

Mônia Clarissa Hennig Leal\* (Brasil)  
Maria Valentina de Moraes\*\* (Brasil)

## O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26)\*\*\*

### RESUMO

Frente às relações entre os Poderes Legislativo e Judiciário, marcadas por debates acerca dos espaços de atuação e de decisão de cada Poder, questiona-se, a partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que criminalizou a homofobia, equiparando-a ao crime de racismo: quais os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na construção da sentença? Pode-se afirmar que a decisão do mais alto tribunal brasileiro se sustenta na omissão legislativa como violadora de

---

\* Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls-Universität-Heidelberg e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. [moniah@unisc.br](mailto:moniah@unisc.br). <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>.

\*\* Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista PROSUC/CAPES e bolsa CAPES, Edital PGCi nº 02/2015. [mariavalentina.23@hotmail.com](mailto:mariavalentina.23@hotmail.com). <https://orcid.org/0000-0002-2747-9694>.

\*\*\* Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

derechos fundamentales e na inexistência de desrespeito aos limites de atuação jurisdiccional pela possibilidade de superação da decisão por parte do Congresso Nacional.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26; Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial.

## **The Brazilian Supreme Federal Court: between activism and legalism in the protection of the rights of vulnerable groups. Analysis of the decision that criminalized homophobia (Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) 26)**

### **ABSTRACT**

Taking into consideration the relationship between the Legislative and Judicial branches, marked by debates on the scope of the actions and decisions reserved to each one, this article asks, based on an analysis of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26, which criminalized homophobia by equating it to the crime of racism, "What are the arguments used by the Supreme Federal Court in the construction and substantiation of its decision?" It is possible to affirm that the decision of the highest court of the country was based on the legislative omission as a violation of fundamental rights and on the non-existence of disrespect for the limits of jurisdictional action, in order to leave open the possibility that the National Congress would overrule it, by legislating on the matter.

**Keywords:** Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26; Brazilian Supreme Federal Court; judicial activism.

## **Das Oberste Bundesgericht Brasiliens zwischen Aktivismus und Gesetzesbindung beim Schutz der Rechte gefährdeter Gruppen: Analyse der Entscheidung über die strafrechtliche Verfolgung von Homophobie (ADO 26)**

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Anlässlich der Diskussion über die Beziehungen zwischen Legislative und Judikative, die im Zeichen der Debatte über die jeweiligen Tätigkeits- und Entscheidungsbereiche steht, wird auf der Grundlage einer Analyse der direkten Klage auf Verfassungswidrigkeit wegen Unterlassung Nr. 26 und deren Strafandrohung gegen Homophobie – die damit dem unter Strafe stehenden Rassismus gleichgestellt wird – der Frage nachgegangen, auf welche Argumente sich das brasilianische Oberste Bundesgericht bei der Erstellung und Begründung seines Urteils gestützt hat. Dazu ist festzustellen, dass die Entscheidung des obersten brasilianischen Gerichtes mit der Unterlassung des Gesetzgebers und der daraus resultierenden Grundrechtsverletzung begründet wird, ohne dass in die Gesetzgebungskompetenz eingegriffen wird, womit der Kongress weiterhin die Gelegenheit hat, durch eine Durchführungsregelung aktiv zu werden.

**Schlagwörter:** Direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit wegen Unterlassung Nr. 26; brasilianisches Oberstes Bundesgericht; juristischer Aktivismus.

## Introdução

A falta de disposições legais criminalizando condutas homofóbicas e transfóbicas, além de mobilizar a sociedade – que se manifestou pedindo a criminalização da LGBTfobia através das campanhas [#criminalizaSTF](#) e [#ÉCrimeSim](#)<sup>1</sup> – foi levada à pauta jurídica por meio do Mandado de Injunção n.º 4733<sup>2</sup> e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26,<sup>3</sup> julgados conjuntamente no dia 13 de junho de 2019. Os debates sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal e críticas a eventual posicionamento como legislador positivo já figuravam em discussões doutrinárias, acadêmicas e jurisprudenciais, vindo a intensificar-se, com a decisão, também na arena social.<sup>4</sup>

A decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, por maioria dos votos, criminalizou a homofobia, equiparando-a ao crime de racismo, disciplinado na lei 7.716/89. Tomando-se por base os argumentos aduzidos e considerando-se as críticas quanto à postura ativista do Poder Judiciário, cabe questionar, então: quais os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na construção da decisão? Utiliza-se, para responder o questionamento proposto, o método de abordagem dedutivo e de procedimento analítico, buscando-se analisar os fundamentos apresentados na decisão do mais alto tribunal brasileiro sobre o tema.

Inicia-se abordando, no primeiro tópico, aspectos conceituais e categorias teóricas centrais ao debate, como supremacia judicial, ativismo judicial, judicialização da política e juristocracia, para, então, tratar-se especificamente sobre a autocontenção

---

<sup>1</sup> As *hashtags* figuraram entre os *trend topics* do Twitter, com manifestações de anônimos, figuras públicas e também políticas. Sobre as manifestações quanto ao tema e a repercussão das campanhas, ver <https://twitter.com/hashtag/criminalizastf> e <https://twitter.com/hashtag/%C3%A9crimesim>.

<sup>2</sup> O Mandado de Injunção foi impetrado pela ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, tendo como Relator o ministro Edson Fachin, estando em tramitação desde o ano de 2012 e possuindo como *amicus curiae* o Grupo Dignidade – pela cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Mais informações sobre o Mandado de Injunção 4733 podem ser acessadas em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>.

<sup>3</sup> A proposição da ADO n.º 26, no ano de 2013, foi do PPS (Partido Popular Socialista), tendo o ministro Celso de Mello como relator da ação e a habilitação de onze *amicus curiae*, dentre eles: Grupo Gay da Bahia (GGB), Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), Frente parlamentar “mista” da família e apoio à vida, Conselho Federal de Psicologia e a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Mais informações sobre o andamento processual da ADO podem ser acessadas em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>.

<sup>4</sup> Também a [#NãoCriminalizaSTF](#) figurou entre os *trend topics*, com manifestações contrárias ao julgamento, tanto no sentido de que não há crime, quanto no de que cabe ao Poder Legislativo legislar. Nesse sentido: <https://twitter.com/hashtag/n%C3%A3ocriminalizastf>.

judicial e a margem de apreciação legislativa como vertentes divergentes das primeiras. Por fim, analisa-se a natureza constitucional da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, os limites de interpretação e aplicação da Constituição, a omissão legislativa e os argumentos apresentados na decisão no que toca à proteção de grupos vulneráveis, a fim de se discutir se foi adotada uma postura ativista por parte do Supremo Tribunal Federal ao equiparar a homofobia ao crime de racismo.

## 1. Supremacia judicial, judicialização da política e ativismo frente à autocontenção e à margem de apreciação do legislador diante da omissão legal

A realização do controle de constitucionalidade das normas, seja na forma difusa ou concentrada, é característica marcante do cenário brasileiro estruturado no Estado Democrático de Direito. Contudo, embora esse papel venha sendo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, as críticas à sua atuação mostram-se sempre atuais. Diante disso é essencial que se discutam os fundamentos deste controle e que sua operacionalização seja objeto de reflexão constante.<sup>5</sup>

Assim, “a questão da sua legitimidade perpassa não tanto pela discussão acerca dos seus limites, mas, antes, pela discussão de suas possibilidades, isto é: por *como* se dá esse controle”<sup>6</sup>; até porque é necessário reconhecer que não há procedimento decisório perfeito, seja ele legislativo ou decorrente de uma revisão judicial, existindo, por vezes, dissonâncias quanto ao que resultou do procedimento decisório adotado.<sup>7</sup>

Reside nesse ponto, justamente, uma das principais dificuldades de caracterização do ativismo judicial, muitas vezes identificado com o nível de satisfação social em relação à decisão – ativista quando contraria a decisão esperada e fundamentada na interpretação constitucional quando satisfaz algum anseio social. A jurisdição, nos dias atuais, em razão de múltiplos fatores, não se restringe a cumprir com uma função meramente negativa – como a idealizada por Kelsen ao defender seu modelo de controle de constitucionalidade –, convertendo-se em um mecanismo construtivo e criativo,<sup>8</sup> o que não significa, contudo, que essa modificação quanto aos aspectos interpretativos – com uma potencialização da interpretação, que é marca

<sup>5</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), 99.

<sup>6</sup> Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta*, 203, grifado no original.

<sup>7</sup> Jeremy Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, em *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. por Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 119.

<sup>8</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal, “Neoconstitucionalismo, judicialización y actuación del Supremo Tribunal Federal brasileño en el control jurisdiccional de Políticas Públicas”, en *Teoría*

identificadora do constitucionalismo democrático – conduza, obrigatoriamente, à adoção de posturas ativistas. Há que se ter presente que a origem do termo ativismo é norte-americana, derivada de um período marcado por uma progressista e intensa jurisprudência.<sup>9</sup>

Trata-se de um conceito, entretanto, vazio e que não se relaciona propriamente com posicionamentos conservadores ou liberais, figurando, muitas vezes, como “um dispositivo retórico para um ataque mais convincente aos resultados alcançados pelo juiz”.<sup>10</sup> O ativismo, como postura ou movimento, compreenderia condutas como a aplicação da Constituição, de forma direta, àquelas situações não expressamente trazidas em seu conteúdo; a determinação de atuação ou abstenção do Poder Público em demandas determinadas; e também a flexibilização na declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos, por exemplo.<sup>11</sup> Assim, “apresenta-se teoricamente limitada sua descrição como mera atuação jurisdicional que extrapola certas linhas demarcatórias (raramente especificadas), invadindo o âmbito de atuação dos demais Poderes”<sup>12</sup> e sendo, ainda, muitas vezes utilizado como um sinônimo da judicialização.

Decorrente também dessa evolução na interpretação constitucional que passa a ser operada pela jurisdição, há a judicialização e, em especial, a judicialização da política. Nesta relação, “the sequence –constitutional conflict –> delegation to the constitutional court –> constitutional decision making/rule-making –> judicialization– has a tendency to regenerate itself”<sup>13</sup> aumentando a competência decisória dos Tribunais Constitucionais e tornando os espaços de decisões não apenas técnicos, mas também políticos.

Decisões estratégicas, até então reservadas à esfera de atuação dos Poderes naturalmente políticos (Legislativo e Executivo) são “transferidas” ao Poder Judiciário, conduzindo a um direito cada vez mais judicial, alicerçado em posicionamentos jurisprudenciais, tornando mais evidente a relação entre Direito e Política – a qual não é nova<sup>14</sup> e encontra nas políticas públicas um elo entre os

---

*Constitucional: ensayos escogidos*, ed. por José Ignacio Nuñez Leiva (Santiago de Chile: Finis Terrae, 2014).

<sup>9</sup> Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Hennig Leal, *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal* (Curitiba: Multideia, 2013).

<sup>10</sup> Gervasoni e Hennig Leal, *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*, 95.

<sup>11</sup> Luís Roberto Barroso, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *[Syn]Thesis* 5, n.º. 1, (2012): 23-32.

<sup>12</sup> Gervasoni e Hennig Leal, *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*, 96.

<sup>13</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with judges* (New York: Oxford University Press, 2010), 195.

<sup>14</sup> Dieter Grimm, *Constituição e Política* (Belo Horizonte: Editora del Rey 2006). Como destaca, as relações ora conflitivas e ora de subordinação entre Direito e Política são objeto de debate desde a lógica monárquica absolutista até a juridicização da política trazida com a superação do absolutismo e a adoção de concepções da burguesia.

dois campos.<sup>15</sup> Há que se considerar, contudo, que o próprio objeto da jurisdição constitucional – a interpretação da Constituição – possui natureza consideravelmente política, tornando também a atividade dos tribunais muito mais próxima da política.<sup>16</sup>

Há, assim, como destaca Häberle, uma necessidade de que sejam buscados outros critérios para valorar a atividade e papel dos tribunais constitucionais, que não as separações entre função jurisprudencial e função política, ou a confrontação entre Direito e Política.<sup>17</sup> Com essa interação se dá a institucionalização de uma nova forma de interação entre os Poderes, o que faz com que se questione “el desplazamiento de las decisiones políticas, especialmente del legislador, por la jurisdicción constitucional”,<sup>18</sup> cenário em que os tribunais constitucionais atuam como uma peça que fortalece e protege a divisão de Poderes ou a supressão dos demais Poderes do Estado,<sup>19</sup> favorecendo protagonismos e supremacias.

Em razão dos questionamentos sobre a legitimidade da atuação jurisdicional, é comum que se encontrem, na fundamentação das decisões – o que é facilmente verificável no que se refere ao Supremo Tribunal Federal – argumentos que buscam demonstrar sua legitimidade decisória com base na Constituição, em leis ou mesmo em precedentes já firmados.<sup>20</sup> Embora Waldron destaque essa preocupação como algo positivo, a crítica feita por Maus se centra no aspecto de constante reforço dos precedentes já firmados, os quais passam a fundamentar as decisões mais em uma história constitucional de natureza jurisprudencial – de modo auto-referencial – do que no conteúdo da Constituição<sup>21</sup> mesma.

É inegável, nesse sentido, a existência de um certo “paternalismo”<sup>22</sup> associado ao Supremo Tribunal Federal, o qual decorre, dentre outros aspectos, do fato de que “a uma política desmoralizada, sobrepõe-se um Poder Judiciário que traz notas de

---

<sup>15</sup> Hennig Leal, “Neoconstitucionalismo, judicialización y actuación del Supremo Tribunal Federal brasileño en el control jurisdiccional de Políticas Públicas”.

<sup>16</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” o “el” activismo?”, *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 429-454.

<sup>17</sup> Peter Häberle, “El Tribunal Constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos Nova Época*, n.º 125 (2004): 9-37.

<sup>18</sup> Peter Häberle, *Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional* (Lima: Palestra, 2017), 122.

<sup>19</sup> Häberle, *Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional*.

<sup>20</sup> Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”, 119.

<sup>21</sup> Ingeborg Maus, “Separação dos Poderes e Função Judiciária. Uma Perspectiva Teórico Democrática”, em *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, ed. por Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 192.

<sup>22</sup> Stephan Kirste, “Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do Paternalismo”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, n.º. 14 (2013): 73-86. Interessante crítica sobre a expressão “paternalismo” e o paternalismo jurídico.

esperança ao imaginário popular”.<sup>23</sup> Na mesma linha, também Hirschl, sob uma perspectiva funcionalista,<sup>24</sup> destaca que a expansão da atuação da jurisdição “derives from a structural, organic political problem such as a weak, decentralized, or chronically deadlocked political system. The less functional the political system is in a given democracy, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity”.<sup>25</sup>

Assim, conforme Mendes, a “forma convencional de olhar para o controle de constitucionalidade superestima seu papel e sua responsabilidade, ao mesmo tempo em que atrofia o dos outros Poderes. A Constituição [...] passa a ter um único centro de gravidade”,<sup>26</sup> deixando aos demais Poderes papéis coadjuvantes. A supremacia judicial não se confunde, todavia, com a realização do controle de constitucionalidade, ou mesmo com a noção de monopólio judicial, que se caracteriza por conferir ao Poder Judiciário “a única palavra em matéria de interpretação constitucional (uma espécie de ‘reserva judicial’), enquanto que a ‘supremacia judicial’ admite que o legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário, a última”.<sup>27</sup>

A referida supremacia, marcada por um empoderamento, protagonismo e centralidade judiciais, é o subproduto da interação de três grupos-chave: elites sociais, econômicas e judiciais.<sup>28</sup> Ou seja: o protagonismo judicial decorreria de uma soma de interesses de diferentes elites, que, com a finalidade de manterem sua hegemonia, “entregam” poderes, por meio de um apoio indireto, ao Poder Judiciário,<sup>29</sup> desequilibrando a balança que sustenta a separação de Poderes e de funções consagrada constitucionalmente.

---

<sup>23</sup> Lara Freire Bezerra de Sant’Anna, *Judiciário como Guardião da Constituição: Democracia ou Guardiania?* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014), 37.

<sup>24</sup> Sustenta o autor a existência de três grandes categorias dentro das teorias de transformação constitucional: teorias evolucionistas, funcionalistas e modelos econômicos institucionais, as quais analisa e apresenta também críticas em sua obra.

<sup>25</sup> Ran Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004), 34. Tradução livre: “deriva de um problema político orgânico estrutural, como um sistema político fraco, descentralizado ou cronicamente fechado. Quanto menos funcional for o sistema político em uma determinada democracia, maior a probabilidade de expansão do Poder Judiciário nesse sistema político”.

<sup>26</sup> Conrado Hübner Mendes, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação” (tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2008), 5.

<sup>27</sup> Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012), 15.

<sup>28</sup> Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*. A partir de uma interação estratégica, na qual elites sociais que se veem ameaçadas buscam manter sua hegemonia política através do isolamento dos processos de decisão da política democrática, elites econômicas vislumbram a possibilidade de criação de agendas econômicas neoliberais por meio da constitucionalização de certas liberdades, voltando-se ao antiestatismo e à pouca ou nenhuma regulamentação econômica e, por fim, elites judiciais e tribunais superiores buscam uma melhora de sua reputação internacional, bem como de sua influência política.

<sup>29</sup> Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*.

É imperioso destacar, também, nesse sentido, o próprio interesse legislativo de que determinadas questões sejam levadas ao Poder Judiciário, contribuindo para uma supremacia judicial, como forma eficaz de diminuir o custo de algumas decisões políticas que ainda se configuram como tabus sociais,<sup>30</sup> como, por exemplo, as uniões homoafetivas e a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, julgadas pelo Judiciário brasileiro. Por outro lado, algumas correntes defendem que, quanto maior a independência judicial, mais difícil será a modificação de políticas – inclusive políticas públicas – impostas ao governo apenas por meio de vontades políticas em transição,<sup>31</sup> preservando direitos conquistados e evitando mudanças significativas em posicionamentos dos poderes políticos.

É imprescindível, diante de todo o exposto, que se questione, permanentemente, “cómo la jurisdicción constitucional se plantea y debería plantearse estos problemas fundamentales, y dónde radican los posibles límites para una solución interpretativa del problema”.<sup>32</sup> O certo é que posições pautadas na supressão ou esvaziamento de algum dos Poderes deixam de lado a harmonia e articulação entre Judiciário, Legislativo e Executivo, afrontando a noção de separação de Poderes.

A adoção, por parte do Poder Judiciário, de posicionamentos ativistas e supremacistas se contrapõe, por sua vez, a outras posturas, como a autocontenção (*self restraint*), pautadas no reconhecimento de um espaço legislativo de atuação, cabendo compreendê-las, especialmente frente às omissões estatais e à utilização de mecanismos como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)<sup>33</sup> como ferramentas para suprir omissões legais. O ministro Marco Aurélio, vencido, assentou, nesse sentido, que a ADO consiste em uma

---

<sup>30</sup> Bezerra de Sant’Anna, *Judiciário como Guardião da Constituição: Democracia ou Guardiania?*, 37.

<sup>31</sup> Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*.

<sup>32</sup> Häberle, *Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional*, 145.

<sup>33</sup> Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012). O autor se refere aos diferentes sistemas de controle de constitucionalidade de normas adotados no Brasil. Os dois instrumentos têm como finalidade sanar uma omissão legislativa, possuindo o Mandado de Injunção, disciplinado no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, a natureza de um remédio constitucional, passível de utilização no controle difuso de constitucionalidade, tendo a omissão legislativa como um óbice à realização de um direito fundamental, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, trazida na Lei n.º 9868/99 e complementada pela Lei n.º 12.063/09, em seu artigo 12, é ação própria do controle concentrado de constitucionalidade, possuindo legitimados específicos para sua propositura, visando a uma declaração de omissão total ou parcial na criação de norma determinada pela Constituição.

“ação simplesmente declaratória e não declaratória e constitutiva”,<sup>34</sup> diante do que preceitua o artigo 103, § 2º, da Constituição Federal brasileira.<sup>35</sup>

A autocontenção judicial ou *self restraint*, enquanto postura e concepção sustentada argumentativamente (não se tratando, portanto, de algo pré-determinado), se sustenta na compreensão de que não compete à jurisdição constitucional apreciar as finalidades ou meios contidos na norma,<sup>36</sup> não devendo o Poder Judiciário alargar sua atuação imiscuindo-se naquilo que se constitui em tarefa precipuamente reservada ao legislador. A discussão sobre a legitimidade da *judicial review* em determinados contextos, como destaca Waldron, se sustenta também na existência de pontos de análise muito distintos, ou seja: as razões apresentadas por um Tribunal acerca da legislação dificilmente serão aquelas examinadas em uma discussão deliberativa por um agente político ideal,<sup>37</sup> usurpando o Poder Judiciário, em certa medida, o espaço próprio para o debate legislativo.

O sentido em que se comunica o Poder Judiciário é diverso daquele em que se comunica o Poder Legislativo, uma vez que ambos possuem “códigos” diferentes:<sup>38</sup> enquanto o Judiciário trabalha com o código constitucionalidade/inconstitucionalidade, o Legislativo opera com base em pautas políticas e decisões multilaterais que envolvem lógicas de representatividade e maiorias. A incapacidade técnica do Poder Judiciário também é utilizada como fundamento para a adoção de posturas de autocontenção. Nesse sentido, destaca Sarmento que o não reconhecimento por parte dos tribunais dos limites de atuação judicial “que ignore o déficit de expertise dos juízes e não envolva uma certa deferência diante das valorações feitas pelos especialistas dos órgãos estatais competentes quase certamente levará a resultados desastrosos”.<sup>39</sup>

Em um cenário onde se diminui a margem de apreciação do legislador por meio de Constituições analíticas como a brasileira, associado a uma ampla competência para revisão jurisdicional, cabe questionar como definir as margens de atuação permitidas pelo Direito, abandonando-se a simples classificação em casos fáceis e

---

<sup>34</sup> Voto ministro Marco Aurélio. Brasil: Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC\\_1\\_oGY](https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_oGY).

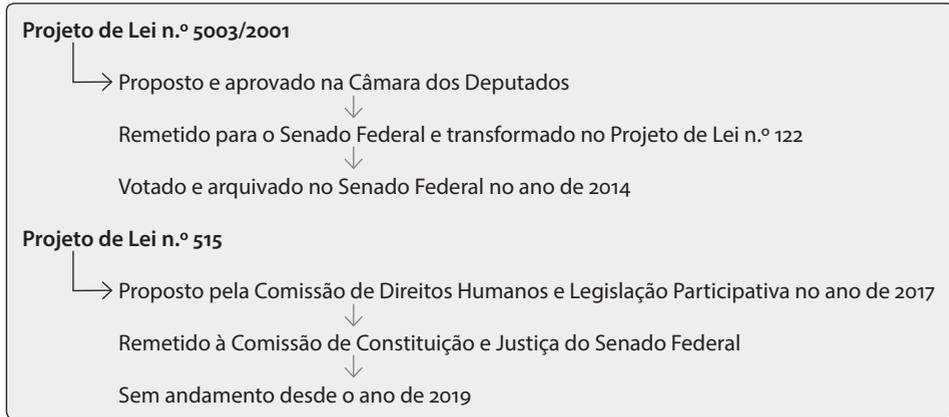
<sup>35</sup> Assim dispõe: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

<sup>36</sup> Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta*.

<sup>37</sup> Waldron, “A Essência da Oposição ao Judicial Review”.

<sup>38</sup> Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, *A revisão do Princípio da Separação dos Poderes: por uma teoria da comunicação* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016).

<sup>39</sup> Daniel Sarmento, “Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais”, em *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, ed. por Bernardo Gonçalves Fernandes (Salvador: Juspodivm, 2010), 154.



difíceis.<sup>40</sup> É inegável que a definição dos limites da atuação judicial é tarefa árdua, tornando difícil limitar a interpretação e a atuação dos tribunais de forma precisa.<sup>41</sup> Mostra-se necessário buscar um equilíbrio em termos de atuação dos tribunais, aliando-se a efetivação de direitos fundamentais ao reconhecimento de uma margem de apreciação do legislador.

Nessa margem legislativa se tem, por sua vez, uma margem estrutural que compreende a determinação dos fins, a escolha dos meios e um espaço de ponderação, e uma margem sistêmica, que compreende uma margem empírica e outra normativa, ou seja: um poder de determinar prioridades políticas que não é, todavia, absoluto.<sup>42</sup> Significa que “dentro de los márgenes fijados por la Constitución, el legislador goza de libertad para el ejercicio de su función”,<sup>43</sup> compreendendo esse espaço “el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa”.<sup>44</sup> Assim, “o conceito de “margem de acção” se define, precisamente, pela ausência de qualquer tipo de vinculação jurídico material”<sup>45</sup> do legislador aos direitos fundamentais, no sentido de inexistência de um mandamento ou vinculação constitucional expressa com limites determinados

<sup>40</sup> Lênio Luiz Streck, “Hermenêutica, constituição, autonomia do Direito e o Direito Fundamental a obter respostas adequadas”, em *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, ed. por Bernardo Gonçalves Fernandes (Salvador: Juspodivm, 2010).

<sup>41</sup> Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta*.

<sup>42</sup> Cristina Queiroz, *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial* (Lisboa: Coimbra, 2006).

<sup>43</sup> José Ignacio Martínez Estay, “Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (2014): 372.

<sup>44</sup> Patricio Zapata Larraín, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago: Jurídica de Chile, 2008).

<sup>45</sup> Queiroz, *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*.

de atuação, não estando comportada, nessa margem, a omissão legislativa, mas a possibilidade de escolha dos meios adequados para agir.

A inconstitucionalidade não decorre, portanto, única e exclusivamente, da adoção de medidas inconstitucionais, sendo também a omissão (legislativa ou administrativa<sup>46</sup>) uma forma de violação constitucional ao criar obstáculos à concretização de algum direito garantido constitucionalmente, podendo ser de natureza absoluta ou relativa.<sup>47</sup> Os direitos fundamentais representam, pois, uma limitação de ordem material quanto ao exercício da atividade dos órgãos estatais,<sup>48</sup> fazendo com que a passividade legislativa viole a exigibilidade desses direitos, e produzindo sua afetação ou prejuízo.<sup>49</sup>

Porém, antes de adentrar na análise da fundamentação utilizada pelos Ministros no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF e no debate acerca de eventual atuação ativista por parte do Supremo Tribunal Federal, é importante destacar a natureza constitucional da ADO, a qual, junto com o Mandado de Injunção, se apresenta como uma das formas de controle das omissões legislativas no contexto jurídico-constitucional brasileiro.

Cabe destacar, nesse sentido, que a utilização de instrumentos visando a sanar omissões legislativas não é parte da tradição brasileira,<sup>50</sup> tanto que a posição inicial-

---

<sup>46</sup> Zavascki, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*. Não se trata apenas da inexistência de norma, tendo como sujeito violador o legislador, mas também o administrador público ao não observar os princípios da boa administração pública. Nesse sentido, válida a crítica trazida por Hachem [Daniel Wunder Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais” (Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2014)] no sentido de que a omissão administrativa ainda não é encarada como uma conduta antijurídica como são as ações violadoras de direitos em razão da herança de um direito administrativo liberal-individualista-subjetivista, que não se adequou às necessidades apresentadas por um Estado orientado por uma Constituição Social.

<sup>47</sup> Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Jaime Cubides Cárdenas e María Camila Moreno Torres, “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2 (2017). Os autores classificam as omissões em: “omisiones absolutas en competencias de ejercicio obligatorio”; “omisiones relativas en competencias de ejercicio obligatorio”, “omisiones absolutas en competencias de ejercicio potestativo” e “omisiones relativas en competencias de ejercicio potestativo”.

<sup>48</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina”, en *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, ed. por Hugo Ignacio Llanos Mardones e Eduardo Picand Albónico (Santiago: Abeledo Perrot, 2012).

<sup>49</sup> Martínez Lazcano, Cubides Cárdenas e Moreno Torres, “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”.

<sup>50</sup> Em levantamento realizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, entre os anos de 2008 e 2020 foram decididas 65 (sessenta e cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, à medida em que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade somaram 7.533 (sete mil quinhentas e trinta e três) decisões, representando as ADOs 0,85% do total de Ações

mente adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que o Mandado de Injunção teria, tal qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), eficácia meramente declaratória, no sentido de cientificação do responsável pela omissão, como uma recomendação para que a omissão fosse suprida.<sup>51</sup>

Somente em momento posterior, diante da falta de efeitos concretos da mera cientificação ao legislador, passou o Supremo a considerar o Mandado de Injunção como um remédio constitucional apto a garantir o exercício do direito inviabilizado pela falta de norma, com caráter de regulamentação provisória da norma inexistente, atribuindo-lhe eficácia prospectiva.<sup>52</sup> Foi no âmbito do direito de greve, que foi objeto de diversos mandados de injunção<sup>53</sup> pela mora legislativa quanto à sua regulamentação, que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que avançou na atribuição dos efeitos da ação, no sentido de que

a mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. [...] Na experiência do direito comparado [...] admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes.<sup>54</sup>

Já a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), em relação à qual a própria doutrina não se debruça de forma aprofundada, mantém em muitos aspectos a natureza meramente declaratória da omissão. Observa o ministro Alexandre de Moraes que “a incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omisso configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*”.<sup>55</sup> Os debates trazidos na decisão refletem a dificuldade

---

Diretas de Inconstitucionalidade. No que se refere ao Mandado de Segurança, de 2015 (no ano de 2014 foi editada a súmula n.º 33, que sanou a questão da aposentadoria especial – a qual gerava diversas ações dessa natureza) a 2017, foram julgados 735 (setecentos e trinta e cinco) MIs, praticamente metade do número total de Mandados de Segurança julgados apenas no ano de 2017: 1400 (mil e quatrocentos). As estatísticas podem ser acessadas em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>.

<sup>51</sup> Zavascki, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*.

<sup>52</sup> Zavascki, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*.

<sup>53</sup> Como, por exemplo, os Mandados de Injunção n.º 438/GO, do ano de 1994, n.º 232/RJ, do ano de 1994, n.º 20/DF, do ano de 1996 e n.º 283/DF, do ano de 2003, todos julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

<sup>54</sup> Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Injunção 670*, Relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 25 out. 2007.

<sup>55</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Alexandre de Moraes.

de determinação dos parâmetros para a verificação de uma omissão, uma vez que é necessário que se extraia do texto constitucional um dever de legislar do Poder Legislativo, bem como a aferição da mora quanto ao cumprimento desse dever, sendo estes pressupostos construídos argumentativamente, na busca da conformação de critérios fáticos e normativos que permitam constatar tal omissão.

A questão central reside, portanto, na eventual existência de uma omissão legal que possibilitaria a atuação jurisdicional quando violados direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

Uma vez estabelecidos estes pressupostos, cabe, na sequência, analisar os argumentos trazidos por cada um dos ministros no julgamento da ADO 26, especialmente no que se refere à possibilidade de atuação jurisdicional diante da omissão legislativa em tipificar condutas homofóbicas e transfóbicas, bem como compreender os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro que equiparou as condutas homofóbicas e transfóbicas aos crimes contidos na lei antirracismo.

## **2. Análise da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26: a criminalização da homofobia pelo poder judiciário**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, julgada no ano de 2013, foi proposta pelo PPS (Partido Popular Socialista), tendo o ministro Celso de Mello como relator da ação, julgada conjuntamente com o Mandado de Injunção, sobre mesmo tema, nº. 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) no ano de 2012, relatado pelo ministro Edson Fachin. São extraídos da decisão três posicionamentos principais:<sup>56</sup>

1. Majoritário: reconhecimento da mora legislativa, justificada na proteção dos direitos das minorias, equiparação das condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo;
2. reconhecimento da mora legislativa, com ciência ao Congresso Nacional para tomar as medidas legais cabíveis;
3. não-reconhecimento da mora legislativa, sustentado na inexistência de mandamento constitucional ao legislador.<sup>57</sup>

Observa-se que figura, dentre os pedidos apresentados no Mandado de Injunção, o reconhecimento da mora legislativa, com a fixação do prazo de um ano para

<sup>56</sup> Na tabela constante no Anexo 1 são sistematizadas as posições adotadas e o principal argumento utilizado por cada um dos ministros.

<sup>57</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

elaboração da legislação criminalizadora e, cumulativamente, se ultrapassado este prazo ou entendendo o órgão a desnecessidade no mesmo, “que esta Suprema Corte aplique a corrente concretista geral do mandado de injunção, superando a exigência de lei formal aprovada pelo Congresso”.<sup>58</sup> Como será analisado, o entendimento firmado de forma majoritária possui um caráter concretista,<sup>59</sup> realizando uma interpretação conforme a Constituição para abarcar as condutas lgbtfóbicas naquelas tipificadas pela Lei n. 7.716/89.

Como procedimento, solicitadas informações ao Senado Federal, houve inicialmente manifestação do presidente do Senado quanto à improcedência dos pedidos, sob a alegação de que já haveria tipos penais para tais condutas, tais como o homicídio e os crimes contra a honra.<sup>60</sup> Posteriormente, em nova manifestação, diante dos debates realizados por ocasião do Projeto de Lei do Senado n.º 515, defendeu o presidente do Senado Federal a total improcedência da ação, por entender que “não é a jurisdição constitucional a via mais adequada para solucionar a controvérsia em atenção ao princípio da separação e da harmonia dos Poderes”.<sup>61</sup>

O referido projeto, proposto pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa no ano de 2017 – ainda em tramitação<sup>62</sup> – visa à inclusão dos crimes decorrentes de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero na proteção dada pela Lei n.º 7.716/89, referente aos crimes de racismo, retomando

---

<sup>58</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 3, Voto ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>59</sup> Zavascki, *Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional*, 18. A natureza da decisão do mandado de injunção é controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência, existindo uma pluralidade de posicionamentos e havendo quem sustente uma natureza declaratória, mandamental ou constitutiva deste remédio constitucional. Assim, para a *teoria concretista*, a decisão é constitutiva: o tribunal declara a existência de omissão administrativa ou legislativa e implementa o exercício do direito (até que sobrevenha sua regulamentação pelo poder competente), enquanto que, para a *teoria não-concretista*, a decisão consiste no mero reconhecimento formal da inexistência de norma regulamentadora, fazendo uma exortação ao legislador. No Mandado de Injunção n.º 769, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, adotou o Supremo Tribunal Federal o posicionamento de que o Mandado de Injunção gera apenas o reconhecimento do direito de expedição de ato normativo – corrente *não-concretista*. Mas, como sustentou o ministro Teori Zavascki, à época, em sentido contrário a essa posição inicial, passou-se a entender que o mandado de injunção deve ser considerado um remédio que não se limita a recomendar ou a provocar a ação do legislador. Quando necessário, pode e deve ir além, para também garantir o exercício (e, por vezes, até a própria satisfação) dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados, editando, para tanto, uma espécie de regulamentação provisória da norma faltante.”

<sup>60</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

<sup>61</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 3.

<sup>62</sup> Em consulta realizada no mês de março/2020, o citado Projeto de Lei se encontra na Comissão de Constituição de Justiça sem movimentações posteriores desde fevereiro do ano de 2019.

a discussão já existente no Projeto de Lei Complementar n.º 122, do ano de 2006.<sup>63</sup> Este último é referido na manifestação da Câmara dos Deputados, também consultada, a qual ressalta a posição adotada pela Casa por ocasião da aprovação do Projeto de Lei n.º 5003/2001,<sup>64</sup> que deu origem ao Projeto de Lei n.º 122, no Senado. A manifestação, contudo, não indica o fato de que houve o arquivamento do mesmo.

No que se refere ao Projeto ainda em tramitação, observa a relatora da Comissão, senadora Regina Sousa, que “a sugestão é oriunda da Ideia Legislativa n.º 76.910, que alcançou, no período de 16/06/2017 a 24/06/2017, apoio superior a 20.000 manifestações individuais no portal e-Cidadania, do Senado Federal”,<sup>65</sup> sendo encaminhada para a Comissão em razão do disposto no artigo 6º da Resolução n.º 19 do Senado Federal,<sup>66</sup> o qual prevê que, por meio do referido portal, manifestações de cidadãos que atingirem tal adesão serão encaminhadas às comissões respectivas.

Destaca-se que, embora o Projeto de Lei trate da mesma questão suscitada judicialmente, o tema vem sendo debatido legislativamente desde o ano de 2001 – por meio do PL n.º 5003, que deu origem ao PL n.º 122, arquivado no ano de 2014 –, havendo o debate sido retomado no ano de 2017 e estando desde o ano de 2019 na Comissão de Constituição e Justiça, sem avanços, como se sistematiza:

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, destaca, em seu voto, as manobras legislativas para o retardamento da aprovação de projetos com as pautas referidas, demonstrando a clara oposição dos congressistas às medidas de criminalização.<sup>67</sup> É neste sentido que a Procuradoria-Geral da República se manifestou, na presente ação, pela realização de interpretação conforme à Constituição, com equiparação das práticas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, disciplinado na Lei 7.716/89, referindo, quanto à mora inconstitucional, que a “existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora

---

<sup>63</sup> O referido Projeto de Lei Complementar também previa a alteração da Lei n.º 7.716/89, incluindo na tipificação dos crimes de racismo também aqueles resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. O Projeto foi arquivado em 26 de dezembro de 2014 em razão do final da legislatura, não sendo seu desarquivamento solicitado no prazo de sessenta dias após o início da primeira sessão legislativa seguinte – prazo regimental determinado –, demonstrando a falta de interesse na retomada dos debates acerca da criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas há época.

<sup>64</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

<sup>65</sup> Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 515 de 2017*, Relatora senadora Regina Sousa, proposto em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7351969&ts=1567533829842&disposition=inline>, p. 9.

<sup>66</sup> A resolução pode ser consultada em: <https://legis.senado.leg.br/norma/561835/publicacao/15622229>.

<sup>67</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*".<sup>68</sup>

O mesmo posicionamento é reforçado pela ministra Rosa Weber (STF), que evidencia que o afastamento da mora apenas "se dá com a efetiva conclusão do processo legislativo,"<sup>69</sup> bem como pelo ministro Gilmar Mendes (STF), que observa que "é absolutamente imprevisível o destino das proposições legislativas examinadas". Para além do aspecto estritamente legal, destaca o ministro Alexandre de Moraes (STF) que "a existência de poucas e esparsas políticas públicas e, principalmente, legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional",<sup>70</sup> uma vez que há uma exigência de uma proteção satisfatória em termos mais abrangentes.

Inevitavelmente, debates sobre os limites da atuação jurisdicional são discutidos, fazendo a maior parte dos ministros referências à necessidade de atuação legislativa e, frente à sua omissão, da legitimidade para atuação do mais alto Tribunal brasileiro. O ministro Marco Aurélio (STF) menciona que "então fala-se em judicialização; é claro que há limites da jurisdição constitucional. A instância hegemônica do Estado Democrático de Direito é o Parlamento, mas o parlamento não atua".<sup>71</sup> Refere, ainda, a condição protagonista que tem assumido o Poder Judiciário e uma defesa doutrinária da atuação do Tribunal em prol dos direitos das minorias, dado o seu caráter contramajoritário.<sup>72</sup>

A noção de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e a defesa de mandamentos de criminalização ao legislador – que sinalizariam a omissão constitucional – também são referidas como justificadoras da intervenção jurisdicional frente à omissão legal.<sup>73</sup> O caráter contramajoritário da jurisdição constitucional também é trazido como uma justificativa à sua atuação no caso em análise, pois "tal situação culmina por gerar um quadro *de (inaceitável) submissão* de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, *gravemente*, por reduzi-lo, o próprio *coeficiente de legitimidade democrática* da instituição parlamentar".<sup>74</sup>

<sup>68</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

<sup>69</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Voto ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

<sup>70</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>71</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

<sup>72</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito* (Coimbra: Coimbra, 2012).

<sup>73</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

<sup>74</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Voto ministro Celso de Mello.

Já o ministro Barroso (STF), adotando uma postura mais aberta, coloca que “precisamos estabelecer um diálogo respeitoso com o Congresso Nacional e com a sociedade para que se compreenda qual é o nosso papel nessa circunstância que nós estamos vivendo, à luz da teoria constitucional e à luz da teoria democrática”.<sup>75</sup> Em mesma linha, o ministro Gilmar Mendes refere que “o caso em tela parece contribuir positivamente para a construção de uma teoria de diálogos institucionais entre os Poderes”, possibilitando uma reação legislativa à decisão jurisdicional.<sup>76</sup>

Observa ainda o ministro que a primazia legal é indiscutivelmente legislativa, mas que a interpretação constitucional é função típica do Supremo Tribunal Federal, existindo uma fronteira entre legislação e interpretação, na qual

o primeiro plano é o seguinte: quando o Congresso atua e produz uma lei, mediante uma decisão política própria, o Supremo Tribunal Federal deve ser deferente para com as escolhas políticas do Congresso e só deve invalidá-las quando não haja margem à dúvida razoável de que esta decisão política violou a Constituição. No entanto, quando o Congresso não atua, em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, aí eu penso que o papel do Supremo se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição.<sup>77</sup>

Haveria, portanto, diante da omissão legal, “a configuração de uma justa causa legitimadora da intervenção do Poder Judiciário”<sup>78</sup> para suprir a lacuna legislativa existente, a qual, para o ministro Gilmar Mendes (STF), possui “o mesmo nível de gravidade, ou até maior, do que aquele verificado em outras omissões inconstitucionais que têm historicamente demandado a atuação aditiva do Supremo Tribunal Federal”.<sup>79</sup>

Sustentando a legitimidade da justiça constitucional e diferenciando a criação de um tipo penal inovador e a interpretação conforme desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, o ministro Alexandre de Moraes destaca a necessidade de se compatibilizarem “as ideias de *Democracia*, que se manifesta basicamente pela forma

---

<sup>75</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Voto ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>.

<sup>76</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF* Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 10. Alguns exemplos de reações legislativas ocorridas a partir de decisões judiciais são os casos da fosfoetanolamina e da vaquejada, já analisados sob a ótica dos diálogos institucionais.

<sup>77</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>.

<sup>78</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 7.

<sup>79</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes, p.11.

representativa, por meio dos Parlamentos, e de *Estado de Direito*, que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais”, por meio da colmatação “ainda que provisoriamente, [d]a lacuna constitucional referente ao inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal”.<sup>80</sup>

Celso de Mello (STF), ministro relator da decisão, em mesma linha, refere expressamente a impossibilidade jurídica de tipificação dos crimes e de cominação das penas, afirmando que tal caso configuraria uma substituição ao Congresso Nacional não admitida constitucionalmente, frente ao postulado da reserva legal.<sup>81</sup> Assim, “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”.<sup>82</sup>

Há uma notável preocupação, na decisão, em legitimar a atuação jurisdicional a partir da existência da omissão legal, demonstrando-se o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à “possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva” quando decididas ações envolvendo a omissão do legislador.<sup>83</sup> Destaca Celso de Mello, adotando uma postura concretista, que “o mero apelo ao legislador, *no entanto*, nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, *quando não inócua*, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, que persiste, não obstante a decisão emanada desta Corte, em permanecer em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover”,<sup>84</sup> entendendo ser a interpretação conforme a melhor solução jurídica.

Os limites interpretativos do termo “raça”, diante da discussão acerca da possibilidade de equiparação das condutas transfóbicas e homofóbicas àquelas descritas na Lei n.º 7.716, também são objeto de debate, observando a ministra Rosa Weber (STF), referindo-se ao Caso Ellwanger<sup>85</sup> – igualmente citado pelos ministros Barroso e Gilmar Mendes – que “não se lhe pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se entendê-lo em

<sup>80</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Alexandre de Moraes, p. 33.

<sup>81</sup> Observa o Ministro que, além de um princípio constitucional, o mesmo é também reconhecido na Convenção Americana da Direitos Humanos, em seu artigo 9º, e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 15.

<sup>82</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Celso de Mello, p. 28.

<sup>83</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 25.

<sup>84</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Celso de Mello, p. 65.

<sup>85</sup> O Caso Ellwanger se refere ao julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS, no qual a controvérsia envolvia a divulgação de livros com conteúdo antissemita.

harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional”.<sup>86</sup>

Buscando discutir o termo raça, o ministro Celso de Mello (STF) refere, ainda, que não se trata de um conceito meramente fenotípico, e sim de uma construção social. Sustenta que o racismo “traduz, *nada mais* do que um processo de *discriminação e exclusão sociais* de um grupo em relação a outros”,<sup>87</sup> indicando também o posicionamento já adotado pelo mais alto Tribunal brasileiro ao estender o conceito de raça. Traz o ministro Gilmar Mendes (STF), nesse sentido, os debates travados na constituinte, afirmando a intenção do legislador de não restringir o conceito de raça, permitindo ampliações não conhecidas à época da criação da Constituição de 1988,<sup>88</sup> reafirmando, tal como fizeram os demais julgadores, o conceito de raça como um conceito político social.

Para o ministro Luiz Fux (STF), não se está criando uma nova figura, mas interpretando-se uma lei infraconstitucional, referindo que o próprio Supremo Tribunal Federal já conceituou o racismo, abarcando “integrantes da comunidade LGBT, judeus, afrodescendentes, tudo isso é racismo.”<sup>89</sup> O direito à autodeterminação e a ideia de liberdade de autenticidade também são frequentemente invocados, mencionando o ministro Gilmar Mendes (STF) também o direito de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*) e “o livre desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*)”, protegidos no direito comparado.<sup>90</sup>

Os votos utilizam como um dos principais fundamentos o princípio da igualdade,<sup>91</sup> o qual sustenta as reinvidicações de grupos minoritários<sup>92</sup> que buscam

---

<sup>86</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019. Voto Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

<sup>87</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Celso de Mello, p. 78.

<sup>88</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto Ministro Celso de Mello.

<sup>89</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

<sup>90</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>91</sup> Interessante destacar a crítica de Naia ao referir que “a igualdade foi proclamada como um princípio universal, mas, enquanto uma criação ocidental segue a lógica do universalismo europeu, de maneira que o direito à igualdade, tal como concebido na Modernidade, pressupõe a sistemática negação da diferença”. Helena Reis Naia, *O direito à diversidade: Do Estado Moderno ao Estado Plurinacional* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015), 64.

<sup>92</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, pp. 9, 10 e 13. Crítica-se – a partir de pesquisa realizada em nível de mestrado, na qual foram analisadas 83 decisões do órgão e 13 decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos recortadas pela nomeação dos grupos em situação de vulnerabilidade na pesquisa jurisprudencial – a falta de conceituação,

reconhecimento de direitos humanos<sup>93</sup> em meio às pautas majoritárias. Referindo-se à proteção constitucional do artigo 5º, inciso XLI, no tocante à discriminação, salienta o ministro Ricardo Lewandowski (STF) que tais grupos “não raro, vítimas de preconceito e violência, demandam especial proteção do Estado. Nesse sentido, a criminalização de condutas discriminatórias não é só um passo importante, mas também obrigatório”<sup>94</sup>.

Trazem os Ministros conceituações sobre identidade de gênero, orientação sexual e a expressão LGBT, como o fazem os ministros Celso de Mello, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, citando a Opinião Consultiva n.º 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>95</sup> Demonstra a decisão, nesse sentido, a preocupação em colher fundamentos sobre o tema nos mais diferentes meios e também no alinhamento com os posicionamentos adotados no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, no qual o país se insere.<sup>96</sup>

A histórica discriminação sofrida pela população LGBT e o caráter cotidiano e reiterado das condutas discriminatórias direcionadas ao grupo – e sua condição de absoluta vulnerabilidade, nas palavras do ministro relator – são reforçados nos votos dos ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Celso de Mello,<sup>97</sup> enfatizando também o ministro Luís Roberto Barroso a condição de vulnerabilidade do grupo, que exige uma atuação estatal para além da garantia

---

por parte do Supremo Tribunal Federal, quanto à utilização das terminologias “minorias” e “grupos vulneráveis”, as quais por hora se referem a grupos numericamente minoritários, em condição de vulnerabilidade social ou, também, em condições de vulnerabilidade financeira. A decisão traz, ainda, o termo “grupos sistematicamente excluídos” ou “privados de direitos”, e “grupos oprimidos”, fazendo apenas o ministro Celso de Mello uma referência ao conceito de grupos vulneráveis como espécie do gênero minoria.

<sup>93</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>94</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p. 8,

<sup>95</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Ricardo Lewandowski. A Opinião Consultiva foi formulada pela Costa Rica sobre a interpretação do Pacto de San José, tendo a Corte IDH afirmado o reconhecimento da identidade sexual e de gênero como manifestação da autonomia e do direito à identidade, protegidos nos artigos 7 e 11 do Pacto.

<sup>96</sup> Destaca-se que o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda é incipiente, existindo pouquíssimas decisões em que, como realizado no julgamento da ADO n.º 26, são utilizadas decisões da Corte de San José como parte do fundamento da decisão. Por outro lado, é possível constatar uma tendência de progressiva abertura para a realização deste diálogo vertical entre os tribunais. Nesse sentido, ver Mônia Clarissa Hennig Leal, “A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: diálogo entre Cortes?”, em *Direitos Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*, ed. por Ingo Wolfgang Sarlet, Humberto Nogueira Alcalá e Gina Marcílio Pompeu (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019).

<sup>97</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.

do direito de orientação sexual, mas também dos direitos à integridade física e psíquica e do direito à própria vida.<sup>98</sup>

O ministro Dias Tóffoli (STF), embora tenha se manifestado pela não criminalização judicial, destacou que todos os votos, “mesmo aqueles que com a divergência apresentada quanto à conclusão, reconhecem o repúdio à discriminação, o repúdio ao ódio, o repúdio ao preconceito e o repúdio à violência por razões de orientação sexual”.<sup>99</sup> Já o ministro Marco Aurélio (STF), por sua vez, vencido totalmente ao compreender que não houve a existência de mora inconstitucional, registrou que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião último da Constituição, não tem falhado na proteção dos grupos vulneráveis ao reconhecer diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, atendo-se aos limites constitucionais impostos ao órgão.<sup>100</sup>

São feitas referências aos tratados internacionais de direitos humanos, decisões de diferentes comitês, como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização dos Estados Americanos (OEA)<sup>101</sup> e a Corte Europeia de Direitos Humanos,<sup>102</sup> bem como citadas experiências de países que criminalizaram formas de lgbtfofia, como os Estados Unidos.<sup>103</sup> As bases convencionais quanto ao direito à igualdade e não-discriminação são, ainda, indicadas pelo ministro Edson Fachin (STF), destacando a ministra Cármen Lúcia (STF) a necessidade de que os ordenamentos internos busquem a concretização de direitos fundamentais e da dignidade humana, independentemente de raça, credo ou opção ideológica.<sup>104</sup>

Também relatórios do Ministério de Direitos Humanos e apresentados por grupos de defesa de direitos humanos nacionais e internacionais são utilizados como argumentos, referindo o ministro Marco Aurélio o que chama de “níveis epidêmicos de violência homofóbica”.<sup>105</sup> Utilizando-se de dados dos mesmos relatórios, salientam

<sup>98</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

<sup>99</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Dias Tóffoli. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC\\_1\\_oGY](https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_oGY).

<sup>100</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC\\_1\\_oGY](https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_oGY).

<sup>101</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

<sup>102</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

<sup>103</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

<sup>104</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

<sup>105</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

os ministros Celso de Mello e Luís Roberto Barroso que o Brasil possui a posição de país no qual se registra o maior número de assassinatos de pessoas transexuais em todo o mundo.<sup>106</sup>

Haveria, portanto, a necessidade de uma atuação objetiva do legislador, visando à garantia de uma efetiva igualdade jurídica aos grupos vulneráveis,<sup>107</sup> que, por sua inércia, tornaria o legislador “complacente, assim, com o descumprimento mortal, fisicamente letal, dos direitos fundamentais”.<sup>108</sup> Relembrando o que caracterizou como “padrão protetivo” do Congresso na implementação de legislações voltadas a grupos vulneráveis, salientou o ministro Alexandre de Moraes (STF) que “a omissão legislativa, com o consequente estado de mora constitucional, persiste, tão somente, em relação às necessárias medidas normativas punitivas quanto às condutas discriminatórias por orientação sexual e identidade de gênero”.<sup>109</sup>

Junto ao ministro Dias Tóffoli (STF) – que de forma sintética reconheceu a mora legislativa, mas não deu interpretação que equiparasse condutas transfóbicas e homofóbicas ao crime de racismo –, o ministro Lewandoswki (STF) destacou que “essa omissão contraria frontalmente a Constituição. Assim, entendendo estar configurada mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia”,<sup>110</sup> observando que “a Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta”.<sup>111</sup> Enfatiza também o ministro Marco Aurélio (STF) que apenas a lei punirá discriminações que violem direitos fundamentais, não sendo possível interpretação diferente diante do arcabouço jurídico brasileiro, sendo a criminalização de uma conduta incompatível com os instrumentos jurídicos utilizados.<sup>112</sup>

Para ele, o reconhecimento das ações na extensão proposta ofenderia a delimitação da atuação judicial e a relação com os demais Poderes, pois “a estrita

---

<sup>106</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*.

<sup>107</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*. Voto ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo&t=23s>.

<sup>108</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministra Cármen Lúcia.

<sup>109</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Alexandre de Moraes. Refere, quanto às legislações penais protetivas de grupos vulneráveis existentes, a Lei 7.716/89 (raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), Lei 11.829/2008 (crianças e adolescentes), Lei 7.853/89 (pessoas com deficiência), Lei 11.340/2006 (gênero) e Lei 8.078/90 (consumidores).

<sup>110</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 14, Voto ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>111</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 17.

<sup>112</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC\\_1\\_oGY](https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_oGY).

legalidade no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na lei maior, esvaziar o sentido literal do texto mediante a complementação de tipos penais”.<sup>113</sup> Em sentido oposto, o ministro Celso de Mello (STF) defende que deve, sim, o Supremo Tribunal Federal atuar, “impedindo que razões de pragmatismo (ou de indiferença) governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem, *inclusive mediante comportamento omissivo*, o significado da própria Lei Fundamental”.<sup>114</sup>

Sinalizando o posicionamento majoritário adotado, no sentido de reconhecimento da mora inconstitucional e criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, destaca a ministra Rosa Weber (STF) que “há temas em que a palavra se impõe e não o silêncio: este é um deles”,<sup>115</sup> defendendo o ministro Luiz Fux (STF), e que acolher o pedido da comunidade LGBT significa “dar a cada um aquilo que é seu”.<sup>116</sup> O ministro Gilmar Mendes (STF), por sua vez, conclui que “não há como negar que a ausência de tipo penal específico para a homofobia tem sido óbice à fruição de direitos básicos de pessoas em razão de sua orientação sexual”.<sup>117</sup>

Já a ministra Cármen Lúcia (STF) assevera que “se se tem a norma, mas não se tem a sua eficácia, direito não há verdadeiramente”, impondo a Constituição uma ordem ao legislador, um dever estatal.<sup>118</sup> Defende o ministro Barroso (STF), em mesma linha – uma vez que também reconhece a omissão legal e a necessidade de criminalização das condutas transfóbicas e homofóbicas – que a atuação jurisdicional, no presente caso, é legítima diante da soma de dois elementos: omissão legislativa e direitos fundamentais.<sup>119</sup>

A ação possui uma particularidade na medida em que “a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem

---

<sup>113</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Marco Aurélio.

<sup>114</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 150, Voto ministro Celso de Mello.

<sup>115</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUaiEJeDMo&t=23s>.

<sup>116</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Luiz Fux Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUaiEJeDMo&t=23s>.

<sup>117</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>118</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Voto ministra Cármen Lúcia.

<sup>119</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>.

tratamento jurídico distinto”.<sup>120</sup> Embora não identificada desta forma, é possível observar o emprego da noção alemã de “proibição de proteção insuficiente” como fundamento para o posicionamento dos Ministros que sustentam uma obrigação de legislar, em que estaria o Poder Legislativo se omitindo. No mesmo sentido, o ministro Alexandre de Moraes (STF) defende que a Lei 7.716/1989 “veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação”.<sup>121</sup>

A decisão amplia, desta forma, o conceito de racismo, equiparando as práticas homofóbicas e transfóbicas às contidas na Lei Antirracismo (Lei n.º 7.716/1989). O caráter provisório da equiparação, passível de superação legislativa por meio de um diálogo institucional, é, por sua vez, constantemente referido nos votos, que consideram necessário não apenas o reconhecimento da mora inconstitucional, mas também a equiparação das condutas homofóbicas e transfóbicas aos tipos penais da lei antirracismo.

É dado destaque à compatibilidade da atuação do Tribunal e à posição de abertura ao diálogo, com uma provocação à manifestação do Congresso Nacional no tocante à criminalização legal de condutas lgbtfóbicas. A decisão acerta em qualidade argumentativa, sendo buscados fundamentos para sustentar e evidenciar a omissão legal, especialmente diante da necessária demonstração da legitimidade do Supremo Tribunal Federal, ainda que a determinação dos limites de atuação do órgão jurisdicional sempre caia no constante debate sobre a proteção de direitos fundamentais de forma abstrata.

Sendo assim, a demarcação dos limites para fins de aferição de um ativismo judicial e de uma atuação que prime pelos princípios da legalidade e da separação de Poderes se mostra complexa, não conseguindo o mais alto tribunal brasileiro avançar em termos de construção de limites precisos sobre seu papel na relação entre Poderes, contexto em que o argumento sobre sua condição de guardião da Constituição e responsável pela proteção dos direitos fundamentais acaba por servir, mais uma vez, como elemento de legitimação da atuação da jurisdição constitucional.

## Conclusão

A atuação da jurisdição constitucional, especialmente no que toca aos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, é sempre debatida. Posturas supremacistas e ativistas, por irem além dos complexos, e por vezes indefinidos, limites interpretativos constitucionais estabelecidos são criticadas, colocando em xeque

---

<sup>120</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 22, Voto ministro Edson Fachin.

<sup>121</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, p. 42, Voto ministro Alexandre de Moraes.

a legitimidade da *judicial review*. Doutra banda, diante do protagonismo judicial que tem marcado os últimos anos, muitos autores defendem a adoção de posturas de autocontenção judicial e que respeitem a margem de apreciação do legislador, preservando-se a harmonia entre Poderes.

A dificuldade em se estabelecer, com precisão, tais limites, exige do Poder Judiciário, contudo, a boa exposição das razões da decisão e a utilização de argumentos sólidos e concisos que permitam aferir a legitimidade de atuação do mais alto tribunal brasileiro na proteção e promoção de direitos fundamentais. A complexidade das pautas, como aqui analisada, evidencia a natureza política do Judiciário e o deslocamento, por vezes estratégico, dessas decisões, em princípio legislativas, para o espaço judicial, o que é evidenciado pelo reconhecimento da mora legislativa.

Frente a esses elementos e a partir da análise realizada, respondendo-se ao problema de pesquisa proposto: entende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a lgbtfofia, equiparando-a às condutas relativas ao crime de racismo, se sustenta no preenchimento de uma lacuna legislativa deixada pela inegável mora legislativa existente no caso em análise. Diante da violação de direitos desse grupo vulnerável e da falta de vontade política na criminalização das condutas, demonstrada pelo arquivamento das pautas relacionadas ao tema durante mais de dez anos, é afirmada a legitimidade da atuação jurisdicional que dá interpretação conforme à Lei Antirracismo, ampliando o conceito de raça.

Inexistindo a referida mora, reforçam os ministros que o espaço de atuação legislativa deveria ser preservado com a adoção de uma postura que reconhecesse a margem de apreciação do legislador. No entanto, a mora legislativa, evidenciada no caso concreto, deixaria espaço para a utilização de técnicas interpretativas que, de maneira provisória, resguardam direitos de um grupo vulnerabilizado socialmente. Cabe, agora, ao Congresso Nacional posicionar-se de maneira definitiva sobre o tema, seja criminalizando pela via legislativa as condutas homo e transfóbicas, seja superando argumentativamente a decisão jurisdicional.

## Referências

- BARROSO, Luis Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *[Syn]Thesis* 5, n.º. 1, (2012): 23-32.
- BEZERRA DE SANT’ANNA, Lara Freire. *Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GARRORENA MORALES, Ángel. *Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

- GERVASONI, Tássia Aparecida e Mônia Clarissa HENNIG LEAL. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006.
- HÄBERLE, Peter. “El Tribunal Constitucional como poder político”. *Revista de Estudos Políticos Nova Época*, n.º 125 (2004): 9-37.
- HÄBERLE, Peter. *Tiempo y Constitución: ámbito público y jurisdicción constitucional*. Lima: Palestra, 2017.
- HACHEM WUNDER, Daniel. “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais”. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. 2014.
- HASSAN RIBEIRO, Diógenes Vicente. *A revisão do Princípio da Separação dos Poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” o “el” activismo?”. *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 429-454.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. “Neoconstitucionalismo, judicialización y actuación del Supremo Tribunal Federal brasileño en el control jurisdiccional de Políticas Públicas”. En *Teoría Constitucional: ensayos escogidos*, editado por José Ignacio NUÑEZ LEIVA, 123-150. Santiago de Chile: Finis Terrae, 2014.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. “A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: diálogo entre Cortes?”. Em *Direitos Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*, editado por Ingo Wolfgang SARLET, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ E Gina MARCÍLIO POMPEU, 359-379. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KIRSTE, Stephan. “Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do Paternalismo”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, n.º. 14 (2013): 73-86.
- MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. “Auto restricción, deferencia y margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (2014): 365-396.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso JAIME, Jaime CUBIDES CÁRDENAS e María Camila MORENO TORRES. “Análisis comparativo de los mecanismos de protección de derechos humanos en la omisión legislativa dentro del ordenamiento jurídico de México y Colombia”. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2 (2017): 229-272.
- MAUS, Ingeborg. “Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva teórico democrática”. Em *Legitimidade da jurisdição constitucional*, editado por

- Antonio Carlos ALPINO BIGONHA e Luiz MOREIRA, 17-65. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MENDES HÜBNER, Conrado. “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2008.
- NAIA REIS, Helena. *O direito à diversidade: do Estado Moderno ao Estado Plurinacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina”. En *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, editado por Hugo Ignacio LLANOS MARDONES y Eduardo PICAND ALBÓNICO, 301-350. Santiago: Abeledo Perrot, 2012.
- NOVAIS REIS, Jorge. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006.
- SARMENTO, Daniel. “Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais”. Em *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, editado por Bernardo GONÇALVES FERNANDES, 141-160. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n.º 515 de 2017*, Relatora Senadora Regina Sousa, proposto em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7351969&ts=1567533829842&disposition=inline>.
- STONE SWEET, Alec. *Governing with judges*. Oxford University Press: New York, 2010.
- STRECK, Lênio Luiz. “Hermenêutica, constituição, autonomia do Direito e o direito fundamental a obter respostas adequadas”. Em *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, editado por Bernardo GONÇALVES FERNANDES, 217-246. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção 670, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25 out. 2007.
- WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao Judicial Review”. Em *Legitimidade da jurisdição constitucional* editado por Antonio Carlos ALPINO BIGONHA e Luiz MOREIRA, 93-157. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

## ANEXO 1

| Posicionamento   | Ministro            | Justificativa  |
|--|---------------------|--|
| Não há mora legislativa  | Marco Aurélio       | “Eventual omissão pela criminalização, a partir do vocábulo/gênero ‘punirá’, de condutas motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou suposta da vítima há que se dar na esfera própria, em outra parte na praça dos três Poderes, que não o plenário do Supremo, não podendo possível omissão ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor”, “deixando de reconhecer, assim, omissão legislativa quanto à criminalização, que não está referida no texto constitucional, específica da homofobia e da transfobia”.   |
| Reconhecimento da mora legislativa, mas criminalização cabe ao Poder Legislativo   | Ricardo Lewandowski | “Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me incontestante que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta”.  |
|  | Dias Tóffoli        | Limita-se a acompanhar o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski.   |
| Reconhecimento da mora legislativa e interpretação pela criminalização da LGBTfobia por meio dos tipos penais aplicáveis ao racismo (Lei n.º 7.716/89) | Cármem Lúcia        | “nesses mais de trinta anos após a promulgação da Constituição do Brasil, definidora da dignidade humana e da pluralidade, da liberdade de todos, após tantas mortes causadas aos homossexuais e aos transexuais, após tanto ódio e incitação contra eles, a despeito de tantos documentos assinados pelo Estado brasileiro, acolhido no ordenamento, reafirmando a escolha brasileira pela democracia em benefício de todas as formas de exercício e de manifestação da liberdade, assecuratórias do direito de cada um ser o que é, sem ser discriminado, violentado, aviltado ou associado, não há como desconhecer a inércia contrastante da Constituição pelo legislador brasileiro”. |
|  | Celso de Mello      | “O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei n.º 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social”.   |

| Posicionamiento  | Ministro               | Justificativa  |
|--|------------------------|--|
| Reconocimiento da mora legislativa e interpretação pela criminalização da LGBTfobia por meio dos tipos penais aplicáveis ao racismo (Lei n.º 7.716/89) | Edson Fachin           | <p>“Em casos tais, a Constituição Federal assegura aos cidadãos o controle da omissão legislativa, legitimando os que tenham por inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais à impetração de mandado de injunção. Noutras palavras: há um mandado constitucional de criminalização e há mora legislativa em regulamentar o tema. O mandado de injunção é, pois, a garantia para a efetividade do direito protegido pelo mandado de criminalização”.</p>     |
|  | Gilmar Ferreira Mendes | <p>“afigura-se compatível com o Texto Constitucional a solução interpretativa do art. 20 da Lei 7.716/1989, que já criminaliza a prática, indução ou incitação da “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, para que tal norma também seja utilizada com a finalidade de cumprir integralmente o dever de proteção capitulado no art. 5º, XLI, da Constituição, estendendo-se a tipificação a atos de homofobia e transfobia”.</p> |
|  | Luís Roberto Barroso   | <p>“Aqui é um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando Constitucional. [...] As informações prestadas pelo Senado e pela Câmara noticiam a quantidade de projetos que tentaram tratar deste assunto e que terminaram resultando em nenhuma lei efetiva”.</p>   |
|  | Luiz Fux               | <p>“É mais do que inequívoca a inércia legislativa. Esses projetos não caminham, esses projetos não andam [...]. É nesse sentido que se impõe a judicialização dessa questão e a palavra final do Poder Judiciário, porque as vezes voz e voto não são suficientes”.</p>   |
|  | Alexandre de Moraes    | <p>“A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só <i>a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos</i>, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção”.</p>                  |
|  | Rosa Weber             | <p>“Enquanto persistir o estado de mora inconstitucional aplica-se aos crimes praticados com motivação homofóbica ou transfóbica, mediante interpretação conforme da Constituição, a lei 7716 de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.</p>   |