sociais na busca de direitos enxergaram essa posição ativa dos ministros do Supremo Tribunal Federal e começaram a instrumentalizar as ações constitucionais para buscar seus direitos fundamentais, já que a maioria do Congresso Nacional vem trabalhando unicamente na concretização dos interesses dos grupos que os elegeram.

O Congresso Nacional de um lado no exercício de função típica, a atividade legiferante, responde apenas aos interesses da maioria que o elegeu, jogando para debaixo do tapete as pautas que colocariam parlamentares em uma situação complicada com esses eleitores. Os agentes que operaram junto à ADO 26 deixaram claro que houve sim, por ambas as casas do Congresso Nacional, uma atividade positiva para que as leis de proteção a LGBTQIAP+ fossem colocadas de lado, já que se demonstrou a

existência de inúmeros projetos de lei que tramitam por anos e nunca se tornaram leis de fato. Contudo, essa omissão não pode ser um óbice ao exercício de direitos fundamentais desses grupos, enquanto todos esses projetos de lei tramitam e são ‘empurrados com a barriga’, aqui fora pessoas reais sofrem violências, têm seus direitos negados e até mesmo são mortos.

A carta constitucional de 1988 é extremamente progressista na garantia de direitos fundamentais e na proteção da dignidade da pessoa humana. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, que possui o papel de guardião da Constituição, tem o dever de agir diante de qualquer afronta à norma maior. Diante dessa sua função, principalmente no que tange à garantia de direitos fundamentais aos grupos ditos minoritários, a Suprema Corte tem-se mostrado como instrumento na aquisição desses direitos. Por essa razão, percebemos, pelas análises dos votos da ADO 26, que os ministros buscam elevar o status do Judiciário, no sentido de caracterizá-lo como mais racional e crítico quando comparado aos demais Poderes. Mas, como mencionamos anteriormente, tal afirmação não pode ser considerada totalmente verdadeira.

Esses posicionamentos dos ministros são uma supervalorização da função do Judiciário. Esta, na verdade, entendemos, porém, ser fruto do próprio princípio constitucional da separação dos poderes e do equilíbrio entre eles, e não uma “superconsciência social” por parte de um Poder mais racional e técnico, como é sugerido nos votos dos ministros.

Se, de um lado, os membros do Congresso negligenciam, por meio da atividade legiferante negativa, inúmeros direitos, os membros do Supremo Tribunal Federal devem agir de forma ativa para garantir a máxima efetividade do texto constitucional. O “ativismo” do Supremo, nesse caso, nasceu de um clamor de grupos invisibilizados, que buscam nele uma forma de encontrar efetiva proteção do aparato estatal. A postura concretista e ativista do Judiciário, especialmente do Supremo, foi uma resposta a esse cenário de negligência legislativa e de clamor de grupos minoritários que buscam apenas viver com dignidade.

O Judiciário, mesmo que não seja composto por sujeitos que não se submeteram a um processo eleitoral para ocupar suas funções, ainda devem

se prender ao princípio da legalidade, devendo decidir com base nas leis que foram produzidas pelo Legislativo.

Em um sistema ideal, o Poder Judiciário deveria realizar unicamente o seu papel jurisdicional, deixando a atividade legiferante apenas para o Legislativo. Contudo, por não estarmos em um mundo ideal e ainda termos um Congresso Nacional povoado de ideias conservadores que se recusam a reconhecer direitos, faz-se necessário que ao menos um dos poderes olhe para grupos pouco representados e entenda que essas pessoas merecem uma vida digna e sejam protegidas pelo aparato estatal, já que, ao menos segundo o discurso normativo que o justifica, o Estado é feito para todos os cidadãos.

Mesmo reconhecendo que o Supremo é a instituição que tem feito esse movimento de proteção, nos casos de direitos de LGBTQIAP+, esses posicionamentos não são unicamente fruto da função contra majoritária do STF, muito menos do efetivo desejo dos ministros em garantir tais direitos, já que foram necessárias muita perseverança e pressão de organizações e movimentos sociais.

Por fim, insta esclarecer que, muito em razão de eu ser um estudante que se encontra finalizando a graduação em direito, um curso que acaba por ter um viés bastante dogmático e distante de práticas e metodologias de pesquisa, o desenvolvimento deste trabalho esbarrou em minhas limitações, próprias ao campo em que me formo. Mesmo que eu tenha me dedicado bastante ao estudo e à análise dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, buscado entender os argumentos que foram construídos e sustentados pelos ministros em seus votos, não consegui, conforme incialmente me propus e como eu gostaria de fazer, debruçar-me intensamente na literatura do campo dos estudos de gênero e sexualidade em relação ao Supremo Tribunal Federal. Com isso, de algum modo, eu acabei me prendendo aos argumentos apresentados pelos ministros em seus votos. Um próximo passo – que eu espero alcançar em trabalhos futuros – está na premência de, afastando-me metodologicamente do “direito”, defrontar-me analiticamente com suas lógicas tão características. Para tanto, certamente as pesquisas desenvolvidas no campo dos estudos de

gênero e sexualidade poderão oferecer interessantes caminhos compreensivos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 26.** Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.** Requerente: governador do estado do Rio de Janeiro. intdo. (a/s): Tribunais de Justiça dos estados; Assembléia Legislativa do estado do Rio de Janeiro. relator: ministro ayres britto. Rio de Janeiro, 05 de maio de 2011. Disponível em:<https://aliancalgbti.org.br/wp-content/uploads/2019/12/ADPF-132.pdf>. Acesso: 05 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Manifestação da AGU.** Peça 11 da ADO 26. 2018. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorp/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso: 05 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Manifestação da PGR.** Peça 61 da ADO 26. 2015. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorp/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso: 05 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733.** Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal, 13 de junho de 2019. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso: 05 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ofício nº 330/2014 - PRESID/ADVOSF.** Processo SF nº 00200.012020/2014-81. Brasília, 06 de novembro de 2014.. Relator: Ministro Celso de Mello. 2014. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorp/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso: 05 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial 65034, 2013.** Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2013. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpup/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso: 05 de março de 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

MELLO, Breno Marques de; SOUZA, Tuanny Soeiro. Filhos, família e ambientes honestos: gênero, sexualidade e (des)criminalização do consumo de drogas. **Rev. Direito e Práx.** Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020, p. 1166-1187. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50447>. Acesso: 05 de março de 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 38. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

RUIBAL, Alba. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: Inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal. **Rev. Direito e Práx.** Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020, p. 1166-1187. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/bYnPL7nMpYNmzL5wBRnNVpC/abstract/?lang=pt>. Acesso: 05 de março de 2022.

SILVA, Diogo Severino Ramos da; LIMA, Miqueias Alves de. A adoção da Teoria concretista pelo Supremo Tribunal Federal e os efeitos do mandado de injunção*. 2019. Artigo (Graduação) - UFPE, 2019;

VIEIRA, Adriana Dias; EFREM FILHO, Roberto. O rei está nu: gênero e sexualidade nas práticas e decisões no STF. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020, p. 1084-1136. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50699/33884>. Acesso 03 de março de 2022.