

A DECISÃO JUDICIAL NA ADO n° 26 E O MI n° 4.733 E A SUPRESSÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bernardo Silva de Seixas*, Rennan Faria Krüger Thamay**

RECEBIDO EM: 28.9.2020

APROVADO EM: 30.3.2021

LA DECISIONE GIUDIZIARIA NELL'ADO N. 26 E NEL MI N. 4.733 E IL RIMEDIO DELLA CORTE SUPREMA FEDERALE PER OMISSIONE INCOSTITUZIONALE

- **ASTRATTO:** Questo saggio analizza la sentenza della Corte Suprema brasiliana che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'omissione del Congresso Nazionale nella regolamentazione penal e del reato di transfobia. Il tema viene affrontato attraverso l'interpretazione e la *ratio decidendi* utilizzati in un precedente affrontato dalla stessa Corte. Il problema centrale di questo lavoro consiste nell'identificare l'argomento giuridico e sociale che ha permesso di criminalizzare il comportamento transfobico e i i fondamenti giuridici utilizzati dal giudice Celso de Mello. L'obiettivo generale è discutere come l'interpretazione giuridica abbia permesso di colmare il vuoto normativo e di consentire la realizzazione dei diritti fondamentali attraverso l'applicazione di specifiche tecniche interpretative della giurisdizione costituzionale. Attraverso un approccio ipotetico-deduttivo, si cerca di identificare le ragioni che giustificano l'applicazione della legge sul razzismo agli atti di transfobia.
- **PAROLE CHIAVE:** Giurisdizione costituzionale; omissione incostituzionale; criminalizzazione; transfobia.

* Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Fadisp). Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru). Especialista em Processo Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa, na Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (Ciesa). Graduado em Direito pelo Ciesa. Professor universitário da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas (Ufam), Escola Superior da Magistratura do Amazonas (Esmam) e Ciesa. Professor de Graduação em Direito da Ufam e do Ciesa. Assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. *E-mail:* seixas.bernardo@gmail.com

** Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e Università degli Studi di Pavia, na Itália. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Especialista em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor titular do programa de graduação e pós-graduação (doutorado, mestrado e especialização) da Fadisp. Advogado, árbitro, mediador, consultor jurídico e parecerista. *E-mail:* rennan.thamay@hotmail.com

• BERNARDO SILVA DE SEIXAS
• RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

- **RESUMO:** O presente ensaio busca dialogar com a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal que declarou a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em regulamentar penalmente o crime de transfobia. A delimitação da temática aborda o método de interpretação e a *ratio decidendi* contida na fundamentação do precedente firmado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. A problemática central deste texto é averiguar qual o argumento jurídico-social que permitiu a tipificação penal das condutas transfóbicas e qual a fundamentação utilizada pelo Ministro Celso de Mello. O objetivo geral é debater como a interpretação jurídica possibilitou a colmatação do vácuo normativo e permitiu a efetivação de direitos fundamentais mediante a aplicação de técnicas interpretativas específicas da jurisdição constitucional. A metodologia aplicada ao ensaio foi o hipotético dedutivo, com o qual se busca alcançar o argumento de legitimidade jurídica que autoriza a aplicação da lei do racismo aos atos de transfobia.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição constitucional; omissão inconstitucional; criminalização; transfobia.

SUPPRESSION OF OMISSION UNCONSTITUTIONAL FOR INTERPRETATION OF CONSTITUTIONAL MEANS: THE ADO 26 AND MI 4.733

- **ABSTRACT:** The present essay seeks to dialogue with the judicial decision of the Supreme Federal Court that declared the National Congress's unconstitutional omission to penalize the crime of transphobia. The delimitation of the theme addresses the method of interpretation and the *ratio decidendi* contained in the grounds of the precedent established by the top body of the Judiciary. The central problem of this text is to ascertain which is the legal-social argument that allowed the criminal classification of transphobic conducts and which is the reasoning used by Minister Celso de Mello. The general objective is to debate how the legal interpretation made it possible to bridge the normative vacuum and allow the realization of fundamental rights through the application of specific interpretative techniques of the constitutional jurisdiction. The methodology applied to the essay was the hypothetical deductive, which seeks to reach the argument of legal legitimacy that authorizes the application of the racism law to acts of transphobia.

- **KEYWORDS:** Constitutional jurisdiction; unconstitutional omission; criminalization; transphobia.

1. Introdução

A Constituição Federal (CF/88) estabelece que o Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito, que visa alcançar objetivos estipulados expressamente na constituição, e um de seus principais exemplos é a construção de uma sociedade justa, livre e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação nos termos do art. 3º (BRASIL, 1988, *on-line*).

Para alcançar tais objetivos institucionais, é imprescindível uma atuação do ente estatal na busca de garantir e efetivar direitos para os grupos minoritários da sociedade – denominados vulneráveis – que, entre outras características, caracterizam-se por grupos sociais que não têm influência nas decisões políticas do Estado, carecem de representatividade nos órgãos de poder, principalmente o legislativo, lidam com incipiente proteção jurídica e têm dificuldade de influência política nas tomadas de decisões do Estado.

Entre os inúmeros grupos vulneráveis existentes atualmente na sociedade brasileira, aos quais merecem toda proteção jurídica possível, este trabalho restringe-se à comunidade LGBTQIA+, que diuturnamente trava embates jurídicos para garantir normas protetivas específicas para o seu grupo social.

Uma das principais reivindicações desse grupo social é a criação de tipo penal específico para sua proteção física e psíquica diante dos inúmeros casos de agressões que sofrem por questões de intolerância, todavia, o Congresso Nacional, em que pese a existência de projetos de leis sobre essa temática, ainda não editou a legislação penal específica para coibir os atos de transfobia.

No vácuo ocasionado pela inércia do Legislativo, surge o Poder Judiciário como a última trincheira de garantia dos direitos fundamentais dos vulneráveis. Assim, com a provocação de legitimados ativos e ajuizamentos de ações judiciais, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) debruçaram-se sobre a questão referente à omissão inconstitucional do Congresso Nacional em tratar dos crimes de homofobia.

Aborda-se aqui, portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), assim como o Mandado de

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

Injunção (MI) nº 4.733, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, visando discutir, em controle concentrado e difuso, de forma concomitante, a questão da omissão legislativa inconstitucional a respeito da proteção penal dessa parcela minoritária da população brasileira.

Assim, a temática principal deste ensaio é a concretização de direitos fundamentais por intermédio da jurisdição constitucional exercida pelo STF como defensor dos direitos fundamentais da minoria e de grupos sociais vulneráveis da sociedade brasileira.

A delimitação da temática aborda o julgamento realizado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário no combate à omissão inconstitucional ocasionada pelo Congresso Nacional a respeito da ausência de norma penal para coibir atos transfóbicos.

Portanto, este trabalho se justifica em razão da luta social do grupo vulnerável reconhecidamente desprovido de legislações adequadas para a proteção de sua dignidade, assim como pela importante decisão do STF, que, utilizando-se dos instrumentos processuais e da interpretação constitucional, permitiu a aplicação de sanção penal prevista na Lei nº 7.716/89 para coibir atos de transfobia. Originalmente, essa lei define os crimes de preconceito de raça ou cor, mas, atualmente, também tem aplicabilidade para coibir condutas transfóbicas.

Restringindo à temática dessa obra, este trabalho objetiva verificar como os métodos de interpretação constitucional foram utilizados para colmatar a omissão inconstitucional reconhecida pelo STF e que permitiram a efetivação da proteção do grupo vulnerável transgêneros.

As problemáticas que orientam o trabalho são: quais são os métodos de interpretação constitucional utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADO nº 26 e MI nº 4.733? Qual a razão de decidir que legitimou a decisão do Supremo Tribunal Federal? Houve, de fato, a criação de tipo penal por decisão judicial? Há mandamento constitucional, expresso ou implícito, que imponha ao legislador o dever de criar uma norma penal para coibir condutas transfóbicas?

Visando responder às problemáticas apresentadas, orientando-se pelo método hipotético dedutivo, o primeiro tópico do trabalho abordará o atual estágio da função jurisdicional, bem como a força que as decisões judiciais, atualmente, exercem na regulamentação da sociedade brasileira e como a interpretação constitucional tem auxiliado os ministros do STF na concretização de direitos fundamentais.

Por sua vez, o segundo tópico analisará os julgados do STF a respeito da omissão constitucional em regulamentar tipos penais para uma parcela vulnerável da socieda-

de, fazendo menção à ADO n.º 26 e ao MI n.º 4.733. Ainda, de forma breve, serão abordadas as leis de regências dessas duas ações constitucionais, bem como as suas diferenças e semelhanças.

Por fim, serão analisados a decisão judicial e o método de interpretação constitucional que permitiu a efetivação dos direitos fundamentais dos transgêneros, buscando expressar quais foram os motivos, os fatores de decisão e a legitimidade constitucional do STF em proferir esse julgamento de grande relevo para a proteção da dignidade da pessoa humana e para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais de parcela minoritária da sociedade brasileira.

2. A jurisdição constitucional, a decisão judicial e a interpretação constitucional

A jurisdição constitucional é um mecanismo de proteção da supremacia da constituição, com o qual se cria um órgão com competência jurisdicional para proteção das normas constitucionais e do próprio texto constitucional.

Reyes (2009, p. 237-238) conceitua jurisdição constitucional como “[...] aplicação da Constituição, seja ela realizada por tribunais especializados ou por tribunais ordinários, e seja ela praticada de maneira concentrada ou difusa”.

Para além de um mecanismo de defesa - já que a jurisdição constitucional, entre inúmeras funções que exerce, protege a norma constitucional contra atos legislativos contrários aos seus ditames -, atualmente, os órgãos jurisdicionais, no exercício da jurisdição constitucional, têm se tornado verdadeiros fomentadores de direitos fundamentais, compelindo os demais poderes a atuar na efetivação das mais mezinhas garantias constitucionais.

No Brasil, essa função é exercida com preponderância pelo STF, que aglutina duas funções relevantes para o constitucionalismo aplicado no país; eis que exerce funções de corte constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário, tendo suas competências previstas no art. 102, CF.

Sobre esses modelos aglutinados de jurisdição constitucional Urbano (2012, p. 22) indica que:

registra-se atualmente uma tendência crescente para os modelos mistos ou compostos. Essa mistura ou combinação pode assumir diferentes formas ou graus. Pode, desde logo, consistir

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

tão simplesmente na consagração em simultâneo e portanto na coexistência dos modelos concentrados e difuso. Mas a mistura ou combinação pode ser de outro tipo, mais complexa ou profunda, assistindo-se a uma miscigenação dos dois modelos puros dentro do mesmo processo de fiscalização [...].

A ampla gama de competências concedidas ao STF tem motivado inúmeros discursos sobre eventuais excessos da corte constitucional brasileira, principalmente quando atua em matérias sensíveis à sociedade.

Reforça-se, ainda, que, notadamente, o principal instrumento de atuação da jurisdição constitucional é o controle de constitucionalidade. No entanto, tal entendimento não pode ser tomado como uma verdade absoluta, já que a competência da jurisdição constitucional vai além do controle de constitucionalidade, exercendo, por exemplo, a resolução dos conflitos entre os entes federativos.

Logo, não se pode criticar a atuação do STF nas mais diversas questões e decisões que foram tomadas por esse órgão do estado brasileiro, uma vez que essa atuação decorre do exercício da própria competência ou, eventualmente, da inércia dos demais poderes (Executivo e Legislativo) em exercer suas funções típicas.

A forma como o STF exerce as competências e influência na conduta social são as decisões judiciais. Ora, da mesma forma que o Executivo é detentor dos atos administrativos e o Legislativo atua mediante a expedição dos atos normativos primários, ao Judiciário, é conferida a decisão judicial como seu principal instrumento de exercício de competências.

Entre as inúmeras espécies de decisões judiciais, ganham relevo as decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, já que dotadas de particularidades que destoam das decisões judiciais ordinárias do Poder Judiciário no exercício da jurisdição intersubjetiva comum.

Ora, diferentemente das sentenças proferidas no âmbito da jurisdição comum, restrita às partes que ocuparam um dos polos da demanda, as decisões judiciais proferidas em controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, bem como têm eficácia *erga omnes*, não se limitando àqueles que propuseram a ação, mas se aplicando a todos os que se encontram na mesma relação jurídica.

Nesse cenário de amplas competências constitucionais e inúmeros efeitos da decisão judicial, constata-se, hodiernamente, uma vasta atuação do Poder Judiciário

na concretização dos direitos fundamentais, principalmente em questões tensas para a sociedade brasileira, tais como a questão do aborto.

Essa atuação do STF gera inúmeros debates a respeito de sua legitimidade, ocasionando grandes controvérsias sobre um suposto viés ativista do STF, já que o grau de legitimidade democrática desse órgão é diminuto, assim como uma possível afronta ao Estado democrático de Direito. Streck (2013, p. 114-115) reflete sobre essas questões e afirma que:

[...] as consequências mais importante tem [sic] sido a acentuada transferência do protagonismo do Poder Legislativo em direção à Justiça Constitucional, a ponto de autores como Alexy falarem de uma “omnipotencia dos tribunais”. Este deslocamento do polo de tensão em direção ao Poder Judiciário tem sido considerado por muitos como uma grave lesão ao princípio democrático. Em face disso, a pergunta é inevitável: como é possível que juízes, não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um poder Executivo também eleito?

Os questionamentos anteriormente mencionados são, de fato, relevantes para o estudo do Direito Constitucional, seja em razão da dificuldade de exercer controle dessas atuações do Poder Judiciário seja em virtude da possibilidade de concentração excessiva de poder que possa ocasionar uma deturpação funcional do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

No entanto, em que pese a existência de opiniões contrárias, certo é que o STF tem se posicionado sobre as grandes questões da sociedade brasileira, como a utilização de células troncos ou uso de *cannabis* para fins medicinais, em que se é inviável somente a crítica dessa atuação. Compete, porém, aos estudiosos do direito constitucional a busca das razões juridicamente relevantes para tentar legitimá-la, o que, inevitavelmente, tem ocorrido no ordenamento jurídico brasileiro muito mais por inércia dos demais poderes do que por uma vontade própria do STF; eis que não pode atuar de ofício, somente mediante provocação dos legitimados previstos pelo próprio texto constitucional.

Nesse cenário de ampla gama de competências novéis características à decisão judicial e inoperância dos demais poderes adicionam-se aos métodos hermenêuticos específicos para as normas constitucionais, cotidianamente aplicados pelos ministros do STF para superar inconstitucionalidades e impor a prevalência dos direitos fundamentais e dos valores contidos no texto constitucional, seja mediante aplicação desses

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

direitos expressamente previstos seja utilizando-se da interpretação para alcançar novas proteções jurídicas que surgem com a evolução social e não se encontram previstas expressamente no texto constitucional. Sobre essa perspectiva, leciona Georges Abboud (2016, p. 73):

Mudança radical também se opera na aplicação do direito, isto é, a jurisprudência passa a apreender valores na concretização e procedimentalização do direito, ou seja, sua atuação não é mais feita por mera subsunção de fatos a disposições normativas, e, sim, a concretização do direito, que, em cada caso, é sempre particular e único. Com o acesso hermenêutico, o intérprete passa a pertencer à própria compreensão e o *interpretandum* passa somente a existir na história factual da compreensão que gera.

Não se pode negar que a decisão judicial é instrumento de normatividade, assim como a lei e os princípios que se enquadram no conceito de norma jurídica, deve-se conceder *status* às atuais decisões do Poder Judiciário como norma jurídica.

Ora, desde as regras mais básicas de direito processual subjetivo, tem se constatado que o dispositivo da sentença, mediante o trânsito em julgado, define uma regra normativa para as partes litigantes do processo de forma definitiva, tornando-se imutável e de observância obrigatória ante o poder de império do Estado, somente se modificando em situações excepcionais e com expressa previsão legal, eis que a coisa julgada tem *status* de norma constitucional fundamental.

Soma-se a essa concepção tradicional a atual eficácia das decisões judiciais em controle concentrado de constitucionalidade, que permitem a regulamentação genérica e abstrata de uma questão decidida em tese, que se potencializa com o efeito vinculante e sua eficácia *erga omnes*, conforme alhures mencionado. Sobre essas características, importante é o escólio de Teori Zavascki (2012, p. 63):

Declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um preceito normativo abstratamente considerado, a sentença proferida em ação de controle concentrado irradia efeitos para todos os possíveis destinatários da norma. Ou seja: a sentença tem eficácia subjetiva *erga omnes*. E à força dessa declaração submetem-se, obrigatoriamente, as autoridades que têm por atribuição aplicar a norma questionada, vale dizer, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. [...] pode-se afirmar que o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada em relação a supervenientes atos administrativos e decisões judiciais [...].

Reforça-se, ainda, o argumento de decisões judiciais como norma jurídica, a atual sistemática contida no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, em seu art. 927, que prevê, entre inúmeras decisões judiciais vinculantes, serem de observância obrigatória as decisões de controle concentrado de constitucionalidade.

Contudo, o estudo da decisão judicial ganhou relevo com a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade e a infinidade de opções hermenêuticas possíveis para efetivar um direito fundamental, seja pelos novéis métodos interpretativos aplicados às normas constitucionais, seja pela própria estrutura dessas normas que, descritas como cláusulas abertas, permitem uma maior abertura ao intérprete do dispositivo normativo.

Assim, como os efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões judiciais do STF têm se constatado uma regulamentação geral e abstrata mediante decisões judiciais, principalmente em questões que tratam de omissão inconstitucional, com a qual a ausência de legislação motiva o ajuizamento de ações no Judiciário para disciplinar um fato que, em regra, é de competência do Congresso Nacional.

Os limites deste trabalho não permitem um estudo aprofundado das decisões judiciais com alto grau de normatização, somente se posiciona, nesse momento, pela imperiosa necessidade de readequar a classificação das normas jurídicas com esse importante instrumento que são as sentenças proferidas no exercício da jurisdição constitucional, buscando deslegitimar qualquer discurso de que as decisões do STF sejam antidemocráticas ou afrontam a separação dos poderes.

Portanto, o que se constata é que a decisão judicial, hodiernamente, deve ter o mesmo *status*, na teoria jurídica das normas brasileiras, juntamente com as leis *lato sensu* e os princípios.

Ainda, além dos efeitos das decisões judiciais oriundas do Poder Judiciário, principalmente aquelas com aplicação *erga omnes* e eficácia vinculante, alinhado ao fato da ampla competência do STF, a previsão constitucional de instrumentos processuais que permitem a interferência do Poder Judiciário na função típica do legislativo, surge a interpretação constitucional como motivadora de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Sobre a interpretação constitucional, importante é a constatação de Luís Roberto Barroso (2014, p. 347-348):

[...] A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurí-

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

dicas em geral - e as normas constitucionais em particular - trazem sempre entre si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Barroso leciona que os métodos de interpretação tradicional, gramatical, teleológico, sistemática, entre outros, não são suficientes para concretizar a interpretação das normas constitucionais, logo, defende a criação de métodos interpretativos próprios do texto constitucional, em virtude das particularidades que são inerentes às normas constitucionais, em especial a amplitude e a abstração do texto constitucional.

Ganha relevo nesse cenário, além da vasta aplicabilidade das teorias dos princípios, a atividade criativa da interpretação constitucional, aplicada principalmente pelo STF, mas não somente por ele, mediante a utilização dos novos meios de interpretação das normas constitucionais, em especial, a interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade, mutação constitucional, declaração de inconstitucionalidade como apelo ao legislador e declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Celso Bastos (2014, p. 189) menciona essa faceta criativa da interpretação constitucional e afirma que:

[...] a interpretação como sendo a atribuição de um significado, determinado por vários fatores, à regra legal, e considera a interpretação como uma atividade criadora similar ou análoga à do legislador. [...] Em toda a interpretação existe criação de direito.

Destarte, percebe-se a grande influência que hoje exerce o Poder Judiciário na efetivação da Constituição Federal, e existem inúmeros mecanismos que possibilitem aos órgãos do Poder Judiciário, e em especial ao STF, a atuação nessa concretização, utilizando-se das decisões judiciais e da interpretação constitucional para fundamentar e legitimar a atuação que, por certo, suscitam dúvidas quando defrontada com a tradicional separação dos poderes.

Todavia, em que pese recomendável e, por vezes, salutar, essa atuação deve encontrar limites sob pena de se tornar ilegítima. Nesse sentido, é posicionamento de Reyes (2020, p. 15):

Por activismo entiendo otra cosa: la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de las competencias de otros poderes del Estado. Ese activismo sí es relativamente frecuente, y debe criticarse. En cuanto a la laxitud interpretativa, me refiero a la que puede recaer tanto sobre la constitución como sobre las leyes, ya que a la justicia constitucional le corresponde la interpretación de la constitución y la interpretación constitucional de la ley. En ambos textos ha de producirse, pues, una actividad interpretadora que debe tener límites, pues, de lo contrario, los órganos de justicia constitucional no solo podrían suplantar al constituyente, sino también al legislador. Es cierto que la interpretación de la constitución, por el amplio grado de abstracción y generalidad inherentes a muchas de sus prescripciones, lleva consigo una alta dosis de recreación y adaptación de la norma a nuevas circunstancias, pero también es cierto que esa capacidad tiene un límite, que me parece que no es otro que el derivado del significado unívoco que algunos de los términos normativos puedan tener.

Assim, mesmo que existentes motivos legitimadores dessa atuação estatal do STF, deve haver uma observância de limites para que a decisão jurisdiccional não extrapole limites e possa não ter legitimidade constitucional, criando uma disputa nada salutar com as demais funções estatais.

Convém se questionar a existência e quais seriam esses limites ao STF? Ora, a existência de limites à atuação do STF se encontra no próprio texto constitucional e podem ser verificados na própria semântica das normas constitucionais.

Portanto, demonstrado o atual estágio da jurisdição constitucional e os seus principais instrumentos, bem como mencionando a existência de limites, examina-se de forma específica a atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação e concretização dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+ por intermédio da ADO nº 26 e o MI nº 4.733.

3. A ADO nº 26 e o MI nº 4.733

Ao analisar-se a questão referente às decisões judiciais e a interpretação constitucional, adentra-se à temática da jurisdição constitucional, principal instrumento de atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais.

Todavía, em razão dos limites deste ensaio, aborda-se, somente, os instrumentos processuais pertinentes ao combate às omissões constitucionais, ou seja, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

• BERNARDO SILVA DE SEIXAS
• RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

Como é cediço, o poder constituinte originário estabeleceu inúmeras normas constitucionais de eficácia limitada na Constituição Federal, a qual impõe aos poderes constituídos a obrigação de legislar sobre a matéria constitucional pendente de eficácia e aplicabilidade.

No entanto, mesmo sendo imprescindível um transcurso de tempo razoável para a concretização das normas constitucionais, o estado de inércia constitucional não pode se tornar abusivo e se configurar como concentrador de poder da função típica estatal - Poder Legislativo - em regulamentar as normas constitucionais.

Assim, estão previstos na própria Constituição Federal os instrumentos de combate à morosidade do Poder Legislativo, sendo eles o Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXXI, da CF, e regulamentado pela Lei nº 13.300/16 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com previsão no art. 103 e regulamentação na Lei nº 9.868/99.

Esses dois instrumentos são extremamente importantes para a jurisdição constitucional brasileira, já que potencializam a atuação do STF na concretização dos direitos fundamentais mediante decisão judicial e permitem uma ampla gama de aplicação dos métodos de interpretação constitucional.

Há muito se discute quais as diferenças e semelhanças entre esses dois instrumentos e qual o motivo de existirem dois instrumentos para combater uma mesma causa, ou seja, a omissão inconstitucional.

Existem duas razões para a criação do Mandado de Injunção, instrumento originalmente brasileiro, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A primeira delas é a coexistência dos modelos americano e europeu no ordenamento jurídico, mas a principal diferença reside nos efeitos de cada um desses instrumentos processuais.

Ora, os efeitos do Mandado de Injunção se encontram previstos no art. 8º da Lei nº 13.300/2016, que permite ao órgão de cúpula do Poder Judiciário o seguinte:

Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

- I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
- II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Assim, diante da mora do Legislativo, a jurisprudência adotou a teoria concretista ao Mandado de Injunção, já aplicada pelo STF, antes da vigência da Lei nº 13.300/2016.

Essa teoria consiste em possibilitar que o Poder Judiciário, diante das omissões inconstitucionais, conceda eficácia à norma constitucional ante a falta de regulamentação legal, conforme se constata do art. 8º, II, da Lei nº 13.300/16.

Sobre os efeitos da decisão do Mandado de Injunção, são os ensinamentos de Abboud (2016, p. 356):

A decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de normatividade consiste em categoria que sistematizamos de maneira individualizada, isto é, refere-se às decisões de procedência do mandado de injunção. [...] As decisões que declaram a inconstitucionalidade e pronunciam a normatividade diferenciam-se das sentenças aditivas e substitutivas porque nestas existe um texto legal ao qual será adicionado/substituído o texto proferido pelo STF. Nas decisões que dão provimento ao MI, não existe texto normativo, até porque, se existisse, o MI perderia seu objeto. Assim, ao ser julgado procedente o *mandamus*, o STF declara a situação de inconstitucionalidade em razão da omissão legislativa e profere o *modus faciendi* para efetivar determinado direito, ou seja, o STF, diante da omissão legislativa, declara a normatividade necessária para que seja exercido determinado direito. Essas são as decisões em que o STF mais se aproxima da atuação legislativa [...].

Com isso, os primeiros julgados que deram origem à teoria concretista do Mandado de Injunção, respectivamente os MIs nº 670, 708 e 712, que diante da contínua inércia dos parlamentares em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, o STF, mediante decisão judicial, garantiu que esse direito fundamental previsto no art. 37, II, da CF, pudesse ser usufruído por esses trabalhadores, concedendo também uma aplicação extensiva às normas contidas na Lei nº 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores em geral.

Dessa forma, o Judiciário, diante da mora do Legislativo e da ausência de uma norma regulamentadora específica para esses casos, concretizou o direito fundamental à greve inserido no texto constitucional.

Essa evolução acarretou uma mudança nos limites do Mandado de Injunção e expandiu a sua forma de aplicação para colmatar as omissões inconstitucionais, sendo, desde então, utilizada em outras decisões em sede de Mandado de Injunção, acarretando a sua aplicação também no MI nº 4.733 ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, que é o assunto deste ensaio.

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

Nesse sentido, é a posição de Bernardo Silva de Seixas (2016, p. 168-169):

[...] a [...] corrente, designada de concretista, advoga a tese que o mandado de injunção é instrumento hábil para afastar o estado de omissão e defere ao Poder Judiciário a possibilidade de regulamentar o direito subjetivo contido na norma constitucional. [...] há a concessão de efeito constitucional à decisão oriunda de um mandado de injunção, pois esta irá regulamentar a questão jurídica que estava impossibilitada de ser exercida por falta de norma regulamentadora. [...] frisa-se que esta corrente torna o órgão competente para julgar o mandado de injunção extremamente ativista.

Essa possibilidade de regulamentação de omissão inconstitucional, por meio da teoria concretista do Mandado de Injunção, permitiu que o STF, com o MI nº 4.733, regulamentasse a ausência de norma específica para os crimes que envolvem preconceito em decorrência da orientação sexual.

Esse ato de natureza judicial ocasionou a criminalização da homotransfobia até que o Congresso Nacional edite uma norma regulamentadora, tendo equiparado os atos de repulsa aos homossexuais e transgêneros ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/1989; eis que aqueles atos se enquadram como uma conduta de racismo social.

Dessa forma, percebe-se uma postura proativa do STF na garantia da efetivação dos direitos fundamentais pendentes de regulamentação específica, utilizando-se da interpretação constitucional para isso, uma vez que, a partir das técnicas interpretativas, é possível garantir direitos à parcela minoritária da sociedade.

Além do mais, conforme mencionado, outra forma de combate à omissão inconstitucional é mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, estabelecida no § 2º art. 103 da CF/88, e regulamentada pela Lei nº 9.868/99:

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

Diferentemente do MI, que é cabível para tutelar a falta de regulamentação de direitos fundamentais de forma restrita àqueles que participaram da demanda, já que é um instrumento do controle difuso de constitucionalidade, a ADO é utilizada para

realizar o apelo ao legislador, ou seja, cientificá-lo de sua morosidade para que possa exercer suas competências constitucionais.

Dessa forma, diante da inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da transfobia, o Partido Popular Socialista ajuizou a ADO nº 26, que foi julgada em conjunto com o MI nº 4733, ante a maior amplitude da decisão injuncional, eis que o art. 8, Lei nº 13.300/16 permite uma maior regulamentação pelo órgão do Poder Judiciário.

Por esse motivo, a ADO nº 26 teve como objetivo o reconhecimento formal por parte do STF da falta de regulamentação que protege, criminalmente, o grupo social LGBTQIA+.

Ultrapassados os estudos dos mecanismos processuais que permitiram a proteção de direitos fundamentais por parte do STF, busca-se verificar qual o método hermenêutico aplicado pela corte constitucional brasileira.

4. A decisão judicial como instrumento de efetivação de direitos fundamentais mediante a aplicação dos métodos interpretativos constitucionais

Verificado o procedimento aplicado ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, abordam-se a decisão judicial e a fundamentação proferida pelo Supremo Tribunal Federal que permitiu a criminalização da transfobia.

Questão de relevo inicial sobre a temática abordada é: quais normas constitucionais o Congresso Nacional afrontou ao não debater projetos de leis que visam criminalizar atos de transfobia?

As normas-parâmetro da Constituição Federal arguidas como desrespeitadas foram os incisos XLI e XLII do art. 5, CF/88, eis que, no entender dos legitimados ativos que ajuizaram a ação, essas normas de natureza fundamental determinam a criação de mandamentos legais criminalizadores para evitar discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e coibir a prática do racismo, logo, incluso atos contrários ao grupo social vulnerável LGBTQIA+.

Em todo julgamento que visa coibir omissões inconstitucionais, sempre se faz necessário analisar, previamente, a existência dessa afronta à Constituição Federal, que ocorre por ato omissivo, principalmente, mas não exclusivamente, do Congresso Nacional.

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

Sobre Omissão Inconstitucional, é o escólio de Jorge Miranda (2012, p. 406):

O juízo de inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstrato, mas somente em concreto, balizada entre determinados factos, estes de sinal positivo. A ausência ou insuficiência na norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa, e cuja duração, maior ou menor, será prefixada – muito raramente – pela própria Constituição ou depende da natureza das coisas ou seja, de natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com a situação da vida que esteja a verificar-se à sua margem (inclusive, a situação que, à sua margem, seja por acção, o legislador ordinário a criar).

No capítulo do voto que reconheceu a omissão inconstitucional, o Ministro Relator indicou quais as razões o levaram ao reconhecimento do estado de inércia do Poder Legislativo para cumprir com a determinação constitucional:

O exame do quadro delineado nos presentes autos evidencia a existência, na espécie ora em análise, denexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo, de outro, cuja edição se revela necessária à punição de atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de violência contra a pessoa em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A hipótese versada nesta ação constitucional traduz – como precedentemente enfatizado no douto parecer do Ministério Público Federal – uma típica situação de desrespeito à Lei Fundamental, por omissão normativa unicamente imputável ao Congresso Nacional, eis que – decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da Carta Política –, esta, no que concerne à discriminação contra homossexuais e transgêneros, ainda não constituiu objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT (BRASIL, 2019).

Percebe-se, portanto, que ocorreu uma conjunção de dois fatores para a ocorrência da inconstitucionalidade por omissão, primeiro, a ordem expressa da Constituição para coibir atos discriminatórios e, por fim, a inegável omissão do Poder Legislativo em exercer sua função típica e abusar do poder a ele conferido pela Constituição em regulamentar as normas constitucionais, eis que já se passaram mais de 30 anos da promul-

gação do texto constitucional e ainda não existe uma legislação penal criminalizadora de conduta transfóbica.

Reforça, ainda, o estado de inércia do Legislativo a existência de inúmeras legislações penais protetivas de grupos minoritários já aprovadas pelo Congresso Nacional, tais como negros, mulheres, idosos, entre outros, não sendo razoável que apenas um único grupo social não tenha uma legislação penal específica.

Ainda, o Ministro Celso de Mello afastou o argumento de impossibilidade de criminalização da transfobia via decisão judicial, suscitado pelo Congresso Nacional, sob o argumento de usurpação de competências legislativas do Poder Legislativo.

A fundamentação jurisdicional utilizada para afastar qualquer argumento de que o Poder Judiciário estava usurpando competência do Poder Legislativo foi o fato que, pelas regras constitucionais atuais, não compete ao STF exercer a função de legislador positivo, sendo-lhe permitido somente exercer a função de legislador negativo, ou seja, de verificar a compatibilidade ou não de um ato normativo oriundo do Poder Legislativo e proteger a constituição contra atos inconstitucionais, atuando como um legislador com sinal contrário, em vez de criar um ato normativo, retira sua eficácia, pois afronta as normas parâmetros contidas no texto constitucional.

A função de legislador negativo é abordada por Seixas (2016, p. 51-52) da seguinte maneira:

A função de legislador negativo das Cortes Constitucionais é exercida no momento em que é proferida uma decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo infraconstitucional, haja vista que um dos efeitos desta declaração é tornar inválida a lei que afronta a Constituição. Recebe o adjetivo de negativo em virtude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, porém, pode-se fundamentar esta qualificação do juiz constitucional de outra forma, pois este se encontra impossibilitado de inovar no ordenamento jurídico através de suas decisões, atribuição dada, somente, aos Parlamentares que compõem o Poder Legislativo.

De fato, mesmo que a utilização de instrumentos normativos pelo Supremo Tribunal Federal possa existir uma semelhança à atuação do legislador, ante a possibilidade de ampliação e interpretação analógicas das normas jurídicas, o exercício de função normativa de forma positiva pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário é vedado, não se configurando a atuação do STF na aplicação e interpretação da norma constitucional como uma função legislativa, eis que afrontaria o postulado da separação de poderes e,

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

ainda, no caso específico da criminalização da transfobia, o princípio constitucional que somente reserva à lei em sentido estrito a possibilidade de tipificar penal determinada conduta da sociedade.

Sobre a impossibilidade de criação de conduta típica penal por decisão judicial e impossibilidade de exercício de função legislativa pelo Poder Judiciário, são as palavras do Relator:

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo [...], para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento. Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. [...] por oportuno, que a reserva de lei [...] traduz postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos) [...]. (BRASIL, 2019).

Ainda, afastou o argumento, também suscitado nas informações do Congresso Nacional, de que não se poderia utilizar das sentenças aditivas no caso da criminalização da transfobia. Ora, as sentenças aditivas são para Moraes (2009, p. 26):

[...] figuram como categoria de sentenças manipulativas. Segundo a doutrina, às clássicas funções de valoração (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), pacificação (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e ordenação (força erga omnes da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a função de reparação ou de restauração correctiva da ordem jurídica afectada pela decisão de inconstitucionalidade.

Esta modalidade de sentença possui a peculiar função de permitir novas hipóteses de incidência para normas que originalmente não se destinavam a regular a questão suscita ao Poder Judiciário, ou seja, o legislador produz a norma para determinado fato jurídico, todavia não regulamenta fatos jurídicos semelhantes ou análogos, seja por posição política, seja por ausência de debate no processo legislativo, circunstância que,

ao se prolatar uma sentença aditiva, é possível a regulamentação do omissivo mediante aplicação de uma legislação então vigente.

O Ministro Relator afastou o argumento de impossibilidade de utilização de sentenças aditivas, pois, para formar a convicção sobre a patente de inconstitucionalidade do Congresso Nacional, nem era necessário se utilizar de pronunciamentos aditivos, bastando a utilização de critérios hermenêuticos próprios da jurisdição constitucional, principalmente se utilizando do método de interpretação conforme a Constituição.

As razões ora expostas bem demonstram que a interpretação veiculada neste voto, por meramente adequar, mediante reconhecimento de sua identidade conceitual, comportamentos homofóbicos e transfóbicos à norma de tipificação penal que define a prática do racismo, permitem constatar que referidas condutas ilícitas ajustam-se à noção de racismo em sua dimensão social, não havendo que se cogitar, por isso mesmo, da existência, no caso, de sentença desta Corte Suprema que se qualifique como provimento jurisdicional de caráter aditivo. Inaccolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva, conforme sustenta o Senado Federal, pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente (“caso Ellwanger”), que observou, na espécie, o próprio sentido que emergiu dos debates travados no seio da Assembleia Nacional Constituinte [...]. (BRASIL, 2019).

Portanto, o argumento do ministro relator foi de que a decisão proferida no MI nº 4.733 e na ADO nº 26 não se encaixa no conceito de sentenças aditivas, sendo suficiente a aplicação de técnicas interpretativas ao vocábulo racismo previsto na Lei nº 7.716/89.

Adentrando-se, de forma específica, na razão de decidir e qual método de interpretação aplicável no julgamento histórico do STF, é importante citar, primeiramente, o método interpretativo aplicado pelo Ministro Relator.

Segundo a fundamentação, foi aplicado o método de interpretação conforme a Constituição, tendo como argumento principal as diversas formas de interpretar o vocábulo racismo, contido em lei penal vigente desde 1989.

Ora, a interpretação conforme a Constituição é um mecanismo específico das normas constitucionais, sendo autônomo em relação aos métodos tradicionais de in-

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

interpretação das regras, não havendo, no atual estágio do constitucionalismo, quem impeça qualquer órgão do Poder Judiciário de exercer a interpretação, eis que há muito tempo deixou-se de aplicar a crença limitante de que os juízes são meras bocas de lei.

O intérprete, quando aplica a técnica de interpretação conforme a Constituição, depara-se com inúmeras interpretações de uma mesma disposição normativa, com a qual, entre inúmeras interpretações possíveis, ou seja, de uma margem de discricionariedade permitida pelo próprio texto sob interpretação, busca-se alcançar a interpretação do ato normativo que mais se enquadre nos desígnios contidos no texto constitucional, seja em suas regras, de natureza fundamental, seja em seus princípios, expressos e/ou implícitos, ou em seus objetivos constitucionais.

Sobre a interpretação conforme a constituição, Malfatti, Panizza e Romboli (2013, p. 333-334) afirmam:

Il riconoscimento in capo ai giudici comuni del potere di interpretazione conforme ossia di interpretare la legge alla luce dei principi costituzionali, discende direttamente dalla natura normativa della costituzione. Esigenze legalle alle condizioni storico-politiche del momento, alla non ancorar acquisita sensibilità costituzionale della magistratura, alla necessità di realizzare un determinato modello di giustizia costituzionale, hanno condotto, in una prima fase, a suggerire l'accentramento dell'attività di interpretazione conforme in capo alla corte. Questa [...] ha ritenuto di sollecitare, con sempre maggiore insistenza, una presenza attiva dei giudici non solo nel momento propositivo, ma anche in quello risolutivo dei problemi di costituzionalità, attraverso l'utilizzo appunto dell'interpretazione conforme. Il richiamo al diritto vivente aveva già indubbiamente subito, oggettivamente, una perdita di significato a seguito dell'avveunuta eliminazione dell'arretrato e della possibilità quindi che in certi casi la Corte si trovasse a decidere su leggi appena approvate, sulle quali pertanto no si era potuto formare una giurisprudenza, tanto meno consolidata, nonché in conseguenza dei confini sempre abbastanza vaghi della sua definizione, per cui ne era derivato, in capo alla Corte, un ampio margine di discrezionalità [...].

Portanto, quando se utiliza do método de interpretação conforme a Constituição, deve-se buscar, para afastar qualquer escolha discricionária e sem fundamentação constitucional, argumentos jurídicos contidos no próprio texto constitucional para legitimar a escolha, que, novamente, se ressalta, decorre e se limita pela própria norma objeto de interpretação.

Assim, utilizando-se da margem de discricionariedade permitida pela própria técnica de interpretação, ao se buscar um sentido para a palavra racismo se constata, inicialmente, que tem natureza polissêmica, ou seja, da mera leitura do vocábulo, não é possível se abstrair um único significado, logo, existindo amplas formas de interpretar e aplicar a norma penal.

Ainda, a partir dessas diversas interpretações possíveis, deve-se buscar aquela que concretize e se compatibilize com os princípios basilares da República Federativa do Brasil e seus objetivos fundamentais, previstos respectivamente nos arts. 1º e 3º, CF, principalmente aquele que conduz ao Estado brasileiro na construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

Ainda, reforça seu argumento no sentido de que o racismo é uma questão combatida em plano internacional, suscitando inúmeros tratados internacionais que visam coibir atos de natureza discriminatória, fato que se compatibiliza com os ditames do art. 4º, CF:

A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada. Na verdade, o exame do conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração de Durban e Programa de Ação (2001) entre outros – revela que a comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância que, representando a negação da igualdade e da dignidade que qualificam os seres humanos, fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais. [...] (BRASIL, 2019).

Assim, ao se aplicar a interpretação conforme a Constituição e interpretando a palavra racismo de forma a englobar inúmeras condutas sociais discriminatórias, não se

- BERNARDO SILVA DE SEIXAS
- RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

restringindo o racismo às questões fundadas em critérios antropológicos ou biológicos, chegou-se ao denominado racismo social.

Entendo, [...] que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas. (BRASIL, 2019).

Portanto, o STF chegou à conclusão e fundamentou sua decisão em uma interpretação legitimamente possível do vocábulo racismo, uma vez que é possível depreender e incluir nessa palavra, além dos atos decorrentes da raça ou origem de uma pessoa, os atos que segregam determinado grupo vulnerável em virtude do gênero, caracterizando o denominado racismo social.

Ainda, não se pode alegar qualquer vício de discricionariedade na escolha da melhor forma de interpretar o núcleo do tipo penal, pois, da interpretação legitimamente possível, conjugando-se com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o objetivo da República Federativa do Brasil na criação de uma sociedade justa, livre e solidária, comprometida com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação é constitucionalmente possível a criminalização da transfobia com aplicação da Lei nº 7.716/89.

5. Conclusão

As problemáticas que orientaram esse trabalho foram: qual foi o método de interpretação constitucional utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da

ADO nº 26 e MI nº 4.733? Qual a razão de decidir que legitimou a decisão do Supremo Tribunal Federal ao criminalizar penalmente a conduta transfóbica? Houve, de fato, a criação de um novo tipo penal por decisão judicial?

No primeiro tópico deste ensaio buscou-se suscitar reflexões sobre as espécies de normas jurídicas aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, analisando, especificamente, a decisão judicial e os seus atuais efeitos na sociedade brasileira, seja nos conflitos intersubjetivos, resolvidos pela jurisdição comum, seja nos pronunciamentos proferidos pelo STF, no exercício da denominada jurisdição constitucional.

Neste capítulo, concluiu-se que o STF exerce inúmeras influências com suas decisões judiciais, interferindo diretamente na forma de atuação de pessoas que compõem a sociedade brasileira.

Portanto, sendo de grande relevo observar a forma de atuar do órgão de cúpula do STF, assim como a fundamentação dos seus julgados e as técnicas interpretativas utilizadas, eis que, mesmo sendo o órgão máximo de uma função estatal, o STF deve observar os limites fixados no próprio texto constitucional, não podendo usurpar atribuições de outras funções ou se exceder no exercício da jurisdição, seja a comum ou a constitucional, sob pena de incorrer em grave atentado à Constituição Federal.

O segundo tópico analisou o Mandado de Injunção nº 4.733 e a ADO nº 26, ações que tramitaram no Supremo Tribunal Federal e debatiam a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em regulamentar penalmente os atos de transfobia.

Em sucintas palavras, concluiu-se que tais instrumentos exercem função ímpar no ordenamento jurídico pátrio, principalmente em virtude de inércia dos poderes competentes para regulamentar questões sensíveis à sociedade brasileira, com potencial para gerar inúmeras repercussões negativas aos Parlamentares que, por vezes, evitam debater pontos importantes da sociedade brasileira com receio de perderem parcela de sua popularidade e não serem eleitos para mandatos vindouros.

Por fim, no terceiro tópico analisou-se a fundamentação contida no voto do relator Ministro Celso de Mello, em que se encontrou as problemáticas que motivaram este ensaio, assim como, por meio de uma legitimação democrática indireta, os motivos sociais que levaram o STF a concretizar, via interpretação jurídica, a proteção de direitos fundamentais de parcela minoritária da sociedade.

Da fundamentação, abstrai-se o método utilizado para conceder procedência às ações constitucionais ajuizadas, pois constatou-se a utilização da interpretação conforme a constituição para resolver a omissão causada pelo Poder Legislativo brasileiro.

• BERNARDO SILVA DE SEIXAS
• RENNAN FARIA KRÜGER THAMAY

A razão de decidir que fundamentou a decisão do STF foram as inúmeras possibilidades interpretativas da palavra racismo, eis que um vocábulo polissêmico, com o qual é possível preencher a conduta típica coibida mediante lei em sentido estrito desde 1989, com inúmeras formas de discriminação ou tentativas de diminuição da dignidade de qualquer pessoa.

Logo, os princípios constitucionais da igualdade, assim como o objetivo de criação de uma sociedade justa, livre e solidária e o mandamento, de natureza fundamental, de criminalização para coibir qualquer conduta de natureza discriminatória, em harmonia com a técnica de interpretação conforme a Constituição, legitima a atuação do Supremo Tribunal Federal como última trincheira da sociedade.

Por fim, o argumento de que houve criação de tipo penal por decisão judicial não prospera, primeiro porque o STF observou o princípio da legalidade restrita, uma vez que a lei que coíbe o racismo é existente e aplicável no Estado brasileiro desde 1989.

Ainda não há como comparar ou equiparar a decisão judicial proferida nas ações constitucionais ao ato normativo primário genérico e abstrato oriundo do Poder Legislativo, logo, não se sustentam os argumentos de que a decisão judicial do STF tenha afrontado o princípio da separação de poderes, pois não houve criação de norma penal via decisão judicial com aplicação de interpretação judicial, mas, tão somente, a compatibilidade de uma conduta social, denominado racismo social, que afronta direitos fundamentais e viola a dignidade humana, sendo, portanto, legítima constitucionalmente a conduta adotada pelo Supremo Tribunal Federal, eis que, atuando como última trincheira da cidadania, visa a preservação e proteção da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASTOS, C. R. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 maio 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 3 maio 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 3 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator Celso de Mello. *Diário de Justiça* nº 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 27 maio 2020.

MALFATTI, E.; PANIZZA, S.; ROMBOLI, R. *Giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2013.

MEYER, E. P. N. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

MORAIS, C. B. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, C. B. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional: estudos luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009.

REYES, M. A. El futuro de la justicia constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional: *Centro de Estudios Políticos e Constitucionales*. Madrid. v. 1, n. 23. 2019. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/73075>. Acesso em: 3 maio 2020.

REYES, M. A. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2 ed. Madrid, 2009.

SEIXAS, B. S. *Inconstitucionalidade por omissão: a proteção da constitucionalidade contra o silêncio do legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

URBANO, M. B. *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

ZAVASCKI, T. A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.